

SILVIA DEURING

Die absolute Geschäftsunfähigkeit auf dem Prüfstand

Jus Privatum

287

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 287



Silvia Deuring

Die absolute Geschäftsunfähigkeit auf dem Prüfstand

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu
§§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB

Mohr Siebeck

Silvia Deuring, geboren 1990; 2019 Promotion (Mannheim, Paris 1 Panthéon-Sorbonne); 2024 Habilitation (LMU München); Privatdozentin an der Ludwig-Maximilians-Universität, München.
orcid.org/0009-0009-0317-902X

ISBN 978-3-16-164686-7 / eISBN 978-3-16-164687-4
DOI 10.1628/978-3-16-164687-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2026.

© Silvia Deuring.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten..

Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Diese Arbeit ist im Zeitraum von April 2019 bis Juli 2024 während meiner Tätigkeit als Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medizinrecht von Prof. Dr. Andreas Spickhoff an der Ludwig-Maximilians-Universität München entstanden. Sie wurde im Wintersemester 2024 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Literatur wurde bis Juli 2024 berücksichtigt; die 10. Auflage 2025 des Münchener Kommentars zum BGB Band 1 wurde vor Veröffentlichung jedoch noch eingearbeitet.

Meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff, bin ich zu tiefem Dank verpflichtet: Sein stets positiver Zuspruch, seine Unterstützung, wann immer ich sie erbat, sowie die Freiheiten, die er mir bei Erstellung dieser Arbeit ließ, haben zu einem erheblichen Teil zum Gelingen dieses Projekts beigetragen. Nicht unerwähnt bleiben kann dabei auch die außergewöhnlich freundschaftliche Atmosphäre am Lehrstuhl, durch die ich die Zeit meiner Tätigkeit dort immer in bester Erinnerung haben werde.

Auch für die zügige Erstellung des Erstgutachtens möchte ich meinem akademischen Lehrer danken, ebenso Frau Prof. Dr. Beate Gsell für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Dem dritten Mitglied meines Fachmentorats, Herrn Prof. Dr. Anatol Dutta, danke ich ebenso für sein Interesse und die Förderung meiner wissenschaftlichen Tätigkeit.

Frau Prof. Dr. Beate Gsell gebührt mein Dank zudem als Vorsitzender des Mentoring-Programms der LMU, in das sie mich bereits zu Beginn meiner Tätigkeit als Akademische Rätin a.Z. aufgenommen hat. Das Mentoring-Programm ermöglichte mir wertvollen Austausch mit anderen Habilitandinnen sowie mit Professorinnen. Außerdem konnte ich dank der großzügigen finanziellen Förderung des Programms studentische Hilfskräfte beschäftigen, durch deren Unterstützung es mir gelungen ist, die Balance zwischen Lehre, Publikationsprojekten und Erstellung der Habilitationsschrift zu halten: Lena Mayerhöfer, Andreas Mayr und Theresa Frauendorfer – vielen Dank für den engagierten und unermüdlichen Einsatz beim Korrekturlesen, Recherchieren und Erstellen von Folien für die Lehre. Zudem möchte ich mich beim Postdoc-Support-Fund der Juristischen Fakultät für den großzügigen Kostenzuschuss zur Publikation dieser Arbeit bedanken.

Das gesamte Lehrstuhlteam sowie Kolleginnen benachbarter Lehrstühle haben mich in vielfältiger Weise unterstützt, wofür ich mich bedanken möchte. Besonderer Dank gilt Dr. Natalia Ishyna, Dr. Magdalena Januszkiewicz, Dr. Tanja Niedernhuber, Julia Schmid und Dr. Nina Schrott für den wissenschaftlichen Austausch, die schöne gemeinsame Zeit als Büronachbarinnen und die Freundschaften, die hieraus erwachsen sind.

Die rechtsvergleichenden Bezüge dieser Arbeit wären ohne Unterstützung nicht in dieser Form möglich gewesen: Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Stephan Wolf von der Universität Bern, der mir einen Forschungsaufenthalt an seinem Lehrstuhl ermöglicht hat. Dies hat mich nicht nur fachlich weit vorangebracht. Auch in persönlicher Hinsicht habe ich die Zeit in Bern in bester Erinnerung, da ich von ihm und seinem gesamten Team ausgesprochen herzlich aufgenommen und betreut wurde. Mein besonderer Dank gilt an dieser Stelle Dr. Martina Reber und Dr. Selina Hufschmid. Auch Ass.-Prof. Dr. Stephanie Nitsch von der Universität Wien bin ich zu Dank verpflichtet, nicht nur, weil sie mich mit Literatur zum österreichischen Recht versorgt hat: Ich hoffe, es wird noch viele unserer bereichernden Gespräche geben!

Ohne den Rückhalt meiner Familie wäre die herausfordernde Zeit der Habilitationsphase um einiges schwieriger zu bewältigen gewesen. Ich danke meinen Eltern Paul und Sieglinde Deuring und meiner Schwester Christine Deuring für ihre unbedingte Unterstützung in allen Lebenslagen. Außerdem möchte ich meinen Nichten und Patenkindern Theresa und Mira danken, die während meiner Zeit als Habilitandin das Licht der Welt erblickt haben und mein Leben seitdem in jeder Hinsicht bereichern. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Mein größter Dank schließlich gilt meinem Mann Theodor Shulman, der mich stets darin bestärkt hat, diesen Weg einzuschlagen.

München 2025

Silvia Deuring

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
1. Kapitel: Einleitung	1
2. Kapitel: Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Rahmen . .	7
A. Die Privatautonomie	7
I. Begriff	7
II. Funktion	8
III. Formale und materiale Selbstbestimmung	11
B. Geschäftsunfähigkeitsregelungen und Verfassung	17
I. Privatautonomie als verfassungsrechtliche Gewährleistung . .	17
II. Privatautonomie in Grundrechten	23
III. Geschäftsunfähigkeitsregelungen als rechtfertigungs- bedürftige Grundrechtseingriffe	35
IV. Zwischenergebnis	56
C. Geschäftsunfähigkeitsregelungen und völkerrechtliche Vereinbarungen	57
I. Anforderungen der EMRK	58
II. Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention	65
III. Zwischenergebnis	79
3. Kapitel: Reformfragen auf Tatbestandsebene	81
A. Der Anwendungsbereich von § 104 Nr. 2 BGB	81
I. Auslegung	82
II. Bewertung	112
B. Ergänzende Schutzkonzepte des deutschen Privatrechts	116
I. Die Betreuung, §§ 1814 ff. BGB	117
II. Instrumente der Inhaltskontrolle	166
III. Schutzinstrumente bei Unkenntnis und Fehlvorstellung	223

IV. Schutzinstrumente bei unlauterer Willensbeeinflussung durch aktives Tun	256
V. Mitteilungspflichten	300
VI. Widerrufsrechte	372
VII. Ausübungskontrolle, § 242 BGB	385
C. Rechtsvergleichende Betrachtung: Geschäftsunfähigkeitsregelungen im Ausland	389
I. Die „partielle Geschäftsfähigkeit“ im österreichischen Recht	390
II. Die relative Geschäftsfähigkeit im Schweizer Recht	409
D. Parallele zur Einwilligungsfähigkeit	436
I. Die Teilfähigkeiten der Einwilligungsfähigkeit	436
II. Relativität der Einwilligungsfähigkeit	444
III. Bedeutung des Rechtssicherheitsarguments	447
E. Ergebnis	449
I. Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit	449
II. Durch die relative Geschäftsfähigkeit berührte Interessen	455
III. Relative Geschäftsfähigkeit de lege lata oder de lege ferenda	469
 4. Kapitel: Reformfragen auf Rechtsfolgenebene	 493
A. Einführung	493
I. Nichtigkeit	493
II. Ausnahmen	498
III. Zwischenfazit	526
B. Schutz und Selbstbestimmung des Geschäftsunfähigen: Verfügbarkeit milderer Mittel bei gleicher Schutzwirkung	527
I. Wirksamkeitsfiktion des gesamten Vertrags	527
II. Zustimmungsmodell	531
III. Anfechtungsmodell	614
IV. Ergebnis	642
C. Verkehrsschutz: Schadensersatzlösung	666
I. Rückforderungsansprüche bei Vertragsnichtigkeit	667
II. Schadensersatzhaftung Geschäftsunfähiger im deutschen Recht	670
III. Schadensersatzhaftung Geschäftsunfähiger in ausländischen Rechtsordnungen	704
IV. Ergebnis	731

5. Kapitel: Ergebnisse und Formulierungsvorschläge	737
A. Ergebnisse	737
B. Neugestaltung der rechtlichen Handlungsfähigkeit	
Geschäftsunfähiger: Formulierungsvorschläge	750
 Literaturverzeichnis	 753
Stichwortverzeichnis	787

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
 1. Kapitel: Einleitung	 1
 2. Kapitel: Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Rahmen	 7
A. Die Privatautonomie	7
I. Begriff	7
II. Funktion	8
III. Formale und materiale Selbstbestimmung	11
B. Geschäftsunfähigkeitsregelungen und Verfassung	17
I. Privatautonomie als verfassungsrechtliche Gewährleistung . .	17
II. Privatautonomie in Grundrechten	23
1. Grundrechtliche Verankerung	23
a) Art. 2 Abs. 1 GG	23
b) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	24
c) Stellungnahme	27
2. Verhältnis zu anderen Grundrechten	31
III. Geschäftsunfähigkeitsregelungen als rechtfertigungs- bedürftige Grundrechtseingriffe	35
1. Eingriffswirkung	35
a) Recht auf selbstbestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr .	35
aa) Klärung der Begrifflichkeiten	35
bb) Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit bei Geschäftsunfähigkeit	40
b) Diskriminierungsverbot, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	46
2. Rechtfertigungsgründe	48

a) Allgemeine Rechtfertigungsgründe	48
b) Schutz vor Selbstschädigung	50
aa) Die grundrechtlichen Schutzpflichten	50
bb) Zum Schutz vor sich selbst	53
IV. Zwischenergebnis	56
C. Geschäftsunfähigkeitsregelungen und völkerrechtliche Vereinbarungen	57
I. Anforderungen der EMRK	58
1. Geschäftsunfähigkeit als Eingriff in Menschenrechte	58
a) Das Recht auf Achtung des Privatlebens	58
b) Das Recht auf Nichtdiskriminierung	62
2. Verhältnismäßigkeit von Geschäftsunfähigkeitsregelungen	63
II. Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention	65
1. Stärkung des Rechts auf Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung	65
a) Allgemeines	65
b) Geschäftsunfähige Personen als Menschen mit Behinderung	66
c) Anerkennung der Rechts- und Handlungsfähigkeit (Art. 12 BRK).	69
2. Verhältnismäßigkeit des Geschäftsunfähigkeitsrechts	71
a) Nichtigkeitsfolge von § 105 Abs. 1 BGB	71
aa) Zulässigkeit einer „ersetzenden Entscheidungs- findung“	71
bb) Gerechtfertigte Ungleichbehandlung	75
b) Rechtliche Betreuung gem. §§ 1814 ff. BGB	76
III. Zwischenergebnis	79
3. Kapitel: Reformfragen auf Tatbestandsebene	81
A. Der Anwendungsbereich von § 104 Nr. 2 BGB	81
I. Auslegung	82
1. Der Ausschluss der freien Willensbestimmung	82
a) Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als Bestandteile der „freien Willensbestimmung“	82
b) Partielle Geschäftsunfähigkeit	83
c) Keine relative Geschäftsunfähigkeit	85
aa) Begrifflichkeiten	85
bb) Ablehnung durch die herrschende Meinung	88

d) Absolute Geschäftsunfähigkeit als abstrakte Feststellung des Ausschlusses freier Willensbestimmung	93
aa) Grundsatz	93
bb) Inkonsequenzen	97
2. Aufgrund krankhafter Störung der Geistestätigkeit	102
a) Allgemeines	103
b) Organische psychische Störungen, insbesondere Demenzen	104
c) Sonstige Erkrankungen	107
3. Die Dauerhaftigkeit des krankhaften Zustands	108
4. Das luzide Intervall	109
II. Bewertung	112
1. Schutzlücken	112
2. Fallgruppenbildung zur Systematisierung der weiteren Untersuchung	114
B. Ergänzende Schutzkonzepte des deutschen Privatrechts	116
I. Die Betreuung, §§ 1814 ff. BGB	117
1. Voraussetzungen der Betreuerbestellung	117
a) Subjektive Betreuungsbedürftigkeit	117
aa) Krankheit oder Behinderung, § 1814 Abs. 1 BGB	117
bb) Unfähigkeit, eigene Angelegenheiten ganz oder teilweise rechtlich zu besorgen	121
b) Erforderlichkeitsgrundsatz	123
aa) Allgemeine Anmerkungen	123
bb) Insbesondere: die Erforderlichkeit der Vermögenssorge	126
(1) Gefahr einer Vermögensschädigung	126
(2) Erforderlichkeit bei Geschäftsunfähigkeit	128
2. Folgen einer Betreuerbestellung im Einzelnen	131
a) Grundsatz der Doppelkompetenz und Ausnahmen	131
b) Der Einwilligungsvorbehalt	133
aa) Überblick	133
bb) Die Voraussetzungen im Einzelnen	134
(1) Akzessorietät	134
(2) Erforderlichkeit und Geschäftsunfähigkeit	135
(a) Geschäftsunfähigkeit nicht als Voraussetzung	135
(b) Geschäftsunfähigkeit nicht als Hinderungs- grund	138
(3) Erforderlichkeit aufgrund einer „erheblichen Gefahr“	139

cc) Ausnahmen des § 1825 Abs. 1 S. 3 BGB i. V.m.	143
110, 112, 113 BGB sowie des § 1825 Abs. 3 BGB	143
3. Bewertung	145
a) Schutz auch bei Geschäftsfähigkeit	145
b) Schwächen	145
aa) Konkrete Formulierung des Betreuungsbeschlusses .	145
bb) Doppelkompetenz	148
cc) Schutz nur für die Zukunft	148
dd) Vom Betreuer ausgehende Gefahren	150
(1) Allgemeine Gefahren	150
(2) Zur besonderen Situation des Berufsbetreuers . . .	152
ee) Konsequenzen der Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Bevollmächtigung	156
(1) Gefahren bei Erteilung einer General- bzw. Vorsorgevollmacht	156
(2) Hohe Hürden der Kontrollbetreuung	157
ff) Relevanz eines ablehnenden Willens des Betroffenen .	159
(1) Bei Betreuerbestellung	159
(2) Bei Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts . .	163
4. Zwischenergebnis	164
II. Instrumente der Inhaltskontrolle	166
1. Sittenwidrigkeit, § 138 BGB	166
a) § 138 Abs. 1 BGB	166
aa) Zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften	166
(1) Hohe Anforderungen	166
(2) Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit	168
bb) Benachteiligung eines unterlegenen Vertragspartners .	171
(1) Inhaltliche Anforderungen	171
(2) Unterlegenheit der übervorteilten Partei	174
(a) Zwangslage	175
(b) Unerfahrenheit	176
(c) Mangelndes Urteilsvermögen und erhebliche Willensschwäche	177
(d) Sonstige Unterlegenheitsgründe	181
(3) „Verwerfliche Gesinnung“	187
cc) Bewertung	191
(1) Schutz auch bei Geschäftsfähigkeit	191
(2) Schwächen	192
b) § 138 Abs. 2 BGB	196
2. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, § 134 BGB	197
a) § 134 BGB i. V.m. § 56 GewO	197

b) § 134 BGB i. V.m. § 14 HeimG Bund bzw. die entsprechenden Regelungen der Länder	200
c) Bewertung	204
3. AGB-Kontrolle	204
a) Allgemeiner Schutzzweck	204
b) Spezieller Schutz intellektuell und kognitiv beeinträchtigter Personen	209
aa) AGB	209
bb) Einbeziehungskontrolle	210
cc) Inhaltskontrolle	213
c) Bewertung	216
4. Allgemeine Inhaltskontrolle	217
5. Zwischenergebnis	222
III. Schutzinstrumente bei Unkenntnis und Fehlvorstellung . . .	223
1. Schutz durch Grundsätze der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre	224
a) Fehlendes Handlungs- und Erklärungsbewusstsein . . .	224
b) Erkannter und ausgenutzter Irrtum	226
c) Fehlender Konsens	227
2. Schutz durch Anfechtungsrecht	227
a) Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB	227
aa) Irrtum: unbewusste Fehlvorstellung oder Unkenntnis	227
bb) Relevanter Irrtum	232
(1) Irrtum über Erklärungsinhalt	232
(a) Erklärungsinhalt vs. Motiv	232
(b) Rechtsfolgenirrtum i. e. S.: unmittelbare vs. mittelbare Folgen	234
(c) In Erklärung enthaltene bzw. erkennbar angestrebte Folgen und Motive	238
(2) Gesamtnichtigkeit vs. Teilnichtigkeit	242
cc) Bewertung	245
(1) Fallgruppenbetrachtung	245
(2) Anfechtungsrecht als ungeeignetes Schutzinstrument	247
b) Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB	249
aa) Begriffsbestimmung	249
bb) Motivirrtümer als Eigenschaftsirrtümer	252
3. Zwischenergebnis	255
IV. Schutzinstrumente bei unlauterer Willensbeeinflussung durch aktives Tun	256

1. Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB: arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung	257
a) Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung . . .	257
aa) Arglistige Täuschung durch aktives Tun	257
bb) Widerrechtliche Drohung	260
b) Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung durch einen Dritten	262
c) Bewertung	265
2. Culpa in contrahendo: Schutz vor Täuschung und unlauterer Willensbeeinflussung	267
a) Täuschung und unlautere Willensbeeinflussung durch den Vertragspartner	267
aa) Täuschung	267
(1) Voraussetzungen und Verhältnis zu § 123 BGB . .	267
(2) Rechtsfolge	270
bb) Unlautere Willensbeeinflussung	272
(1) Verhältnis von culpa in contrahendo und § 123 BGB	272
(2) Erfasste Verhaltensweisen	273
(3) Objektiv neutrales Verhalten	278
(a) Beeinflussung durch neutral formuliertes Vertragsangebot	278
(b) Neutral formuliertes Vertragsangebot bzw. neutral formulierte Vertragsannahme bei intellektueller Überforderung	280
b) Ausnutzung nicht selbst verursachter Situationen eingeschränkter Willensentschlussfreiheit	281
c) Bewertung	282
3. Deliktsrecht: Schutz vor Täuschung, Drohung und unlauteren Geschäftspraktiken	284
a) Allgemeines Deliktsrecht des BGB	284
aa) Voraussetzungen, insbesondere § 826 BGB	284
bb) Bewertung	288
b) Sonderdeliktsrecht des UWG	289
aa) Unlautere geschäftliche Handlung: Definition und Maßstab	289
bb) Irreführungen	291
cc) Unlautere Willensbeeinflussungen als aggressive geschäftliche Handlungen	292
dd) Objektiv neutrale Handlungen	293
(1) Vertragsschluss bei geistiger Schwäche des Verbrauchers: Verortung im UWG	293

(2) Vertragsschluss bei geistiger Schwäche des Verbrauchers als wettbewerbsrechtlich unzulässige Handlung	295
ee) Bewertung	297
4. Zwischenergebnis	298
V. Mitteilungspflichten	300
1. Begriffsbestimmungen	301
2. Schutz durch Mitteilungspflichten	304
a) Vertragstypsunabhängige Aufklärungs- und Beratungspflichten	304
aa) Entstehung und Bezugspunkt von Aufklärungspflichten	304
(1) Entstehung	304
(2) Bezugspunkt	309
bb) Maßstab: Kenntnisse und Verständnishorizont des konkreten Vertragspartners	310
cc) Bewertung	311
(1) Begrenzte Schutzwirkung von Aufklärungs- pflichten	311
(2) Nur bedingt effektiverer Schutz durch Beratungspflichten	317
b) Vertragstypische Informations-, Erläuterungs- und Beratungspflichten	320
aa) Verbraucherschutzgedanke	320
bb) Informationspflichten	322
(1) Allgemeine Informationspflichten, § 312a BGB i. V. m. Art. 246 EGBGB	322
(a) Inhalt und Umfang	322
(b) Bewertung	324
(2) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge (§§ 312b–312h BGB)	326
(a) Inhalt und Umfang	326
(b) Bewertung	329
(3) Sonstige Verträge	331
cc) Erläuterungspflichten bei Verbraucherdarlehens- verträgen und entgeltlichen Finanzierungshilfen . . .	333
(1) Inhalt und Umfang	333
(2) Bewertung	336
dd) Beratungspflichten bei Versicherungsverträgen . . .	338
(1) Informations- und Beratungspflichten	338
(2) Beratungsanlass	341

(3) Beratungspflichten im Einzelnen	342
(4) Bewertung	345
c) Notarielle Pflichten	346
aa) Die notarielle Belehrungspflicht	346
bb) Feststellung der Geschäftsfähigkeit durch den Notar	349
cc) Bewertung	352
3. Schutz trotz erfüllter Mitteilungspflicht	358
4. Schutz bei nicht erfüllter Mitteilungspflicht	362
a) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch Unterlassen	362
b) Schadensersatz, insbesondere c.i.c..	363
c) Kreditwürdigkeitsprüfung bei Darlehensverträgen und entgeltlichen Zahlungsaufschüben bzw. sonstigen Finanzierungshilfen	366
5. Zwischenergebnis	369
VI. Widerrufsrechte	372
1. Widerrufsrecht wegen Informationsasymmetrie	373
a) Voraussetzungen	373
b) Bewertung	375
2. Widerrufsrecht wegen exogener Präferenzstörung	378
a) Voraussetzungen	378
b) Bewertung	379
3. Widerrufsrecht wegen endogener Präferenzstörung	380
a) Voraussetzungen	380
b) Bewertung	383
4. Zwischenergebnis	385
VII. Ausübungskontrolle, § 242 BGB	385
1. Voraussetzungen	385
2. Bewertung	387
C. Rechtsvergleichende Betrachtung: Geschäftsunfähigkeits- regelungen im Ausland	389
I. Die „partielle Geschäftsfähigkeit“ im österreichischen Recht	390
1. Handlungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit – Entscheidungs- fähigkeit	390
2. Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit	392
a) Krankhafter oder vergleichbarer geistiger Zustand	392
b) Unfähigkeit zur freien Willensbildung bzw. die Tragweite des Geschäfts einzusehen	393
aa) Vollständige und „partielle Geschäftsunfähigkeit“	393
bb) Reichweite der „partiellen Geschäftsunfähigkeit“	395
(1) Konkretisierungsversuche der Literatur	395

(2) Einzelfallrechtsprechung	398
c) Kausalität	402
3. Schlussfolgerungen	403
a) Keine starren Kriterien	403
b) Verhältnis zur Beeinträchtigung der Entscheidungs- fähigkeit in sonstigen Schutzvorschriften	405
II. Die relative Geschäftsfähigkeit im Schweizer Recht	409
1. Handlungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit – Urteilsfähigkeit	409
2. Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit	410
a) „geistige Behinderung, psychische Störung, Rausch oder ähnliche Zustände“	410
b) Fähigkeit, vernunftgemäß zu handeln	411
aa) Das relative Verständnis der Urteilsfähigkeit	411
bb) Die notwendigen Fähigkeiten im Einzelnen	416
(1) Willensbildungsfähigkeit	416
(2) Willensumsetzungsfähigkeit	423
c) Einzelfallrechtsprechung	424
3. Schlussfolgerungen	432
a) Keine starren Kriterien	432
b) Verhältnis zum mangelnden Urteilsvermögen in anderen Schutzvorschriften	434
D. Parallele zur Einwilligungsfähigkeit	436
I. Die Teilfähigkeiten der Einwilligungsfähigkeit	436
1. Definition der Einwilligungsfähigkeit	436
2. Einsichtsfähigkeit	439
3. Urteilsfähigkeit	440
4. Steuerungsfähigkeit	444
II. Relativität der Einwilligungsfähigkeit	444
III. Bedeutung des Rechtssicherheitsarguments	447
E. Ergebnis	449
I. Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit	449
1. Einheitliches Verständnis von Einsichts- und Steuerungs- fähigkeit	449
2. Teilfähigkeiten einer relativen Geschäftsfähigkeit	450
3. Schutzlücken ohne Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit	453
II. Durch die relative Geschäftsfähigkeit berührte Interessen	455
1. Selbstbestimmungsrecht	455
a) Intensivere Beschneidung der Selbstbestimmung	455
b) Verhältnismäßiger Grundrechtseingriff	457

2. Rechtssicherheit und Verkehrsschutz	461
a) Bedeutung von Rechtssicherheit und Verkehrsschutz . . .	461
b) Keine übermäßige Gefährdung der Rechtssicherheit durch eine relative Geschäftsfähigkeit	465
III. Relative Geschäftsfähigkeit de lege lata oder de lege ferenda . .	469
1. Relative Geschäftsfähigkeit de lege lata	469
a) Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB	469
b) Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB	473
aa) Absolute oder relative Testierunfähigkeit	473
(1) Absolute Testierunfähigkeit in der Rechtsprechung	473
(2) Argumente für eine relative Testierunfähigkeit . .	477
bb) Auslegung des § 2229 Abs. 4 BGB i. S. e. relativen Testierunfähigkeit	479
2. Relative Geschäftsfähigkeit de lege ferenda	480
a) Wertungsoffenheit	480
b) Einzelfragen	481
aa) Kein Kausalitätsnachweis	481
bb) Anknüpfung an krankhaften oder sonstigen Zustand, unabhängig von der Dauerhaftigkeit	482
cc) Kein Gutgläubensschutz	484
dd) Nebeneinander von § 105a BGB und relativer Geschäftsfähigkeit	485
c) Ausgestaltung weiterer Sonderrechtsfähigkeiten	486
aa) Testierfähigkeit	486
bb) Ehefähigkeit	488
cc) Prozessfähigkeit	490
4. Kapitel Reformfragen auf Rechtsfolgenebene	493
A. Einführung	493
I. Nichtigkeit	493
II. Ausnahmen	498
1. § 105a BGB	498
a) Zweck	498
b) Voraussetzungen	499
c) Wirkung	505
aa) Ausschluss von Herausgabeansprüchen	505
bb) Keine partielle Wirksamkeit des Vertrags	506
cc) Beseitigung der Wirksamkeitsfiktion	508
dd) Ausnahme des § 105 S. 2 BGB	508

2. § 221 Abs. 5, 6 SGB IX	509
3. § 4 Abs. 2 WBG	511
4. §§ 275, 316 FamFG	513
a) Verfahrensfähigkeit trotz Geschäftsunfähigkeit	513
b) Bestellung eines Verfahrenspflegers	516
5. § 242 BGB	518
a) Geringe Relevanz im deutschen Recht	518
b) Einwand des Rechtsmissbrauchs im Schweizer Recht	520
aa) Kritik an starrer Nichtigkeitsfolge	520
bb) Einwand des Rechtsmissbrauchs, Art. 2 Abs. 2 ZGB	525
III. Zwischenfazit	526
B. Schutz und Selbstbestimmung des Geschäftsunfähigen:	
Verfügbarkeit milderer Mittel bei gleicher Schutzwirkung	527
I. Wirksamkeitsfiktion des gesamten Vertrags	527
II. Zustimmungsmodell	531
1. Die schwebende Unwirksamkeit nach §§ 107, 108	
Abs. 1 BGB	531
a) Schutzzweck	531
b) Der „lediglich rechtliche Vorteil“ i. S. d. § 107 BGB	534
aa) Unmittelbare vs. mittelbare Nachteile	534
bb) Sorgerechtliche Betrachtungsweise	536
cc) Wirtschaftliche Betrachtungsweise	538
(1) Stürner	538
(2) BGH	538
(a) Aussonderung unbeachtlicher wirtschaftlicher Nachteile	538
(b) Aussonderung von nur „theoretisch möglichen“ Rechtsnachteilen	544
c) Konzepte beschränkter Geschäftsfähigkeit im Ausland	551
aa) Österreich	551
(1) Beschränkte Geschäftsfähigkeit im österreichischen Recht	551
(2) Annahme des „nur zum Vorteil gemachten Versprechens“	553
bb) Schweiz	555
cc) Frankreich	557
(1) Geschäftsfähigkeit Minderjähriger	557
(a) Überblick über das Minderjährigenrecht	557
(aa) Systematik	557
(bb) Abgrenzungsfragen	559
(cc) Stellungnahme	563

(b) Wirksamkeit nach Art. 1148 Code civil in Verbindung mit Art. 388-1-1 und 408 Code civil	566
(c) Läsionsklage aufgrund einfacher Schädigung, Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil	570
(d) Grundsatz der relativen Nichtigkeit nach Art. 1147 Code civil mit Möglichkeit des Einwands nach Art. 1151 Code civil	574
(e) Fazit	575
(2) Geschäftsfähigkeit schutzbedürftiger Erwachsener	577
(a) Einführung	577
(b) Rechtslage im Zeitraum von zwei Jahren vor Anordnung einer Schutzmaßnahme („période suspecte“)	577
(aa) Überblick	577
(bb) Unfähigkeit zur Wahrnehmung der eigenen Interessen im genannten Zeitraum	578
(cc) Allgemeinkundig oder dem Vertragspartner bekannt	581
(dd) Minderung der eingegangenen Verpflichtung oder Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts	582
(c) Rechtslage ab Anordnung einer Schutzmaßnahme	584
(aa) Überblick	584
(bb) Vormundschaft (tutelle) und Pflegschaft (curatelle)	587
(cc) Familienbeistandschaft (habilitation familiale)	593
(dd) Gerichtliche Schutzbetreuung (sauvegarde de justice)	594
(ee) Vorsorgevollmacht (mandat de protection future)	595
(c) Fazit	597
d) Stellungnahme	598
aa) Unbedeutende Nachteile de lege lata und de lege ferenda	598
bb) Berücksichtigung mittelbarer Nachteile	604
2. Bewertung der Zustimmungslösung	605
a) Selbstbestimmung und Schutz des Geschäftsunfähigen	605
b) Schutz des Vertragspartners	611

3. Zwischenergebnis	613
III. Anfechtungsmodell	614
1. Geschäftsunfähige Volljährige im französischen Recht . . .	615
a) Einführung	615
b) „insanité d’esprit“ und „trouble mental“	617
c) Nichtigkeit durch richterliche Feststellung	619
aa) „Relative Nichtigkeit“	619
bb) Zwingende Nichtigkeitsfolge bei geistiger Störung: kein richterliches Ermessen	621
cc) Kein Klagerecht nach Verfristung	623
(1) Fristbeginn bei Geschäftsunfähigkeit	623
(2) Fristbeginn bei Anordnung einer Erwachsenen- schutzmaßnahme nach Abschluss des Rechtsgeschäfts	625
(3) Fristbeginn bei Bestehen einer Erwachsenen- schutzmaßnahme im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts	627
(4) Fristbeginn für klageberechtigte Erben	628
d) Beweisfragen	629
2. Bewertung der Anfechtungslösung	631
a) Rechtssicherheit und Verkehrsschutz	631
b) Schutz des Geschäftsunfähigen	635
c) Anfechtung und Nichtigkeit im deutschen BGB	637
3. Zwischenergebnis	641
IV. Ergebnis	642
1. Übernahme des Zustimmungsmodells	642
2. Ausgestaltungsmöglichkeiten im Einzelnen	644
a) Schwebende Unwirksamkeit schon vor oder erst nach Bestellung eines Vertreters	644
b) Volljährige und der lediglich rechtliche Vorteil	646
aa) Gleichlauf mit dem Minderjährigenrecht	646
bb) Nichtigkeit bei Gefahr erheblicher Schädigung	648
c) Übernahme und Anpassung von Vorschriften	650
aa) Übernahme der §§ 107 ff. BGB	650
bb) Anpassung von Spezialvorschriften	655
d) Verweigerte Zustimmung	655
e) Höchstpersönliche Geschäfte	656
f) Keine besonderen Anforderungen an den rechtsgeschäftlichen Willen	658
g) Nur Zustimmung im Ganzen, keine Vertragsanpassung . .	660
e) Exkurs: Prozessfähigkeit	663

3. Exkurs: Ausdehnung auf unter § 104 Nr. 2 BGB sowie unter § 104 Nr. 1 BGB fallende Minderjährige	664
C. Verkehrsschutz: Schadensersatzlösung	666
I. Rückforderungsansprüche bei Vertragsnichtigkeit	667
II. Schadensersatzhaftung Geschäftsunfähiger im deutschen Recht	670
1. Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit	671
a) Deliktsfähigkeit de lege lata: Grundsatz der abstrakten Prüfung	671
b) Deliktsfähigkeit de lege ferenda: an konkretem Bezugspunkt orientierte Prüfung	674
c) Deliktsfähigkeit bei Abschluss eines wegen Geschäftsunfähigkeit nichtigen Vertrags	680
2. Haftungstatbestände bei unterstellter Deliktsfähigkeit . . .	682
a) Unterlassene Aufklärung bzw. konkludente Täuschung über die eigene Geschäftsunfähigkeit	682
b) Aktives Vorspiegeln der Geschäftsunfähigkeit	684
aa) Deliktische Haftung	684
bb) Culpa in contrahendo	689
(1) Vertragshaftung gefährdender als Delikts haftung .	689
(2) Culpa in contrahendo als Vertrauenshaftung . . .	691
cc) § 122 BGB analog	697
3. Haftungstatbestand bei fehlender Deliktsfähigkeit:	
§ 829 BGB	697
a) Lücken des § 829 BGB	697
b) Keine analoge Anwendung von § 829 BGB	700
III. Schadensersatzhaftung Geschäftsunfähiger in ausländischen Rechtsordnungen	704
1. Österreich	704
a) Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit	704
b) Haftungstatbestände	705
2. Schweiz	710
3. Frankreich	716
a) Keine Deliktsunfähigkeit im französischen Haftungsrecht	716
aa) Reichweite von Art. 414-3 Code civil	716
bb) Bedeutung von Art. 414-3 Code civil	717
(1) Vorrang des Schutzes des Geschädigten	717
(2) Modifizierter Verschuldensbegriff	721
b) Haftung für geistige Störungen in Vertragsbeziehungen .	723

aa) Haftung für geistige Störung bei Vertragsschluss . . .	723
bb) Haftung für geistige Störung nach Vertragsschluss . .	729
IV. Ergebnis	731
1. Zusammenfassung	731
2. Reformüberlegungen	733
 5. Kapitel: Ergebnisse und Formulierungsvorschläge	 737
A. Ergebnisse	737
B. Neugestaltung der rechtlichen Handlungsfähigkeit natürlich Geschäftsunfähiger: Formulierungsvorschläge .	 750
 Literaturverzeichnis	 753
Stichwortverzeichnis	787

Abkürzungsverzeichnis

1 ^{re} Ch.	première chambre
a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJ contrat	Actualité Juridique Contrat
AJ fam.	Actualité Juridique Famille
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Amtlichen Sammlung des Bundesgerichts publizierter Entscheidungen
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BlgNR	Beilage zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BtOG	Betreuungsorganisationsgesetz
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis
Bull. Civ.	Bulletin civil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{re} civ	Cour de cassation, première chambre civile

Cass. 2° civ	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation française
CC	Code civil
CO	Code des obligations
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
DAR	Deutsches Autorecht
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRdA	Das Recht der Arbeit
DuR	Demokratie und Recht
EFSlg.	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ErwSchG	Erwachsenenschutz-Gesetz
et al.	et alia
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	Fascicule
Fortschr Neurol Psychiat	Fortschritte der Neurologie – Psychiatrie
FPR	Familie Partnerschaft Recht
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtssprechungs-Report
h.M.	herrschende Meinung
HeizkostenV	Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten
HK-VVG	Handkommentar Versicherungsvertragsgesetz
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HRRS	HöchstRichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter
JCP G	La Semaine Juridique – Édition générale
JCP N	La Semaine Juridique Notariale et Immobilière
JO	Journal officiel de la République française

JR	Juristische Rundschau
jurisPK BGB	juris Praxiskommentar BGB
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
LMK	Leitsätze mit Kommentierung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. z. N.	mit zahlreichen Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NJWE-FER	NJW-Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht
NK-StGB	NomosKommentar StGB
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Jurist:innen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizer Obligationenrecht
r+s	Recht und Schaden
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichti- gung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes
RMV	Rahmen-Mantelvertrag
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil

XXX

Abkürzungsverzeichnis

SGB	Sozialgesetzbuch
TI	Tribunal d'instance
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UN	United Nations
UN-BRK	UN-Behindertenrechtskonvention
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WärmeLV	Verordnung über die Umstellung auf gewerbliche Wärme- lieferung für Mietwohnraum
WBGV	Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WHO	World Health Organisation
WM	Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WucherG	Österreichisches Wuchergesetz
Z Gerontol Geriat	Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie
Zak	Zivilrecht aktuell
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungs- recht
ZErb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGBR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschafts- recht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

1. Kapitel

Einleitung

Es gebe „nach der natürlichen Anschauung Zustände, in welchen auch ein tatsächlich vorhandener Wille eine rechtliche Berücksichtigung überhaupt nicht verdiene, selbst dann nicht, wenn die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters hinzukomme.“¹ Mit dieser knappen Feststellung entstanden 1900 die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB, wonach Willenserklärungen Geschäftsunfähiger, die „sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinde[n], sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist“, vollständig nichtig sind.

Es ist zwar nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber seine Begründung heute nochmal so formulieren würde. Denn der Umgang mit psychisch Erkrankten und Menschen mit Behinderungen hat sich seit 1900 glücklicherweise gewandelt: Nicht nur ergibt sich bereits aus der Verfassung, dass der Wille eines jeden Menschen zu achten ist, sodass Regelungen, durch die der Wille einer Person übergangen werden soll, der Rechtfertigung bedürfen. Dies gilt selbstverständlich nicht nur für Personen, die einsichts- und steuerungsfähig sind, die also zu einer informierten und auf rationaler Abwägung beruhenden Entscheidung und Handlung fähig sind, sondern auch für alle Personen, deren intellektuelle und kognitive² Fähigkeiten eingeschränkt sind. Auch das BGB bekennt sich an verschiedenen Stellen dazu, dass ein Wille nicht schon allein deswegen übergangen werden darf, nur weil er nicht bestimmten „Qualitätsanforderungen“ entspricht: Ärztliche Zwangsmaßnahmen, also solche Maßnahmen, die dem nur „natürlichen Willen“ – im Gegensatz zum „freien Willen“ einer Person – widersprechen, unterliegen gemäß § 1832 Abs. 1 S. 1 BGB hohen Anforderungen. Der Wille der Person, die unter Betreuung i. S. d. §§ 1814 ff. BGB steht und deren Willensbildungs- und Willensumsetzungsfähigkeit entsprechend naturgemäß eingeschränkt ist, ist vom Betreuer zu achten und ihm ist grundsätzlich zur Geltung zu verhelfen, § 1821 Abs. 2 BGB. Den Wünschen des Betreuten muss der Betreuer nur dann nicht entsprechen, wenn dies eine erheb-

¹ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1897, S. 48, 56. Siehe auch *Egger*, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstag, S. 711 (719f.).

² Zu den kognitiven Fähigkeiten gehören die Fähigkeiten der Orientierung, Wahrnehmung, Aufmerksamkeit und Konzentration sowie Gedächtnisleistung und die Informationsverarbeitung, siehe *von Bar* 2023, S. 301 Rn. 252.

liche Gefährdung der Person oder des Vermögens des Betreuten bedeutete, § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

In den Vorschriften wie den genannten spiegelt sich das Bestreben wider, die Selbstbestimmung auch der Menschen mit psychischen Erkrankungen und Intelligenzminderungen zu stärken. Einen Willen, der keinerlei Beachtung verdient, wie es der Vorstellung des Gesetzgebers im Jahre 1900 entsprach, gibt es nicht. Besonders deutlich wird dies auch durch die UN-Behindertenrechtskonvention, die als völkerrechtliches Instrument auch die Auslegung der Verfassung beeinflusst und aus der sich ergibt, dass es Ziel einer jeden Rechtsordnung sein muss, die Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen zu erhalten und zu stärken, statt diese zu beschneiden.

Trotz dieses Trends sind die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB aber nach wie vor unverändert im BGB zu finden. Punktuelle Aufweichungen der strikten Nichtigkeitssfolge haben zwar stattgefunden, wie etwa durch § 105a BGB, wonach jedenfalls alltägliche Geschäfte, die ein Geschäftsunfähiger³ geschlossen hat, vor der Rückabwicklung bewahrt werden, die Grundregel bleibt jedoch, dass ein Geschäftsunfähiger rechtsgeschäftlich handlungsunfähig ist – zwar ist ihm selbstredend ein (gesetzlicher) Vertreter zu bestellen, der für den Geschäftsunfähigen handeln kann; dies ändert aber nichts an der eigenen Handlungsunfähigkeit.

Dieser vollständige Ausschluss vom Rechtsverkehr ist aber nur eine Seite der Medaille. Wo die Rechtsordnung einerseits, unter Verdacht eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot, einen kompromisslosen Schutz für notwendig hält, schließt sie andererseits bestimmte Personengruppen von diesem Schutz wiederum aus. Die herrschende Meinung und die Rechtsprechung sehen in § 104 Nr. 2 BGB das Konzept „absoluter Geschäftsunfähigkeit“ verkörpert, was bedeutet, dass eine Person immer nur dann geschäftsunfähig ist, wenn sie zum Abschluss *keines* Rechtsgeschäfts mehr in der Lage ist: Eine Person ist folglich stets entweder für alle Rechtsgeschäfte geschäftsfähig oder eben für alle Rechtsgeschäfte geschäftsunfähig.

Nicht nur führt diese Betrachtungsweise zu Inkonsequenzen in der Praxis: Geschäftsunfähigkeit dürfte, soll dem Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit entsprochen werden, immer nur dann angenommen werden, wenn bewiesen ist, dass die geistige Erkrankung die Bildung und Umsetzung des freien Willens in Bezug auf *jedes* Rechtsgeschäft ausschließt. Dies ist aber häufig keineswegs das, was die Gerichte prüfen: Häufig prüfen diese *de facto* eben doch nur, ob eine freie Willensbestimmung gerade in Bezug auf das *konkrete* Rechtsgeschäft erfolgt ist. Dann stimmt der Ausspruch der absoluten Geschäftsunfähigkeit aber unter Umständen nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten überein: Denn die

³ Aus Gründen der Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind aber stets Personen aller Geschlechter.

Unfähigkeit zum Abschluss eines bestimmten Geschäfts sagt nichts über die Fähigkeit oder Unfähigkeit in ganz anderen Zusammenhängen aus.⁴ Dies regt Zweifel an der Praktikabilität dieses Konzepts.

Vor allem aber schließt die absolute Geschäftsunfähigkeit – bei konsequenter Anwendung – von vornherein diejenigen aus dem Anwendungsbereich des § 104 Nr. 2 BGB aus, die nur bei bestimmten Rechtsgeschäften – insbesondere komplizierten Rechtsgeschäften – geistig überfordert sind, da diese Personen dann immer noch bestimmte andere Rechtsgeschäfte – insbesondere einfache Rechtsgeschäfte – nachvollziehen können. Dies schließt insbesondere Hochbetagte, demenzerkrankte Personen sowie Personen, bei denen aus sonstigen Gründen Intelligenzminderungen vorliegen, gegebenenfalls vom Anwendungsbereich des § 104 Nr. 2 BGB aus, mit der Folge, dass ihre Rechtsgeschäfte trotz vorliegender Beeinträchtigungen der Willensentschlussfreiheit voll wirksam sind:

So sind im höheren Lebensalter Funktionseinbußen des Gedächtnisses⁵ zu beobachten, sodass ältere Personen Schwierigkeiten haben, komplexe Sachverhalte zu durchdringen, und ein Abbau der Fähigkeit zu schlussfolgerndem Denken stattfindet.⁶ Zeitgleich nehmen Wahnsymptome zu.⁷ Auch wenn die Ursachen für diese Veränderungen nicht geklärt sind, also ob diese allein auf den Alterungsprozess oder nicht vielmehr auf die Zunahme neuronaler Erkrankungen im hohen Alter zurückzuführen sind,⁸ so ist jedenfalls zu beobachten, dass mit zunehmendem Alter geistige Fähigkeiten abnehmen.⁹

Bei Demenzen handelt es sich in der Regel um chronisch fortschreitende neurodegenerative Krankheiten, die direkt vom zentralen Nervensystem ausgehen (primär neurodegenerative Demenzen).¹⁰ Demenzen können jedoch auch als sekundäre Demenzen in Folge von Erkrankungen, wie etwa Suchterkrankun-

⁴ Andersherum, wenn die Gerichte sich um eine abstrakte, vom konkreten Rechtsgeschäft losgelöste Prüfung der Geschäftsunfähigkeit bemühen, drohen sie, die Geschäftsfähigkeit aufgrund des Fehlens von Fähigkeiten zu verneinen, die für das konkrete Rechtsgeschäft eventuell gar nicht erforderlich sind. Vor diesem Hintergrund gerät die absolute Geschäftsunfähigkeit sogar in Konflikt mit dem Übermaßverbot. Zur absoluten Geschäftsunfähigkeit und den Inkonsequenzen dieses Konzepts ausführlich unten unter 3. Kapitel A.I.1.d).

⁵ Insbesondere des Arbeitsgedächtnisses, also der mentalen Kapazität zur Lösung komplexer Aufgaben durch vorübergehende Speicherung und Verarbeitung von Informationen, siehe Heber 2022, S. 111; Seibert 2015, S. 174.

⁶ Kruse, in: Gerontologie, S. 31 (35 f.): Die „fluide Intelligenz“ (kognitive Basisoperationen, die vor allem für die Bewältigung neuartiger kognitiver Probleme notwendig sind) gehe immer weiter zurück, ggfs. aufgrund nachlassender Informationsverarbeitungsgeschwindigkeit bzw. aufgrund nachlassender Fähigkeit, irrelevante Informationen zu hemmen. Siehe auch Heber 2022, S. 110 f.; siehe auch Kuhlmann 1996, S. 47 ff.

⁷ Cording ZEV 2010, S. 115 (118).

⁸ Cording Fortschr Neurol Psychiat 2004, S. 147 (153).

⁹ Genske 2020, S. 177.

¹⁰ Wiltfang et al., in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 1377 (1378).

gen, auftreten, die das zentrale Nervensystem beschädigen.¹¹ Die häufigste primäre Demenzerkrankung ist die Alzheimer-Demenz oder ihre Mischbilder mit anderen Demenzformen;¹² sie machen insgesamt bis zu 80 % der primären Demenzerkrankungen aus.¹³ Eine weitere Form der primären Demenz ist die sog. vaskuläre Demenz als Ergebnis einer Infarzierung des Gehirns als Folge einer vaskulären Krankheit.¹⁴

Demenzen, gleich ob Alzheimer-Demenz oder vaskuläre Demenz, führen zur Störung vieler höherer kortikaler Funktionen, einschließlich Gedächtnis, Denken, Orientierung, Auffassung, Rechnen, Lernfähigkeit, Sprache und Urteilsvermögen.¹⁵ Nicht nur kommt es zu Beeinträchtigungen der Intelligenz¹⁶ und zur Einschränkung der Fähigkeit, Zusammenhänge zu überblicken, insbesondere weil Demente außerhalb von Alltagsroutinen und jenseits des täglich Geübten überfordert sind, und dies unter Umständen schon bei leichten Formen der Demenz.¹⁷ Es entstehen auch wahnhaft Denkstörungen i. S. v. wahnhaften Überzeugungen¹⁸ sowie Affektstörungen i. S. e. Affektdominanz, sodass der regulierende Einfluss von kognitiven Konzepten und Gegenvorstellungen, etwa bzgl. Konsequenzen oder Alternativen, fehlt;¹⁹ es leidet zudem die Aufmerksamkeit und es können neue Informationen nicht mehr gespeichert und aufgerufen werden.²⁰ Demente werden zudem unsicher²¹ und aufgrund Kritikverlusts und erhöhter emotionaler Ansprechbarkeit leicht beeinflussbar.²² Je nach Schweregrad können aufgrund der Abnahme der intellektuellen und kognitiven Fähigkeiten entweder zunächst nur komplizierte Aufgaben nicht mehr bewältigt werden (leichte Demenz) oder aber der Betroffene ist bereits in seiner Lebensführung erheblich beeinträchtigt (mittlere Demenz) bzw. kann selbst alltägliche Aktivitäten nicht mehr durchführen (schwere Demenz).²³ Besonders frappierend ist dabei, dass Laien, die mit dem Demenzkranken zu tun haben, der Abbau der geistigen Fähigkeiten auch über einen längeren Zeitraum hinweg verborgen bleiben kann.²⁴

¹¹ Wiltfang et al., in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 1377 (1378).

¹² Wiltfang et al., in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 1377 (1378).

¹³ Wiltfang et al., in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 1377 (1380 Abb. 1).

¹⁴ ICD-10, F01, WHO 2019.

¹⁵ ICD-10-GM Version 2024; siehe auch Wetterling ZEV 1995, S. 46 (46); Cording Fortschr Neurol Psychiat 2004, S. 147 (151). Siehe auch noch ausführlich zur Ausprägung von Demenzerkrankungen unten unter Kapitel 2 A.I.2.b).

¹⁶ Cording ZEV 2010, 115 (119).

¹⁷ Cording ZEV 2010, 115 (119f.).

¹⁸ Cording ZEV 2010, S. 115 (118); Seibert 2015, S. 191.

¹⁹ Cording ZEV 2010, 115 (119).

²⁰ Zimmermann BWNtZ 2000, S. 97 (104) zur Alzheimer-Demenz im frühen Stadium; Seibert 2015, 190.

²¹ Seibert 2015, S. 82.

²² Cording ZEV 2010, 115 (119); Seibert 2015, S. 191; Heber 2022, S. 115.

²³ Wetterling ZEV 1995, S. 46 (47f.).

²⁴ Siehe noch ausführlich unten unter 3. Kapitel A.I.2.b).

Dabei ist zu erwarten, dass die Zahl der an Demenz erkrankten Personen stetig ansteigt, was auch zunehmend eine Teilnahme dieser Personen am Rechtsverkehr vermuten lässt: Im Jahr 2005 wurde die Zahl der Demenzerkrankten auf ca. 24 Millionen weltweit geschätzt.²⁵ Bei gleichbleibender Mortalität und ohne Fortschritte im therapeutischen Bereich wird die Zahl für 2040 auf 81 Millionen geschätzt.²⁶ In Deutschland lag im Jahre 1996 die Zahl der Demenzerkrankten bei den 65-jährigen und älteren Personen bei einer mittleren Prävalenzrate von 7,2 % bei etwa 930.000,²⁷ 2017 waren es ca. 1,2 Millionen.²⁸ Bis 2040 ist mit stetiger Steigerung der Lebenserwartung eine Verdopplung der Demenzerkrankten zu erwarten.²⁹ Es könnte bis 2060 der Anteil der über 65-jährigen und an Demenz erkrankten Personen auf insgesamt 34 % steigen.³⁰ Insbesondere Alzheimer gilt als eine der bedeutsamsten Alterserkrankungen der westlichen Welt und erreicht das Ausmaß einer Volkskrankheit.³¹ Diese Entwicklung spiegelt sich auch in der kontinuierlich zunehmenden Anzahl von Betreuungen wider.³² Waren es im Jahr 1992 noch 75.170 Erstbestellungen, lag diese Zahl im Jahr 2017 bereits bei 205.266.³³

Intelligenzminderungen können schließlich auch genetisch determiniert sein, zurückzuführen auf numerische oder strukturelle Chromosomenaberrationen oder auf Punktmutationen, oder auf sonstige Weise erworben worden sein, wie etwa durch Alkoholkonsum oder in Folge von Komplikationen bei der Geburt.³⁴ Dabei sind ca. 450 Gene, die unter anderem eine Intelligenzminderung bewirken, bekannt und es ist zu erwarten, dass sich diese Anzahl mehr als verdreifachen wird.³⁵ Laut ICD-10 der WHO wird die Intelligenzminderung definiert als „ein Zustand von verzögerter oder unvollständiger Entwicklung der geistigen Fähigkeiten; besonders beeinträchtigt sind Fertigkeiten, die sich in der Entwicklungsperiode manifestieren und die zum Intelligenzniveau beitragen, wie Kognition, Sprache, motorische und soziale Fähigkeiten.“ Es wird zwi-

²⁵ *Ferri et al.* The Lancet 2005, S. 2112 (2115).

²⁶ *Ferri et al.* The Lancet 2005, S. 2112 (2115).

²⁷ *Bickel* Z Gerontol Geriat 2001, S. 108 (108).

²⁸ *Wiltfang et al.*, in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 1377 (1379).

²⁹ *Wiltfang et al.*, in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 1377 (1379); mit einer Zunahme rechnet insgesamt auch: Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Gesundheit in Deutschland 2015, S. 414.

³⁰ *Schmoeckel* NJW 2016, S. 433 (433), der von einer „pandemischen Zunahme der Krankheitsfälle“ spricht.

³¹ *Wiltfang et al.*, in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 1377 (1403).

³² *Röthel*, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, S. A5 (A17).

³³ Bundesamt für Justiz, Verfahren nach dem Betreuungsgesetz 1992 bis 2017, Verfahren nach dem Betreuungsgesetz 1992 bis 2017, Stand 11.12.2018.

³⁴ *Häßler*, in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 2625 (2628).

³⁵ *Häßler*, in: Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 2625 (2628).

schen leichter (IQ 50–69), mittelgradiger (IQ 35–49) und schwerer (IQ 20–34) und schwerster (IQ < 20) Intelligenzminderung unterschieden.³⁶

Liegen intellektuelle und kognitive Schwächen der genannten Art vor, ist eine Person folglich mit dem Rechtsgeschäft, welches sie tätigt, gegebenenfalls überfordert oder durchdringt dieses nicht; geschäftsunfähig ist sie deswegen aber nicht notwendigerweise. Nun sieht das BGB zwar neben § 104 Nr. 2 BGB auch andere Schutzvorschriften vor, diese sind aber unter Umständen nicht gleichermaßen geeignet, Schutz zu gewähren. Dies ruft die aus den Grundrechten abzuleitende staatliche Schutzpflicht auf den Plan, wonach ein „Schutz vor sich selbst“ zulässig und gar notwendig ist, wenn eine in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit eingeschränkte Person sich zu schädigen droht.

Im Rahmen dieser Arbeit soll folglich der Frage auf den Grund gegangen werden, ob die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB einer Reform bedürfen, um zum einen zur Schließung von Schutzlücken den Anwendungsbereich des § 104 Nr. 2 BGB auszudehnen (3. Kapitel) und um zum anderen gleichzeitig die strikte Nichtigkeitsfolge des § 105 Abs. 1 BGB abzumildern (4. Kapitel A. und B.). Die Antwort hierauf hängt dabei nicht nur von der Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts der Person einerseits und der Erfüllung von staatlichen Schutzpflichten andererseits ab (zu den verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Grundlagen, siehe 2. Kapitel), sondern auch von der Bedeutung von übergeordneten Interessen wie der Rechtssicherheit sowie dem Verkehrsschutz, also insbesondere dem Vertrauensschutz des Vertragspartners.

Vor dem Hintergrund des Vertrauensschutzes drängt sich zudem noch eine weitere Überlegung auf: Nach aktuellem Recht wird der Geschäftsunfähige kompromisslos geschützt, was nicht nur in der Rechtsfolge des § 105 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt, sondern auch darin, dass selbst der Vertragspartner, der die Geschäftsunfähigkeit nicht erkennen konnte, bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts i.d.R. auf seinem Schaden sitzen bleibt. Denn Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsunfähigen wegen Nichtigkeit des von ihm getätigten Geschäfts gibt es grundsätzlich nicht. Dies ist aber keinesfalls zwingend: In anderen Ländern werden Schadensersatzansprüche gegen Geschäftsunfähige wesentlich großzügiger zugelassen, was Anlass bietet, auch in diesem Punkt die deutsche Rechtslage zu hinterfragen (4. Kapitel C.).

³⁶ Häßler, in: *Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie*, S. 2625 (2627), wobei allerdings die Einteilung in IQs mit Schwächen behaftet sei, da diese Unterteilung unterhalb eines IQ von 50 nicht mehr zufriedenstellend mit wissenschaftlich anerkannten Intelligenztests vorgenommen werden könne.

2. Kapitel

Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Rahmen

Unter Privatautonomie ist die selbstbestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr zu verstehen; sie ist das tragende Prinzip der Zivilrechtsordnung (A.). Sie ist in der Verfassung verankert und Gegenstand grundrechtlicher Gewährleistungen (B.I. und II.). Wird einer Person die selbstbestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr verwehrt, weil ihren Rechtsgeschäften aufgrund von §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB die Wirksamkeit entzogen wird, handelt es sich folglich um einen rechtfertigungsbedürftigen – aber, insbesondere aufgrund der grundrechtlichen Schutzpflichten, auch rechtfertigungsfähigen – Grundrechtseingriff, auch dann, wenn die Selbstbestimmungsfähigkeit einer Person erheblich eingeschränkt ist: Das grundrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht steht jedermann zu, unabhängig von der „Qualität“ der Willensbildung (B.III.). Die EMRK und die UN-Behindertenrechtskonvention, die zur Auslegung der Grundrechte heranzuziehen sind, liefern wichtige Impulse für die Bewertung von Geschäftsunfähigkeitsregelungen, da diesen Regelwerken zufolge primäres Ziel staatlicher Schutzmaßnahmen nicht die Beschneidung von Selbstbestimmungsrechten sein darf, sondern die Förderung der eigenverantwortlichen Ausübung von Freiheitsrechten sein muss (C.).

A. Die Privatautonomie

Die Privatautonomie ist zentrales Element der Rechtsgeschäftslehre (I.); durch sie sucht die Rechtsordnung, ihre Ordnungsaufgabe zu erfüllen (II.). Ihre Grundlage ist die Selbstbestimmung der am Rechtsverkehr teilnehmenden Personen, wobei sich die Frage nach der Unterscheidung zwischen formaler, also rechtlicher, und materialer, also tatsächlich vorhandener, Selbstbestimmung stellt (III.).

I. Begriff

Das tragende Element der Rechtsgeschäftslehre ist die Privatautonomie, auch wenn dieses im BGB nicht explizit erwähnt wird. Es handelt sich vielmehr um ein ungeschriebenes Prinzip, das „hinter den gesetzlichen Bestimmungen über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte wie hinter den Regeln und Typen des

Vertrages steht als das geistige Band, das sie zusammenhält.“¹ Die Privatautonomie beschreibt die Freiheit und das Recht des Einzelnen, seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen und in eigener Verantwortung zu gestalten, ohne dabei von staatlicher Seite oder von Dritten bevormundet oder fremdbestimmt zu werden.²

Ein wesentlicher Aspekt der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit oder in einem weiteren Sinne das Recht, ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder aufzuheben: Privatautonomie wird durch das Medium des Rechtsgeschäfts ausgeübt, durch das das Gewollte in einen rechtlichen Erfolg umgesetzt wird.³ Die als Vertragsfreiheit bezeichnete Freiheit ermöglicht jedem, selbst darüber zu entscheiden, ob er einen Vertrag bzw. ein Rechtsgeschäft abschließen (Abschlussfreiheit) und mit welchem Inhalt er einen solchen bzw. ein solches abschließen möchte (Inhaltsfreiheit).⁴ Darüber hinaus ist die Vertragsfreiheit durch die Formfreiheit charakterisiert. Die Parteien sind für einen wirksamen Vertragsschluss nicht an eine bestimmte Form gebunden, sondern die Privatautonomie wird gerade dadurch gefördert, dass Vertragsschlüsse, abgesehen von den gesetzlich normierten Fällen, keiner besonderen Form, wie etwa der Schriftform, bedürfen. So sind Vertragsschlüsse mit möglichst wenig Hemmnissen verbunden.⁵

II. Funktion

Der Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, die Regelung der Rechtsverhältnisse den Privatleuten zu überlassen, statt selbst jeden Lebensbereich regulatorisch zu erfassen und die Gestaltung der Rechtsverhältnisse selbst vorzugeben. Zunächst wird man als Grundannahme wohl davon ausgehen dürfen, dass die „Natur des Menschen“ durch den Drang desselben gekennzeichnet ist, selbstständig zu sein, „zu sich selber, seinem eigenen Wesen zu kommen“, mithin durch den Drang eines „Leben Lassens“. Um ihm dies zu ermöglichen, muss

¹ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 6.

² Flume 1992, S. 1; Flume, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 (136); Bydlinski 1967, S. 127: „Möglichkeit, durch Willensäußerungen Rechtsfolgen herbeizuführen oder zu verhindern“; Wolf 1970, S. 20; siehe auch Schur, in: Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, S. 226 (227); Stern 2006, S. 903; in ähnlicher Weise spricht auch Schwimann von der „Befugnis zur willkürlichen Selbstgestaltung subjektiver Rechtslagen durch die Rechtsgenossen“, siehe Schwimann 1965, S. 27; siehe auch BVerfGE 89, S. 214 (231), wonach die Privatautonomie die „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“ ist.

³ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 16; die Vertragsfreiheit als wesentliches Gestaltungsmittel der Privatautonomie bezeichnend auch Stern 2006, S. 901.

⁴ Leenen 2021, S. 2; Petersen Jura 2011, S. 184 (184); Paulus und Zenker JuS 2001, S. 1 (1); Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 9; Handbuch der Grundrechte, Band II-Badura 2006, § 29 Rn. 15.

⁵ Petersen Jura 2011, S. 184 (184); siehe auch Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 8.

dem Menschen Selbstbestimmung und auch ein gewisser Vertrauensvorschuss, diese nicht missbräuchlich wahrzunehmen, eingeräumt werden.⁶

Gleichzeitig hat das Recht aber auch eine Ordnungsfunktion.⁷ Die rechtliche Anerkennung privatautonomes Handelns beruht daher auf der Annahme, dass die Mitglieder der Gesellschaft ihre Angelegenheiten selbst ordnungsgemäß wahrnehmen können.⁸ Denn nur wenn ein solcher „Selbstbetrieb der Individuen“ eine vernünftige bzw. gerechte Ordnung verbürgt, ist die Privatautonomie ein probates Mittel, dessen sich der Gesetzgeber bedienen darf, um seiner Ordnungsaufgabe gerecht zu werden.⁹ Die Privatautonomie dient damit in einem über-individuellen Kontext vor allem der dezentralen Organisation des Güter- und Leistungsaustauschs: Aus der Summe aller Regelungen, die die Teilnehmer am Privatrechtsverkehr untereinander treffen, soll sich ein geordnetes marktwirtschaftliches System der bestmöglichen Versorgung aller ergeben.¹⁰ Die Rechtsordnung geht folglich davon aus, dass in der Summe der Gestaltung von Rechtsverhältnissen nach dem Willen der Mitglieder der Gesellschaft bessere Ergebnisse erzielt werden können als dies in einem System gelingen könnte, welches einem jeden vorschreibt, wie seine Rechtsverhältnisse ausgestaltet sein müssen.¹¹

Aufgrund der Ordnungsaufgabe des Rechts, das auf das Mittel der Privatautonomie zurückgreift, muss gleichzeitig Rechtssicherheit gewährleistet werden, d.h. die Teilnehmer des Rechtsverkehrs müssen sich auf das Bestehen von Verträgen zu den vereinbarten Konditionen verlassen können.¹² Zu vertragstreuem Verhalten können die Mitglieder einer Gesellschaft zwar nicht gezwungen werden, allerdings kann entsprechendes Verhalten stimuliert werden, indem beispielsweise unaufmerksames Verhalten sanktioniert wird und somit ein Anreiz besteht, im rechtsgeschäftlichen Verkehr entsprechende Sorgfalt walten zu lassen.¹³ So sind die Vertragsparteien an den von ihnen im Vertrag gefundenen Interessenausgleich gebunden,¹⁴ auch wenn eine Partei aufgrund mangelnder

⁶ von Hippel 1936, S. 78 f.

⁷ Nawiaskey 1948, S. 12; Schwimann 1965, S. 127 f.

⁸ von Hippel 1936, S. 75 ff., S. 118; Die „vernünftige“ Willensbetätigung als Basis der Privatautonomie betrachtend: Schwimann 1965, S. 39 und Wolf 1970, S. 82. Siehe auch Schmidt-Rimpler, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, S. 1 (5f.): Die Ordnung erfolge aus der Überlegung, dass die Parteien durch den Vertrag ihre Interessen zu einem „richtigen“ Ausgleich bringen. Zur Theorie der Richtigkeitsgewähr auch noch sogleich ab Fn. 19.

⁹ von Hippel 1936, S. 76 ff., S. 118; Nawiaskey 1948, S. 175.

¹⁰ Leenen 2021, S. 3; zur Funktion der Privatautonomie als dezentrale Steuerung privater Rechtsverhältnisse und Entlastung des Staates: Singer 1995, S. 20 Fn. 81 m. w. N.; Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 2.

¹¹ Leenen 2021, S. 1; Schwarze 2001, S. 87.

¹² Singer 1995, S. 35 f., 54 f.

¹³ Wolf 1970, S. 82.

¹⁴ Siehe zur Selbstbindung als Teil der Selbstbestimmung: Singer 1995, S. 56 f.

eigener Sorgfalt für sie wesentliche Aspekte übersehen hat und der Vertrag sich somit für sie zu ihrem Nachteil auswirkt. Erklärt eine Partei etwas, was nicht ihrem tatsächlichen Willen entspricht, ist sie an das Erklärte dennoch gebunden; allenfalls steht ihr ein Anfechtungsrecht zu, wobei sie dann aber ihrem Vertragspartner den Schaden ersetzen muss, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat (§ 122 Abs. 1 BGB). Verhalten sich Vertragsparteien außerdem vertragswidrig, bestehen Ansprüche, die etwa das finanzielle Interesse an der Vertragsabwicklung abdecken.¹⁵

Dieses Einstehenmüssen für erklärte Inhalte dient insbesondere dem Schutz des Vertrauens des Erklärungsempfängers, dem nicht pauschal das Risiko für Verfehlungen des Erklärenden auferlegt werden soll. Selbstbestimmung beinhaltet entsprechend auch Selbstverantwortung, welches das Einstehenmüssen für geschaffenes Vertrauen rechtfertigt.¹⁶ Das Zuweisen von Selbstverantwortung kann im Übrigen wiederum auch eine Förderung der Selbstbestimmung bewirken, wenn der Einzelne aus Fehlentscheidungen Konsequenzen zieht und seine Selbstbestimmung daher in Zukunft anders erfolgreicher nutzt.¹⁷ Das Recht geht mit dieser Prämisse der Selbstverantwortung also grundsätzlich davon aus, dass jedes Rechtssubjekt die Chance bzw. die Möglichkeit hat, sich ökonomisch vernünftig zu verhalten, und dass jedem Vertragsschluss eine hinreichende Reflexion vorausgegangen ist (*homo oeconomicus*).¹⁸

Steht die Privatautonomie im Dienste einer gerechten Gesamtordnung, so muss dem Grunde nach auch jedes einzelne Rechtsgeschäft diesen Gerechtigkeitsanforderungen genügen.¹⁹ Nach der Lehre *Schmidt-Rimpler* ermögliche die Privatautonomie dies i. S. e. „automatischen“ Richtigkeitsgewähr, indem beide Parteien in ihrem Zusammenwirken im Rahmen des Vertragsschlusses gemeinsam die bestmögliche Berücksichtigung ihrer jeweiligen (entgegengesetzten) Interessen aushandeln, sodass das Ergebnis gewissermaßen automatisch richtig sei,²⁰ wenn auch nicht sicher, so jedenfalls mit einer gewissen Wahr-

¹⁵ Leenen 2021, S. 3 f.

¹⁶ Flume 1992, S. 61 f.; Flume, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 (159); Schwimann 1965, S. 38 f. („Willenshaftung“, „Willensverantwortlichkeit“); Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 56; Rehm 2003, S. 107 f.; zur Verantwortung für beim Abschluss von Rechtsgeschäften, insbesondere im Zusammenhang mit dem Einstehenmüssen für Willensmängel: Wolf 1970, S. 75 ff., Canaris 1971, S. 421 ff.; Singer 1995, S. 41; Leenen 2021, S. 10; MüKo BGB/ Band 1-Armbrüster 2025, Vor § 116 Rn. 3; von Tuhr Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1922, S. 259 (262 ff.).

¹⁷ Rehm 2003, S. 108.

¹⁸ Dauner-Lieb 1983, S. 117. Dem stehe ein „soziales Verbraucherschutzmodell“ gegenüber, welches die Funktionsfähigkeit des Modells der Privatautonomie leugne, siehe Dauner-Lieb 1983, S. 109 ff.

¹⁹ Schwarze 2001, S. 78. Auch Schmidt-Rimpler sieht den Vertrag vor allem im Dienste einer gerechten Ordnung menschlichen Zusammenlebens: Schmidt-Rimpler, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, S. 1 (5).

²⁰ Schmidt-Rimpler AcP (147) 1941, S. 130 (150 ff.); dem folgend Coester-Waltjen AcP (190) 1990, S. 1 (14 f.); Weitnauer 1975, S. 17 f.; vgl. auch Singer 1995, S. 9 f.

scheinlichkeit.²¹ Auch das BVerfG äußert die Überlegung, dass der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen lasse.²²

Im Ergebnis entspricht es zumindest mehr einem gerechten Ergebnis, wenn die Parteien einen Interessenkonflikt gemeinsam lösen und im Verhandlungswege als Regelung zur Geltung bringen, was sie gemeinsam wollen, als wenn staatlicherseits versucht würde, Gerechtigkeitsfragen zu entscheiden, die häufig objektiv gar nicht entschieden werden können.²³ Dabei ist aber nicht aus den Augen zu verlieren, dass Geltungsgrund des Vertrags bzw. Rechtsgeschäfts nicht eine etwaige inhaltliche Richtigkeit oder Gerechtigkeit des Vertrages ist, sondern die Selbstbestimmung der Parteien.²⁴ Denn die Privatautonomie belässt gerade auch den Spielraum, etwas objektiv Unvernünftiges zu wollen.²⁵ Ein Rechtsgeschäft ist daher primär nur deswegen „richtig“, weil es von Selbstbestimmung getragen ist²⁶ bzw. *wenn* es von Selbstbestimmung getragen ist.

III. Formale und materiale Selbstbestimmung

Eine Rechtsordnung, die sich dem „Selbstbetrieb der Individuen“²⁷ verschrieben hat, verlässt sich auf das selbstbestimmte Handeln der Teilnehmer des Rechtsverkehrs, was seinerseits wiederum voraussetzt, dass überhaupt die tatsächlichen Bedingungen freier Selbstbestimmung gegeben sind.²⁸

Dies leitet über zur Unterscheidung zwischen formaler und materialer Selbstbestimmung und damit zur Unterscheidung zwischen rechtlicher und fakti-

²¹ *Schmidt-Rimpler*, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, S. 1 (6). *Wolf* spricht daher von „Richtigkeitschance“: *Wolf* 1970, S. 73 f. Siehe auch *Coester-Waltjen AcP* (190) 1990, S. 1 (15): Die Richtigkeitsgewähr könne nur eine begrenzte sein, denn die Vertragspartner seien nicht zwingend in der Lage, ihre Interessen richtig einzuschätzen oder wollten gar etwas Unvernünftiges.

²² BVerfG NJW 2001, S. 957 (958); siehe auch bereits BVerfG NJW 1990, S. 1469 (1470).

²³ *Schwarze* 2001, S. 82; *Wolf* 1970, S. 68 f. Ebenso *Coester-Waltjen AcP* (190) 1990, S. 1 (14 f.), auf die wegen Sachnähe bestehende Beurteilungskompetenz der Vertragspartner hinweisend.

²⁴ *Wolf* 1970, S. 20; *Fastrich* 1992, S. 52 f., wobei das subjektiv Gewollte meist auch das objektiv Vernünftige sei bzw. jedenfalls im Großen und Ganzen entfalte sich eine Ordnung, deren Ausprägung der objektiv gerechte Vertrag sei. Siehe auch *Schwarze* 2001, S. 79.

²⁵ *Coester-Waltjen AcP* (190) 1990, S. 1 (15).

²⁶ *Flume*, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 (143).

²⁷ Siehe oben Fn. 9.

²⁸ BVerfGE 81, S. 242 (254 f.) – Handelsvertreter. Die Vertragsfreiheit sei „nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner [...] Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs“: BVerfG 89, S. 214 (232). Siehe auch, wonach Privatautonomie nur verwirklicht werden könne, „wenn auch tatsächlich die Macht zur Selbstbestimmung besteht“: *Flume*, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 (143); *Flume* 1992, S. 10: Einseitige Fremdbestimmung stehe dem entgegen.

scher Selbstbestimmung.²⁹ Grundsätzlich solle dem BGB das Prinzip formaler Selbstbestimmung zugrunde liegen: Das BGB frage grundsätzlich nicht danach, ob zwischen den Parteien ein gleiches Kräfteverhältnis vorliege oder ob eine Partei wirtschaftlich oder intellektuell unterlegen sei.³⁰ Im Ausgangspunkt könne jeder seine Freiheit ausüben, wie er wolle.³¹ Dass in der Realität weder volle Chancengleichheit noch vollständige Entscheidungsfreiheit gegeben seien, sei diesem formalen Verständnis immanent, müsse aber auch nicht gewährleistet werden.³² Für dieses Verständnis von Vertragsfreiheit – und übergeordnet von Selbstbestimmung – sprächen höchste Werte wie Freiheit und Gleichheit, zumal die „ökonomischen und dynamischen Effekte“ der Vertragsfreiheit dazu beitragen, Gerechtigkeit zu gewährleisten.³³

Dem formalen steht ein materiales Verständnis von Selbstbestimmung gegenüber: Materiale Selbstbestimmung bedeutet, an die Qualität der Selbstbestimmung bestimmte Anforderungen zu stellen³⁴ und nur die „wirkliche, d.h. die Richtigkeitschance eröffnende Selbstbestimmung“³⁵ anzuerkennen. Materiale Selbstbestimmung wird dabei häufig unterschiedlich definiert. Diese verschiedenen Definitionen schließen sich jedoch nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen sich vielmehr. So soll materiale Selbstbestimmung zum einen dann vorliegen, wenn das Rechtsgeschäft dem „wirklichen Willen“, bestehend aus sowohl dem Rechtsfolgswillen als auch den Motivationsgrundlagen, entspricht.³⁶ Dass das Rechtsgeschäft nicht dem „wirklichen Willen“ entspricht, kann dabei etwa daran liegen, dass der Erklärende zwar weiß, was er will, und er auch in der Lage ist, seine Interessen zu erkennen und durchzusetzen. Ihm fehlen aber In-

²⁹ Wendland 2019, S. 96 in Bezug auf formale und materielle Vertragsfreiheit; zwischen formaler und materialer („realer“) Selbstbestimmung bzw. Vertragsfreiheit unterscheidend auch Höfling 1991, S. 44 ff.; Enderlein 1996, S. 78 ff.

³⁰ Singer JZ 1995, S. 1133 (1137); ausführlich Singer 1995, S. 39 ff. Generell zum Konzept formaler Vertragsfreiheit, wonach es nicht darauf ankomme, ob auch eine reale Möglichkeit bestehe, von der rechtlich eingeräumten Befugnis auch Gebrauch zu machen: Wendland 2019, S. 96. Dieses formal-liberale Verständnis von Privatautonomie habe den Kodifikationsprozess des BGB entscheidend mitgeprägt, siehe dort S. 97.

³¹ Bülow und Artz 2018, S. 2 Rn. 3. Siehe auch Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 24: Dem BGB liege das Prinzip der rechtlichen Gleichheit zugrunde, nicht der tatsächlichen. Ebenso Dauner-Lieb 1983, S. 54 ff.

³² Singer 1995, S. 41, 43; Singer JZ 1995, S. 1133 (1137); siehe auch Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 24: Auch Massengeschäfte des täglichen Lebens seien wirksam, gleich, wie viel oder wenig Verhandlungsmacht ein Vertragspartner habe, und es werde der Wille zum Vertragsschluss als gegeben angesehen, auch dann, wenn eine Partei auf das Geschäft aus einer Notlage heraus angewiesen sei.

³³ Singer JZ 1995, S. 1133 (1137).

³⁴ Singer 1995, S. 207 von „materialer Qualität der Selbstbestimmung“ sprechend, die gegebenenfalls in Frage gestellt sein könne.

³⁵ Schwarze 2001, S. 85 f.; „wirkliche Freiheit aller Marktteilnehmer“: Raiser JZ 1958, S. 1 (6).

³⁶ Schwarze 2001, S. 9, 86.

formationen, durch die er hätte erkennen können, dass das getätigte Rechtsgeschäft nicht in der Lage ist, seine an sich richtig erkannten Interessen zu befriedigen. Fehlende materiale Selbstbestimmung wird hiernach also durch Informationsdefizite definiert.³⁷ Zum anderen wird materiale Selbstbestimmung bzw. das Fehlen selbiger mit wirtschaftlichen, sozialen oder sich aus sonstigen Umständen ergebenden Ungleichgewichtslagen in Verbindung gebracht. Materiale Selbstbestimmung liegt hiernach vor, wenn sich die Parteien in einem „annähernd ausgewogenem Kräfteverhältnis“³⁸ gegenüberstehen, wenn „Macht zur Selbstbestimmung“³⁹ gegeben ist. Die Parteien müssen die „tatsächliche Möglichkeit“ zur Verwirklichung eigener Interessen haben,⁴⁰ „faktisch annähernd ebenbürtig“⁴¹ sein und soziale und wirtschaftliche Freiheit⁴² besitzen.⁴³ Liegt eine so verstandene materiale Selbstbestimmung vor, stellt sich Vertragsparität ein: Jeder hat dann die Chance, seine Wünsche zu verwirklichen.⁴⁴

Materiale Selbstbestimmung setzt aber nicht nur bestimmte äußere Umstände voraus, innerhalb derer der Betroffene die Möglichkeit hat, seine Wünsche zu verwirklichen, sondern auch intellektuelle und kognitive und damit gewisse personelle Fähigkeiten. Somit ist zentrales Element materialer Selbstbestimmung die Selbstbestimmungsfähigkeit: Wer nicht in der Lage ist, seine Interessen zu erkennen, zu bewerten und die richtigen Mittel zur Erfüllung seiner Interessen zu wählen, handelt nicht „wirklich“ selbstbestimmt.⁴⁵ Materiale Selbstbestimmung ist daher auch dann nicht gegeben, wenn der Betroffene keinen freien Willen, sondern nur noch einen natürlichen Willen bilden kann,⁴⁶ bzw. wenn seine Fähigkeit zur freien Willensbildung zumindest eingeschränkt ist.

³⁷ Schwarze 2001, S. 10ff., natürlich aber anerkennend, dass es auch weitere Selbstbestimmungsdefizite gibt, wie etwa Rationalitätsdefizite, siehe S. 15ff.

³⁸ BVerfGE 89, S. 214 (233).

³⁹ Flume 1992, S. 10.

⁴⁰ Wendland 2019, S. 98.

⁴¹ Biedenkopf 1958, S. 108.

⁴² Raiser JZ 1958, S. 1 (6).

⁴³ Diese Zusammenstellung so bei Hönn 1982, S. 96.

⁴⁴ Hönn 1982, S. 96.

⁴⁵ Schwimann 1965, S. 126f. in Bezug auf Geschäftsfähigkeit: Diese ermögliche es, die eigenen Interessen zu erkennen, zu bewerten und mit den richtigen Mitteln umzusetzen. Und diese Fähigkeit wiederum ermöglicht Vertragsparität (und ist damit Inhalt „wirklicher“ Selbstbestimmung): Hönn 1982, S. 140f. Siehe auch Rehm 2003, S. 120: Jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr bedürfe einer „gewissen intellektuellen (und wirtschaftlichen) Basis“.

⁴⁶ Siehe auch Wolf 1970, S. 27: Wille und Selbstbestimmung seien nicht identisch. Selbstbestimmung setze vielmehr einen freien und selbstbestimmten Willen voraus, während ein ohne Selbstbestimmung existierender Wille nicht hinreichende Grundlage für ein bindendes Rechtsgeschäft sei. Wolf bezieht sich allerdings auf einen durch äußere Umstände beeinflussten und daher möglicherweise unfreien Willen. Dieselben Überlegungen müssen aber auch gelten, wenn der Wille aufgrund personenbezogener Umstände „unfrei“ oder zumindest nicht einwandfrei gebildet ist. Siehe unten noch zum Begriff des freien und des natürlichen Willens ab Fn. 213.

Zusammenfassend lässt sich materiale Selbstbestimmung somit vor allem durch die Feststellung, wann sie eingeschränkt ist bzw. fehlt, konkretisieren: Reale Selbstbestimmung wird gefährdet durch strukturelle Machtungleichgewichte, Informationsasymmetrien, bei finanzieller, wirtschaftlicher oder situativer Über- bzw. Unterlegenheit, bei Defiziten kognitiver oder intellektueller Fähigkeiten, wegen gesellschaftlicher Zwänge oder sonstiger Hindernisse.⁴⁷

Klärung bedarf nun das Verhältnis von formaler und materialer Selbstbestimmung. Unbestritten ist, dass die Rechtsordnung sich nicht einfach auf das Prinzip formaler Selbstbestimmung zurückziehen darf.⁴⁸ Denn ohne Anreicherung der formalen Selbstbestimmung mit materialen Elementen bliebe Selbstbestimmung ein rein theoretisches Konzept.⁴⁹ So muss die Rechtsordnung zum einen Voraussetzungen dafür schaffen, dass materiale Selbstbestimmung möglich ist.⁵⁰ Dies geschieht etwa, wenn die materiale Selbstbestimmung durch Informationsdefizite beeinträchtigt zu werden droht, durch Schaffung von Aufklärungspflichten, die dem Aufklärungsempfänger eine Grundlage für eine eigenverantwortliche Entscheidung verschaffen sollen, oder, wenn situationsbedingt die Verwirklichung des „wirklichen Willens“ nur eingeschränkt möglich ist, durch das Einräumen von Widerrufsrechten.⁵¹ Zum anderen muss die Rechtsordnung die Privatautonomie zu Lasten der Parteien unter Umständen dort einschränken, wo materiale Selbstbestimmung nicht in hinreichendem Maße möglich ist⁵² und auch nicht durch bestimmte Schutzinstrumente hergestellt werden kann.⁵³ Dies wiederum kann durch Inhaltskontrollen zur Herstellung von Vertragsgerechtigkeit geschehen, indem solchen Verträgen die Wirksamkeit versagt wird, die den Betroffenen in unangemessener Weise benachteiligen.⁵⁴ Alternativ, wenn die Beeinträchtigung der materialen Selbstbe-

⁴⁷ Aufzählung – ergänzt um intellektuelle Defizite – bei Wendland 2019, S. 98.

⁴⁸ Hönn, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, S. 79 (89); Ganner 2005, S. 73, 75 f.; Wendland 2019, S. 97; Singer JZ 1995, S. 1133 (1138), dies mit der Lehre grundrechtlicher Schutzpflichten begründend.

⁴⁹ Wendland 2019, S. 97 f.

⁵⁰ Hönn, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, S. 79 (89). Besonders deutlich Wolf 1970, S. 60 f.: Vertragsfreiheit sei nicht nur Freiheit vor staatlichem Eingriff, sondern zuvörderst „Institut zur Sicherung und Ermöglichung der beiderseitigen Selbstbestimmung“; ebenso dort, S. 69 ff.: Der Einzelne müsse die Möglichkeit haben, seine Interessen angemessen zu wahren.

⁵¹ Siehe auch Weitnauer zu den Mitteln, um den Schutz des Schwächeren zu gewährleisten: So könne der Schwächere stärker gemacht werden oder es könne dem Mächtigeren die Überlegenheit genommen werden, siehe Weitnauer 1975, S. 16. Von „prozeduralen, die Selbstbestimmung fördernden Elementen“ spricht Schwarze 2001, S. 43.

⁵² Hönn, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, S. 79 (89): „kann“ einschränken.

⁵³ Bei wirtschaftlicher Unterlegenheit beispielsweise dürften Schutzmechanismen wie Aufklärungspflichten nicht zielführend sein: Rehm 2003, S. 131 f.

⁵⁴ Siehe Wolf 1970, S. 74: „Die Vertragsgerechtigkeit muß dann zum beherrschenden Element eines Rechtsverhältnisses werden, wo die Selbstbestimmung des Benachteiligten versagt.“ Siehe auch dort, S. 61 f. Siehe zur materiellen Vertragsgerechtigkeit (vs. verfahrensmäßi-

stimmung seinen Ursprung gerade in mangelnden persönlichen Fähigkeiten einer Person hat, kann dem Betroffenen die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschließen, abgesprochen werden.⁵⁵ Dabei handelt es sich sicherlich um die einschneidendste Maßnahme.

Die Frage ist aber, wie weitreichend sich die Rechtsordnung an der materialen Selbstbestimmung ausrichten muss,⁵⁶ wie sehr sie sich also um die Herstellung materialer Selbstbestimmung bemühen bzw. die Privatautonomie dort beschneiden muss, wo es an materialer Selbstbestimmung fehlt und diese auch nicht hergestellt werden kann. So heißt es einschränkend, es dürften der Selbstbestimmungsfreiheit nur äußerste Grenzen gezogen werden und damit nur Minimalstandards gewahrt werden.⁵⁷ In der Tat belässt das Privatrecht Defizite der materialen Selbstbestimmung an verschiedenen Stellen folgenlos, indem es beispielsweise Einschränkungen der Selbstbestimmung im Bereich der Willensbildung toleriert, ohne der auf dieser Willensbildung basierenden Erklärung die Wirksamkeit zu versagen. Dem entspricht es, wenn Willensbeeinflussungen durch Täuschung oder Drohung die Willenserklärung nicht unwirksam, sondern nur anfechtbar sind (§§ 119ff. BGB),⁵⁸ bei Irrtümern gar verbunden mit einer Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB. Bei von Dritten oder dem Vertragspartner ausgehenden Willensbeeinträchtigungen, die sich qualitativ unterhalb der Schwelle von Täuschung und Drohung bewegen, ist noch nicht einmal Anfechtbarkeit gegeben, allenfalls ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch aus c.i.c. Dasselbe gilt für reine Motivirrtümer. Auch die Inhaltskontrolle von Verträgen soll auf Extremfälle beschränkt bleiben, wie etwa die Angemessenheitskontrolle des § 138 BGB. In dieses Verständnis, wonach nur ein „Minimalstandard“ zu schaffen sei, fügt sich auch, wie noch zu zeigen sein wird, das von Rechtsprechung und h.M. vertretene absolute Verständnis von § 104 Nr. 2 BGB und damit von Geschäftsunfähigkeit ein: Geschäftsunfähigkeit

ge Vertragsgerechtigkeit, die durch die Chance beider Parteien, einen ausgewogenen Vertrag zu schließen, verwirklicht wird): *Rehm* 2003, S. 182f.

⁵⁵ Vgl. auch *Weitnauer* 1975, S. 16: Das Recht könne den Schwachen davor bewahren, im Übermaß seine Rechte preiszugeben. Siehe auch *Ganner* 2005, S. 76: Materielle Selbstbestimmung hänge auch von den intellektuellen Fähigkeiten einer Person ab, daher stecke die Rechtsordnung den Rahmen durch die Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit ab.

⁵⁶ *Wendland* 2019, S. 99: Verhältnis von formaler und materieller Vertragsfreiheit von zentraler Bedeutung, insbesondere die Problematik von Umfang und Reichweite materieller Vertragskorrektur. Siehe auch *Singer* JZ 1995, S. 1133 (1139); *Rehm* 2003, S. 120 im Zusammenhang mit Aufklärungspflichten: Ein gewisses Maß an Selbstbestimmtheit sei notwendig, die Frage aber gerade, wieviel Information für das Mindestmaß erforderlich sei und wen die Verantwortung treffe, dass dieses Mindestmaß erreicht werde. Insgesamt misst *Rehm* dabei der Selbstverantwortung einen hohen Stellenwert bei und spricht sich gegen „zu hohe Hürden für die Voraussetzungen selbstbestimmten Handelns“ (S. 121) und damit für eine nur eingeschränkte Materialisierung der Selbstbestimmung aus (S. 120 ff.).

⁵⁷ *Singer* JZ 1995, S. 1133 (1139).

⁵⁸ Wenngleich die Regelungen über die Anfechtung natürlich Einschränkungen der materiellen Selbstbestimmung dennoch Rechnung tragen, siehe *Wolf* 1970, S. 61.

ist hiernach ein eng zu verstehender Begriff, dessen Voraussetzungen hoch sind.⁵⁹

Dennoch ist fraglich, ob dieses Konzept der nur zurückhaltenden Berücksichtigung von Defiziten materialer Selbstbestimmung noch der Rechtsrealität entspricht.⁶⁰ So zählt selbst das BVerfG den Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts.⁶¹ Dem entspricht es, dass im Laufe der Zeit eine Vielzahl von Regelungen zum Schutz schwächerer Teilnehmer des Rechtsverkehrs und zur Steuerung privatrechtlichen Verhaltens aufgenommen wurde: Zu nennen sind beispielsweise die Regelungen im Verbraucherrecht, AGB-Recht und (auch außerhalb des BGB) Arbeitsrecht.⁶² In diesen besonderen Schutzregelungen ist nicht nur eine „Materialisierung des BGB“⁶³ zu erkennen. Sie zeigen im Übrigen auch, dass dem Einzelnen ein recht hohes Maß an Geschäftsuntüchtigkeit zugestanden wird, ohne dass er gleichzeitig als geschäftsunfähig deklariert würde.⁶⁴

Gewinnt die materiale Selbstbestimmung an Bedeutung, so heißt dies im Umkehrschluss nicht, dass es sachgerecht wäre, den Schutz desjenigen, dessen materiale Selbstbestimmung defizitär ist, per se über den Schutz seines Vertragspartners zu stellen.⁶⁵ Der Schutz der Person vor eigenen Entscheidungen, die nicht auf materiale Selbstbestimmung beruhen, muss sich vielmehr gerade als gewichtiger als die Interessen der anderen Partei oder auch übergeordneter Interessen erweisen.⁶⁶ Gewichtigster Gegenpol ist dabei sicherlich die Rechtssicherheit.⁶⁷ Diese wird für die Beantwortung der Frage, ob der Anwendungsbereich von § 104 Nr. 2 BGB ausgedehnt werden sollte, um dem Prinzip materialer Selbstbestimmung noch stärker Rechnung zu tragen, zu berücksichtigen sein. Rechtssicherheit meint dabei Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen⁶⁸ und eindeutige Bestimmbarkeit eines rechtlichen Zustands, wie beispielsweise

⁵⁹ Siehe zur Anfechtung noch unten unter 3. Kapitel B.III.2. und B.IV.1., zur c.i.c. unter 3. Kapitel B.IV.2., zu § 138 Abs. 1 BGB unter 3. Kapitel B.II.1. sowie zum Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit unten unter 3. Kapitel A.I.1.d).

⁶⁰ Siehe bereits Zöllner AcP (188) 1988, S. 85 (97f.): Zu denken sei nur an Verbraucher, die „als der Selbstverantwortung und Selbstbestimmung unfähig eingeordnet“ würden. Siehe auch Wendland 2019, S. 97: deutliche „Materialisierung“ des BGB.

⁶¹ BVerfGE 89, S. 214 (233).

⁶² Siehe zu weiteren Vorschriften aus dem allgemeinen und besonderen Schuldrecht sowie zum Zitat Knieper 1999, S. 29, wie etwa die §§ 536–539 BGB im Mietrecht und die §§ 616 ff. BGB im Dienstvertragsrecht; Singer 1995, S. 12 ff.; Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 32 ff.; siehe zu den §§ 138, 242 BGB als Begrenzung des „freien Spiels der Kräfte“: BVerfGE 81, S. 242 (256) – Handelsvertreter.

⁶³ Wendland 2019, S. 97.

⁶⁴ Knieper 1999, S. 31.

⁶⁵ Siehe auch Weitnauer 1975, S. 15: Auch der Leichtsinnige und Unerfahrene müsse sein Lehrgeld im Grundsatz selbst bezahlen.

⁶⁶ Ähnlich Schwarze 2001, S. 86 im Zusammenhang mit Aufklärungspflichten.

⁶⁷ Wolf 1970, S. 84 f.: „besondere Bedeutung“.

⁶⁸ Staudinger BGB-Baumann 2022, § 2229 BGB Rn. 44.

der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften. Ein Teilaspekt der Rechtssicherheit ist der Verkehrsschutz in Form des Gutglaubensschutzes.⁶⁹ Gilt rechtlich das, worauf eine Person gutgläubig vertraut, ist der rechtliche Zustand folglich vorhersehbar. Insbesondere wird also immer dann, wenn das Recht keinen Gutglaubensschutz gewährt, auch die Rechtssicherheit beeinträchtigt.

B. Geschäftsunfähigkeitsregelungen und Verfassung

Regelungen wie die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB, die wegen Geschäftsunfähigkeit die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften in Frage stellen, sind Grundrechtseingriffe. Bei dem Recht auf Selbstbestimmung im Rechtsverkehr handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Gewährleistung (I.), die konkret in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankert ist (II.). Gleichzeitig sind diese Regelungen, die ihre Eingriffsqualität auch nicht dadurch verlieren, dass sie ausschließlich Personen mit eingeschränkter oder fehlender Selbstbestimmungsfähigkeit betreffen, aber einer Rechtfertigung zugänglich. Wichtigster Rechtfertigungsgrund ist der sich aus den grundrechtlichen Schutzpflichten ergebende Schutz vor sich selbst (III.).

I. Privatautonomie als verfassungsrechtliche Gewährleistung

Dass die Privatautonomie als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsverkehr bzw. als Recht auf Selbstbestimmung im Rechtsverkehr überhaupt verfassungsrechtliches Schutzgut ist, erschließt sich nicht ohne Weiteres und wurde in der Vergangenheit immer wieder bestritten. Fehl geht dabei aber zunächst einmal die Annahme, Rechtsgeschäfte Privater seien dem Staat zuzurechnen und Private damit selbst Grundrechtsadressaten, weil es sich bei der Privatautonomie als Form der „Rechtserzeugung“ um einen Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung handle. Damit gingen privatrechtliche Beeinträchtigungen letztlich auch nicht von Privaten aus, sondern vom Staat.⁷⁰ Anders als etwa der Verordnungsgeber ist der Private aber nicht auf eine gesetzliche, nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmte Ermächtigung, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, angewiesen. Der Private bedarf für sein rechtsgeschäftliches Handeln nicht der demokratischen Legitimation, sondern der Vertrag legitimiert sich aus dem Willen

⁶⁹ Verkehrsschutz als Gutglaubensschutz: *Fuchs*, in: Rechtswörterbuch, Stichwort „Verkehrsschutz“, „Gutglaubensschutz“. Dieser Vertrauensschutz i. S. d. Gutglaubensschutzes ist ein Aspekt von Rechtssicherheit: *Dürig/Herzog/Scholz-Grzeszick*, Art. 20 GG VII. Rechtsstaat Rn. 69. Siehe zu Rechtssicherheit und Verkehrsschutz auch bereits oben bei Fn. 12.

⁷⁰ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Isensee* 2009, § 150 Rn. 51; *Schwabe* AcP (185) 1985, S. 1 ff.

der Individuen – nicht des Volkes.⁷¹ Allein der Umstand, dass der individuelle Wille nur durch die Rechtsordnung selbst Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erlangt, macht diesen noch nicht zu einer staatlichen Norm.⁷²

In dieser Feststellung, wonach die Privatautonomie zu ihrer rechtlichen Anerkennung und Durchsetzbarkeit der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung bedarf und hinsichtlich der Durchsetzbarkeit zudem auf den staatlichen Justiz- und Vollstreckungsapparat angewiesen ist,⁷³ liegt jedoch der Kern des Problems. Zwar wird diese Abhängigkeit von der Rechtsordnung teils bestritten – Privatautonomie existiere auch in einem naturrechtlichen Zustand –, was mit folgendem Beispiel untermauert werden soll: Zwei Menschen in der Wüste schließen einen Tauschvertrag. A verpflichtet sich zur Übergabe von gedörrtem Fleisch gegen die Übergabe von Wassermelonen durch B. Wenn nun nach diesem Tausch der A dem B das gedörrte Fleisch wieder wegnehme, dann handle A rechtswidrig, weil er sich gegen den geschlossenen Vertrag auflehne und diesen missachte.⁷⁴ Recht sei folglich ein natürlicher Entstehungsprozess, ein menschliches Erzeugnis und es sei der Individualwille, der dem Satz Geltungskraft verleihe.⁷⁵ Die Parteien seien „durch ihren rechtlichen Zeugungsakt fortan in einen gemeinsamen ‚Rechtskreis‘ eingeschlossen, ihr ‚Gesamtwille‘ stehe fortan als geistiges Gebilde über ihnen, eine von den Parteien selbst geschaffene, jetzt aber ‚dem Individualwillen als Norm widerstehende Sozialwirklichkeit“.⁷⁶ Allerdings kann der gewissermaßen reine Glaube an den „natürlichen Entstehungsprozess“ des Rechts die tatsächliche Rechtsgeltung nicht ausreichend erklären.⁷⁷ Ohne die Geltungsanordnung durch die Rechtsordnung sind Kauf- oder Tauschverträge nicht mehr als tatsächliche Vorgänge ohne juristische Geltungsrelevanz.⁷⁸ Zudem ist auch die Durchsetzung privatautonomer Gestaltung durch Prozesse bis hin zur Zwangsvollstreckung ohne eine Privatrechtsordnung nicht möglich.⁷⁹

⁷¹ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 51.

⁷² Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 51.

⁷³ Ruffert 2001, S. 304; Canaris JZ 1987, S. 993 (995); Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 52; BVerfGE 89, S. 214 (231 f.).

⁷⁴ von Hippel 1936, S. 92 f.; zu diesem Beispiel auch Ruffert 2001, S. 312 Fn. 157.

⁷⁵ Vgl. von Hippel 1936, S. 94, 95 Fn. 9.

⁷⁶ Vgl. von Hippel 1936, S. 95, im Ergebnis aber dafür plädierend, der Mensch schaffe sein Recht nicht, sondern der beschriebene Sachverhalt sei mit Hilfe eines vorauszusetzenden naturrechtlichen Rechtssatzes zu begründen: So gebe es die formale Grundvorstellung, dass Gerechtigkeit herrschen solle, dass jedermann verpflichtet sei, bei seinem Verhalten die Interessen der anderen im Rahmen der Gleichberechtigung zu berücksichtigen, siehe dort, S. 98.

⁷⁷ Höfling 1991, S. 23.

⁷⁸ Höfling 1991, S. 23.

⁷⁹ Ruffert 2001, S. 312, im Übrigen seine grundsätzliche Kritik an dem Beispiel Husserls auch dadurch zum Ausdruck bringend, wonach dieses Beispiel die Loslösung der Privatautonomie von einer konkreten Rechtsordnung zu belegen *scheine*.

Aufgrund dieser Rechtsordnungsabhängigkeit könnten nun, so die Kritiker, die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit nicht mit den sonstigen im Grundrechtskatalog aufgeführten persönlichen Freiheitsrechten auf eine Stufe gestellt werden. Es handle sich bei diesen Rechten um keine „apriorischen Freiheitsrechte“.⁸⁰ Wenn die Vertragsfreiheit – als pars pro toto der Privatautonomie – nur nach Maßgabe der Rechtsordnung bestehen könne, so könnten sich aus der verfassungsmäßigen Gewährleistung der Vertragsfreiheit auch keine konkreten Folgerungen für den Inhalt der Privatrechtsordnung ergeben, abgesehen von der Grundentscheidung der Verfassung für die Privatrechtsordnung.⁸¹ Vorgegeben sei nur die Achtung des Einzelnen als Person und damit die grundsätzliche Respektierung der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben. Dieses Gebot folge aber nicht erst aus Art. 2 Abs. 1 GG, sondern sei Maxime einer jeden Gesetzgebung.⁸²

Diese Ansicht zugrunde gelegt, könnte folglich bei der gesetzlichen Gestaltung des Privatrechts auch nicht von einem Grundrechtseingriff gesprochen werden,⁸³ eine Privatautonomie als subjektives Abwehrrecht könnte es nicht geben und die Regelungen des Zivilgesetzgebers wären damit auch nicht an den grundrechtlichen Schranken zu messen.⁸⁴ Dies wiederum hat zur Folge, dass für die Regelungen des Zivilgesetzgebers insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gälte: Denn gibt es eine verfassungsrechtliche Freiheit ohne vorherige Ausgestaltung nicht, ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unmöglich.⁸⁵

⁸⁰ Flume 1992, S. 17; Flume, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 (136).

⁸¹ Flume 1992, S. 18; Flume, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 (138); Schmidt-Salzer NJW 1970, S. 8 (14), wonach die Vertragsfreiheit erst durch das Recht geschaffen werde, während bei den übrigen Freiheitsrechten ein vom Recht im gesellschaftlichen Leben vorgefundenes Handeln gegen staatliche Eingriffe geschützt werde. Ebenso Rittner 1957, S. 61 ff. Siehe auch Roscher 1974, S. 46 ff.: Privatautonomie und Vertragsfreiheit, wie sie durch die Regelungen des BGB unser Rechtsverständnis prägten, könnten schon deshalb nicht den Inhalt der Verfassung prägen, da die Verfassung dann leer liefe: Sie könnte auf das einfache Recht nicht mehr einwirken. Außerdem werde insbesondere die Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ bedeutungslos, wenn doch die Vertragsfreiheit sowieso nur so geschützt sei, wie sie die Rechtsordnung (und damit die verfassungsmäßige Ordnung) gestalte, siehe dort S. 52 f.; ebenso Raiser, in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, S. B5 (B18).

⁸² Flume 1992, S. 19; Flume, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 (139); siehe auch Huber 1966, S. 18 ff.; Raiser, in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, S. B5 (B18 f.), der sich die Ausführungen von Flume ausdrücklich zu eigen macht.

⁸³ Ruffert 2001, S. 308.

⁸⁴ So explizit zur Eheschließungsfreiheit: Sachs-von Coelln 2021, Vorbemerkung: Die Struktur des Art. 6 GG Rn. 31. Im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit schreibt Huber, diese könne allenfalls dort verletzt werden, wo der Gesetzgeber „in einer ersten Runde“ die Vertragsfreiheit bereits „abgesteckt“ habe. Das erste Ausmessen hingegen könne selbst nicht gegen die Vertragsfreiheit verstoßen, siehe Huber 1966, S. 20.

⁸⁵ So gibt es insbesondere für die Regelungen der Geschäftsfähigkeit kein verfassungs-

Diese Erkenntnis zeigt, dass die These, Privatautonomie existiere ohne Ausgestaltung auf verfassungsrechtlicher Ebene überhaupt nicht, nicht richtig sein kann, denn dann unterläge der Gesetzgeber gerade bei der Festlegung der Kriterien für die Geschäftsunfähigkeit kaum Grenzen.⁸⁶ Er könnte vollkommen frei definieren, wer zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung überhaupt fähig ist, was dem Gedanken gleicher, unteilbarer Freiheit und letztlich der Menschenwürde, die allen Menschen gleichermaßen zukommt, vollständig widerspräche.⁸⁷

Um dies zu verhindern, ist zum einen die Absicherung der Privatautonomie als Institutsgarantie anerkannt.⁸⁸ Durch die Funktion einer Institutsgarantie wird die Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie als Bestandteil der Rechtsordnung geschützt.⁸⁹ Die Funktion der Privatautonomie als institutionelle Garantie bedeutet, dass diese aufrechterhalten und gesichert werden muss und daher weder insgesamt abgeschafft noch durch einzelne Maßnahmen ausgehöhlt werden oder allmählich veröden darf.⁹⁰

Es hat sich aber zum anderen heute weitestgehend durchgesetzt, dass die Privatautonomie nicht nur Institutsgarantie, sondern auch subjektives Abwehrrecht ist.⁹¹ Denn lehnte man über die Einordnung als Institutsgarantie hinaus eine Verankerung der Privatautonomie in den Grundrechten als gewöhnliches subjektives Abwehrrecht ab, wäre diese weniger geschützt als die anderen Institutsgarantien, insbesondere wäre der Gesetzgeber gerade wiederum nicht an das Übermaßverbot gebunden, da das Übermaßverbot nur im Bereich von Grund-

rechtliches Prinzip, an dem sich die Verhältnismäßigkeit orientieren könnte, wenn erst das einfache Recht den grundrechtlichen Schutzbereich festlegte: *Cornils* 2005, S. 209.

⁸⁶ *Canaris* JZ 1987, S. 993 (995); *Cornils* 2005, S. 209, 211 f.

⁸⁷ *Cornils* 2005, S. 212.

⁸⁸ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Isensee* 2009, § 150 Rn. 84 ff.; *Schmidt-Salzer* NJW 1970, S. 8 (15); so wohl auch *Raiser*, in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, S. B5 (B19); *Höfling* 1991, S. 25 ff.; siehe auch *Ruffert* 2001, S. 304 Fn. 116 m. w. N.; im Zusammenhang mit der Ehe: *Sachs-von Coelln* 2021, Vorbemerkung: Die Struktur des Art. 6 GG Rn. 31; dagegen *Huber* 1966, S. 31: Das Eigentum sei eine Institution, die die Zuordnung von Gütern verkörpere. Die Vertragsfreiheit hingegen sei weder Institut noch Institution, sondern ein Abstraktionsbegriff, ein äußerst allgemeiner Grundsatz. Ebenso dagegen, sodass der Gesetzgeber nur durch das Willkürverbot bzw. vom Gebot, nicht gegen andere Verfassungsnormen zu verstoßen, begrenzt sei: *Struck* DuR 1988, S. 39 (43); siehe auch *Roscher* 1974, S. 64, wonach die Verfassung keine bestimmte Wirtschaftsordnung verewige, siehe dort, S. 63 (sodass der Autor wohl auch nicht von einem Schutz der Privatautonomie als Institutsgarantie ausgeht); vgl. *Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 106 Fn. 6.

⁸⁹ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Isensee* 2009, § 150 Rn. 84, wobei als Synonym auch „institutionelle Garantie“ oder „Einrichtungsgarantie“ verwendet werden könne.

⁹⁰ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Isensee* 2009, § 150 Rn. 86; *Ruffert* 2001, S. 306; *Höfling* 1991, S. 26.

⁹¹ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Isensee* 2009, § 150 Rn. 52; *Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 102; so zur Freiheit der Eheschließung BVerfGE 31, S. 58 (69).

rechten zur Anwendung kommt. Für eine solche Differenzierung gibt es jedoch keinen Grund.⁹²

Für die Frage, wie es im Detail gelingen kann, die Privatautonomie als subjektives Abwehrrecht zu qualifizieren, gibt es sodann unterschiedliche Ansätze. Ein Ansatz greift auf das Regel-Prinzipienmodell *Alexys* zurück:⁹³ Nach diesem Modell ist zu unterscheiden zwischen sog. Regeln, d.h. Normen, die bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen etwas definitiv gebieten, verbieten oder erlauben, und sog. Prinzipien als „Optimierungsgeboten“, die nur vorgeben, dass etwas in einem relativ möglichst hohen Maße, je nach rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten, realisiert wird.⁹⁴ Institutsgarantien, die auf die Umsetzung durch den Gesetzgeber angewiesen seien, seien solche Prinzipien, mit dem Ergebnis, dass von einem Eingriff immer dann auszugehen sein soll, wenn der Gesetzgeber ein Prinzip nicht optimal realisiere.⁹⁵ In ähnlicher Weise wird die Vertragsfreiheit – und erweiternd die Privatautonomie – als ein staatlicher Gewährung vorausliegendes Grundrecht angesehen,⁹⁶ wohl ebenso als „Prinzip“ oder „Idee“. Dabei soll ein Eingriff aber nicht nur bei nicht optimaler Verwirklichung vorliegen, da es eine optimale Verwirklichung angesichts stets existierender gegenläufiger Prinzipien nie geben könne, sondern bereits dann, wenn eine Norm dieses Prinzip einschränke oder wenn eine Norm die vom grundrechtlichen Prinzip vorausgesetzten normativen Leistungen nur unzureichend erbringe.⁹⁷

Alternativ wird die Privatautonomie weder als rein natürliche Freiheit noch als rein rechtsordnungsgeprägt begriffen, sondern als beides gleichzeitig. So sei die Privatautonomie zwar auf das Recht angewiesen, gleichzeitig habe der Staat aber die von Privaten hervorgebrachten Regelungen zu respektieren.⁹⁸ Die Privatautonomie friste damit ein Dasein als Mischwesen, vorrechtlich existierend

⁹² *Canaris* JZ 1987, S. 993 (1995); so auch *Cornils* 2005, S. 211 f.; zur grundrechtlichen Ableitung des Übermaßverbots: *Manssen* 1994, S. 127.

⁹³ *Alexy* 1994, S. 71 ff.

⁹⁴ *Höfling* 1991, S. 36; siehe zur Ansicht *Höflings* auch *Ruffert* 2001, S. 310.

⁹⁵ So für die Vertragsfreiheit *Höfling* 1991, S. 37; a. A. *Manssen* 1994, S. 185, wonach eine Institutsgarantie als Organisationsauftrag nicht gleichzeitig ein Prinzip mit Optimierungsauftrag sein könne. *Manssen* hat die Idee des Normbestandsschutzes entwickelt, basierend auf dem Schutz des Vertrauens auf den Bestand der Normen, die die Freiheitsverwirklichung ermöglichen und absichern, siehe *Manssen* 1994, 170 ff., zum Vertrauensschutz auf S. 174 ff. Bezogen auf die Vertragsfreiheit bedeute die Idee des Normbestandsschutzes etwa, dass Normen, die mit berechtigtem Vertrauen auf fortbestehende vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten kollidierten, im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich zu überprüfen seien, wobei maßgebliche Schranken-Schranke bei Art. 2 Abs. 1 GG das Übermaßverbot sei, siehe *Manssen* 1994, S. 181. Dies gelte zunächst nur für nachkonstitutionelles Recht, also solche Normen, die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes den Normbestand freiheitseinschränkend veränderten, siehe *Manssen* 1994, S. 183. Zur Ansicht *Manssens* auch *Ruffert* 2001, S. 310 f.

⁹⁶ *Cornils* 2005, S. 193 f.

⁹⁷ *Cornils* 2005, S. 195 Fn. 149.

⁹⁸ *Ruffert* 2001, S. 312 f.

und gleichzeitig auf die Rechtsordnung angewiesen. Die Normgeprägtheit der Privatautonomie komme dabei dadurch zum Ausdruck, dass im Rahmen der Abwehrfunktion zu unterscheiden sei zwischen Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriffen: Eine Regelung sei dann eine Grundrechtsausgestaltung, wenn der Gesetzgeber „lediglich den vorhandenen und überkommenen Normbestand“ ausforme.⁹⁹ Dies sei um ein funktionales Kriterium zu ergänzen und zu bereichern: So gehe es primär um Ausgestaltung, wenn der Gesetzgeber auf eine Verbesserung, Sicherung oder gar Erweiterung der Möglichkeiten für privatautonomes Handeln abziele.¹⁰⁰ Verfolge er andere Zwecke, liege ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff vor.¹⁰¹ Von der Rechtsfolge her sei dabei aber sowohl bei der Bewertung von Grundrechtseingriffen als auch von Grundrechtsausgestaltungsregelungen auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückzugreifen, allerdings solle bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtsausgestaltungsregelungen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weniger streng anzuwenden sein als bei der Prüfung von Grundrechtseingriffen.¹⁰² Bei der Grundrechtsausgestaltung habe der Gesetzgeber einen weiteren Spielraum im Rahmen der Abwägung als im Bereich der Eingriffsrechtfertigung.¹⁰³

Es überzeugt, wie es der vorstehenden und zuletzt genannten Ansicht entspricht, die Privatautonomie einerseits als von der Rechtsordnung abhängig zu begreifen, gleichzeitig aber auch als der Verfassung vorgegebenes subjektives Abwehrrecht.¹⁰⁴ Allerdings sollte dabei i. S. e. möglichst umfassenden Grundrechtsschutzes auf eine Differenzierung zwischen Ausgestaltung und Eingriff verzichtet werden, um den Gesetzgeber nicht seiner Rechtfertigungspflicht zu entheben. Es ist dabei auch nicht überzeugend, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in beiden Fällen zwar anwenden zu wollen, allerdings in unterschiedlichem (welchem?) Maße. Es genügt die Berücksichtigung des allgemeinen Grundsatzes, dass bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die Intensität des Eingriffs eine Rolle spielt: Ist eine Regelung wenig einschneidend und gestaltet nur schon vorhandene Regelungen weiter aus, ist eine Rechtfertigung ohnehin unter weniger strengen Voraussetzungen möglich. Im Übrigen spricht auch das BVerfG bei die Privatautonomie betreffenden Regelungen immer wieder von „Einschränkungen“, „Eingriff“ und „Verletzung“.¹⁰⁵ In seiner Handelsvertreterent-

⁹⁹ Ruffert 2001, S. 316.

¹⁰⁰ Ruffert 2001, S. 316.

¹⁰¹ Ruffert 2001, S. 316 f.

¹⁰² Ruffert 2001, S. 117 f., 316.

¹⁰³ Ruffert 2001, S. 117.

¹⁰⁴ Ebenso Canaris JZ 1987, S. 993 (995); Cornils 2005, S. 207.

¹⁰⁵ So prüft das BVerfG unter Verwendung des Begriffs „Eingriff“ am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Ausgestaltung eines Genehmigungsvorbehalts hinsichtlich Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich: BVerfGE 60, S. 329 (339). Auch bei der Bewertung von § 1629 BGB spricht das BVerfG von einer „Einschränkung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes und prüft eine „Verletzung“ desselben, die so lang nicht vorliege, wie

scheidung bezeichnet es Regelungen des Privatrechts auch ausdrücklich als solche, „die der Privatautonomie Schranken setzen“.¹⁰⁶ Dies kann nur so interpretiert werden, dass es ebenso ein den einfachgesetzlichen Regelungen vorausgehendes und in der Verfassung verankertes Grundrecht auf Selbstbestimmung im Rechtsverkehr anerkennt.

II. Privatautonomie in Grundrechten

1. Grundrechtliche Verankerung

a) Art. 2 Abs. 1 GG

Als Grundrecht der Vertragsfreiheit gilt zunächst, mangels ausdrücklicher Normierung, gemeinhin Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁰⁷ Auch nach Rechtsprechung des BVerfG gewährleistet die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit, soweit sie nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen geschützt werden.¹⁰⁸ Unter Verweis auf die Judikatur zur Verortung der Vertragsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG verortet das BVerfG teils auch ausdrücklich die Privatautonomie insgesamt in diesem Grundrecht: Art. 2 Abs. 1 GG schütze die Privatautonomie im umfassenden Sinne als die „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“.¹⁰⁹

das Kindeswohl eine Fremdbestimmung durch die Eltern rechtfertige, siehe: BVerfGE 72, S. 155 (170ff.). Siehe auch BVerfGE 65, S. 196 (215), wonach „jeder staatliche Eingriff in die Freiheit rechtsgeschäftlichen Handelns, der unter Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip vorgenommen wird, [...] indessen zugleich den aus eben diesem Prinzip abgeleiteten Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes Rechnung tragen [muss]“. Siehe auch zur Eheschließungsfreiheit, die zwar durch den Gesetzgeber auszugestalten sei, was aber nicht bedeute, dass dieser deshalb nicht an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden sei: BVerfGE 31, S. 58 (89f.). Auch im Urteil zur Testierfähigkeit misst das BVerfG die entsprechenden Regelungen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und nutzt darüber hinaus nicht nur den Begriff der „Ausgestaltung“, sondern auch den der „Beschränkung“: BVerfGE 99, S. 341 (352). Siehe zu diesen Urteilen und der Anwendung des Übermaßverbots bei Einschränkungen der Privatautonomie bereits: *Canaris* JZ 1987, S. 993 (995); *Cornils* 2005, S. 210f.

¹⁰⁶ BVerfGE 81, S. 242 (254f.) – Handelsvertreter.

¹⁰⁷ BVerwG NJW 1955, S. 962 (963); Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 59.

¹⁰⁸ BVerfGE 12, S. 341 (347); BVerfGE 8, S. 274 (328); BVerfGE 65, S. 196 (210); BVerfGE 70, S. 115 (123); siehe zum Schutz insbesondere der Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG auch *Wolff* 1970, S. 21ff.; *Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 101ff.; *Naczinsky* NZFam 2018, S. 713 (714); *Huber/Voßkuhle-Eichberger* 2024, Art. 2 GG Rn. 116; BVerfGE 60, S. 329 (339); Handbuch der Grundrechte, Band II-Badura 2006, § 29 Rn. 16; Handbuch der Grundrechte, Band V-Brenner 2013, § 115 Rn. 29; *Höfling* 1991, S. 18ff.; *Stern* 2006, S. 901; a. A. *Struck* DuR 1988, S. 39ff., wonach die Vertragsfreiheit nicht Gegenstand einer grundrechtlichen Gewährleistung sei. Damit sei der Gesetzgeber in diesem Bereich keiner Rechtfertigungspflicht unterworfen; eine äußere Grenze bildeten nur Willkür oder Verstöße gegen andere Verfassungsnormen, siehe dort, S. 43.

¹⁰⁹ BVerfGE 89, S. 214 (231) mit Verweis auf BVerfGE 8, S. 274 (328), wo allerdings von der Vertragsfreiheit die Rede ist, und BVerfGE 72, S. 155 (170), dort die Privatautonomie aller-

Es sei dabei darauf hingewiesen, dass auf der Suche nach dem richtigen Standort der Privatautonomie in der Verfassung sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung des BVerfG im Wechsel von Privatautonomie und Vertragsfreiheit gesprochen wird.¹¹⁰ Damit wird die Vertragsfreiheit zum Synonym der Privatautonomie oder es wird jedenfalls *pars pro toto* angenommen.¹¹¹ Obwohl häufig sogar anerkannt wird, dass aber das eine nur Bestandteil bzw. Medium des anderen ist, wird dennoch auf eine strenge Unterscheidung für die konkrete grundrechtliche Verortung verzichtet, da es sich ohnehin anbiete, die Vertragsfreiheit als wichtigsten Bestandteil der Privatautonomie als Untersuchungsgegenstand zu verwenden, wobei natürlich im Hinterkopf zu behalten sei, dass die Privatautonomie auch noch andere Gewährleistungen habe.¹¹²

Im Ergebnis werden jedenfalls auch Regelungen, die beispielsweise die Mündigkeit im Rechtsverkehr beschränken und damit die Anerkennung rechtlicher Handlungen ausschließen, als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit begriffen.¹¹³ Das BVerfG selbst hat in der Vergangenheit die sog. Zwangspflegschaft, durch die der Betroffene die vom Pfleger abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen musste, als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG angesehen.¹¹⁴

b) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Der Schutz der Privatautonomie wird aber häufig nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG begrenzt. Die Privatautonomie wird vielmehr als „elementares Mittel zur freien Entfaltung der Persönlichkeit“¹¹⁵ bezeichnet, womit sich über Art. 2 Abs. 1 GG hinaus auch ein enger Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenwürde aus Art. 1 GG ergebe:¹¹⁶ Das Ansichziehen von privaten Sachverhalten durch den

dings in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankernd; zur Gewährleistung konkret auch der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG auch: Dürig/Herzog/Scholz-*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 101 f.; *Röthel* NJW 2001, S. 1334 (1334); Handbuch der Grundrechte, Band II-*Badura* 2006, § 29 Rn. 16; Handbuch der Grundrechte, Band V-*Brenner* 2013, § 115 Rn. 29; *Stern* 2006, S. 903; *Ehlers* JZ 1985, S. 675 (676); *Ganner* 2005, S. 61.

¹¹⁰ So nochmal, wie in Fn. 108 und Fn. 109 bereits genannt: Zur Vertragsfreiheit äußert sich BVerfGE 12, S. 341 (347); BVerfGE 8, S. 274 (328); BVerfGE 65, S. 196 (210); BVerfGE 70, S. 115 (123). Zur Privatautonomie äußert sich BVerfGE 72, S. 155 (170), BVerfGE 89, S. 214 (231), sogar unter Verweis auf BVerfGE 8, S. 274 (328), wo allerdings von der Vertragsfreiheit die Rede ist.

¹¹¹ *Huber* 1966, S. 12 mit Verweis auf *Flume* 1992, S. 18; *Flume*, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 (138).

¹¹² *Ruffert* 2001, S. 289 f.; diese Vorgehensweise auch befürwortend *Manssen* 1994, S. 132.

¹¹³ So grds. *Lipp* 2000, S. 121.

¹¹⁴ BVerfGE 19, S. 93 (95 f.).

¹¹⁵ *Canaris* JZ 1987, S. 993 (994); Dürig/Herzog/Scholz-*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 101; *Ramm* JZ 1988, S. 489 (489).

¹¹⁶ *Canaris* JZ 1987, S. 993 (994), wonach dieses Hinzuzitieren von Art. 1 GG trotz Vagheit „einen guten Sinn“ habe. Die Nähe zur Menschenwürde betonend auch *Stern* 2006, S. 903. Ebenso die Einordnung bei *Epping et al.* 2024, S. 369 Rn. 645; anders Handbuch des Staats-

Staat, was durch die Anerkennung der Privatautonomie gerade verhindert werden sollte, berge die Gefahr einer Degradierung des Subjekts zum bloßen Objekt staatlicher Fremdbestimmung.¹¹⁷ Im privatautonomen Handeln und dessen Anerkennung durch den Staat hingegen manifestiere sich die Würde des Menschen. Er werde durch die Fähigkeit, sich rechtlich zu binden und die Verantwortung für die Folgen seiner Worte und Taten zu tragen, als selbstbestimmtes Subjekt anerkannt.¹¹⁸

Das BVerfG hat jedenfalls bei „umfassenden Einschränkungen der Privatautonomie“, wie sie sich etwa gerade aus der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger ergeben, betont, es sei nicht lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG berührt.¹¹⁹ So ergänze das allgemeine Persönlichkeitsrecht als „unbenanntes“ Freiheitsrecht die speziellen („benannten“) Freiheitsrechte. Im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der „Würde des Menschen“ (Art. 1 Abs. 1 GG) sei es seine Aufgabe, die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen Freiheitsgarantien nicht erfassen ließen. Der Inhalt dieses Rechts lasse sich nicht abschließend umschreiben, sondern seine Ausprägungen müssten jeweils anhand des zu entscheidenden Falles herausgearbeitet werden. So sei etwa das Recht auf Selbstbestimmung im Bereich der Offenbarung von persönlichen Lebenssachverhalten als Schutzgut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt. In gleicher Intensität werde aber das Recht auf individuelle Selbstbestimmung berührt, wenn Eltern ihre minderjährigen Kinder kraft der ihnen zustehenden gesetzlichen Vertretungsmacht (§ 1629 Abs. 1 BGB) finanziell verpflichten können. Hierdurch könnten in erheblichem Maße die Grundbedingungen freier Entfaltung und Entwicklung und damit nicht nur einzelne Ausformungen allgemeiner Handlungsfreiheit, sondern die engere persönliche Lebenssphäre junger Menschen betroffen werden.¹²⁰ Dieses Persönlichkeitsrecht werde verletzt, wenn der Gesetzgeber nicht verhindere, dass der Minderjährige mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit „entlassen“ werden könne, sodass er nicht die Möglichkeit habe, sein weiteres Leben selbst und ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten, die er nicht zu verantworten habe.¹²¹

rechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 71, wonach der Zusatz „i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG“ grundsätzlich aus dem juristischen Diskurs verschwinden sollte; eine Verankerung in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ebenfalls ablehnend Ruffert 2001, S. 302f.

¹¹⁷ Canaris JZ 1987, S. 993 (994).

¹¹⁸ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 71.

¹¹⁹ BVerfGE 72, S. 155 (170); dem zustimmend Littwin 1993, S. 82; siehe auch Canaris JZ 1987, S. 993 (996).

¹²⁰ BVerfGE 72, S. 155 (170f.).

¹²¹ BVerfGE 72, S. 155 (170).

Die Verortung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hat in der Literatur teilweise Anhängerschaft gefunden.¹²² Teils wird die Privatautonomie aber auch als sonstiges sog. unbenanntes Freiheitsrecht („Innominatgrundrecht“¹²³) bezeichnet, das zwar grundsätzlich an Art. 2 Abs. 1 GG rückgekoppelt werden könne, aber dennoch hiervon abzusondern sei, wenn auch nicht durch Anbindung an das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern als sonstiges, daneben stehendes unbenanntes Freiheitsrecht.¹²⁴ Bei sog. unbenannten Freiheitsrechten handelt es sich um spezielle Freiheitsrechte, die aufgrund der Möglichkeit der äußeren Formulierung eines bestimmten Schutzbereichs von der allgemeinen Handlungsfreiheit abgespalten werden können und nach Normgehalt und verfassungsrechtlicher Bedeutung einem speziellen, benannten „Freiheitsrecht“ gleichstehen.¹²⁵ Eine solche Absonderung von der allgemeinen Handlungsfreiheit sei gerade bei der Privatautonomie angebracht, um ihrer Bedeutung für die Rechts- und Verfassungsordnung gerecht zu werden und sie nicht als nebensächliche Verbürgung neben im Vergleich bedeutungslosen Tätigkeiten wie Taubenfüttern¹²⁶ und Reiten im Wald¹²⁷ stehen zu lassen.¹²⁸

Sinn der Herausbildung unbenannter Freiheitsrechte liegt in der Erfassung typischer Einzelfälle durch tatbestandliche Präzisierung, um durch Fallgruppenbildung höhere Konsistenz in der Rechtsprechung und mehr Rechtssicherheit zu schaffen.¹²⁹ Es können sich dogmatische Gesetzmäßigkeiten, wie etwa Standards zur Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, herausbilden, die das Ausmaß der Freiheitsgarantie im konkreten Fall besser vorausseh-

¹²² Siehe die Quellen in Fn 116.

¹²³ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 72.

¹²⁴ So wohl *Miethaner* 2010, S. 9 ff., der die Vertragsfreiheit laut Überschrift zwar auf S. 9 in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankert, auf S. 11 aber trotzdem nur von der Schaffung unbenannter Freiheitsrechte „in Anlehnung an das allgemeine Persönlichkeitsrecht“ spricht. Zur Einordnung der Privatautonomie als unbenanntes Freiheitsrecht trotz grundsätzlicher Anbindung an Art. 2 Abs. 1 GG: Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 72 f.: „schutzbereichsübergreifendes Innominatgrundrecht“, Privatautonomie als „Querschnittsmaterie“ und verbindendes Prinzip aller Einzelausprägungen, wobei Art. 2 Abs. 1 GG die verbindenden Elemente aller Grundrechtstatbestände repräsentiere. Ebenso *Ruffert* 2001, S. 301; *Manssen* 1994, S. 187 ff. im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit; wohl auch *Lorenz*, in: Staat, Kirche, Verwaltung, S. 213 (224 f. und S. 214 ff.), der die Privatautonomie als unbenanntes Freiheitsrecht betrachtet, Abs. 1 GG jedoch nicht hinzuzitiert und solche Rechte auch nur „in Anlehnung an das Modell des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ entwickelt.

¹²⁵ *Lorenz* in: Staat, Kirche, Verwaltung, S. 213 (216 ff.); zu den Voraussetzungen eines unbenannten Freiheitsrechts auch *Manssen* 1994, S. 191 ff.

¹²⁶ BVerfGE 54, S. 143 (146).

¹²⁷ BVerfGE 80, S. 137 (152 f.).

¹²⁸ So, mit diesen Beispielen, *Ruffert* 2001, S. 301; so für die Vertragsfreiheit als Bestandteil der Privatautonomie auch *Manssen* 1994, S. 192 ff.

¹²⁹ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 35.

bar machen.¹³⁰ Es soll dabei vor allem die Prüfung des Übermaßverbots durch eigene Regeln strukturiert, spezifiziert und ggfs. modifiziert werden.¹³¹ Bemerkenswert ist dabei aber, dass eine Konkretisierung jedenfalls im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip trotz Bezeichnung der Privatautonomie als unbenanntes Freiheitsrecht oder überhaupt eine Standardisierung irgendeiner Art bislang nicht stattgefunden hat. Meist werden doch nur die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG angewendet.¹³² Es wird aber auch vorgeschlagen, auf die beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht anerkannte sog. Sphärentheorie zurückzugreifen.¹³³

c) Stellungnahme

Die Verankerung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG wird insbesondere mit dem Argument abgelehnt, beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht handle es sich um die passive Seite der allgemeinen Handlungsfrei-

¹³⁰ von Mangoldt/Klein/Starck-Starck 2018, Art. 2 GG Rn. 17; *Manssen* 1994, S. 190, auf S. 192 von einem „besonderen Schutz“ sprechend; a. A., wonach auch die Einordnung einer Freiheit als unbenannte Freiheit nicht automatisch zu stärkerem Schutz i. S. e. erhöhten Rechtfertigungslast führe: Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 36 mit Verweis auf BVerfGE 72, S. 200 (205), wo das BVerfG die Ausreisefreiheit als Teilaspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit den Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG unterworfen habe (siehe zu dieser Entscheidung auch *Manssen* 1994, S. 188, wonach der Entscheidung nicht zu entnehmen sei, dass die Ausreisefreiheit überhaupt als unbenanntes Freiheitsrecht konkretisiert werden sollte – die Ausreisefreiheit falle vielmehr als Tätigkeit in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit); siehe auch *Ruffert* 2001, S. 301 f., wonach die unbenannten Freiheitsrechte zu einer Tatbestandskonkretisierung führten, unter Anwendung der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG.

¹³¹ *Manssen* 1994, S. 192.

¹³² So beschreibt *Starck* zunächst den Nutzen unbenannter Freiheitrechte (Herausbildung dogmatischer Gesetzmäßigkeiten, etwa Standards zur Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die das Ausmaß der Freiheitsgarantie im konkreten Fall besser voraussehbar machen) und verweist dann auf BVerfGE 12, S. 341 (347) und BVerfGE 65, S. 196 (210) als Beispiele der Rechtsprechung, wonach die Vertragsfreiheit als unbenanntes Freiheitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG eingeordnet worden sei, siehe: von Mangoldt/Klein/Starck-Starck 2018, Art. 2 Rn. 17 Fn. 52. In diesen Urteilen wird die Rechtmäßigkeit des Eingriffs der über Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit jedoch allein anhand der Schrankentrias geprüft. Eine darüber hinausgehende Konkretisierung oder Standardisierung findet sich dort nicht. Auch laut *Manssen* habe die Anerkennung des Rechts auf Vertragsfreiheit vor allem durch die Rechtsprechung des BVerfG eigene dogmatische Regeln, die sich nicht ohne Weiteres aus dem Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit ergäben, siehe *Manssen* 1994, S. 194.

¹³³ Siehe *Miethaner*, der die Vertragsfreiheit als Innominatgrundrecht zwar nicht allein in Art. 2 Abs. 1 GG ansiedelt, sondern in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, dies allerdings nicht als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern als hieran nur angelehnte unbenannte Freiheit, für die es also neue und eigene Standards zu schaffen gelte. Nichtsdestotrotz wendet er bei der Rechtfertigungsprüfung jedoch die für das allgemeine Persönlichkeitsrecht entwickelte Sphärentheorie an, indem er einen abwägungsfesten Kernbereich von weiteren, mehr oder weniger intensiv geschützten Bereichen unterscheidet, siehe *Miethaner* 2010, S. 20 ff. Siehe zur Sphärentheorie noch unten bei Fn. 144.

heit; es gehe beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht um Handlungsmöglichkeiten, sondern um die Achtung der privaten Sphäre jenseits der speziellen Gewährleistungen von Art. 10 und 13 GG.¹³⁴ Zwar gehörten Integritätsschutz und Aktivitätsschutz im Sinne der selbstbestimmten Entscheidung zur Entfaltung der personenkonstituierenden Eigenschaften eng zusammen, insbesondere gehöre zum Integritätsschutz auch die Entscheidung über Verfügungen über die Person konstituierende Elemente (eigene Daten etc.), dennoch spreche nichts dagegen, Integrität und Aktivität zwei verschiedenen Teilgewährleistungen zuzuordnen, wenn dies möglich sei.¹³⁵

In der Tat spricht das BVerfG davon, das allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze „die Grundbedingungen freier Entfaltung und Entwicklung und damit nicht nur einzelne Ausformungen allgemeiner Handlungsfreiheit, sondern die engere persönliche Lebenssphäre“,¹³⁶ wobei insbesondere der Schutz der „Grundbedingungen“ die passive Komponente, dem aktiven Tun vorgeschaltete Aspekte hervorhebt. Es ist jedoch auch darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung selbst die strikte Trennung zwischen Integritätsschutz und Aktivitätsschutz nicht streng durchhält und auch den Schutz bestimmter Verhaltensweisen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zugeordnet hat, so zuletzt ausdrücklich in der Entscheidung zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben: Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleiste das Recht, selbstbestimmt die Entscheidung zu treffen, sein Leben eigenhändig bewusst und gewollt zu beenden.¹³⁷ Es verortet also auch Verhaltensentscheidungen und Tätigkeiten im allgemeinen Persönlichkeitsrecht, wenn es ihnen eine besondere Schutzbedürftigkeit oder eine besondere Nähe zur Menschenwürde zuspricht.

Dieser Ansatz findet sich auch im bereits zitierten Urteil des BVerfG zur Vertretung Minderjähriger, wonach die Privatautonomie grundsätzlich in Art. 2 Abs. 1 GG verankert sei, bei „umfassenden Einschränkungen“, wie sie aus der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger folge, sei allerdings das allgemeine Persönlichkeitsrecht berührt.¹³⁸ Das BVerfG stellt hier als Abgrenzung zur allgem-

¹³⁴ Ruffert 2001, S. 303: Nur in ganz besonders krassen Fällen sei eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Anwendungsbereich der Privatautonomie denkbar, etwa wenn ein Schuldner durch eine extreme Bindung zum Objekt des Gläubigers herabgewürdigt werde. Dann greife aber ohnehin Art. 1 Abs. 1 GG ein. Siehe auch Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 29.

¹³⁵ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 31.

¹³⁶ BVerfGE 72, S. 155 (171).

¹³⁷ BVerfG NJW 2020, S. 905 (906); siehe auch zur Bewertung des Inzestverbots anhand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: BVerfGE 120, S. 224 (238 ff.). Auf das Urteil zum Inzestverbot hinweisend: Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 29 Fn. 109; in Bezug auf dieses von „dogmatischer Fehlverortung“ sprechend: Dreier-Barczak 2023, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 27 Fn. 116.

¹³⁸ BVerfGE 72, S. 155 (170); im Anschluss an dieses Urteil die gesetzliche Vertretung durch den Betreuer im finanziellen Bereich ebenso als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht wertend: Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 77, 183; kritisch Ruffert 2001, S. 303:

einen Handlungsfreiheit auf die Intensität ab, mit der die Selbstbestimmung betroffen ist.¹³⁹

Aus den eben angestellten Überlegungen lässt sich folgendes vermittelndes Ergebnis ableiten: Es handelt sich bei der Abgrenzung zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG folglich weniger um eine Abgrenzung nach dem Schutzgegenstand als eher um eine graduelle Abstufung, je nach gewünschter Schutzintensität. Somit unterfällt das Recht auf privatautonome Gestaltung der eigenen Verhältnisse grundsätzlich Art. 2 Abs. 1 GG, es sei denn, es ist ein Aspekt berührt, der sich als besonders persönlichkeitsnah erweist, sei es nur aufgrund der Reichweite und Intensität, mit der die Selbstbestimmung beschnitten werden soll. Hieraus ergibt sich insbesondere, dass Vorschriften, die die Geschäftsfähigkeit und damit die Anerkennung als selbstbestimmungsfähige Person betreffen, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuzuordnen sind: Diese berühren nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit, indem sie die Ausübung von Privatautonomie unmöglich machen, sondern sie tasten auch den Status einer Person an, den einer selbstverantwortlichen Person, die den anderen Teilnehmern des Rechtsverkehrs auf Augenhöhe begegnet.¹⁴⁰

Nun wird zwar eingewendet, es sei nutzlos, besonders persönlichkeitsrelevante Aspekte dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuzuordnen, denn es sei eine Fehlvorstellung, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht aufgrund des Bezugs zu Art. 1 Abs. 1 GG gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG automatisch stärkeren Schutz im Sinne höherer Rechtsfertigungslasten in der grundrechtlichen Abwägung genieße.¹⁴¹ Dass die vom Persönlichkeitsrecht geschützten Aspekte gleichwohl häufig faktisch stärkeren Schutz genießen, liege vor allem daran, dass sie anders als meist sozialbezügliches menschliches Verhalten kaum in Konflikt mit Interessen Dritter oder des Gemeinwohls träten, sodass sich keine oder weniger Gründe für Eingriffe ergäben.¹⁴² Auch ein Blick auf die Rechtsprechung zeige, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht per se stärkeren Schutz genieße,

Einer Person, die infolge von Überschuldung ihre Vermögensverhältnisse nicht frei gestalten könne, fehle es nicht an den für die menschenwürdige Persönlichkeitsentfaltung konstitutiven Elementen, sondern an den Voraussetzungen für privatautonomes Handeln.

¹³⁹ BVerfGE 72, S. 155 (170 f.).

¹⁴⁰ Die Vorschriften über die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit an Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und nicht nur an Art. 2 Abs. 1 GG messend auch: *Canaris* JZ 1987, S. 993 (994); ebenso *Waldhoff*, in: *Demenz und Recht*, S. 57 (69 f.). Ebenso Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-*Piegsa* 2020, § 11 BeurkG Rn. 15.

¹⁴¹ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Cornils* 2009, § 168 Rn. 32: Der verhaltensbezogene Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG sei nicht weniger elementar als der integritätsbezogene Schutz, daher stehe die allgemeine Handlungsfreiheit nicht per se in ihrer Nähe zur Menschenwürde hinter der personalen Integrität als Schutzobjekt des Art. 2 Abs. 1 GG zurück.

¹⁴² Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Cornils* 2009, § 168 Rn. 33; vgl. auch *Alexy* 1994, S. 327 f.

sondern häufig ebenso nur unter den Schrankenvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung gestellt werde.¹⁴³

Im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG wurde aber immerhin durch die sog. Sphärentheorie eine Rechtfertigungsprüfung entwickelt, die je nach Sphäre intensiveren Schutz bietet und die Art. 2 Abs. 1 GG gerade fremd ist. So hat sich eine Aufteilung in eine Privat- und Sozialsphäre einerseits, wobei die Privatsphäre nur aus gewichtigen Gründen eingeschränkt werden kann, die Sozialsphäre hingegen auch bereits auch weniger gewichtigen, sowie in einen absolut geschützten und damit unantastbaren Intimbereich andererseits herausgebildet, wodurch Eingriffsschwellen und Eingriffsgrenzen konkretisiert werden.¹⁴⁴ Dabei kann natürlich auch die Intensität der Beeinträchtigung die Rechtfertigungsanforderungen verschärfen, auch wenn eine Regelung an sich einer weniger geschützten Sphäre zufällt.¹⁴⁵ Vereinfacht gesagt verstärkt sich der Schutz, je näher ein Eingriff dem Kern der Persönlichkeit kommt,¹⁴⁶ indem Art. 1 Abs. 1 GG auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip einwirkt.¹⁴⁷

Regelungen wie die §§ 104 ff. BGB betreffen dabei die engere persönliche Lebenssphäre und unterliegen damit erhöhten Rechtfertigungsanforderungen. Sie berühren zwar nicht den unantastbaren Kernbereich. Dennoch ist die Intensität der Beeinträchtigung äußerst hoch: Durch die Wichtigkeitsfolge wird dem Betroffenen jedenfalls für das konkrete Rechtsgeschäft die rechtliche Handlungsfähigkeit abgesprochen. Auch die Personenbezogenheit und damit der personale Charakter der entsprechenden Regelungen nähern diese dem Kern der Persönlichkeit, der engeren persönlichen Lebenssphäre an.¹⁴⁸ Damit sind Einschränkungen bezogen auf die Geschäftsfähigkeit nur aus zwingenden Gründen zulässig.¹⁴⁹

¹⁴³ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 36. Siehe aber auch zum sog. unantastbaren Kernbereich der Privatsphäre: BVerfGE 49, S. 286 (298) – Kalkar; BVerfGE 115, S. 1 (15); siehe zu diesen Urteilen Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 36.

¹⁴⁴ von Mangoldt/Klein/Starck-Starck 2018, Art. 2 GG Rn. 16, diese Aufteilung jedoch kritisierend, da nur die Menschenwürde unantastbare Bereiche schütze (weniger kritisch, jedoch fordernd, die Grenzen des unantastbaren Kernbereichs eng zu ziehen, in der Neukommentierung Huber/Voßkuhle-Eichberger 2024, Art. 2 GG Rn. 177 ff.); Manssen 1994, S. 1190; Alexy 1994, S. 327 ff.; Sachs-Rixen 2021, Art. 2 GG Rn. 104; zu diesen Sphären etwa: BVerfGE 35, S. 202 (220).

¹⁴⁵ Alexy 1994, S. 329 f.

¹⁴⁶ Canaris JZ 1987, S. 993 (995).

¹⁴⁷ von Mangoldt/Klein/Starck-Starck 2018, Art. 2 GG Rn. 15; dagegen Isensee, wonach der „stereotype Rekurs“ auf Art. 1 Abs. 1 GG dazu führen könne, dass der entsprechenden Grundrechtsposition bei Abwägung ein erhöhtes, nicht selten überhöhtes Gewicht zugesprochen werden solle gegenüber anderen Positionen, die ebenfalls Ausdruck der Menschenwürde seien, sich jedoch nicht mit ihr etikettierten, siehe: Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 71.

¹⁴⁸ Diese Wertung bereits bei Miethaner 2010, S. 21; auf die Eingriffstiefe hinweisend auch: Waldhoff, in: Demenz und Recht, S. 57 (70).

¹⁴⁹ Miethaner 2010, S. 21.

2. Verhältnis zu anderen Grundrechten

Das Recht, Rechtsgeschäfte wirksam vornehmen zu können, berührt unterschiedliche Grundrechte, beispielsweise, je nach Kontext, auch die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG, die Eigentums- und Testierfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG, in Ehesachen Art. 6 Abs. 1 GG oder die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG.¹⁵⁰ Bei diesen Grundrechten ist teils ein besonderer Rechtfertigungsmaßstab anwendbar: Eingriffe in Art. 6 Abs. 1 GG sind beispielsweise nur gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber sich auf höherwertige Verfassungsrechtsgüter stützen kann.¹⁵¹ Hinsichtlich Art. 12 Abs. 1 GG wirken die §§ 104 ff. BGB wie subjektive Berufswahlschranken,¹⁵² da sie es einer Person aufgrund personenbezogener Merkmale unmöglich machen, einen Arbeitsvertrag abzuschließen und ggfs. überhaupt ihrer Tätigkeit nachzugehen. Solche Schranken sind nur zum Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts zulässig.¹⁵³

Sind mehrere Grundrechte auf einen Sachverhalt anwendbar, gibt es im Wesentlichen vier Möglichkeiten für das weitere Vorgehen: Es kann entweder ein Grundrecht als das speziellere vorrangig angewendet werden oder es kann ein anderes im Wege der Konsumtion in sich aufnehmen, sodass es im Ergebnis stets bei der Anwendung nur eines Grundrechts, des spezielleren oder des konsumierenden, bleibt.¹⁵⁴ Entsprechend bezieht sich das BVerfG teils auf speziellere Grundrechtsnormen unter Zurückdrängung der grundsätzlich von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit: Aufgrund Subsidiarität von Art. 2 Abs. 1 GG müsse dieses Grundrecht als Prüfungsmaßstab ausscheiden, wenn eine gesetzliche Regelung die Vertragsfreiheit gerade im Bereich beruflicher Betätigung, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 Abs. 1 GG gefunden habe, betreffe.¹⁵⁵ Auch die Regelungen zur Testierfähigkeit misst das BVerfG nur an

¹⁵⁰ Staudinger *BGB-Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. Rn. 14; *Canaris* JZ 1987, S. 993 (994); *Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 103; *Höfling* 1991, S. 14 ff.; *Ruffert* 2001, S. 294 ff.; ausführlich Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Isensee* 2009, § 150 Rn. 63 ff.

¹⁵¹ *Stern* 2006, S. 583.

¹⁵² So etwa für die Anforderung, ein Rechtsanwalt müsse bei seiner Tätigkeit geschäfts- und prozessfähig sein: BVerfGE 37, S. 67 (77).

¹⁵³ *Dürig/Herzog/Scholz-Remmert*, Art. 12 Abs. 1 GG Rn. 158.

¹⁵⁴ *Stern* 1994, S. 1398 zur Konsumtion, S. 1400 zur Spezialität; zur Spezialität auch *Larenz* 1991, S. 267.

¹⁵⁵ BVerfGE 116, S. 202 (221). So etwa auch in Bezug auf das Verhältnis zwischen Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG: BVerfGE 109, S. 279 (326); siehe auch: Handbuch des Staatsrechts, Band VII-*Cornils* 2009, § 168 Rn. 63 und Rn. 35, wonach das BVerfG den „Gedanken des exklusiven Selbstbestandes bestimmter Gewährleistungsgehalte des Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber besonderen Freiheitsrechten trotz deren thematischer Betroffenheit“ in wichtigen Fallgruppen aufgegeben habe. Zur Subsidiarität von Art. 2 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit der Privatautonomie auch *Höfling* 1991, S. 18 ff.; *Ruffert* 2001, S. 301;

Art. 14 GG, nicht auch an Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁵⁶ Regelungen, die die Eheschließungsfreiheit betreffen, prüft das BVerfG ebenso nur am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 GG.¹⁵⁷

An anderer Stelle zieht es aber, wenn es die Privatautonomie einschränkende Regelungen untersucht, sogar ausschließlich Art. 2 Abs. 1 GG heran und stellt andere Grundrechte zurück.¹⁵⁸ Durch eine solche einheitliche Anknüpfung der Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie im Grundgesetz, also stets nur an Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, solle verhindert werden, dass der Blick auf vergleichbare Fragestellungen durch die unterschiedliche Dogmatik verschiedener Spezialgrundrechte verstellt werde.¹⁵⁹ Diese Notwendigkeit einheitlicher Anknüpfung ergebe sich schon aus dem Umstand, dass die Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie im BGB ein allgemeiner Ordnungstatbestand sei. Dementsprechend sei eine grundrechtliche Betrachtung nicht sinnvoll, die die freiheitsermöglichende Funktion der allgemeinen Vertragsfreiheit nicht auch allgemein absicherte und stattdessen zwischen verschiedenen Vertragsfreiheiten differenzierte, je nach Lebensbereich.¹⁶⁰

Alternativ werden die einschlägigen Grundrechte grundsätzlich kumulativ angewendet, wobei sich bei der Eingriffsprüfung de facto das stärkere, also das weniger einschränkbare, durchsetzt. Da dies aber bei zu starrer Handhabung zu ungewünschten Ergebnissen führen kann, etwa weil ein starkes Grundrecht eigentlich nur peripher betroffen ist, aufgrund seiner Anwendbarkeit aber keine sinnvollen Regelungen im Gemeinwohlinteresse mehr erlassen werden können,¹⁶¹ soll pragmatisch doch nur das Grundrecht angewendet werden, das vor-

Laufke, in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, S. 145 (162), allerdings ohnehin nicht die Kategorisierung als „Innominatgrundrecht“ vornehmend; zur Subsidiarität von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit der Privatautonomie: Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Kube 2009, § 148 Rn. 35.

¹⁵⁶ BVerfGE 99, S. 341 (351 ff.).

¹⁵⁷ BVerfGE 31, S. 58 (68 ff.); zur Ehegeschäftsfähigkeit BVerfG NJW 2003, S. 1382 (1383); BVerfG NJW-RR 2012, S. 897 (897); anders OLG Bamberg, Urt. v. 7.7.2010 – 13 UF 55/09, BeckRS 2010, 17186: Die Verwehrung der Eheschließung wegen Geschäftsunfähigkeit betreffe Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG.

¹⁵⁸ So BVerfGE 89, S. 214 (235): Die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie sei durch den BGH bei der Beurteilung der Eingehung einer Bürgschaft einer Tochter für ihren Vater prinzipiell verkannt worden; auf eine etwaige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts komme es nicht mehr an. Siehe zu diesem Urteil auch *Mietthener* 2010, S. 13 Fn. 45.

¹⁵⁹ *Mietthener* 2010, S. 13; *Manssen* 1994, S. 135; im Ergebnis auch *Waldhoff*, in: *Demenz und Recht*, S. 57 (70); siehe zu dieser Ansicht auch Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 62.

¹⁶⁰ *Manssen* 1994, S. 135. Für den Vorrang eines allgemeinen Grundrechts auch *Stern* 1994, S. 1401: Die Vertragsfreiheit sei in Grundrechte wie Art. 12 und 14 GG sicherlich „eingelagert“, aber nicht als solche von diesen geschützt.

¹⁶¹ *Stern* 1994, S. 1406.

rangig, also nicht nur im Rand-, sondern im Kernbereich betroffen ist.¹⁶² Um die Intensität zu bestimmen, mit der ein Grundrecht betroffen ist, kann bei gesetzlichen Eingriffen etwa nach der Ziel- und Zwecksetzung der entsprechenden Regelung gefragt werden.¹⁶³

Schließlich bleibt die Möglichkeit, statt durch das Kriterium der Betroffenheit im Kern- oder Randbereich bestimmte Grundrechte vollständig auszusieben, das im Kern betroffene mit dem nur am Rande betroffenen Grundrecht zum Zwecke einer Schutzverstärkung zu kombinieren.¹⁶⁴ Das BVerfG hat diesen Weg der Schutzverstärkung in der Vergangenheit bereits mehrmals gewählt: So könne etwa der durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Persönlichkeitsschutz i. S. e. „spezifisch elterliche[n] Hinwendung zu den Kindern“ durch Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verstärkt werden.¹⁶⁵ Auch im Zusammenhang mit Art. 12 GG hat das BVerfG eine Verstärkung von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschaffen: So sei die Befugnis, eine gewerbliche Betätigung unter dem eigenen Namen auszuüben, Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das aber in besonderer Weise durch das Grundrecht der Berufsfreiheit konkretisiert werde.¹⁶⁶ Sogar konkret in Bezug auf die Privatautonomie hat das Gericht eine Verstärkung des Schutzgehalts des Art. 2 Abs. 1 GG durch speziellere Grundrechte befürwortet.¹⁶⁷ Eine solche Verstärkung bewirkt eine noch stärkere Gewichtung des im Kern betroffenen Grundrechts im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Im Ergebnis ist die Möglichkeit einer Schutzbereichsverstärkung, wonach das im Kern betroffene Grundrecht durch das nur peripher berührte Grundrecht verstärkt wird, vorzuzugswürdig. Grundrechtsdogmatisch soll die „Schutz-

¹⁶² Stern 1994, S. 1406 f.

¹⁶³ Stern 1994, S. 1407.

¹⁶⁴ In diesem Sinne *Taupitz* AcP (192) 1992, S. 341 (342), wonach, im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit, das nur am Rande betroffene Grundrecht „durchscheine“.

¹⁶⁵ BVerfGE 101, S. 361 (386, 395); BVerfG NJW 2008, S. 1793 (1794 f.); siehe zu diesen Urteilen Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 62, die ergänzende Heranziehung des Art. 2 Abs. 1 GG kritisierend.

¹⁶⁶ BVerfGE 71, S. 183 (201); siehe auch zu einer Verstärkung des Art. 2 Abs. 1 durch Art. 5 Abs. 1 GG und außerdem durch die Verfassungsgarantie der Ehe und Familie im Zusammenhang mit dem Briefverkehr zwischen einem Untersuchungsgefangenen und dessen Ehegatten: BVerfGE 42, S. 234 (236).

¹⁶⁷ BVerfGE 103, S. 89 (89, 100), wonach eine schwangere Frau aus Art. 2 Abs. 1 (Schutz der Privatautonomie) i. V. m. Art. 6 Abs. 4 GG vor einer unangemessenen Benachteiligung durch einen Ehevertrag zu schützen sei. Siehe auch BVerfGE 114, S. 73 (90), wonach der Schutz der Privatautonomie zum einen aus Art. 2 Abs. 1 GG folge, zum anderen aber auch gleichzeitig aus Art. 14 Abs. 1 GG, wenn sich das durch gesetzgeberisches Handeln auszugleichende Defizit privatautonomer Interessendurchsetzung auf eine Position beziehe, die objektivrechtlich auch vom Schutz der Eigentumsgarantie erfasst sei. Die Schutzpflicht folge dann aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 GG. Siehe zu diesen Urteilen auch *Miethaner* 2010, S. 13 Fn. 45. Siehe auch mit weiteren Beispielen und Urteilen Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 61. Siehe auch OLG Bamberg, Urt. v. 7.7.2010 – 13 UF 55/09, BeckRS 2010, 17186 zur Ehegeschäftsfähigkeit: Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG.

kumulation“ der Normalfall sein.¹⁶⁸ Die Grundrechte ergänzen sich und stehen naturgemäß zueinander in einem Näheverhältnis, das auf eine gegenseitige unterstützende Wirkung der einzelnen Tatbestandsbereiche ausgerichtet ist.¹⁶⁹ Die Grundrechte „wollen“ nach Entstehungsgrund und Zielrichtung nebeneinander gelten und den Schutz verstärken, da ihre Funktion ist, Rechtsbereiche des Menschen umfassend zu schützen.¹⁷⁰ Die Verdrängung von Grundrechtsbestimmungen ist daher die Ausnahme und bedarf besonderer Begründung.¹⁷¹ Insbesondere dann, wenn man die Privatautonomie als unbenanntes Freiheitsrecht anerkennt, das, je nach betroffenem Aspekt, aus Art. 2 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 BGB abgeleitet wird, sollte sie in der Bedeutung einem benannten speziellen Grundrecht grundsätzlich gleichgestellt sein¹⁷² und entsprechend nicht durch andere Grundrechte verdrängt, sondern ergänzt werden.¹⁷³

Gerade Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit berühren die Persönlichkeit eines Menschen außerdem unabhängig vom Kontext in stets gleicher Tiefe, so dass nicht zu erklären wäre, weshalb in einem Bereich eine entsprechende Regelung weniger rechtfertigungsbedürftig sein sollte als in anderen. Damit ist jedenfalls das Mindestmaß an Schutz, das Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährt, stets zu wahren. Dies bedeutet, dass §§ 104 ff. BGB jedenfalls immer auch als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu verstehen sind,¹⁷⁴ unabhängig vom Lebensbereich. Ist so beispielsweise die Ehemündigkeit betroffen, ist zwar im Kern die Eheschließungsfreiheit berührt, sodass Art. 6 Abs. 1 GG heranzuziehen ist, jedoch verstärkt durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG,¹⁷⁵ wobei die Verstärkung zugegebenermaßen weniger bedeutsam ist, da Eingriffe in Art. 6 Abs. 1 GG ohnehin nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden können. Bedeutsam ist die Verstärkung aber für Regelungen zur Testierfähigkeit, die folglich an Art. 14 Abs. 1 Alt. 2 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG zu messen sind.¹⁷⁶

¹⁶⁸ Stern 1988, S. 1397 mit Verweis auf *L.H. Fohmann*.

¹⁶⁹ Stern 1988, S. 1398.

¹⁷⁰ Stern 1988, S. 1398.

¹⁷¹ Stern 1988, S. 1398.

¹⁷² Siehe oben zu dieser Gleichstellung unbenannter Freiheitsrechte bei Fn. 125.

¹⁷³ A.A., insbesondere keine Durchbrechung des Subsidiaritätsgrundsatzes bei Art. 2 Abs. 1 GG, auch nicht, wenn man dieses als unbenanntes Freiheitsrecht etikettiere: Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Cornils 2009, § 168 Rn. 63; ebenso Ruffert 2001, S. 291 f.: Die Verfassung gebe ein Konkurrenzverhältnis vor, das nicht durch zivilrechtliche Prinzipien überspielt werden dürfe, sodass ein Vorrang der unbenannten Freiheitsrechte nicht in Betracht komme.

¹⁷⁴ Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit anderer Begründung: Waldhoff, in: Demenz und Recht, S. 57 (69 ff.).

¹⁷⁵ Ebenso OLG Bamberg, Urt. v. 7.7.2010 – 13 UF 55/09, BeckRS 2010, 17186.

¹⁷⁶ Für eine Kombination dieser beiden Grundrechte auch Rossak ZEV 1995, S. 236 (239).

III. Geschäftsunfähigkeitsregelungen als rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe

1. Eingriffswirkung

a) Recht auf selbstbestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr

aa) Klärung der Begrifflichkeiten

Grundlage der vorstehenden Ausführungen ist die unausgesprochene Annahme, dass Menschen, die die Voraussetzungen von § 104 Nr. 2 BGB erfüllen, bzw. allgemeiner gesprochen, dass Menschen, deren Selbstbestimmungsfähigkeit in einem Maße eingeschränkt ist, dass die Rechtsordnungen sie nicht als rechtlich handlungsfähig anerkennt, das grundrechtliche Recht auf selbstbestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr überhaupt zusteht. Denn ist dies nicht der Fall, erübrigt sich auch die Frage nach der grundrechtlichen Verankerung der Privatautonomie, an der Regelungen wie die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB sodann zu messen wären. Daher bedarf es der ergänzenden Untersuchung, ob Inhaber des Rechts auf Selbstbestimmung überhaupt nur ist, wer in einem bestimmten Mindestmaß zur Selbstbestimmung fähig ist.

So kann in der Tat zunächst nicht bestritten werden, dass die Ausübung oder Wahrnehmung jedenfalls solcher Grundrechte, die ein bestimmtes Verhalten schützen, nur dann in Betracht kommt, wenn eine Person zu dem entsprechenden Verhalten tatsächlich in der Lage ist.¹⁷⁷ Es liegt geradezu in der Natur der Sache, die Grundrechtsausübung an bestimmte geistig-psychische Eigenschaften anzuknüpfen.¹⁷⁸ Darüber, was diese Feststellungen aber grundrechtsdogmatisch bedeuten, herrscht jedoch weitgehend Unklarheit.

Die Erörterung dieser Problematik wird dadurch erschwert, dass schon keine Einigkeit über die in diesem Zusammenhang verwendeten Begrifflichkeiten erzielt werden kann. So ist zunächst von Grundrechtsfähigkeit die Rede. Häufig wird die Grundrechtsfähigkeit jedem Menschen in Bezug auf jedes Grundrecht zugesprochen, sodass jeder Mensch Träger jedes Grundrechts sei.¹⁷⁹ Andere verbinden mit der Grundrechtsfähigkeit nur eine potenzielle Grundrechtsträ-

¹⁷⁷ Sachs-Sachs 2021, Vorbem. zu Abschnitt I Rn. 75; siehe auch Lipp 2000, S. 130.

¹⁷⁸ Stern 1988, S. 1066; Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 60 Rn. 19.

¹⁷⁹ Kloepfer 2010, § 49 III Rn. 24; so Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Rüfner 2011, § 196 Rn. 3, 12, wonach etwa auch der Säugling im Prinzip gegenüber dem Staat schon alle Grundrechte habe, so z. B. auch jene auf Freizügigkeit oder Berufsfreiheit; so auch am Beispiel der Meinungsfreiheit den Säugling als Grundrechtsträger bezeichnend: Dürig/Herzog/Scholz-Grabenwarter 2024, Art. 5 Abs. 1 GG Rn. 26; siehe auch Handbuch der Grundrechte, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 14; Wapler 2015, S. 92. Dabei gelten natürlich im Detail Besonderheiten, so gibt es etwa besondere „Deutschen-Grundrechte“ neben „Jedermann-Grundrechten“, siehe Dürig/Herzog/Scholz-Herdeggen, Art. 1 Abs. 3 Rn. 49, der diese Frage allerdings als eine neben der Grundrechtsfähigkeit gesondert zu prüfenden Grundrechtsberechtigung einordnet.

gerschaft, sodass, um tatsächlich Grundrechtssubjekt sein zu können, je nach Grundrecht noch eine bestimmte natürliche Handlungsfähigkeit hinzutreten müsse.¹⁸⁰

Wer die Grundrechtsträgerschaft unabhängig von persönlichen Fähigkeiten bejaht, muss die Problematik der faktischen Wahrnehmungsfähigkeit des grundrechtlich geschützten Verhaltens an anderer Stelle verorten. So wird diese Frage mal im Schutzbereich der einschlägigen Grundrechte behandelt,¹⁸¹ mal erfolgt die Diskussion als Problem des Grundrechtseingriffs,¹⁸² mal unter dem Schlagwort der sog. Grundrechtsmündigkeit¹⁸³. Dieser Begriff der Grundrechtsmündigkeit ist in Bedeutung und Tragweite selbst wiederum äußerst umstritten, wobei im Übrigen häufig die Bezeichnung der „Grundrechtsausübungsfähigkeit“ oder „Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit“ gegenüber derjenigen der Grundrechtsmündigkeit favorisiert wird.¹⁸⁴

Unklarheit besteht so schon hinsichtlich der Funktion der Kategorie der Grundrechtsmündigkeit. So wird ihr teils (nur) die Aufgabe zugeschrieben, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen die selbstständige prozessuale Geltendmachung von Grundrechten möglich ist, insbesondere (oder gar nur) speziell im Eltern-Kind-Verhältnis.¹⁸⁵ Manche wollen die Grundrechtsmündigkeit (auch) weiter verstanden wissen als Fähigkeit, Grundrechte selbstständig ausüben zu können,¹⁸⁶ ebenso insbesondere im Eltern-Kind-Verhältnis.¹⁸⁷

Umstritten ist zudem, nach welchen Kriterien die Grundrechtsmündigkeit, gleich welchem Verständnis folgend, bemessen werden soll: So ist unklar, ob die Frage nach der Fähigkeit zur Ausübung eines Grundrechts stets anhand der einfachgesetzlichen Normen, insbesondere der §§ 104 ff. BGB oder im Bereich spezieller Grundrechte wie der Religionsfreiheit anhand des § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung v. 15.7.1921,¹⁸⁸ zu beantworten ist oder an-

¹⁸⁰ Zur Grundrechtsfähigkeit als Fähigkeit, potenziell Träger von Grundrechten zu sein: Höhnberg 1972, S. 32, 36. Zum Hinzutreten weiterer Fähigkeiten: Höhnberg 1972, S. 22.

¹⁸¹ Dröge 1997, S. 37 ff.; Cornils 2005, S. 213.

¹⁸² Lipp 2000, S. 125 ff., insb. S. 130.

¹⁸³ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 59 f.

¹⁸⁴ Stern 1988, S. 1066; Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 60 Rn. 17.

¹⁸⁵ Vgl. Dreier-Sauer 2023, Vorbem. vor Art. 1 GG Rn. 132.

¹⁸⁶ Dabei materiell-rechtliche und prozessuale Fragen im Begriff der Grundrechtsmündigkeit vereind: Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Rüfner 2011, § 196 Rn. 23, siehe zu prozessualen Aspekten Rn. 26; Stern 1988, S. 1064 ff.; Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 58; Handbuch der Grundrechte, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 16; die materielle Seite beleuchtend: Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 60 Rn. 16; Dürig/Herzog/Scholz-Herdeggen, Art. 1 Abs. 3 Rn. 52; von „tatsächlichen Grundrechtsausübungshindernissen“ spricht Hohm NJW 1986, S. 3107 (3111 f.).

¹⁸⁷ Kloepfer 2010, § 49 III Rn. 25, 29; von Münch/Kunig-von Münch und Kunig 2012, Vorbem. zu den Art. 1–19 GG Rn. 31; insbesondere, jedoch nicht ausschließlich, der Bezug auf Minderjährige: Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Rüfner 2011, § 196 Rn. 18 ff.; Stern 1988, S. 1071 ff.; Handbuch der Grundrechte, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 16.

¹⁸⁸ RGBL. S. 939; siehe zu diesem Gesetz Dreier-Sauer 2023, Vorbem. vor Art. 1 GG

hand einer originär verfassungsrechtlichen Begründung bzw. anhand der individuell oder generell zu ermittelnden Einsichtsfähigkeit, wie Verantwortungsbewusstsein, Intellekt und Reflexionsvermögen.¹⁸⁹ Teils wird hinsichtlich der anzuwendenden Kriterien auch differenziert: Für die verfassungsrechtliche Absicherung rechtsgeschäftlichen Handelns sollen die allgemeinen Geschäftsfähigkeitsregelungen maßgeblich sein. Grundrechtsdogmatisch handle es sich dabei um Schranken der Grundrechtsausübung, die durch Gesetzesvorbehalte gedeckt seien. Sie erfassten vor allem die Grundrechte der Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 1, 9, 11, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG.¹⁹⁰ Bei tatsächlichem Handeln könne die Grundrechtsausübungsfähigkeit hingegen nicht starr festgelegt werden, sondern hänge ab von den konkreten geistig-physischen Fähigkeiten. Dies betreffe insbesondere die Grundrechte der Art. 2 Abs. 1, Art. 4, Art. 5, Art. 8, Art. 10, Art. 16 und Art. 17 GG.¹⁹¹

Im Übrigen bleibt bei den Vertretern des weiten Verständnisses, wonach die Grundrechtsmündigkeit die Fähigkeit beschreibe, Grundrechte „selbstständig ausüben“ zu können, auch häufig im Dunkeln, was unter „Ausübung“ überhaupt zu verstehen ist: Die einer Person immanente tatsächliche Fähigkeit, überhaupt ein in den Schutzbereich eines Grundrechts fallendes Interesse zu bilden und ein entsprechend geschütztes Verhalten an den Tag zu legen? Oder nur das gegebenenfalls von außen abgesprochene Recht, bei entsprechend vorhandener tatsächlicher Fähigkeit dieses Verhalten auch wirklich uneingeschränkt, also ohne Mitwirkung oder stellvertretende Wahrnehmung eines Dritten, vornehmen bzw. sich jedenfalls eigenverantwortlich auf das entsprechende Grundrecht in seiner Funktion als Abwehrrecht berufen zu dürfen?¹⁹²

Rn. 129, der wohl die Maßgeblichkeit einfachgesetzlicher Normen annimmt, wo solche existieren, vgl. Rn. 131.

¹⁸⁹ Vgl. *Stern* 1988, S. 1067 f.; *Dreier-Sauer* 2023, Vorbem. vor Art. 1 GG Rn. 131, wonach auf die Einsichtsfähigkeit abzustellen sei, wo einfachgesetzliche Maßstäbe fehlten; *Kloepfer* 2010, S. 51 Rn. 28, wonach auf die „Wertungen“ des einfachen Gesetzgebers abzustellen sei.

¹⁹⁰ *Stern* 1988, S. 1069; so auch für die Anwendbarkeit einfachgesetzlicher Altersgrenzen bei rechtsgeschäftlichen und geschäftsähnlichen Handlungen, mit dem Argument, die entsprechenden Regelungen seien dem Verfassungsgeber bekannt gewesen und er habe ersichtlich nicht davon abweichen wollen: *Handbuch der Grundrechte*, Band III-Merten 2009, § 60 Rn. 23; so auch *Handbuch der Grundrechte*, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 18 f.

¹⁹¹ *Stern* 1988, S. 1069.

¹⁹² Wohl beide Aspekte als vom Begriff der Grundrechtsmündigkeit erfasst sehend: *Stern* 1988, S. 1066. So erwähnt *Stern* einerseits die Fähigkeit, überhaupt ein Verhalten an den Tag legen zu können, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, (er nennt beispielhaft das Baby, das keine Meinung bilden kann, im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 GG), als auch die Fähigkeit, bei grundsätzlicher Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs das jeweilige Grundrecht auch selbstständig (prozessual) gegenüber der Staatsgewalt geltend zu machen (er nennt das Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 GG des Nasciturus). Unklar, was mit „selbstständiger Ausübung“ der Grundrechte gemeint ist, auch bei *Dreier-Sauer* 2023, Vorbem. vor Art. 1 GG Rn. 129; ebenso nicht ganz eindeutig bei *Handbuch der Grundrechte*, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 16, der einerseits die faktische Wahrnehmungsfähigkeit von der Grundrechtsmündigkeit getrennt bei Rn. 14 diskutiert, andererseits im Rahmen der Grundrechtsmündigkeit

Im ersten Fall ist dann schon fraglich, ob das Konzept der Grundrechtsmündigkeit über verhaltensbezogene Grundrechte hinaus überhaupt Bedeutung für bloße Schutzrechte wie Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2¹⁹³ und Art. 104 GG hat.¹⁹⁴ Im letzteren Fall dürfte sich hingegen die Frage nach der Fähigkeit zur Geltendmachung gegen die Staatsgewalt und des aktiven Berufens auf ein Grundrecht bei allen Grundrechten, auch wenn sie, wie die Würde, nicht aktiv ausgefüllt werden müssen, gleichermaßen stellen.¹⁹⁵

Und schließlich ist auch die dogmatische Konsequenz fehlender Grundrechtsmündigkeit unklar. So soll es bei fehlender Grundrechtsmündigkeit am personellen Schutzbereich fehlen,¹⁹⁶ teils wird dann pauschal von „fehlendem Grundrechtsschutz“ gesprochen.¹⁹⁷

Zur Zerschlagung dieses gordischen Knotens sollte im Ergebnis zwischen zwei verschiedenen Fähigkeiten unterschieden werden: zwischen dem Können und dem Dürfen. Begrifflich und inhaltlich ist also zu differenzieren zwischen „Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit“ als tatsächliche Fähigkeit, überhaupt Interessen, die in einen grundrechtlichen Schutzbereich fallen, bilden zu können einerseits und der „Grundrechtsmündigkeit“ als Fähigkeit bzw. korrekter-

nochmals auf die wachsende Reflexionsfähigkeit, die wachsende Fähigkeit zu selbstbestimmtem Leben und das wachsende Verantwortungsbewusstsein eingeht. Tendenziell bezieht er jedoch die Grundrechtsmündigkeit allein auf das Recht zur Grundrechtsausübung bei grundsätzlich vorhandener Fähigkeit, das Grundrecht inhaltlich auszufüllen. Wohl (auch) die faktische Fähigkeit zur Grundrechtsausübung als Grundrechtsmündigkeit bezeichnend etwa Dürig/Herzog/Scholz-*Grabenwarter* 2024, Art. 5 Abs. 1 GG Rn. 25, 29; so wohl auch von Münch/Kunig-von Münch und Kunig 2012, Vorbem. zu den Art. 1–19 GG Rn. 31, ebenso darauf abstellend, die Meinungsfähigkeit setze voraus, dass man seine Meinung artikulieren könne. Zu den verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten von „ausüben“ als Vornahme einer Handlung, die den Inhalt des entsprechenden Rechts bildet, einerseits und der Geltendmachung als Abwehrrecht andererseits, siehe bereits: *Höhnberg* 1972, S. 52; siehe zur Unklarheit des Begriffs „ausüben“ auch: *Wapler* 2015, S. 91 f.

¹⁹³ Allerdings ist auch fraglich, ob das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG tatsächlich nur ein Schutzrecht ist oder nicht darüber hinaus eine aktive Komponente innehat, konkret das Recht zur selbstbestimmten Verfügung über Leben und Körper.

¹⁹⁴ Zu dieser Frage und diesen Rechten: *Stern* 1988, S. 1067; das Problem der Grundrechtsmündigkeit ausschließlich bei den Verhaltensgrundrechten diskutierend: Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 60 Rn. 17, 20. Bei den sog. Schutzrechten solle sich die Frage der Grundrechtsmündigkeit im Rahmen der Einwilligung in Grundrechtseingriffe stellen, siehe dort Rn. 20. Die Schutzrechte von Problemen der Grundrechtsmündigkeit ebenso ausnehmend bzw. mit dem Hinweis, Art. 6 Abs. 2 GG schränke (pauschal) die Möglichkeit Minderjähriger zur Erlangung von Rechtsschutz ein, allenfalls auf die prozessuale Geltendmachung beziehend: von Münch/Kunig-von Münch und Kunig 2012, Vorbem. zu den Art. 1–19 GG Rn. 31.

¹⁹⁵ *Stern* 1988, S. 1067.

¹⁹⁶ Zum Ausschluss des personellen Schutzbereichs: Handbuch der Grundrechte, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 17; eine solche Beschränkung ausdrücklich ablehnend: Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 60 Rn. 18; bezogen auf die Meinungsfreiheit m. w. N. Dürig/Herzog/Scholz-*Grabenwarter* 2024, Art. 5 Abs. 1 GG Rn. 25 f.

¹⁹⁷ von Münch/Kunig-von Münch und Kunig 2012, Vorbem. zu den Art. 1–19 GG Rn. 31.

weise eher Recht, von der grundsätzlich vorhandenen Grundrechtsausübungsfähigkeit auch selbstständig Gebrauch zu machen, also ohne Vertretung oder sonstige Einwirkung durch Dritte, andererseits.¹⁹⁸ Statt von Grundrechtsmündigkeit sollte dabei aber besser von „Grundrechtswahrnehmungsberechtigung“ gesprochen werden.¹⁹⁹

Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit ist Voraussetzung dafür, dass eine gesetzliche Regelung überhaupt als Grundrechtseingriff qualifiziert werden kann,²⁰⁰ jedenfalls bei den Grundrechten, die nur persönlich ausgeübt werden können, wie etwa bei der Gewissensfreiheit oder der genannten Meinungsfreiheit.²⁰¹ Ob bei fehlender Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit sodann der personale Schutzbereich ausgeschlossen ist, sodass zwar jeder Mensch potenziell Träger eines jeden Grundrechts und damit grundsätzlich grundrechtsfähig ist, aber aktueller Träger eines Grundrechts nur bei entsprechender Handlungsfähigkeit,²⁰² oder ob der sachliche Schutzbereich zu begrenzen ist, kann dahinste-

¹⁹⁸ So insbesondere Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Rüfner 2011, § 196 Rn. 13 ff., zur Grundrechtsmündigkeit Rn. 18 ff.; ebenso Wapler 2015, S. 92 ff.; Schreiber 2019, 187 f. Diese Bedeutung legt wohl auch Höhnberg der Grundrechtsmündigkeit bei, indem er unterscheidet zwischen dem Vorliegen des geschützten Interesses des Einzelnen als Voraussetzung für das „aktuelle Zustehen“ von Freiheitsrechten (Höhnberg 1972, S. 21 f.) einerseits und der Grundrechtsmündigkeit als Fähigkeit zur selbstständigen Ausübung andererseits (Höhnberg 1972, S. 98 f.). Ebenso wohl Fegeler 2000, S. 80 f. Siehe zur tatsächlichen Fähigkeit, Interessen zu bilden, die in den Schutzbereich eines Grundrechts fallen: Handbuch der Grundrechte, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 14, mit dem Beispiel, die Ausübung der Glaubens- und Gewissensfreiheit etwa setze ein gewisses Maß an Reflexionsfähigkeit voraus, Pressefreiheit und Postgeheimnis die Fähigkeit lesen und schreiben zu können, die Berufsfreiheit ein Mindestmaß an Fähigkeiten, Fertigkeiten und Wissen.

¹⁹⁹ So auch die Bezeichnung bei Wapler 2015, S. 93 f.; ähnlich Schreiber 2019, S. 188.

²⁰⁰ Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Rüfner 2011, § 196 Rn. 13; so auch Handbuch der Grundrechte, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 14; Höhnberg 1972, S. 28; allgemein für Selbstbestimmungsrechte Minderjähriger, die noch nicht urteilsfähig sind: Jestaedt 2020, S. 1671 (1696).

²⁰¹ Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Rüfner 2011, § 196 Rn. 13; Dürig/Herzog/Scholz-Grabenwarter 2024, Art. 5 Abs. 1 GG Rn. 28 in Bezug auf die „stellvertretende Wahrnehmung“ der Meinungsfreiheit durch die Eltern; siehe auch Höhnberg 1972, S. 22, 53 f., 55 f. insbesondere am Beispiel der Versammlungs- und Meinungsfreiheit bei Säuglingen. Von einem Grundrechtseingriff könne aber wiederum dann gesprochen werden, wenn ein Grundrecht stellvertretend wahrgenommen werden könne. So könnten beispielsweise die Eltern stellvertretend für ihren Säugling die Eigentums-, Freizügigkeits- oder Religionsfreiheit wahrnehmen: Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Rüfner 2011, § 196 Rn. 12; eingehend die Frage der Vertretung im grundrechtlichen Bereich untersuchend Höhnberg 1972, S. 51 ff.; von einer treuhänderischen Wahrnehmung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausgehend auch: BVerfG NJW 2006, S. 1414 (1416).

²⁰² So Höhnberg, wenn er als Inhaber eines Freiheitsgrundrechts nur ansieht, wer die entsprechende Handlungsfähigkeit besitzt, es sei denn, es ist eine stellvertretende Wahrnehmung möglich, siehe: Höhnberg 1972, S. 51, 53 ff., 103. Für Grundrechtsfähigkeit hingegen genüge bereits die potenzielle Eigenschaft, konkret-aktuelle Grundrechtsinhaberschaft zu besitzen, also nur potenziell eine von einem Grundrecht geforderte Eigenschaft zu besitzen: Höhnberg 1972, S. 32 f., 36.

hen. Ein Grundrechtseingriff ist jedenfalls deshalb ausgeschlossen, weil zumindest ein Aspekt des Schutzbereichs nicht eröffnet ist.

Die Frage nach der Grundrechtsmündigkeit bzw. Grundrechtswahrnehmungsberechtigung setzt daher denklogisch Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit voraus, die bei Schutzrechten im Übrigen immer vorhanden ist. Diese Grundrechtswahrnehmungsberechtigung ist zwar ein aus der Verfassung zu bestimmender Begriff, soll aber dennoch der einfachgesetzlichen Ausgestaltung folgen, sodass sie beispielsweise bei Minderjährigen fehlt, die für den Abschluss von Rechtsgeschäften in den meisten Fällen der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (§§ 106 ff. BGB) bedürfen, was sie in ihrer selbstständigen Grundrechtsausübung beschränkt.²⁰³ Solche Beschränkungen der Grundrechtswahrnehmungsberechtigung des Minderjährigen, um bei diesem Beispiel zu bleiben, sind bei vorhandener Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit aber gleichzeitig Grundrechtseingriffe. Die Rechtfertigung der Regelungen zur beschränkten Geschäftsfähigkeit Minderjähriger ergibt sich dabei insbesondere aus Art. 6 Abs. 2 GG.²⁰⁴

bb) Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit bei Geschäftsunfähigkeit

Auf der Grundlage, es fehle solchen Erwachsenen, die beispielsweise an psychischen Krankheiten litten, nun also an Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit, wird die Eingriffsqualität solcher Regelungen, die die selbstbestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr betreffen, bestritten: Ein Eingriff in das Grundrecht auf selbstbestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr liege nur vor, wenn die eigenverantwortliche Entscheidung des Grundrechtsinhabers missachtet werde.²⁰⁵ Damit stelle zum einen die Betreuung i. S. d. §§ 1814 ff. BGB keinen Eingriff in Freiheitsrechte dar, sondern diese diene vielmehr „der Herstellung der Rechtsperson des einzelnen als Voraussetzung der Ausübung“ seiner Grundrechte.²⁰⁶ Sie sei Ausübungsvoraussetzung und bringe die Grundrechte damit erst zur effektiven Geltung.²⁰⁷ Zum anderen griffen auch die §§ 104 ff. BGB nicht in Freiheitsgrundrechte ein, wenn die Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen in dieser Hinsicht eingeschränkt sei.²⁰⁸ Der Gesetzgeber sei nur deswegen dennoch bei den entsprechenden Regelungen an den Verhältnismäßigkeitsgrund-

²⁰³ Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Rüfner 2011, § 196 Rn. 20.

²⁰⁴ Handbuch der Grundrechte, Band II-Huber 2006, § 49 Rn. 17, 21.

²⁰⁵ Lipp 2000, S. 130 f.

²⁰⁶ Lipp 2000, S. 143.

²⁰⁷ Lipp 2000, S. 143.

²⁰⁸ Lipp 2000, S. 145 f.; dem folgend Heber 2022, S. 239, 272; ähnlich zur Testier- und Geschäftsfähigkeit Waldhoff, in: Demenz und Recht, S. 57 (67 f., 69). Immerhin sollen nach Waldhoff aber die zivilrechtlichen Vorschriften zur Ausgestaltung der Selbstbestimmungsfähigkeit als Vorfrage „jedenfalls auch“ am allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu messen sein, welches das allgemeine Selbstbestimmungsrecht des Menschen zum Hauptgegenstand seines Schutzbereichs erhebe, S. 70.

satz gebunden, weil immer die Gefahr eines potenziellen Grundrechtseingriffs bestehe.²⁰⁹ Zur Bekräftigung dieser Ansicht, wonach nicht von Selbstbestimmung getragene Entscheidungen keinen grundrechtlichen Schutz genießen sollen, wird insbesondere das Urteil des BVerfG zur Testierfähigkeit herangezogen: Das BVerfG habe selbst ausgeführt, die Testierfreiheit des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG schütze nur „selbstbestimmte und selbstverantwortliche letztwillige Erklärungen“.²¹⁰

Es können dabei aber zum einen schon die Formulierungen des BVerfG nicht überbewertet werden: Denn das Gericht stellt auch fest, dass es dem Gesetzgeber obliege, das Selbstbestimmungsprinzip zu konkretisieren und bezeichnet die entsprechenden Regelungen als „Beschränkungen“, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen müssen.²¹¹ Es sind die Ausführungen, wonach nur selbstbestimmte und selbstverantwortliche Erklärungen geschützt sein sollen, daher so zu verstehen, dass der Gesetzgeber die Anforderungen an Selbstbestimmung und Selbstverantwortung vorgibt; wer diesen Anforderungen entspricht, kann bindende letztwillige Verfügungen verfassen, diese Verfügungen sind sodann geschützt. Allerdings berühren diese Vorgaben ihrerseits wiederum selbst die Freiheitsgrundrechte.

Zum anderen ist auch nicht klar, wie der Zustand nur eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit, sodass eine Person ein Grundrecht (gerade noch so) wahrnehmen kann, vom Zustand vollständig fehlender Selbstbestimmungsfähigkeit, sodass einer Person die Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit fehlt, abgegrenzt werden soll: Es lässt sich kaum trennscharf eine Unterscheidungsmöglichkeit zwischen der „bloßen“ Unfähigkeit, „Sinn, Zweckmäßigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen“, einerseits und dem Fehlen solch „grundlegender intellektueller Fähigkeiten“, sodass in ein etwaiges Recht auf Selbstbestimmung nicht mehr eingegriffen werden können soll, andererseits finden.²¹²

Im Ergebnis kann daher der Gesetzgeber natürlich festlegen, wieviel Selbstbestimmungsfähigkeit notwendig ist, um von einem Freiheitsrecht Gebrauch machen zu dürfen. Diese Vorgaben des Gesetzgebers wiederum können aber nicht gleichzeitig auf verfassungsrechtlicher Ebene den Anwendungsbereich des jeweiligen Freiheitsrechts bestimmen, da sonst ein falscher Rückschluss vom einfachen Recht auf das Verfassungsrecht vorläge. Nur weil also das BGB bestimmte Voraussetzungen für die rechtliche Handlungsfähigkeit aufstellt bzw. sie solchen Menschen, die unter § 104 Nr. 2 BGB fallen, nicht zuspricht, kann dies nicht bedeuten, dass im Verfassungsrecht derselbe Maßstab anzulegen ist.

²⁰⁹ Zur Geschäftsunfähigkeit: *Lipp* 2000, S. 146, zur Betreuung dort S. 132 ff.

²¹⁰ *Waldhoff*, in: *Demenz und Recht*, S. 57 (67 f.) mit Verweis auf BVerfGE 99, S. 341 (351).

²¹¹ BVerfGE 99, S. 341 (352 f.).

²¹² So aber die Abgrenzung bei *Heber* 2022, S. 272.

Verfassungsrechtlich ist folglich nicht nur der Wille, der den Anforderungen des Gesetzgebers an die rechtliche Handlungsfähigkeit entspricht, also der „freie Wille“, geschützt, sondern auch alle Willensbetätigungen unterhalb dieser Schwelle, also ein rein „natürlicher Wille“.²¹³ Unabhängig davon, welche Anforderungen der Gesetzgeber im Einzelnen an die verschiedenen rechtlichen Handlungsfähigkeiten – Geschäftsfähigkeit, Einwilligungsfähigkeit, Deliktsfähigkeit etc. – und damit an den freien Willen in den verschiedenen Rechtsbereichen stellt, wird ein freier Wille gemeinhin als ein solcher verstanden, dem „Einsichts- und Steuerungsfähigkeit“ zugrunde liegt, ein natürlicher Wille in Abgrenzung hierzu als ein solcher, der nicht von entsprechenden Fähigkeiten getragen ist.²¹⁴

Diese Teilfähigkeiten, die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, sind, unter Zurückstellung der philosophischen Debatte, ob es einen freien i. S. e. indeterminierten Willen überhaupt gibt,²¹⁵ im Wesentlichen als Voraussetzung für das Vorliegen eines freien Willens disziplinübergreifend akzeptiert.²¹⁶ Einsichtsfähigkeit beschreibt dabei im Wesentlichen die Fähigkeit, rational i. S. v. begründet und reflektiert zu entscheiden.²¹⁷ Diese Fähigkeit ist sicherlich graduellen Abstufungen zugänglich.²¹⁸ Ist eine Mindestschwelle aber überschritten, ist

²¹³ Siehe zu diesem Begriffspaar etwa: BGH NJW-RR 2018, S. 4 (5); BT-Drucks. 15/2494, S. 28; *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (14 ff.); *von Bar* 2023, S. 316 f.

²¹⁴ *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (15).

²¹⁵ Während der Indeterminismus völlige Freiheit und Unabhängigkeit des menschlichen Willens annimmt, geht der Determinismus davon aus, dass alle Ereignisse durch Vorbedingungen eindeutig festgelegt sind, siehe *Keil* 2013, S. 3, 101. Dem sog. Inkompatibilismus zufolge schließen sich freier Wille und Determinismus sodann gegenseitig aus, insbesondere weil Determinismus und das für Freiheit konstitutive Prinzip alternativen Handelns unvereinbar seien, während gemäß dem mehrheitlich vertretenen Kompatibilismus (auch genannt weicher Determinismus) beide Konzepte durchaus in Einklang zu bringen sind, siehe zu beiden Strömungen *Pauen* 2004, S. 34, selbst einen kompatibilistischen Ansatz vertretend, S. 60 ff. Siehe zu den verschiedenen Facetten des Inkompatibilismus *Klein* 2012, S. 24, 89; *Beckermann*, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, S. 293 (294 f.).

²¹⁶ Siehe etwa aus dem Bereich der Ethik und Philosophie mit weiteren Nachweisen *Wapler* 2015, S. 348 f.; *Schöne-Seifert*, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, S. 107 (117 f.); ebenso durch Benennung bestimmter „personaler Fähigkeiten“, die im Wesentlichen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beschreiben, zu den Voraussetzung von selbstbestimmtem Handeln: *Pauen* 2004, S. 66 ff.; aus dem Bereich der Psychiatrie im Zusammenhang mit Einwilligungsbzw. Geschäftsfähigkeit auf diese Kriterien zurückgreifend: *Helmchen und Lauter* 1995, S. 42; *Kröber Rechtsmedizin* 1998, S. 41 (42 ff.); *Zimmermann BWNotZ* 2000, S. 97 (102); im Kern auch *Habermeyer und Saß Fortschr Neurol Psychiat* (70) 2002, S. 5 (8) und *Habermeyer und Saß MedR* 2003, S. 543 (544), dabei die Teilfähigkeit, auf der Grundlage eigener Wertvorstellungen entscheiden zu können, betonend; ebenso im Kern auch *Cording Fortschr Neurol Psychiat* (72) 2004, S. 147 (150), der diese Fähigkeiten unter dem Begriff der „Urteilsfähigkeit“ vereint.

²¹⁷ *Wapler* 2015, S. 348; so bereits *Raz* 2010, S. 372 f.; *Pauer-Studer* 2000, S. 12 f.; *Feinberg* 1989, S. 28; *Habermeyer und Saß Fortschr Neurol Psychiat* (70) 2002, S. 5 (8); *Habermeyer und Saß MedR* 2003, S. 543 (544).

²¹⁸ *Feinberg* 1989, S. 30, 104.

eine Entscheidung auch dann autonom, wenn sich in ihr die Unvollkommenheiten, Einschränkungen und Beeinträchtigungen bei der Entscheidungsfindung widerspiegeln.²¹⁹ Insgesamt werden der Einsichtsfähigkeit drei Teilfähigkeiten zugeschrieben: die Fähigkeit, einen bestimmten Sachverhalt zu verstehen, die Fähigkeit, Informationen angemessen zu verarbeiten sowie diese angemessen zu bewerten,²²⁰ wobei das Bewerten- und Abwägen-Können teils auch einer eigenen Fähigkeit – Urteilsfähigkeit – zugeordnet wird.²²¹ Zu diesen Fähigkeiten gehört ein gewisses Maß an Selbstvergegenwärtigung, Realitätsbezug sowie die Fähigkeit zur Distanzierung zu bestimmten Vorstellungen.²²² Für die Feststellung der Einsichtsfähigkeit spielt die Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit der getroffenen Entscheidung keine Rolle, sondern maßgeblich ist allein die Rationalität des Entstehungsprozesses dieser Entscheidung.²²³ Dabei wird aber gefordert, dass die Entscheidung ein Mindestmaß an Verstehbarkeit und Ableitbarkeit aus der Gesamtpersönlichkeit der Person aufweisen muss.²²⁴ Steuerungsfähigkeit schließlich bedeutet, dass ein Individuum einen stabilen Willen bilden können muss und in der Lage sein muss, seinem eigenen Entschluss entsprechend zu handeln.²²⁵

Dabei ist zu beachten, dass die Begriffe der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als Voraussetzung für die verschiedenen, vom einfachen Gesetzgeber ausgestalteten rechtlichen Handlungsfähigkeiten zwar standardmäßig bemüht werden, sie aber im Detail, je nach Handlungsfähigkeit, die es zu beurteilen gilt,

²¹⁹ Vgl. *Brock Ethics* (98) 1988, S. 550 (554).

²²⁰ *Helmchen und Lauter* 1995, S. 42; *Kröber Rechtsmedizin* 1998, S. 41 (42ff.); *Zimmermann BWNotZ* 2000, S. 97 (102); *Schöne-Seifert*, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, S. 107 (117f.).

²²¹ So etwa im Zusammenhang mit der Einwilligungsunfähigkeit, siehe im Detail noch unten unter 3. Kapitel D.I.1. Dies dürfte aber nur eine Frage von Begrifflichkeiten sein, da, wo so nicht differenziert wird, die entsprechenden Fähigkeiten schlicht unter dem Begriff der Einsichtsfähigkeit zusammengefasst sein dürften.

²²² *Cording Fortschr Neurol Psychiat* (72) 2004, S. 147 (150).

²²³ *Wapler* 2015, S. 349; *Pauen* 2004, S. 68f.; gegen eine Berücksichtigung einer etwaigen Unvernünftigkeit einer Entscheidung auch: *Brock Ethics* (98) 1988, S. 550 (557).

²²⁴ So im Zusammenhang mit der Einwilligungsfähigkeit: *Amelung ZStW* 1992, S. 525 (551f.); Zentrale Ethikkommission DÄBl. 1997, S. A-1011 (A-1012); *Kuhlmann* 1996, S. 26; *Helmchen und Lauter* 1995, S. 42, 44f.; *Kröber Rechtsmedizin* 1998, S. 41 (44); *Odenwald* 2004, S. 54, 56ff.; ebenso allgemein *Zimmermann BWNotZ* 2000, S. 97 (102): Die Abwägung müsse anhand des eigenen Wertesystems erfolgen und die getroffene Entscheidung müsse ein Mindestmaß an Verstehbarkeit und Ableitbarkeit aus der Gesamtpersönlichkeit aufweisen. Ebenso *Habermeyer und Saß Fortschr Neurol Psychiat* (70) 2002, S. 5 (8); *Habermeyer und Saß MedR* 2003, S. 543 (544); *Schöne-Seifert*, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, S. 107 (116): zumindest Fähigkeit zu wertkohärenter Entscheidung erforderlich; ähnlich *Schroth*, in: *In dubio pro libertate*, S. 719 (724): Authentizität der Einwilligungsentscheidung; siehe auch *Wapler* 2015, S. 351: Eine Entscheidung müsse aus der Individualität der Person heraus schlüssig und für Außenstehende ansatzweise nachvollziehbar sein.

²²⁵ *Wapler* 2015, S. 349; *Schöne-Seifert*, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, S. 107 (117f.); *Helmchen und Lauter* 1995, S. 42; siehe auch *Zimmermann BWNotZ* 2000, S. 97 (102).

unterschiedlich interpretiert werden. Insbesondere, wie noch zu zeigen sein wird, weicht die für Geschäftsfähigkeit geforderte Einsichts- und Steuerungsfähigkeit von der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, die beispielsweise für die Einwilligungsfähigkeit²²⁶ oder sonstige Entscheidungen, die einen freien Willen voraussetzen,²²⁷ erforderlich ist, erheblich ab.

An einen natürlichen Willen sind, anders als an den freien Willen, hingegen keinerlei Qualitätsanforderungen zu stellen, außer, dass es sich eben um einen Willen handeln muss, insbesondere im Gegensatz zu Reflexen.²²⁸ Es wäre nicht sachgerecht, für die Anerkennung eines Willens als zumindest natürlichen Willen unbestimmte Restfähigkeiten zu verlangen, etwa „nicht jegliche Fähigkeit verloren“ zu haben, eine auch nur „ansatzweise Vorstellung von seiner Lage“ zu haben.²²⁹ Nicht nur begäbe man sich so in Abgrenzungsschwierigkeiten, es könnte auch kein umfassender Rechtsschutz gewährt werden.²³⁰ Um sicherzustellen, dass jede Vorgabe des Gesetzgebers dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen muss, muss vielmehr jede Willensbetätigung, unabhängig von ihrer „Qualität“, verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Der Schutz jedes Willens, sei er noch so „primitiv“, ist auch vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund geboten, dass jeder volljährige Mensch als voll handlungsfäh gedacht werden muss.²³¹ Grundsätzlich kann damit jede Person, die nicht gerade komatös ist, zumindest einen natürlichen Willen bilden.²³² Dies zugrunde gelegt, bedarf es auch nicht der Konstruktion des potenziellen Grundrechtseingriffs, um eine Bindung des Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu begründen, zumal gerade im Zusammenhang mit den Geschäftsunfähigkeitsregelungen nicht klar ist, worin ein potenzieller Grundrechtseingriff konkret liegen soll.²³³

²²⁶ Zur Einwilligungsfähigkeit unten unter 3. Kapitel D.I.1., wo wie erwähnt (Fn. 221) im Übrigen neben die Einsichtsfähigkeit noch die Urteilsfähigkeit gestellt wird.

²²⁷ Z.B. der freie Wille in Bezug auf die Einsetzung eines Betreuers gem. § 1814 Abs. 2 BGB.

²²⁸ *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (15f.). Dieses Begriffsverständnis ebenso bei *Stief* 2012, S. 142f.: Fähigkeit, überhaupt einen Willen zu bilden, ohne dass an diesen qualifizierte Anforderungen zu stellen wären; ebenso *Kuhlmann* 1996, S. 21f.; ebenso *von Bar* 2023, S. 307f.: Einen natürlichen Willen könne so gut wie jedermann bilden, wenn er nicht tatsächlich bewusstlos oder im Kleinkindalter sei; siehe ebenso dort S. 316ff.

²²⁹ So aber im Zusammenhang mit der Verfahrensfähigkeit nach § 275 FamFG etwa: OLG Saarbrücken FGPrax 1999, S. 108 (109). Siehe zur Verfahrensfähigkeit nach § 275 FamFG und zum Verhältnis zum „natürlichen Willen“ auch noch weiter unten unter 4. Kapitel A.II.4.a).

²³⁰ *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (16). Den Grundrechtsschutz von Menschen mit psychischen Erkrankungen und geistigen Behinderungen auch bejahend: *Prinz von Sachsen Gessaphe* 1999, S. 56, insbesondere den Schutz der Freiheitsgrundrechte unabhängig von der Geschäftsfähigkeit: dort, S. 59.

²³¹ BeckOGK-*Schmidt-Recla*, § 1814 BGB Rn. 31.

²³² *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (15).

²³³ Etwa in einer Fehlanwendung durch ein Gericht im Einzelfall?

Diese Betrachtungsweise, wonach auch der natürliche Wille verfassungsrechtlich geschützt ist, entspricht wohl auch der des Gesetzgebers bzw. der Gerichte, wie insbesondere dem Betreuungsrecht zu entnehmen ist: So bewertet die Rechtsprechung Betreuungsanordnungen als Grundrechtseingriffe in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG²³⁴ und dies gerade auch dann, wenn bei einer Betreuung von Amts wegen der nur natürliche Wille des Betroffenen übergangen werden soll.²³⁵ Dass der Betroffene nur noch zur Bildung eines natürlichen Willens in der Lage ist, ändert folglich an der Eingriffsqualität der Betreuungsanordnung nichts.

Dass der natürliche Wille keineswegs unbeachtlich ist und damit auch verfassungsrechtlich nicht bedeutungslos sein kann, zeigt auch die weitere Ausgestaltung des Betreuungsrechts, das darum bemüht ist, dem natürlichen Willen nach Möglichkeit uneingeschränkt zur Geltung zu verhelfen.²³⁶ So muss der Betreuer grundsätzlich den Wünschen des Betreuten entsprechen, § 1821 Abs. 2 BGB, und er darf von dieser Wunschbefolgungspflicht nur abweichen, wenn die Person des Betreuten oder dessen Vermögen hierdurch erheblich gefährdet würde und der Betreute diese Gefahr aufgrund seiner Krankheit oder Behinderung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann oder wenn die Wunschbefolgung dem Betreuer nicht zuzumuten ist, § 1821 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BGB. Dabei ist es für die Wunschbefolgungspflicht irrelevant, welche Qualität der Wunsch des Betroffenen hat.²³⁷

Die Wunschbefolgungspflicht ist auch in § 1816 Abs. 2 S. 1 BGB angelegt, wonach das Betreuungsgericht einem Vorschlag des Betroffenen, eine Person zum Betreuer zu bestellen, grundsätzlich Folge zu leisten hat.²³⁸ Ausdrücklich führt

²³⁴ BGH NJW 2015, S. 3572 (3572 f.); BGH NJW-RR 2021, 794 (795); von einem „tiefgreifenden Grundrechtseingriff“ bei der Bestellung eines Kontrollbetreuers spricht: BVerfG, Beschl. v. 10.10.2008 – 1 BvR 1415/08, BeckRS 2008, 40026; ebenso BGH, NJW 2014, S. 785 (786); zustimmend BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1814 BGB Rn. 31; Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 58, 181 ff., 229 f., betonend, dass bereits die Bestellung des Betreuers selbst einen Grundrechtseingriff darstelle, da der Betreuer ab Bestellung jederzeit die Möglichkeit habe, seine Rechtsmacht zu aktualisieren, und dass im Übrigen auch die Tatsache, dass der Betroffene die Betreuung selbst anrege, die Eingriffswirkung nicht beseitige, sondern lediglich die Intensität schwäche.

²³⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 30.8.1994 – 15 W 237/94, BeckRS 1994, 10250 Rn. 21: „der mit der Betreuerbestellung verbundene Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nur zu rechtfertigen [...], wenn dieser sein Selbstbestimmungsrecht infolge seiner Erkrankung selbst nicht ausüben kann“. Siehe auch BT-Drucks. 15/2494, S. 28: Einschränkungen des natürlichen Willens sind nur „bei Vorliegen gewichtiger sachlicher Erwägungen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ möglich. Beide Aussagen suggerieren also, dass auch bei fehlender Selbstbestimmungsfähigkeit das Übergehen des Willens einen Eingriff darstellt, den es zu rechtfertigen gilt.

²³⁶ BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

²³⁷ Siehe BT-Drucks. 11/4528, S. 133 zu § 1901 BGB a.F.: keine Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt; ebenso MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1821 BGB Rn. 18: Keine Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt, die Vorschrift sei vielmehr gerade bei Geschäftsunfähigen relevant.

²³⁸ So auch BT-Drucks. 15/2494, S. 28 zu § 1897 Abs. 4 BGB a.F.

das BVerfG hinsichtlich dieser Wunschbefolgungspflicht aus, dass diese das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen schützt.²³⁹ Dabei erfordere ein solcher Vorschlag – und damit der Wille, um berücksichtigungsfähig zu sein – weder Geschäftsfähigkeit noch Einsichtsfähigkeit.²⁴⁰ Das Gericht betont vielmehr: „Der Vorrang des Willens der Betreuten bei der Auswahl der Betreuerin gem. § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB [a.F.] ist ‚Ausdruck des grundrechtlich verbürgten und umfassenden Selbstbestimmungsrechts (auch) betreuungsbedürftiger Personen‘.“²⁴¹

Die Bedeutung des natürlichen Willens kommt schließlich auch in den §§ 1831, 1832 BGB zum Ausdruck, wonach Zwangsbehandlungen und Unterbringungen – also Behandlungen oder Unterbringungen gegen den „nur“ natürlichen Willen des Betroffenen – lediglich unter engen Voraussetzungen möglich sind.²⁴² So heißt es in der Gesetzesbegründung im Zusammenhang mit Zwangsbehandlungen, dass es sich um Zwangsmaßnahmen handle, die mit einem Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten als Teil seines Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und in das Grundrecht auf Freiheit verbunden seien.²⁴³ Auch das BVerfG hat den natürlichen Willen des Betroffenen im Zusammenhang mit Zwangsbehandlungen ausdrücklich unter grundrechtlichen Schutz gestellt: Auch wenn der Betroffene keinen freien Willen in Bezug auf den Umgang mit einer Krankheit bilden könne, weil er aufgrund seiner Krankheit nicht in der Lage sei, die Notwendigkeit einer ärztlichen Maßnahme einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, so sei dennoch der natürliche Wille in Bezug auf die Krankheit verfassungsrechtlich Ausdruck des durch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit geschützten Selbstbestimmungsrechts.²⁴⁴ Die Zwangsbehandlung greife dann in dieses Grundrecht ein, sei aber durch die Schutzpflicht des Staates in Bezug auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gerechtfertigt.²⁴⁵

b) Diskriminierungsverbot, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Betreffen Regelungen die rechtliche Handlungsfähigkeit einer Person im Rechtsverkehr, ist auch das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu berücksichtigen: Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbietet jede Benachteiligung wegen einer Behinderung. Das BVerfG definiert eine Behinderung als „Auswirkung

²³⁹ BVerfG, Beschl. v. 31.3.2021 – 1 BvR 413/20 Rn. 24 zu § 1897 Abs. 4 BGB a.F.

²⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 31.3.2021 – 1 BvR 413/20 Rn. 24.

²⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 31.3.2021 – 1 BvR 413/20 Rn. 30.

²⁴² Siehe auch BT-Drucks. 15/2494, S. 28 zur Unterbringung nach § 1906 BGB a.F.

²⁴³ BT-Drucks. 18/11240, S. 19 zu § 1906a BGB a.F. Von Grundrechtseingriffen etwa bei Unterbringung spricht auch: BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1831 BGB Rn. 4; ebenso *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (19f.); von der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausgehend: *Müller ZEV* 2013, S. 304.

²⁴⁴ BVerfG *NJW* 2017, 53 (56);

²⁴⁵ BVerfG *NJW* 2017, 53 (56).

einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.²⁴⁶ An dieser Definition wird kritisiert, dass sie sich zu sehr auf personenbezogene Merkmale fokussiere und die Wechselwirkung zwischen individueller Behinderung und gesellschaftlicher Barrieren nicht hinreichend berücksichtige, wie sie in der neuen Definition des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX²⁴⁷ Niederschlag gefunden habe.²⁴⁸ Auch die Behinderungsdefinition der WHO²⁴⁹ und der UN-Behindertenrechtskonvention in Art. 1 Abs. 2 BRK²⁵⁰ stärkten das Kriterium der sozialen Teilhabe, was die Definitionsbildung des BVerfG noch vermissen lasse.²⁵¹ Inzwischen lehnt sich das BVerfG aber explizit an die Definition des Art. 1 Abs. 2 BRK an, wenn es anführt, dass auch psychisch Kranke den Begriff der Behinderung erfüllen, wenn die aus der Krankheit resultierende Beeinträchtigung, „längerfristig und von solcher Art ist, dass sie den Betroffenen an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern kann.“²⁵² Jedenfalls sind Menschen, die gemäß § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig sind, auch Menschen mit Behinderung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.²⁵³

Eine Benachteiligung liegt vor, wenn die Lebenssituation von Menschen mit Behinderung im Vergleich zu derjenigen Nichtbehinderter durch staatliche Maßnahmen verschlechtert wird, insbesondere, wenn ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten werden, die anderen offenstehen,²⁵⁴ was durch die Geschäftsfähigkeit berührende Regelungen zweifellos der Fall ist. Eine Schlechterstellung Behinderter kann sodann nur durch zwingende Gründe gerechtfertigt werden, insbesondere können diese zwingenden Gründe aber auch in der mit der Behinderung verbundenen Funktionsbeeinträchtigung selbst liegen: Ein zwingender Grund kann entsprechend gegeben sein, wenn einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten fehlen, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrneh-

²⁴⁶ BVerfGE 99, S. 341 (356 f.) = NJW 1999, S. 1853 (1855).

²⁴⁷ „Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können.“

²⁴⁸ von Münch/Kunig-Boysen 2021, Art. 3 GG Rn. 195 ff.

²⁴⁹ Fünf Dimensionen der Behinderung: Körperfunktionen, Körperstrukturen, Aktivitäten der Person und Partizipation in der Gesellschaft sowie Umweltfaktoren, siehe *Clade* Deutsches Ärzteblatt 2004, S. A 1563.

²⁵⁰ „[...] langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen [...], welche sie [Personen] in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“

²⁵¹ von Münch/Kunig-Boysen 2021, Art. 3 GG Rn. 195 ff.

²⁵² BVerfG NJW 2019, S. 1201 (1205) wiederum mit Verweis auf BVerfG NJW 2011, S. 2113 (2115), wo sich das BVerfG mit der BRK befasst.

²⁵³ Siehe ausführlich noch unten unter 2. Kapitel C.II.1.b) im Zusammenhang mit der BRK.

²⁵⁴ BVerfG NJW 1999, S. 1853 (1855); BVerfG NJW 2019, S. 1201 (1205).

mung eines Rechts sind, und wenn dem auch nicht durch geeignete Förder- oder Assistenzsysteme abgeholfen werden kann. Es stellt dann keine Diskriminierung dar, eine Person von der Wahrnehmung dieses Rechts, für dessen Wahrnehmung sie die Fähigkeiten nicht besitzt, auszuschließen.²⁵⁵ Darüber hinaus ist eine Benachteiligung nur im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht auf der Grundlage einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung gerechtfertigt. Es bedarf eines anderen Verfassungsguts, zu dessen Schutz der Eingriff geeignet, erforderlich und angemessen ist, wobei dem Gesetzgeber nur ein geringer Handlungsspielraum zur Verfügung steht.²⁵⁶ Ein solches Verfassungsgut kann sich auch aus einer Schutzpflicht gegenüber dem Betroffenen selbst ergeben,²⁵⁷ was bedeutet, dass Geschäftsunfähigkeitsregelungen insbesondere dann gerechtfertigt sind, wenn der Gesetzgeber so – nur so – seiner Schutzpflicht gerecht wird.

2. Rechtfertigungsgründe

a) Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Bereits aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass Geschäftsunfähigkeitsregelungen, also das Erfordernis eines bestimmten Maßes an Selbstbestimmungsfähigkeit, für das Funktionieren der Privatautonomie unerlässlich sind: Die Selbstbestimmungsfähigkeit ist schon deswegen so zentral, weil hinter der Privatautonomie das „Leitbild vom mündigen Bürger, der seine Angelegenheiten eigenverantwortlich zu führen und sich im Rechtsverkehr zu behaupten vermag“,²⁵⁸ steht. Der Einzelne soll schließlich gerade deswegen seine Privatrechtsverhältnisse nach seinem Willen gestalten dürfen, weil er prinzipiell zur Willensbildung aufgrund vernünftiger Überlegungen in der Lage ist.²⁵⁹ Könnten aber auch solche Personen am Rechtsverkehr teilnehmen, die keine hinreichende Fähigkeit zur Selbstbestimmung besitzen, so würde die dem Grundsatz der

²⁵⁵ BVerfG NJW 2019, S. 1201 (1206), die behinderungsbezogenen Besonderheiten als zwingenden Grund und Rechtfertigungsgrund einordnend; siehe auch BVerfG NJW 1999, S. 1853 (1855), allerdings dann wohl schon gar keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG annehmend; siehe auch Dürig/Herzog/Scholz-Langensfeld, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 128 und von Münch/Kunig-Boysen 2021, Art. 3 GG Rn. 203, wobei beide die Problematik auf Rechtfertigungsebene behandeln.

²⁵⁶ BVerfG NJW 2019, S. 1201 (1206); Dürig/Herzog/Scholz-Langensfeld, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 128; von Münch/Kunig-Boysen 2021, Art. 3 GG Rn. 204.

²⁵⁷ So im Zusammenhang mit der Zwangsbehandlung Betreuer und der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: BVerfG NJW 2017, S. 53 (59). Zu Schutzpflichten und zum Schutz vor sich selbst sogleich unter 2. Kapitel B.III.2.b).

²⁵⁸ Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 10.

²⁵⁹ Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 19; Handbuch des Staatsrechts, Band VII-Isensee 2009, § 150 Rn. 10; siehe auch bereits Flume 1992, S. 182: Weil die Privatautonomie gerade ermöglichen solle, dass der Einzelne die Rechtsverhältnisse in Selbstbestimmung gestalte, müssten an die Wahrnehmung von Privatautonomie gewisse personelle Anforderungen gestellt werden.

Privatautonomie zugrunde liegende Anerkennung des Menschen als selbstbestimmte und eigenverantwortliche Persönlichkeit ad absurdum geführt.²⁶⁰

Zudem kann die Privatautonomie nur dann ihre Ordnungsfunktion erfüllen bzw. die in die Ordnungsfunktion eingebettete These der Richtigkeitsgewähr von Rechtsgeschäften trägt nur dann, wenn die Parteien zur Wahrnehmung ihrer Interessen überhaupt in der Lage sind.²⁶¹ Ebenso ist die mit der Teilnahme am Rechtsverkehr einhergehende Selbstverantwortung, also das Gebundensein an den kundgetanen Willen, nur dann gerechtfertigt, wenn der Betroffene zu geistiger Willensverantwortlichkeit überhaupt in der Lage ist. Denn Selbstverantwortung ist die Kehrseite der Selbstbestimmung: Fehlt es an Selbstbestimmung, muss konsequenterweise auch die Selbstverantwortung ausgesetzt werden, was bedeutet, dass der Betroffene sich folglich nicht rechtsgeschäftlich binden können darf.²⁶²

Und schließlich greift der bereits angedeutete „erzieherische“ Gedanke der Willenshaftung, wonach Personen, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts einer Fehleinschätzung unterliegen, aus ihren Erfahrungen und dem Einstehenmüssen für die negative Konsequenzen lernen sollen,²⁶³ nur dann, wenn eine Person zu dieser geistigen Weiterentwicklung überhaupt in der Lage ist.²⁶⁴ Damit ist zwar noch nicht entschieden, welches Maß an Selbstbestimmung zu fordern ist, damit eine Person am Rechtsverkehr teilnehmen können soll, jedenfalls aber ist festgestellt, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit haben muss, diesbezüglich Anforderungen aufzustellen.

²⁶⁰ Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 19. Siehe auch Schwimann 1965, S. 136: Die „auf Verstand beruhende persönliche Willensstauglichkeit, die wir ‚Geschäftsfähigkeit‘ nennen,“ versetze die Privatautonomie überhaupt erst in die Lage, ihre Aufgabe zu erfüllen.

²⁶¹ Schwimann 1965, S. 39, 127; Schmidt-Rimpler AcP (147) 1941, S. 130 (157 f. mit Fn. 34): Richtigkeitsgewähr versagt bei Geschäftsunfähigkeit; ebenso Coester-Waltjen AcP (190) 1990, S. 1 (15): Einschränkungen der Vertragsfreiheit etwa durch die Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit ließen sich aus dem Gedanken der Richtigkeitsgewähr des Vertragskompromisses erklären. Ebenso Weitnauer 1975, S. 18 und Grunewald AcP (190) 1990, S. 609 (611 f.), wonach die „Richtigkeitsgewähr“ gefährdet sei bzw. das System nicht funktioniere, wenn eine Partei „hilflos“ unterlegen sei. Siehe auch Zöllner AcP (188) 1988, S. 85 (99): Fehle die Fähigkeit zur Selbstverantwortung, sei die Ordnungsfunktion gefährdet, sodass Einschränkungen der Privatautonomie gerechtfertigt seien. Geschäftsunfähigkeitsregelungen zum Schutz des Funktionierens der Privatautonomie für gerechtfertigt haltend: Schmidt RabelsZ 2012, S. 1022 (1028). Ebenso LG Frankfurt BB 1970, S. 943 (944).

²⁶² Schwimann 1965, S. 38 f. und 43 f.; Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 56. Ebenso Wolf 1970, S. 80 f.: Selbstverantwortung setze die „Möglichkeit der Selbstbestimmung“ voraus, dort insbesondere bezogen auf eine verantwortbare Zurechnung bei ungleichen Machtlagen. Dieser Gedanke lässt sich jedoch verallgemeinern: Wer nicht zur Selbstbestimmung fähig ist, hat ebenso keine „Möglichkeit der Selbstbestimmung“.

²⁶³ Siehe bei Fn. 17.

²⁶⁴ Cording, in: Willensfreiheit – eine Illusion?, S. 223 (242); siehe zur grundsätzlich „heil-samen Wirkung“ für die Selbstbestimmung bei fehlerhaften Entscheidungen: Rehm 2003, S. 108.

b) Schutz vor Selbstschädigung

aa) Die grundrechtlichen Schutzpflichten

Die Erkenntnis, dass bei mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit das Aufbürden von Selbstverantwortung nicht gerechtfertigt ist, rückt einen weiteren Rechtfertigungsgrund ins Zentrum der Betrachtung: Den Schutz des Betroffenen vor sich selbst.²⁶⁵ Dieser Schutz vor sich selbst findet seine Grundlage in der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte.

Die Grundrechte gelten im Verhältnis zwischen Privaten zwar nicht unmittelbar, was an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden soll,²⁶⁶ allerdings ist die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte und durch sie die mittelbare Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten anerkannt.²⁶⁷ So sind die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe, sondern aus ihnen ergibt sich auch die Pflicht, die in den Grundrechten enthaltenen Rechtsgüter zu fördern und zu schützen, insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter,²⁶⁸ aber auch vor Selbstschädigungen, wenn der sich selbst Schädigende schutzbedürftig ist.²⁶⁹ Als Quell der Schutzpflichtenfunktion gilt die den Grundrechten immanente objektive Werteordnung, worin eine Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck komme, sodass die Funktion der Grundrechte sich nicht in ihrer Funktion als Abwehrrechte erschöpfe.²⁷⁰ Die Schutzwirkung der Grundrechte folge also aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte,²⁷¹ wobei teils zusätzlich Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG hinzuzitiert wird.²⁷² Häufig beruft sich das BVerfG, wenn es die Schutzpflichtenfunktion heranzieht,

²⁶⁵ Diesen Rechtfertigungsgrund etwa annehmend: Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104-115 BGB Rn. 20; MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB Rn. 6; Heber 2022, S. 138. Siehe auch Lipp 2000, S. 142 ff., 148: Schutz vor nicht freiverantwortlicher Schädigung.

²⁶⁶ Siehe nur Canaris JuS 1989, S. 161 (161 f.).

²⁶⁷ Siehe nur Canaris JuS 1989, S. 161 (163). Davon zu unterscheiden ist im Übrigen die unmittelbare Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechte, siehe Canaris JuS 1989, S. 161 (162).

²⁶⁸ BVerfGE 53, S. 30 (57) – Mühlheim-Kärlich.

²⁶⁹ BVerfG NJW 2017, S. 53 (56). Zum Schutz vor sich selbst sogleich unter bb).

²⁷⁰ Zur objektiven Werteordnung im Zusammenhang mit der Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln: BVerfGE 7, S. 198 (204 f.); BVerfGE 6, S. 55 (71 f.) zur objektiven Werteordnung in Bezug auf Art. 6 Abs. 1 GG; BVerfGE 10, S. 302 (322) zu Schutzpflicht und objektiver Werteordnung in Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Isensee 2011, § 191 Rn. 159; Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 61; Sachs-Rixen 2021, Art. 2 GG Rn. 24 ff.

²⁷¹ BVerfGE 53, S. 30 (57) – Mühlheim-Kärlich; BVerfGE 81, S. 242 (256) – Handelsvertreter; BVerfG NJW 1981, S. 1655 (1656) – Fluglärm; BVerfG NJW 2017, S. 53 (55); vgl. Hillgruber 1992, S. 142 ff., selbst die Schutzpflichtendimension dem Schutzzweck der Grundrechte selbst entnehmend, dort S. 147.

²⁷² BVerfGE 49, S. 89 (141 f.) – Kalkar.

sogar nur noch auf die „anerkannte Rechtsprechung“²⁷³ und spart sich an manchen Stellen eine Begründung für diese Funktion sogar vollständig.²⁷⁴

Das BVerfG hat die Schutzpflichtendogmatik zwar zunächst im Zusammenhang mit dem Schutz vor Leben und Gesundheit entwickelt,²⁷⁵ grundsätzlich kann jedoch jedes Schutzgut eines Freiheitsgrundrechts Gegenstand von Schutzpflichten sein.²⁷⁶ Auch das BVerfG selbst hat die Schutzpflichtendogmatik inzwischen auf andere Grundrechte erstreckt,²⁷⁷ so etwa auch auf das Eigentum.²⁷⁸

Bei der Aufstellung und der normativen Umsetzung eines Schutzkonzeptes kommt dem Gesetzgeber allerdings ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, selbst dann, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen.²⁷⁹ Dennoch darf er die Freiheiten der Bürger nicht unterhalb des gebotenen Maßes sichern.²⁸⁰ Um zu ermitteln, ob der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht genügt, besteht – ähnlich wie beim Übermaßverbot – ein mehrstufiges Prüfungssystem.

Zunächst müssen die vom Staat gewählten Maßnahmen überhaupt geeignet sein, Schutz zu bieten.²⁸¹ Dabei reicht die abstrakte Möglichkeit der Schutzerreichung aus, da der Staat nicht garantieren kann, dass der Schutzerfolg in jedem Einzelfall eintritt.²⁸² Auf der nächsten Stufe ist das Prinzip des Schutzminimums anzuwenden: Dieses besagt, dass die gewählte Maßnahme „hinlänglichen Schutz“ gewährleisten muss,²⁸³ wobei die Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich des Maßes des zu leistenden Schutzes uneindeutig ist:

In zahlreichen Entscheidungen stellt das Gericht fest, es dürfe eine Schutzpflichtverletzung nur dann feststellen, „wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen worden sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zu-

²⁷³ BVerfGE 53, S. 30 (57) – Mühlheim-Kärlich; Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Isensee 2011, § 191 Rn. 160, wonach das Argument aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG Geburtshelferdienste geleistet habe, jetzt aber seine Schuldigkeit getan habe.

²⁷⁴ BVerfGE 84, S. 133 (147);

²⁷⁵ So etwa BVerfGE 39, S. 1 (41) – Schwangerschaftsabbruch I; rezipiert durch BVerfGE 46, S. 160 (164) – Schleyer.

²⁷⁶ Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Isensee 2011, § 191 Rn. 222; Sachs-Rixen 2021, Art. 2 GG Rn. 25.

²⁷⁷ So etwa in Bezug auf Art. 12 GG: BVerfGE 81, S. 242 (254 ff.) – Handelsvertreter; BVerfGE 84, S. 133 (147).

²⁷⁸ Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Isensee 2011, § 191 Rn. 222.

²⁷⁹ BVerfG NJW 2017, S. 53 (55); BVerfGE 88, S. 203 (262) – Schwangerschaftsabbruch II; Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 68 Rn. 81.

²⁸⁰ Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 68 Rn. 81.

²⁸¹ Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 68 Rn. 84.

²⁸² Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 68 Rn. 84.

²⁸³ Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 68 Rn. 85.

rückbleiben“.²⁸⁴ Die begrenzte Kontrolle der gesetzgeberischen Entscheidung sei deshalb geboten, da es eine höchst komplexe Frage sei, wie eine staatliche Schutz- und Handlungspflicht, die erst durch Verfassungsinterpretation hergeleitet werde, durch aktive gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen sei.²⁸⁵ Im Zusammenhang mit dem Schutz ungeborenen Lebens führte das BVerfG hingegen aus, dass der Gesetzgeber „wirksame und ausreichende Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts“ ergreifen müsse.²⁸⁶ Schutzmaßnahmen genügten nicht schon dann dem Untermaßverbot, wenn sie nur „nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich“ seien – Passagen früherer Urteile, die auf die völlige Ungeeignetheit oder Unzulänglichkeit von Maßnahmen abstellten, seien nicht dahingehend misszuverstehen.²⁸⁷

Insgesamt hat das BVerfG, trotz häufiger Erwähnung der Schutzpflichten, ein Unterschreiten des gebotenen Schutzmaßes nur in seltenen Fällen angenommen, etwa in der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch zur Notwendigkeit des Einsatzes des Strafrechts, um das Leben des Nasciturus zu schützen,²⁸⁸ sowie in seiner Entscheidung zur fehlenden Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung Betreuter, die keinen freien Willen bilden und gleichzeitig nicht untergebracht werden können.^{289, 290} Wird effektiver Schutz versagt, so steht dies unter grundrechtlichem Rechtfertigungszwang.²⁹¹

Auf letzter Stufe schließlich, wiederum ähnlich dem Übermaßverbot, ist das Gebot der Proportionalität zu prüfen. Die staatliche Schutzmaßnahme muss in angemessenem Verhältnis zum Schutzgut und zum Ausmaß und zur Aktualität der es bedrohenden Gefahr stehen.²⁹²

²⁸⁴ St. Rspr.: BVerfG NJW 2017, S. 53 (55); BVerfGE 77, S. 170 (215); BVerfG 92, S. 26 (46); BVerfG NJW 1981, S. 1655 (1658) – Fluglärm; vgl. auch *Poscher*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, § 3 Rn. 97.

²⁸⁵ BVerfG NJW 1981, S. 1655 (1656) – Fluglärm.

²⁸⁶ BVerfGE 88, S. 203 (261 f.) – Schwangerschaftsabbruch II; sich auf dieses Urteil beziehend bereits: Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 68 Rn. 86.

²⁸⁷ BVerfGE 88, S. 203 (262 f.) – Schwangerschaftsabbruch II, unter Bezugnahme auf BVerfGE 77, S. 381 (405); siehe auch bereits: Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 68 Rn. 85 f. *Merten* fordert ebenso, dass der Schutz „ausreichend“ sein müsse, sodass jede unzureichende Schutzmaßnahme eine Verfassungsverletzung darstelle. Eine Differenzierung zwischen noch zulässigem unzureichendem Schutz und unzulässigem *völlig* unzureichendem Schutz erfolge nicht. Von „ausreichenden Schutznormen“ bzw. von „geeignet[en], wirksam[en] und ausreichend[en]“ Mitteln, um dem Untermaßverbot zu genügen, spricht auch: Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Isensee 2011, § 191 Rn. 219.

²⁸⁸ BVerfGE 39, S. 1 (51 ff.) – Schwangerschaftsabbruch I.

²⁸⁹ BVerfG NJW 2017, S. 53 (55).

²⁹⁰ Zu diesen Urteilen und der entsprechenden Schlussfolgerung *Poscher*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, § 3 Rn. 97.

²⁹¹ Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Isensee 2011, § 191 Rn. 219.

²⁹² Handbuch der Grundrechte, Band III-Merten 2009, § 68 Rn. 87.

bb) Zum Schutz vor sich selbst

Kann ein Schutz vor sich selbst also grundsätzlich über die Schutzpflichtendogmatik begründet werden, so stellt sich die zentrale Folgefrage, in welchen Fällen dies möglich sein soll. Denn grundsätzlich ist der den Grundrechten innewohnende Freiheitsgedanke mit einem Schutz vor sich selbst inkompatibel. Die Grundrechte dienen dem Menschen und herrschen nicht über ihn.²⁹³ Damit ist auch selbstschädigendes Verhalten grundsätzlich grundrechtlich geschütztes Verhalten.²⁹⁴ Denn Teil der dem Einzelnen zukommenden und in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Selbstbestimmung ist auch die Eigenverantwortlichkeit der eigenen Entscheidung,²⁹⁵ und – so muss man die Aussage erweitern – auch das Recht auf eigenverantwortliche Entscheidungen. Der Staat ist nicht befugt, den Freiheitsgebrauch in paternalistischer Weise²⁹⁶ als solchen wegen seiner angeblichen Schädlichkeit zu begrenzen, auch nicht, weil der Freiheitsgebrauch von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder als unvernünftig erscheint.²⁹⁷ Ein Gesetz, das ausschließlich bezweckt, den Einzelnen gegen seinen Willen vor den Folgen seiner Grundrechtsausübung zu schützen, und welches weder das Gemeinwohl fördert noch Rechte Dritter schützt, ist nicht zu rechtfertigen.²⁹⁸

Auch die grundsätzliche Anerkennung der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte genügt für eine Rechtfertigung für sich allein nicht, wenn von einem Freiheitsrecht in einer selbstgefährdenden Art und Weise Gebrauch gemacht wird: Denn die Schutzpflichtendimension der Grundrechte soll die Geltungskraft der Grundrechte als Abwehrrechte nur verstärken, sich nicht aber

²⁹³ von Münch, in: Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, S. 113 (114), der die Überlegung anstellt, ob es eine solche Grundrechtsdimension geben könnte. Im Ergebnis verneint er dies.

²⁹⁴ Hillgruber 1992, S. 147.

²⁹⁵ Hillgruber 1992, S. 77.

²⁹⁶ Zum etablierten Begriff des Paternalismus Enderlein 1996, S. 7ff. Enderlein definiert paternalistische Eingriffe als „begründungsbedürftige Beeinträchtigungen der Freiheit einer Person dazu [...], Handlungsalternativen wählen zu können, deren Wahl – jedenfalls nach Auffassung des Eingreifenden – dem Wohl der Person abträglich wäre oder dieses nicht ‚maximierte‘, sofern diese Freiheitsbeeinträchtigung zumindest auch dem Zweck dient, die mögliche Selbstschädigung durch die Wahl der betreffenden Handlungsalternative zu verhindern.“ (S. 8).

²⁹⁷ BVerfG NJW 2017, S. 53 (56); BVerfGE 58, S. 208 (226) („Freiheit zur Krankheit“); BVerfGE 32, S. 98 (110) (Recht, keine Krankenbehandlung in Anspruch zu nehmen); Hillgruber 1992, S. 71f. und zum Recht, auch über das eigene Leben zu verfügen, dort S. 81ff.; Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Hillgruber 2011, § 120 Rn. 56; gegen einen Schutz vor sich selbst grundsätzlich auch von Münch, in: Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, S. 113 (127f.) mit einer Ausnahme für irreparable Schäden, was einem unzulässigen Verzicht gleichkomme. Gegen einen Schutz vor sich selbst auch Wapler 2015, S. 366ff.

²⁹⁸ Handbuch des Staatsrechts, Band IX-Hillgruber 2011, § 120 Rn. 57; Hillgruber 1992, S. 120, 125.

gegen sie wenden können.²⁹⁹ Wenn die Selbstgefährdung selbst grundrechtlich geschützt ist, kann die Rechtfertigung für aufgedrängten Schutz denklogisch nicht die Ausübung dieser grundrechtlichen Freiheit selbst sein.³⁰⁰ Alles andere führte dazu, dass die Grundrechte in Grundpflichten verkehrt würden, indem nicht der Grundrechtsträger, sondern der Staat darüber entschiede, wie die jeweilige grundrechtliche Freiheit auszuüben ist.³⁰¹

Es bedarf vielmehr besonderer Gründe, um die Schutzpflichten ausnahmsweise i.S.e. Schutzes vor sich selbst aktivieren zu können: Hauptgrund ist die Unfähigkeit einer Person zu eigenverantwortlicher Entscheidung, m.a.W. das Fehlen eines freien Willens.³⁰² Wird der freie Wille über die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit definiert,³⁰³ so ist ein Schutz vor sich selbst also gerechtfertigt, wo diese Fähigkeiten fehlen oder beeinträchtigt sind.³⁰⁴ Der Staat muss den Willen des Betroffenen dann nicht mehr „unbedingt respektieren“,³⁰⁵ sondern es erstarken sodann die grundrechtlichen Schutzpflichten, die ein gegenläufiges Freiheitsrecht des Betroffenen auch überwinden können.³⁰⁶

Ob und in welchem Ausmaß es sodann gerechtfertigt ist, über die grundrechtlichen Schutzpflichten den entgegenstehenden Willen des Betroffenen zurückzudrängen, hängt von unterschiedlichen Faktoren ab, insbesondere, dem Gebot der Proportionalität entsprechend,³⁰⁷ vom Grad der Beeinträchtigung der Selbstbestimmungsfähigkeit sowie von der Wichtigkeit des bedrohten Rechtsguts, aber auch von der Schwere des staatlichen Eingriffs in die Freiheit des Betroffenen.³⁰⁸ Umgekehrt formuliert bedeutet dies im Ergebnis auch, dass das erforderliche Maß an Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, das notwendig

²⁹⁹ Siehe auch *Hillgruber* 1992, S. 148.

³⁰⁰ *Hillgruber* 1992, S. 147 f.; gegen die Anwendung der Schutzpflichtlehre gegen den Willen des Betroffenen auch *Hermes* 1987, S. 228 ff.

³⁰¹ *Hermes* 1987, S. 229.

³⁰² BVerfG NJW 2017, S. 53 (55 f.). Siehe auch BVerwG NJW 1989, S. 2960 (2961): Keine Legitimation, die Handlungsfreiheit einzuschränken, wenn freie Willensentschließung nicht beeinträchtigt (oder Selbstmordgefahr, wobei jedoch nicht einzusehen ist, weshalb sich der einzelne Lebensschutz aufdrängen lassen müsste, siehe *Deuring* AcP (222) 2022, S. 251 (257 ff.); ebenso *Hillgruber* 1992, S. 74, 81 ff.). Auch andere Gründe sind denkbar, z. B. ein Informationsdefizit oder die Tatsache, dass einer Entscheidung kein ausreichender Reflexionsprozess vorangegangen ist: *Wapler* 2015, S. 367 ff.; *Hillgruber* 1992, S. 89 f.

³⁰³ Zu den Begriffen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit oben ab Fn. 214 ff.

³⁰⁴ *Hillgruber* 1992, S. 71 f., 121 („erheblich“ beeinträchtigt); *Wapler* 2015, S. 382; *Littwin* 1993, S. 239; siehe auch *Hermes* 1987, S. 245 f.: Schutzpflichten kommen dann zur Anwendung, wenn eine Person nicht zum eigenverantwortlichen Selbstschutz in der Lage ist. Einschränkung *Enderlein* 1996, S. 42 ff.: paternalistischer Schutz erlaubt, wenn Fähigkeit zu rationalem Handeln ausgeschlossen, bei „Entscheidungsinkompetenz“.

³⁰⁵ *Hillgruber* 1992, S. 121.

³⁰⁶ BVerfG NJW 2017, S. 53 (56): Die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gebietet unter engen Voraussetzungen, dass der Staat auch gegen den erkennbaren natürlichen Willen Maßnahmen zum Schutz vor schwerwiegenden Gefährdungen ergreife.

³⁰⁷ Siehe oben bei Fn. 292.

³⁰⁸ *Hillgruber* 1992, S. 121; siehe auch *Canaris* JuS 1989, S. 161 (163) zur „Konkretisierung

ist, damit der Wille, eine selbstschädigende Handlung auszuführen, respektiert werden kann und muss, je nach Einzelfall variiert, insbesondere wiederum je nach Bedeutung des beeinträchtigten Schutzguts und je nach Ausmaß der drohenden Gefahr. Und schließlich bestimmen sich Art und Umfang der Schutzpflicht auch danach, welches Gewicht gegenläufigen Interessen, insbesondere der Rechtssicherheit, die durch eine Schutzmaßnahme beeinträchtigt werden könnten, zukommt.³⁰⁹

Entstehen demnach grundrechtliche Schutzpflichten, so sind, wenn mehrere Schutzmaßnahmen zur Verfügung stehen, die weniger einschneidenden vorrangig zu wählen, sofern sie erfolgsversprechend sind. Für den rechtsgeschäftlichen Bereich bedeutet dies, dass solche Maßnahmen, durch die beispielsweise die Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung hergestellt werden kann (z. B. Aufklärungspflichten, Widerrufsrechte etc.), als „rationalitätserhöhende“ und die Selbstwahl des Betroffenen respektierende Eingriffe geringfügig sind.³¹⁰ Lassen sich auf diesem Weg Rationalitätsdefizite beseitigen, ist folglich primär auf solche Maßnahmen zurückzugreifen. Regelungen wie die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB oder auch § 138 Abs. 1 BGB, die den Betroffenen tatsächlich daran hindern, die selbstschädigende Handlung durchzuführen, sind hingegen tiefgreifend³¹¹ und damit ultima ratio.

Dass jedenfalls bei herabgesetzter Selbstbestimmungsfähigkeit im Rechtsverkehr ein Schutz vor sich selbst notwendig ist, liegt aufgrund der Selbstverantwortung, die jeden Teilnehmer des Rechtsverkehrs trifft, auf der Hand: Das Recht knüpft an die Ausübung von Privatautonomie Pflichten unmittelbarer und mittelbarer Art, für die der Einzelne dann einzustehen hat. Die Teilnahme am Rechtsverkehr kann dabei gar weitreichende Konsequenzen haben, bis zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz: Wer diese Gefahren nicht erkennen und einschätzen kann, soll ihnen auch nicht ausgesetzt werden.³¹² Die Gefahren

verfassungsrechtlicher Schutzpflichten“, wonach Rang des Rechtsguts, Intensität der Beeinträchtigung und Fähigkeit des Einzelnen zum Selbstschutz maßgeblich seien.

³⁰⁹ Siehe zum Konflikt Schutz und Eingriff: *Canaris* JuS 1989, S. 161 (163 f.). Die Rechtssicherheit wird teils sehr gewichtig eingestuft, so etwa – im Zusammenhang mit der Begründung von Aufklärungspflichten – bei *Rehm* 2003, S. 123 f.: Aus Gründen der Rechtssicherheit sei es ausgeschlossen, jeweils auf die individuellen Fähigkeiten des Einzelnen abzustellen. Siehe zur Rechtssicherheit als „ganz selbstverständliches Postulat“ und daher zu deren Schutz bei der Bildung typisierbarer Fallgestaltungen: *Lieb* AcP (178) 1978, S. 196 (203); vgl. *Singer* JZ 1995, S. 1133 (1138).

³¹⁰ *Enderlein* 1996, S. 69: Diese Maßnahmen sind „weich paternalistisch“.

³¹¹ Solche Maßnahmen sind nach *Enderlein* nur zulässig, wenn die Fähigkeit zu rationaler Entscheidung vollständig ausgeschlossen ist: *Enderlein* 1996, S. 173. Sei diese Fähigkeit nur beeinträchtigt, kämen lediglich „weich paternalistische“ Eingriffe in Betracht, wie Maßnahmen zur „Rationalitätserhöhung“, wie z. B. Aufklärungspflichten.

³¹² *Staudinger BGB-Knothe* 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 17, 20; *Prinz von Sachsen Gessaphe* 1999, S. 330; siehe zum Schutz des Betroffenen auch *Knieper* 1999, S. 114 f. Siehe auch *Ehlers* JZ 1985, S. 675 (676): Schutz vor ruinösen Dispositionen.

im Rechtsverkehr sind zudem dadurch erhöht, dass der eine Vertragspartner die psychische Unterlegenheit der anderen Partei gezielt ausnutzen könnte.³¹³

Grundrechtlich gesprochen handelt es sich beim Schutz von Personen mit eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit im Rechtsverkehr um Schutzpflichten aus Art. 14 GG, dem Eigentum, das es vor nicht selbstbestimmten Dispositionen zu schützen gilt. Sofern die Regelungen der Geschäftsunfähigkeit zudem mit einem Schutz der Privatautonomie des Betroffenen gerechtfertigt werden soll, so trifft dies allenfalls für Extremfälle zu, nämlich dann, wenn sich der Betroffene so weit selbst schädigt, dass er künftig nicht mehr privatautonom handeln kann.³¹⁴ Primär beschneiden Geschäftsunfähigkeitsregelungen die Privatautonomie jedoch, sie schützen sie nicht.

Im Ergebnis steht damit fest, dass Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit wie die §§ 104 ff. BGB dem Schutz vor sich selbst dienen, was auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Regelungen der §§ 104 ff. BGB nicht abdingbar sind.³¹⁵ Dieses Konzept eines Schutzes vor sich selbst wirft zwei zentrale Fragen auf, die in den folgenden Kapiteln 3 und 4 erörtert werden: Auf der einen Seite stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber den Schutz vor sich selbst über §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB nicht zu eng gezogen hat, sodass sich, neben weiteren Ungereimtheiten, aufgrund der hohen Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB insbesondere erhebliche Schutzlücken und damit ein Verstoß gegen das Untermaßverbot ergeben könnten.³¹⁶ Auf der anderen Seite könnte § 104 Nr. 2 BGB in Kombination mit der in § 105 Abs. 1 BGB angeordneten strikten Nichtigkeitsfolge zu weit geraten sein, sodass auch ein Konflikt mit dem Übermaßverbot möglich erscheint.³¹⁷

IV. Zwischenergebnis

Geschäftsunfähigkeitsregelungen wie die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB stellen Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Menschen, dessen Rechtsgeschäft die Wirksamkeit versagt wird, dar, gegebenenfalls verstärkt durch weitere Grundrechte, wie Art. 6 Abs. 1 GG oder Art. 14 Abs. 1 GG. Gleichzeitig

³¹³ Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 20.

³¹⁴ So wohl auch Ehlers JZ 1985, S. 675 (676).

³¹⁵ Staudinger BGB-Klumpp 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 18 f.; auch durch AGB kann der Schutz des Geschäftsunfähigen nicht ausgeschaltet werden, siehe BGH NJW 1991, S. 2414 (2415 f.); jurisPK BGB-Hansen 2020, 104 BGB Rn. 9.

³¹⁶ Diese Frage ist Gegenstand des 3. Kapitels. Daneben kann die Prüfung einer absoluten Geschäftsunfähigkeit durch die Gerichte aber sogar auch mit dem Übermaßverbot in Konflikt geraten, wenn diese die Geschäftsunfähigkeit anhand von Kriterien prüfen, die den weitreichenden Schluss, den das Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit vorgibt – Unfähigkeit des Betroffenen, irgendein Rechtsgeschäft abzuschließen – in Wirklichkeit gar nicht zulässt. Auch dies wird im 3. Kapitel beleuchtet.

³¹⁷ Die strikte Nichtigkeitsfolge des § 105 Nr. 2 BGB ist Gegenstand des 4. Kapitels.

sind solche Regelungen einer Rechtfertigung zugänglich, schon allein deswegen, weil die Privatautonomie ihre Ordnungsfunktion nur erfüllen kann, wenn am Rechtsverkehr der Selbstbestimmung fähige Personen teilnehmen. Vor allem aber müssen Personen, denen ein hinreichendes Maß an Selbstbestimmung fehlt, vor Selbstschädigungen geschützt werden. Insofern kommen die Grundrechte in ihrer Schutzpflichtenfunktion zum Tragen, die auch, wenn es keine milderen und gleich effektiven sonstigen Schutzmaßnahmen gibt, Geschäftsunfähigkeitsregelungen rechtfertigen können.

Sind solche Regelungen damit der Rechtfertigung zugänglich, ist aber bislang weder gesagt, welches Maß an Selbstbestimmungsfähigkeit zu fordern ist, um Personen die Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen, bzw. ab welchem Maß der Selbstbestimmungsunfähigkeit ein Schutz vor sich selbst durch Beurteilung einer Person als geschäftsunfähig gerechtfertigt ist. Noch ist unter Berücksichtigung sowohl des Untermaßverbots einerseits als auch des Übermaßverbots andererseits klar, wie intensiv der Schutz im Einzelnen bei festgestellter Schutzbedürftigkeit ausgestaltet werden muss: Dies betrifft sowohl das Konzept der Geschäftsunfähigkeitsregelungen als absolut, wie es von der herrschenden Meinung vertreten wird, als auch die strikte Nichtigkeitsfolge des § 105 Abs. 1 BGB. Diese Fragen sind Gegenstand des 3. und 4. Kapitels.

C. Geschäftsunfähigkeitsregelungen und völkerrechtliche Vereinbarungen

Geschäftsunfähigkeitsregelungen berühren auch völkerrechtliche Vereinbarungen, konkret die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) (I.) und die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) (II.). Die völkerrechtlichen Verträge haben zwar nicht selbst Verfassungsrang, durch Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG durch förmliches Gesetz durch den Bundesgesetzgeber stehen sie vielmehr im Rang eines Bundesgesetzes.³¹⁸ Sie dienen aber als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und die Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes.³¹⁹ Dabei ist insbesondere der BRK zu entnehmen, dass Selbstbestimmung auch bei eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit zuvörderst zu stärken und nicht zu beschränken ist, wobei allerdings unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch ein Schutz vor sich selbst möglich bleibt.

³¹⁸ BVerfG NJW 2019, S. 1201 (1206); speziell zur BRK: BVerfG NJW 2010, S. 1943 (1947); BVerfG NJW 2011, S. 2113 (2115); *Lachwitz* KJ 2012, S. 385 (385).

³¹⁹ BVerfG NJW 2019, S. 1201 (1206); speziell zur BRK: BVerfG NJW 2011, S. 2113 (2115).

I. Anforderungen der EMRK

1. Geschäftsunfähigkeit als Eingriff in Menschenrechte

a) Das Recht auf Achtung des Privatlebens

Das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privatlebens umfasst das Recht, sein Leben nach eigenen Vorstellungen führen zu können.³²⁰ Dies erfasst im weitesten Sinne die Selbstbestimmung des Einzelnen, wobei der Schutzbereich des Art. 8 EMRK weit zu verstehen und keiner abschließenden Definition zugänglich ist.³²¹ Zu diesem Recht gehört auch, die Entscheidung dafür bzw. dagegen, persönliche, wirtschaftliche, berufliche und gesellschaftliche Beziehungen zu anderen Personen einzugehen.³²² So fasst der EGMR die Anerkennung eines Menschen als geschäftsfähig ausdrücklich unter Art. 8 EMRK bzw. wertet den auch nur teilweisen Entzug der Geschäftsfähigkeit als Eingriff in Art. 8 EMRK.³²³ Wird ein Mensch seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit beraubt, so stellt dies folglich einen Eingriff in Art. 8 EMRK dar, der nur unter den in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann. Diese Rechtfertigungsbedürftigkeit gilt auch für das deutsche Recht, wo bei Geschäftsunfähigkeit die Nichtigkeit aller im Zustand der Geschäftsunfähigkeit geschlossenen Verträge angeordnet wird. Zwar wird dem Betroffenen nicht konstitutiv für die Zukunft die Geschäftsfähigkeit entzogen, aber dennoch erkennt die Rechtsordnung durch §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB eine von Art. 8 Abs. 1 EMRK erfasste Handlung im konkreten Einzelfall nicht an.

Eine Rechtfertigung setzt nach Art. 8 Abs. 2 EMRK voraus, dass „der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“. Der EGMR betont dabei den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft, wobei der Begriff der Notwendigkeit als Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zum verfolgten legitimen Zweck zu verstehen ist.³²⁴

³²⁰ Wolf 2014, S. 18.

³²¹ Franzen/Gallner/Oetker-Schubert 2024, Art. 8 EMRK Rn. 4. Eine abschließende Definition ablehnend EGMR, NZA 2015, S. 533 (534) – Fernández Martínez/Spanien.

³²² Karpenstein/Mayer-Pätzold 2022, Art. 8 EMRK Rn. 14; siehe auch EGMR, Urt. v. 9.10.2003 No. 48321/99, BeckRS 2003, 16362 Rn. 96 – Slivenko/Litauen; BVerfG NVwZ 2007, S. 946 (947).

³²³ EGMR, Urt. v. 5.7.1999 No. 31534/96 Rn. 68 – Matter/Slovakei; EGMR, Urt. v. 27.3.2008 No. 44009/05 Rn. 83 – Shtukurov/Russland; EGMR, Urt. v. 22.1.2013 No. 33117/02 Rn. 77 – Lashin/Russland. Zum teilweisen Entzug: EGMR, Urt. v. 18.9.2014 No. 13006/13 Rn. 35 – Ivinović/Kroatien.

³²⁴ EGMR, Urt. v. 5.7.1999 No. 31534/96 Rn. 66 – Matter/Slovakei; EGMR, Urt. v.

Wird in einem Einzelfall über die Geschäftsfähigkeit einer Person entschieden, so müssen die nationalen Behörden bei dieser Entscheidung also die Interessen des Betroffenen in angemessenen Ausgleich mit den anderen legitimen Interessen, zu deren Schutz die Geschäftsfähigkeit gegebenenfalls beschränkt werden soll, bringen.

Dabei steht den nationalen Behörden aber auch bei der Frage, wie es um die geistigen Fähigkeiten des Betroffenen bestellt ist, ein weiter Beurteilungsspielraum zu.³²⁵ Dies ist darauf zurückzuführen, dass die nationalen Behörden aufgrund des direkten Kontakts mit dem Betroffenen besonders geeignet sind, diese Frage zu beurteilen.³²⁶ Je schwerwiegender der Eingriff jedoch wiederum ist, d. h. je weitreichender die Geschäftsfähigkeit beschränkt werden soll, desto eher ist die Entscheidung überprüfbar.³²⁷ Zudem muss der Entscheidungsprozess fair und so gestaltet sein, dass die von Art. 8 EMRK geschützten Interessen gebührend berücksichtigt werden können.³²⁸ Insbesondere hat jede Partei das Recht, dass ihr Vortrag sorgfältig geprüft wird.³²⁹ Je umfassender dabei diese Verfahrensgrundsätze berücksichtigt werden, desto weiter ist der Beurteilungsspielraum³³⁰ bzw. je mangelhafter das Verfahren ist, desto angreifbarer sind die Schlussfolgerungen der nationalen Behörde.³³¹

Lässt die EMRK nun also Beschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit grundsätzlich zu, so stellt sich aber die Folgefrage, konkret aus welchen Gründen: Denn es ist zu beachten, dass Art. 8 Abs. 2 EMRK, der die Rechtsfertigungsgründe abschließend benennt, den Schutz der Gesundheit nennt, nicht aber den Schutz des Vermögens, sodass die Beschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit mit dem Ziel, den Betroffenen vor Schädigungen seines Vermögens zu schützen, unter Umständen nicht zulässig ist.³³² Der EGMR stellt in den Entscheidungen, in denen er sich mit der Entziehung der Geschäftsfähigkeit befasst, teils vage darauf ab, dass zum Schutz der „Interessen“ des Betroffenen eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit möglich sei.³³³ Teils stellt

27.3.2008 No. 44009/05 Rn. 86 – Shtukurov/Russland; EGMR, Urt. v. 13.10.2009 No. 36500/05 Rn. 140 – Salontaji-Drobnjak/Serbien.

³²⁵ EGMR, Urt. v. 13.10.2009 No. 36500/05 Rn. 141 – Salontaji-Drobnjak/Serbien; EGMR, Urt. v. 19.2.2013 – 1285/03, BeckRS 2013, 203895 Rn. 88 – B./Rumänien.

³²⁶ EGMR, Urt. v. 13.10.2009 No. 36500/05 Rn. 141 – Salontaji-Drobnjak/Serbien.

³²⁷ EGMR, Urt. v. 13.10.2009 No. 36500/05 Rn. 142 – Salontaji-Drobnjak/Serbien; EGMR, Urt. v. 22.1.2013 No. 33117/02 Rn. 81 – Lashin/Russland.

³²⁸ EGMR, Urt. v. 22.1.2013 No. 33117/02 Rn. 81 – Lashin/Russland.

³²⁹ EGMR, Urt. v. 18.9.2014 No. 13006/13 Rn. 39 – Ivinović/Kroatien.

³³⁰ EGMR, Urt. v. 19.2.2013 No. 1285/03, BeckRS 2013, 203895 Rn. 89 – B./Rumänien.

³³¹ EGMR, Urt. v. 13.10.2009 No. 36500/05 Rn. 143 – Salontaji-Drobnjak/Serbien.

³³² So etwa bezweifelt vom Beschwerdeführer in EGMR, Urt. v. 27.3.2008 No. 44009/05 Rn. 80 – Shtukurov/Russland. Leider lässt der EGMR diese Frage offen, Rn. 86.

³³³ EGMR, Urt. v. 22.1.2013 No. 33117/02 Rn. 80 – Lashin/Russland; siehe auch EGMR, Urt. v. 16.11.2021 – 38048/18, BeckRS 2021, 34521 Rn. 59 – N./Rumänien: „Das Gericht hat auch keinen Grund, daran zu zweifeln, dass die Maßnahme im Interesse des Klägers getroffen wurde, um seine Gesundheit sowie die Rechte und Freiheiten anderer zu schützen.“

er sogar ausdrücklich fest, dass die Anhäufung von Schulden und Probleme, Rechnungen zu bezahlen, grundsätzlich einen Grund darstelle, die Geschäftsfähigkeit jedenfalls teilweise zu entziehen.³³⁴ Auf welchen legitimen Zweck des Art. 8 Abs. 2 EMRK er sich dabei stützt, legt er jedoch nicht offen. Auch querulatorisches Verhalten rechtfertige, so der EGMR, grundsätzlich den (zumindest partiellen) Entzug der Geschäftsfähigkeit, wenn die Betroffene an Verfolgungswahn leide und auf dieser Grundlage unzählige Klagen erhebe. Dabei bezieht sich der EGMR auf Ebene der Rechtfertigung auf „die Rechte der Beschwerdeführerin“ sowie „die Rechte Dritter“.³³⁵ In Bezug auf die Voraussetzung der Ehefähigkeit für die Eheschließung spricht der EGMR sogar von einer „allgemein anerkannten Erwägung im öffentlichen Interesse“.³³⁶ Die EKMR hält ebenso die Bestellung eines Betreuers für zulässig, wenn der Betroffene an einer Krankheit leide, die ihn daran hindere, seinen gesundheitlichen Zustand sowie seine Angelegenheiten im Allgemeinen richtig zu bewerten.³³⁷ Leider stellt sie dabei wiederum nur auf den Gesundheitsschutz des Betroffenen als Rechtfertigungsgrund i. S. d. Art. 8 Abs. 2 EMRK ab, obwohl sie gleichzeitig feststellt, dass nicht nur die Person des Betroffenen gefährdet sei, sondern auch seine Finanzen.³³⁸

Dass eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit im Ergebnis aber einer Rechtfertigung zugänglich sein muss, zeigt sich nicht zuletzt an den Ausführungen in der Empfehlung Nr. 99(4) des Ministerkomitees,³³⁹ wo eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ausdrücklich vorgesehen ist.³⁴⁰ Dort heißt es aus-

³³⁴ EGMR, Urt. v. 18.9.2014 No. 13006/13 Rn. 43 f. – Ivinović/Kroatien: Allerdings müsse feststehen, dass keine milderen Mittel zum Schutz des Betroffenen verfügbar seien.

³³⁵ EGMR, Urt. v. 24.3.2009 No. 67149/01 Rn. 172 – Berková/Slovaakei. Offen allerdings bei EGMR, Urt. v. 13.10.2009 No. 36500/05 Rn. 144 – Salontaji-Drobnjak/Serbien: „davon ausgehend [...], dass die nationalen Behörden ein „legitimes Ziel“ i. S. d. Art. 8 Abs. 2 verfolgt haben [...]“.

³³⁶ EGMR, Urt. v. 5.1.2010 No. 22933/02 Rn. 89 – Frasić/Polen; EGMR, Urt. v. 25.10.2018 No. 37646/13 Rn. 52 – Delecq/ Frankreich.

³³⁷ EKMR, Entsch. v. 5.5.1981 No. 8509/79 – X./Deutschland zur Bestellung eines Pflegers; siehe auch EKMR, Entsch. v. 9.4.1997 No. 28605/95 AG/Schweiz; *Schmahl*, in: Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes: 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012, S. 11 (25), allerdings zur Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 8 Abs. 1 EMRK nur vage auf die Betreuerbestellung „zum Schutz“ des Betroffenen abstellend.

³³⁸ EKMR, Entsch. v. 5.5.1981 No. 8509/79 – X./Deutschland.

³³⁹ Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults; bestätigt in Recommendation CM/Rec(2009)1 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity. Auf die Recommendation No. R (99) 4 verweist auch Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006–2015, Abschnitt 3.12.3.x. S. 27.

³⁴⁰ Wolf 2014, S. 19, allerdings ohne weitere Erörterung, wie der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK dogmatisch zu begründen ist.

drücklich, dass die Entziehung der Handlungsfähigkeit („*legal capacity*“) ein zulässiges Schutzinstrument sei, wo sie erforderlich sei (Principle 3 Nr. 1 S. 3). Diese Empfehlungen sind zwar nicht bindend, sie beeinflussen aber, weil sie einen „gemeinsamen europäischen Standard“ darstellen, die Auslegung des Art. 8 EMRK.³⁴¹ Und zur dogmatischen Begründung, wie der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK zu rechtfertigen ist, wird man letztlich auf verschiedene Rechtfertigungselemente abstellen müssen:

Wer insbesondere die finanziellen Folgen des Rechtsgeschäfts nicht überblickt oder gar Gefahr läuft, seine Schulden nicht begleichen zu können, der gefährdet, im Einklang mit den Ausführungen des EGMR, zunächst die Rechte Dritter. Aber auch ein Schutz vor sich selbst muss zulässig sein, wenn das gefährliche Tun nicht von einem freien Willen getragen ist. Insofern ist auf die Schutzpflichtendimension der EMRK abzustellen. Während gesundheitliche Interessen des Betroffenen zum einen in Art. 8 Abs. 2 EMRK ausdrücklich benannt sind und zum anderen auch über Art. 2 EMRK Gegenstand von Schutzpflichten sind,³⁴² werden Vermögensinteressen über den Eigentumsschutz in Artikel 1 des Zusatzprotokolls 1 der EMRK benannt. Aus diesem Artikel wird ebenso eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten vor Beeinträchtigungen durch Dritte oder durch risikobehaftetes Tun abgeleitet.³⁴³ Dieser Schutz vor risikobehaftetem Tun ist weiterzuentwickeln hin zu einem Schutz vor Vermögensschädigungen auch durch eigenes Tun, wenn das Tun nicht von hinreichender Selbstbestimmungsfähigkeit getragen ist.

In Extremfällen kann auch Art. 8 Abs. 1 EMRK selbst eine Schutzpflicht entnommen werden.³⁴⁴ So läuft es dem Grundsatz der Autonomie geradezu zuwider, wenn der Betroffene – ohne dieses Risiko selbstbestimmt einzugehen – Gefahr läuft, sich so weitgehend zu schädigen, dass er sich künftig jeglicher Dispositionsmöglichkeiten beraubt.³⁴⁵ Insofern dienen Geschäftsunfähigkeitsregelungen auch dem Schutz der selbstbestimmten Teilnahme am Rechtsverkehr selbst. Da die rechtliche Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit außerdem dazu dient, das Funktionieren eines Systems, dass sich auf Privatautonomie stützt, zu gewährleisten, sind zudem übergeordnete Interessen betroffen, wel-

³⁴¹ EGMR, Urt. v. 27.3.2008 No. 44009/05 Rn. 80 – Shtukaturv/Russland.

³⁴² BVerfG, NJW 2017, S. 53 (58).

³⁴³ Peters und Altwicker 2012, S. 31.

³⁴⁴ Eine solche Schutzpflicht hat der EGMR in Bezug auf verschiedene Einzelaspekte des Rechts auf Achtung der Privatsphäre angenommen: Siehe nur EGMR, Urt. v. 14.10.2010 No. 55164/08 Rn. 59 ff. – A./Kroatien: auch im Verhältnis zwischen Privaten müssten die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, um die in Art. 8 EMRK gewährleisteten Inhalte zu schützen; offen bei der Frage, ob der Staat Maßnahmen zur Erleichterung eines Selbstmords treffen muss: EGMR NJW 2011, S. 3773 (3774 f.) – Haas/Schweiz. Zum Überblick zu den sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Schutzpflichten: Grabenwarter und Pabel 2021, § 22 Rn. 60 ff.

³⁴⁵ So zu Art. 12 Abs. 2 BRK: Wolf 2014, S. 140 f. Siehe auch bereits oben zu den grundrechtlichen Schutzpflichten unter 2. Kapitel B.III.2.b)bb).

che jedoch zugegebenermaßen weder so recht unter das „wirtschaftliche Wohl des Landes“ noch unter die „Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Ordnung“ passen.³⁴⁶ Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die EMRK dieselben Rechtfertigungsgründe akzeptiert, die schon aus verfassungsrechtlicher Perspektive Geschäftsunfähigkeitsregelungen legitimieren.

b) Das Recht auf Nichtdiskriminierung

Wie das Grundgesetz kennt auch die EMRK ein Diskriminierungsverbot. Gemäß Art. 14 EMRK ist „[d]er Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten [...] ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“ Art. 14 EMRK ist akzessorisch zu den Konventionsfreiheiten, d.h. dass stets auch der Regelungsbereich eines anderen Konventionsrechts berührt sein muss.³⁴⁷ Dies ist vorliegend nicht weiter problematisch, da die Geschäftsunfähigkeitsregelungen, die im Verdacht stehen, diskriminierend zu sein, den Bereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK betreffen.

Ergänzt wird Art. 14 EMRK im Übrigen grundsätzlich durch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 1 des Protokolls Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über das Diskriminierungsverbot, wo es heißt, dass „[d]er Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes [...] ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten“ ist. Dieses Protokoll ist nicht akzessorisch, allerdings hat Deutschland dieses nicht ratifiziert.³⁴⁸

Zwar nennt Art. 14 EMRK die Behinderung als Anknüpfungspunkt nicht, diese ist aber unter den Begriff des „sonstigen Status“ zu subsumieren.³⁴⁹ Auf die Frage, ob insbesondere Menschen, die i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig sind, gleichzeitig als Menschen mit Behinderung zu bezeichnen sind, soll im Detail erst im Zusammenhang mit der UN-Behindertenrechtskonvention ein-

³⁴⁶ Siehe die Begriffsbestimmungen bei Dörr/Grote/Marauhn-Böhringer und Marauhn 2022, Kapitel 16 Rn. 91 und 92: das „wirtschaftliche Wohl“ als konkrete wirtschaftliche Interessen eines Landes; die öffentliche Ordnung ist – jedenfalls so der ursprüngliche Gedanke – als *ordre public*-Vorbehalt auszulegen.

³⁴⁷ Peters und Altwicker 2012, S. 244.

³⁴⁸ Karpenstein/Mayer-Sauer 2022, Art. 14 EMRK Rn. 1.

³⁴⁹ Peters und Altwicker 2012, S. 245; Rothfritz 2010, S. 229.

gegangen – und dies im Ergebnis bejaht – werden.³⁵⁰ An dieser Stelle ist aber bereits festzuhalten, dass die EMRK einer Diskriminierung wegen Behinderung im Wege steht: So versteht der EGMR unter einer Diskriminierung Fälle, in denen Personen oder Gruppen von Personen ohne Rechtfertigung weniger günstig als andere behandelt werden.³⁵¹ An einer solchen Rechtfertigung fehlt es, wenn die unterschiedliche Behandlung kein legitimes Ziel verfolgt oder wenn kein angemessenes Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel besteht.³⁵² Sowohl hinsichtlich der Frage, ob ein legitimes Ziel vorliegt, als auch im Rahmen der Angemessenheitsprüfung wird den Mitgliedstaaten aber wiederum ein erheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt.³⁵³ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung orientiert sich der EGMR im Übrigen i.d.R. nicht streng an den aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannten Kategorien der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit.³⁵⁴ Diese Kategorien sind dem EGMR aber grundsätzlich bekannt, auch wenn er sie nur selten kumulativ benennt.³⁵⁵ Die Rechtfertigungsprüfung entspricht damit im Kern derjenigen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wo ebenso eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt.³⁵⁶

2. Verhältnismäßigkeit von Geschäftsunfähigkeitsregelungen

Geschäftsunfähigkeitsregelungen sind wie gesehen grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich, wobei die Rechtfertigungsgründe denen des Grundgesetzes im Wesentlichen entsprechen. Die EMRK gibt dabei aber insbesondere vor, dass Geschäftsunfähigkeitsregelungen eine differenzierte Betrachtung zulassen können müssen. Der EGMR wertet beispielsweise den vollständigen Entzug

³⁵⁰ Siehe unten unter 2. Kapitel C.II.1.b). So zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 BGB bereits oben unter 2. Kapitel B.III.1.b).

³⁵¹ EGMR NJW 1986, S. 3007 (3011) – Abdulaziz u. a./UK.

³⁵² EGMR, Urt. v. 23.7.1968 – 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, BeckRS 1968, 105953 Rn. 104, 133 – Belgischer Sprachenfall; EGMR NJW 1986, S. 3007 (3009) – Abdulaziz u. a./UK; EGMR NJW 1999, S. 3695 (3698).

³⁵³ Zum Einschätzungsspielraum im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines legitimen Zwecks: Karpenstein/Mayer-Sauer 2022, Art. 14 EMRK Rn. 34; zum Einschätzungsspielraum im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung: EGMR, Urt. v. 28.10.1987 No. 8695/79, BeckRS 1987, 114606 Rn. 41 – Inze/Österreich; Karpenstein/Mayer-Sauer 2022, Art. 14 EMRK Rn. 38.

³⁵⁴ Siehe nur EGMR, Urt. v. 23.7.1968 No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, BeckRS 1968, 105953 Rn. 133 f. – Belgischer Sprachenfall, wo sich der EGMR auf die Feststellung beschränkt, dass ein legitimer Zweck vorliegt und zudem die Maßnahmen nicht unverhältnismäßig sind. Siehe ausführlich die Rechtsprechungsnachweise bei Karpenstein/Mayer-Sauer 2022, Art. 14 EMRK Rn. 35 ff.: z. B. habe der EGMR in der Entscheidung Belgischer Sprachenfall festgestellt, dass er nicht zu beurteilen habe, ob der Zweck auch auf andere Weise erreicht werden könne.

³⁵⁵ So aber in EGMR Urt. v. 16.3.2010 No. 15766/03 Rn. 150 – Oršuš u. a./Kroatien finden sich aber ausnahmsweise alle drei genannten Elemente.

³⁵⁶ Peters und Altwicker 2012, S. 253. Siehe bereits oben unter 2. Kapitel B.III.1.b).

der Geschäftsfähigkeit dann als unverhältnismäßig, wenn ein Gesetz nur die beiden Extremfälle der vollständigen Geschäftsfähigkeit einerseits und der vollständigen Geschäftsunfähigkeit andererseits kennt, aber keine Regelungen für Grenzfälle vorsieht, beispielsweise einen nur partiellen Entzug der Geschäftsfähigkeit. Es müsse stets die Möglichkeit geben, auf die verschiedenen Situationen „maßgeschneiderte“ Antworten finden zu können.³⁵⁷

Für eine insgesamt differenzierte Herangehensweise im Bereich der Geschäftsunfähigkeit spricht auch die bereits genannte Empfehlung Nr. 99(4) des Ministerkomitees.³⁵⁸ So werden die Mitgliedstaaten angehalten, einen rechtlichen Rahmen zum Schutz nicht selbstbestimmungsfähiger Erwachsener vorzusehen, welcher flexible Reaktionen auf unterschiedlich starke Beeinträchtigungen der Selbstbestimmungsfähigkeit ermöglicht (Principle 2 Nr. 1). Insbesondere soll die Schutzmaßnahme dem Grad der Beeinträchtigung angemessen sein und der individuellen Situation sowie den Bedürfnissen der betroffenen Person entsprechen. Dies bedeutet, dass die Handlungsfähigkeit einer Person nur in geringstmöglichem Umfang berührt werden soll, nur in dem Umfang, der notwendig ist, um den Zweck der Schutzmaßnahme zu erreichen (Principle 6 Nr. 1 und 2). Dabei entsprechen solche Gesetze nicht diesen Anforderungen, die die Handlungsfähigkeit ohne Rücksicht auf die Erfordernisse der jeweiligen Situation einschränken.³⁵⁹ Außerdem soll dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werden, mit Zustimmung des Vertreters rechtsgeschäftlich tätig zu werden, gerade auch in den Bereichen, für die ein Vertreter bestellt wurde (Principle 3 Nr. 3),³⁶⁰ bzw. jedenfalls Alltagsgeschäfte selbst vorzunehmen (Principle 3 Nr. 4).

An diesen Grundsätzen reibt sich das deutsche Recht. Auf Details wird noch einzugehen sein,³⁶¹ aber vorgreifend sei bereits festgestellt, dass die ganz herrschende Meinung den §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB zum einen ein Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit entnimmt, welches nur die Entscheidung

³⁵⁷ So zum russischen Recht: EGMR, Urt. v. 27.3.2008 No. 44009/05 Rn. 95 – Shtukatur/Russland; ebenso, auf die vorstehende Entscheidung Bezug nehmend: EGMR, Urt. v. 22.1.2013 No. 33117/02 Rn. 90–92 – Lashin/Russland.

³⁵⁸ Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults; bestätigt in Recommendation CM/Rec(2009)1 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity. Auf die Recommendation No. R (99) 4 verweist auch Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006–2015, Abschnitt 3.12.3.x. S. 27.

³⁵⁹ Explanatory Memorandum Recommendation Rec(1999)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults, Rn. 40.

³⁶⁰ Siehe auch Explanatory Memorandum Recommendation Rec(1999)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults, Rn. 36.

³⁶¹ Siehe ausführlich 3. Kapitel.

zwischen voll geschäftsfähig in Bezug auf jedes Rechtsgeschäft oder voll geschäftsunfähig in Bezug auf ebenso jedes Rechtsgeschäft zulässt. Wie noch zu zeigen sein wird, ergeben sich hieraus nicht nur Schutzlücken, sondern in der Praxis häufig auch ein Übermaß an Schutz, wenn die Gerichte Geschäftsunfähigkeit feststellen.³⁶² Mit „maßgeschneidertem Schutz“ hat dies nichts zu tun. Zum anderen ermöglichen § 105a BGB sowie vergleichbare Vorschriften in Spezialgesetzen zwar, dass ein Geschäftsunfähiger für spezifische Geschäfte noch einen letzten Rest Handlungsfähigkeit behält. Grundsätzlich ist eine Person im Zustand der Geschäftsunfähigkeit aber vollständig handlungsunfähig. Insbesondere kennt das deutsche Recht kein Genehmigungsmodell, da auch die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters eine vorhandene Geschäftsunfähigkeit nicht zu einer beschränkten Geschäftsfähigkeit „aufwertet“.

II. Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention

1. Stärkung des Rechts auf Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung

a) Allgemeines

Das von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 13.12.2006 verabschiedete Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen hat Deutschland mit Wirkung zum 26.3.2009 ratifiziert.³⁶³ Ziel der BRK ist es, die Staaten, die die Konvention unterzeichnet haben, dazu anzuhalten, Menschen mit Behinderungen als mündige Bürger anzuerkennen und ihnen die selbstbestimmte Gestaltung ihres Alltags zu ermöglichen.³⁶⁴ Entsprechend legt Art. 3 lit. a) der BRK als Grundsatz des Übereinkommens „die Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde, seiner individuellen Autonomie, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, sowie seiner Unabhängigkeit“ fest.³⁶⁵ Auch in Buchstabe n) der Präambel ist verankert, „wie wichtig die individuelle Autonomie und Unabhängigkeit für Menschen mit Behinderungen ist, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen.“³⁶⁶ Insgesamt müssen die Vertragsstaaten nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 BRK die Rechte von Menschen mit Behinderung nicht nur achten, sondern auch ihre volle Verwirklichung gewährleisten und fördern. Von besonderer Bedeutung ist schließlich Art. 12 BRK, insbesondere dessen Absatz 2, wonach Menschen mit

³⁶² Siehe unten unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

³⁶³ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13.12.2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21.12.2008; BGBl. 2008 II S. 1419 ff.

³⁶⁴ Lachwitz KJ 2012, S. 385 (386).

³⁶⁵ Siehe auch Lachwitz KJ 2012, S. 385 (386).

³⁶⁶ Siehe auch Lachwitz KJ 2012, S. 385 (386).

Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen.

b) Geschäftsunfähige Personen als Menschen mit Behinderung

Die BRK gilt für alle Menschen mit Behinderungen. Gemäß Art. 1 Abs. 2 der BRK sind dies Menschen, „die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“ Hierzu gehören Menschen mit geistigen Behinderungen, aber auch Menschen mit Demenzerkrankungen,³⁶⁷ und ganz konkret jedenfalls auch die Personen, die von § 104 Nr. 2 BGB erfasst sind.³⁶⁸ So ist zwar nicht jeder Mensch mit Behinderung geschäftsunfähig, aber jeder nach aktuellem Recht Geschäftsunfähige erfüllt den Begriff der Behinderung.³⁶⁹ Denn wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern dieser Zustand nicht nur ein vorübergehender ist – so die Definition der Geschäftsunfähigkeit in § 104 Nr. 2 BGB –, bei dem liegt zumindest auch eine langfristige geistige Beeinträchtigung i. S. v. Art. 1 Abs. 2 BRK vor.

So ist insbesondere anerkannt, dass etwa chronische Krankheiten nicht nur zu Geschäftsunfähigkeit führen können, sondern auch den Begriff der Behinderung erfüllen.³⁷⁰ Auch der EuGH hat, unter Berücksichtigung der Definition in Art. 1 Abs. 2 der BRK,³⁷¹ den Begriff der Behinderung im Rahmen der Gleichbehandlungs-Rahmen-RL (RL 2000/78/EG) um auf Krankheiten zurückzuführende Beeinträchtigungen erweitert: Der Begriff schließe also einen Zustand ein, „der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn diese Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben,

³⁶⁷ Lachwitz KJ 2012, S. 385 (387).

³⁶⁸ Zum Anwendungsbereich siehe unten unter 3. Kapitel A.I.

³⁶⁹ Tolmein, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 136 (144); Lachwitz KJ 2012, S. 685 (398); a. A. Erster Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 31 f. (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024); § 104 Nr. 2 BGB erfasse sowohl Menschen mit Behinderungen als auch andere Menschen. Im zweiten und dritten Staatenbericht äußerte sich die Bundesregierung zur Frage, ob Geschäftsunfähige stets Menschen mit Behinderung i. S. d. BRK seien, gar nicht mehr, siehe die Ausführungen zu Art. 12 BRK: Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland, 2019, S. 22 ff. (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024).

³⁷⁰ Rothfritz 2010, S. 173 f.; Aichele und Althoff, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 104 (105).

³⁷¹ EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, BeckRS 2013, 80743 Rn. 39.

gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist.“³⁷²

Verfehlt wäre es auch, die in der BRK geforderte „Langfristigkeit“ des Zustands von dem „nicht nur vorübergehenden Zustand“ des § 104 Nr. 2 BGB unterscheiden zu wollen: So heißt es zwar, dieser „nicht nur vorübergehende Zustand“ liege bereits ab einem Zeitraum einiger Tage vor, während die Behinderung ein langfristiger Zustand sei, der mindestens sechs Monate vorliegen müsse (so die Definition der Behinderung in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX) bzw. „bei objektiver Betrachtung unter Berücksichtigung des Selbstverständnisses des Betroffenen typischerweise als zu diesem zugehörig wahrgenommen wird.“³⁷³ Allerdings ist fraglich, weshalb die Regelung des SGB IX den Anwendungsbereich der BRK bestimmen sollte, wo doch eine solche Mindestdauer in Art. 1 Abs. 2 BRK gerade nicht angelegt ist.³⁷⁴ Vielmehr ist der BRK überhaupt nicht zu entnehmen, welcher Zeitraum für die geforderte Langfristigkeit vorliegen muss.³⁷⁵ Letztlich sind die Begrifflichkeiten „langfristig“ und „nicht nur vorübergehend“ inhaltlich so wenig klar bestimmbar, dass sie kaum als Argument für eine trennscharfe Abgrenzung zwischen § 104 Nr. 2 BGB und Art. 1 Abs. 2 BRK herangezogen werden können. Das BVerfG selbst verwendet beide Begriffe gar synonym und beschreibt eine Behinderung im Wechsel als „nicht nur vorübergehende“ Funktionsbeeinträchtigung³⁷⁶ einerseits und „längerfristige“ Beeinträchtigung der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung³⁷⁷ andererseits.

Auch die in Art. 1 Abs. 2 BRK geforderte „soziale Komponente“, wonach die geistige Beeinträchtigung den Betroffenen in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können muss, nötigt zu keinem anderen Ergebnis.³⁷⁸ Sie führt insbesondere nicht dazu, den Behinderungsbegriff enger zu fassen als den Begriff der Geschäftsunfähigkeit. Denn ein barrierebedingtes Hindernis an voller Teilhabe an der Gesellschaft dürfte auch immer dann vorliegen, wenn

³⁷² EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, BeckRS 2013, 80743 Rn. 41.

³⁷³ Wolf 2014, S. 46 f. zur Geschäftsunfähigkeit und S. 106 zur Behinderung. Wolf schließt aus dieser Unterscheidung, dass die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB Menschen mit Behinderung im Ergebnis diskriminierten, da diese aufgrund des langanhaltenden Ausschlusses der Handlungsfähigkeit intensiver betroffen seien, S. 156.

³⁷⁴ Vgl. auch Tolmein, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 136 (144 Fn. 24): Der Begriff der Behinderung in Art. 1 Abs. 2 BRK reiche weiter als der in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX.

³⁷⁵ Rothfritz 2010, S. 166, 167 f.

³⁷⁶ BVerfG NJW 1998, S. 131 (131).

³⁷⁷ BVerfG NJW 2019, S. 1201 (1205).

³⁷⁸ Ausführlich zu dieser in Art. 1 Abs. 2 BRK enthaltenen Voraussetzung Rothfritz 2010, S. 164 ff., wonach in der Definition des Art. 1 Abs. 2 BRK die soziale Komponente die defekzentrierte (langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen) im Ergebnis überwiege, S. 170.

eine Person die Voraussetzungen von § 104 Nr. 2 BGB erfüllt. Vor dem Hintergrund, dass bereits „einstellungsbezogene Barrieren“ (lit. e) der Präambel) genügen, also solche „in den Köpfen der anderen Menschen“, ³⁷⁹ reichen auch gesellschaftlich verankerte Vorurteile aus, wonach beispielsweise Menschen mit bestimmten geistigen Beeinträchtigungen weniger arbeitsfähig oder leistungsfähig sind. ³⁸⁰ Es genügen auch Schwierigkeiten, den Alltag zu bewältigen, oder Beeinträchtigungen im sozialen Leben, ³⁸¹ was man so auch für unter § 104 Nr. 2 BGB fallende Personen bejahen kann. Außerdem liegt das Hauptaugenmerk dieser „sozialen Komponente“ vor allem darauf, auf die gesamtgesellschaftliche Verantwortung hinzuweisen und die Folgen von körperlichen, seelischen oder geistigen Beeinträchtigungen zu beseitigen. ³⁸² Sie kennzeichnet einen Paradigmenwechsel hin zu einer Anpassungsobliegenheit der Umwelt, nicht der Betroffenen, ³⁸³ und akzentuiert daher („nur“) anders als § 104 Nr. 2 BGB. ³⁸⁴

Wenn im Ergebnis also die Personen, die die Voraussetzungen von § 104 Nr. 2 BGB erfüllen, auch vom Anwendungsbereich der BRK erfasst sind, so ist dieser Anwendungsbereich aber nicht notwendigerweise auf diesen Personenkreis beschränkt. Wenn folglich, sollten sich die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB als reformbedürftig erweisen, die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB reformiert und hierdurch der Kreis der geschäftsunfähigen Personen weitergezogen wird als bislang, so ist im Auge zu behalten, dass weitere Personengruppen, die möglicherweise den Behinderungsbegriff erfüllen, in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt werden, als dies aktuell der Fall ist. Dies betrifft insbesondere Personen mit Demenzerkrankungen, die zwar den Begriff der Behinderung i. S. d. BRK erfüllen, aber de lege lata nicht ohne Weiteres als geschäftsunfähig eingeordnet werden können bzw. die jedenfalls von der herrschenden Meinung in der Regel als geschäftsfähig behandelt werden ³⁸⁵; bei einem entsprechenden Reformvorschlag könnten sie aber unter Umständen in die Geschäftsunfähigkeitsregelungen einzubeziehen sein. Entsprechend sind bei Formulierung eines entsprechenden Reformvorschlags die Anforderungen der BRK zu beachten.

Im Übrigen ist aber auch außerhalb des Anwendungsbereichs der BRK handlungsleitend, dass die Selbstbestimmung eines jeden Menschen Anerkennung verdient und Einschnitte folglich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen haben. ³⁸⁶ Was die BRK daher speziell für Menschen mit Behinderungen explizit statuiert – zu den Voraussetzungen und der Rechtfertigung von frei-

³⁷⁹ Rothfritz 2010, S. 166.

³⁸⁰ Rothfritz 2010, S. 166.

³⁸¹ Rothfritz 2010, S. 166 mit dem Beispiel von Suchtkranken.

³⁸² Rothfritz 2010, S. 163.

³⁸³ Rothfritz 2010, S. 163; siehe bereits Caspar EuGRZ 2000, S. 135 (136).

³⁸⁴ Tolmein, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 136 (144 Fn. 24).

³⁸⁵ Siehe unten unter 3. Kapitel A.I.2.b).

³⁸⁶ Siehe entsprechend zum Verfassungsrecht 2. Kapitel B.III.1.

heitsbeschränkenden Maßnahmen sogleich – ist folglich ohnehin zu verallgemeinern und daher auch dann zu berücksichtigen, wenn es um die Beurteilung solcher Menschen als geschäftsunfähig geht, die gegebenenfalls nicht unter die BRK fallen.

c) *Anerkennung der Rechts- und Handlungsfähigkeit (Art. 12 BRK)*

Gemäß Art. 12 Abs. 1 BRK bekräftigen die Vertragsstaaten, „dass Menschen mit Behinderungen das Recht haben, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden.“ Dies wiederum bedeutet nach Art. 12 Abs. 2 BRK, dass „Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit“ genießen. Damit lässt sich die Anerkennung als Rechtssubjekt folglich in die Anerkennung der Rechts- und Handlungsfähigkeit aufspalten. Die englische Fassung des Absatzes 2, die gemäß Art. 50 BRK verbindlich ist, verwendet zwar den Begriff „*legal capacity*“, welcher aber anerkanntermaßen ebenso beide Aspekte – Rechts- und Handlungsfähigkeit – erfasst.³⁸⁷ Durch ausdrückliche Bezugnahme auf die Handlungsfähigkeit konkretisiert Art. 12 Abs. 2 BRK als Freiheitsrecht im Übrigen den in Art. 26 IPBPR bereits allgemein geregelten Schutz vor Diskriminierung³⁸⁸ sowie die in Art. 16 IPBPR allgemein verankerte Anerkennung der Rechtsfähigkeit, die ebenso die Handlungsfähigkeit mit erfasst.³⁸⁹

Damit verlangt die BRK nicht nur, dass Menschen mit Behinderungen als fähig, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, anerkannt werden, sondern dass ihnen auch die Kompetenz zugesprochen wird, durch eigenes Handeln

³⁸⁷ Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des UN-Fachausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 3f. Rn. 12, 14 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024); *Lachwitz* KJ 2012, S. 385 (388); *Schmahl*, in: Perspektiven und Reform des Erwachsenen-schutzes: 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012, S. 11 (18f.).

³⁸⁸ Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“ des UN-Fachausschusses zur BRK: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 1 Rn. 1 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024).

³⁸⁹ Ausführlich zur Konkretisierung von Art. 16 IPBPR durch Art. 12 Abs. 2 der BRK, wonach auch Art. 16 IPBPR den Aspekt der Handlungsfähigkeit erfasst, auch ohne ihn explizit zu benennen, sodass Art. 12 Abs. 2 der BRK nur für Menschen mit Behinderungen wiederholt, was bereits allgemein anerkannt ist: *Aichele und Bernstorff* BtPrax 2010, S. 199 (200f.); *Lipp* FamRZ 2012, S. 669 (672); *Wolf* 2014, S. 124ff.; a. A. *Rothfritz* 2010, S. 367: Art. 16 IPBPR schütze nicht die Handlungsfähigkeit. Dagegen spricht aber, dass bereits im Zusammenhang mit der 1979 beschlossenen UN-Frauenrechtskonvention die in Art. 15 Abs. 2 der FRK garantierte rechtliche Handlungsfähigkeit von Frauen aus Art. 16 IPBPR abgeleitet worden ist, siehe UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women), 2000, Rn. 19. Damit dürfte feststehen, dass sich das Verständnis des Art. 16 IPBPR seit seiner Schaffung dahingehend gewandelt hat, dass die Handlungsfähigkeit in den Regelungsgehalt von Art. 16 IPBPR aufgenommen worden ist, siehe *Wolf* 2014, S. 125.

Rechtswirkung hervorzurufen.³⁹⁰ Dies meint nicht nur Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit, sondern auch die Fähigkeit, für Handlungen Verantwortung zu tragen, also Delikts- und Schuldfähigkeit.³⁹¹

Trotz dieser Betonung der Handlungsfähigkeit erkennt die BRK aber dennoch an, dass behinderte Menschen unter Umständen nicht mehr vollständig allein handlungsfähig sind, da sie in Art. 12 Abs. 3 der BRK vorsieht, dass „geeignete Maßnahmen“ zu treffen sind, „um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.“ Ein System des „support“ bzw. „supported decision-making“ („unterstützende Entscheidungsfindung“³⁹²) wurde dabei bewusst einem System des „substituted decision-making“ („ersetzende Entscheidungsfindung“³⁹³) vorgezogen: Behinderte Menschen sollen in ihren Entscheidungen unterstützt werden, Entscheidungen sollen aber nicht an ihrer Stelle getroffen und behinderte Menschen sollen nicht ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit beraubt werden.³⁹⁴

Der UN-Fachausschuss zur BRK, dessen veröffentlichte „Allgemeine Bemerkungen“³⁹⁵ für die Auslegung der BRK-Bestimmungen zwar nicht verbindlich sind, den Mitgliedstaaten aber als Auslegungsrichtlinie dienen sollen,³⁹⁶ versteht unter einem System der ersetzenden Entscheidungsfindung ein solches, bei dem einer Person die rechtliche Handlungsfähigkeit entzogen wird, auch wenn dies nur für eine einzige Entscheidung geschieht.³⁹⁷ Ein solches System sei auch gegeben, wenn ein Dritter für den Betroffenen einen Vertreter bestellen

³⁹⁰ Lachwitz KJ 2012, S. 385 (388); Aichele und Bernstorff BtPrax 2010, S. 199 (201); BT-Drucks. 16/10808, S. 51 f.

³⁹¹ Lipp FamRZ 2012, S. 669 (672).

³⁹² Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 7 Rn. 26 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024).

³⁹³ Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 7 Rn. 27 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024).

³⁹⁴ Lachwitz KJ 2012, S. 385 (390 ff.). Ausdrücklich Maßnahmen des „substituted decision-making“ ablehnend auch: Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Abschließende Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands, 2015, S. 5 Nr. 26 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de); Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 6 Rn. 26 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de).

³⁹⁵ Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024).

³⁹⁶ Lipp FamRZ 2017, S. 4 (5); Brosey BtPrax 2014, S. 211 (211); BVerfG NJW 2017, S. 53 (58).

³⁹⁷ Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 8 Rn. 27 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024).

könne, und dies auch gegen den Willen des Betroffenen, und zudem der Vertretende seine Entscheidung auf der Grundlage eines objektiven „Wohls“ des Vertretenen treffe statt auf der Grundlage des eigenen Willens und der eigenen Präferenzen des Vertretenen.³⁹⁸ Ein System der unterstützenden Entscheidungsfindung hingegen beachte die Wünsche und den mutmaßlichen Willen und setze diese um.³⁹⁹

2. Verhältnismäßigkeit des Geschäftsunfähigkeitsrechts

a) Nichtigkeitsfolge von § 105 Abs. 1 BGB

aa) Zulässigkeit einer „ersetzenden Entscheidungsfindung“

Wenn nun die BRK vorgibt, dass vorrangig ein System der unterstützenden Entscheidungsfindung zu wählen ist, um Menschen mit Behinderung die Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen, so stellt sich die Frage, ob Vorschriften wie §§ 104 Nr. 2 BGB, 105 Abs. 1 BGB dieser Anforderung gerecht werden. Denn die ausnahmslose Nichtigkeit einer Rechthandlung kann kaum als Unterstützung bezeichnet werden.

Teils wird versucht, die Vereinbarkeit von §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB mit Art. 12 Abs. 2 BRK insofern herzustellen, als schlicht bestritten wird, dass die Regelungen der Geschäftsunfähigkeit überhaupt die Handlungsfähigkeit tangieren: Schließlich sei die natürliche Geschäftsunfähigkeit keine rechtliche Eigenschaft eines Menschen und beschreibe auch nicht seinen rechtlichen Status.⁴⁰⁰ Der in § 104 Nr. 2 BGB beschriebene Zustand bezeichne vielmehr einen Mangel der Willensbildung, der zur Unwirksamkeit einer konkreten Erklärung führe.⁴⁰¹ Die Anerkennung der rechtlichen Handlungsunfähigkeit werde ebenso wenig in Frage gestellt wie durch die „zu vergleichbaren Rechtsfolgen führenden Irrtumsregelungen“.⁴⁰²

Nun ist hieran zwar richtig, dass es seit 1992 mit Abschaffung der Entmündigung keinen durch Staatsakt erfolgenden Entzug der Geschäftsfähigkeit mehr gibt. Richtig ist auch, dass der UN-Fachausschuss gerade solche Systeme wie das alte Recht der Entmündigung als „ersetzende Entscheidungsfindung“ ansieht,⁴⁰³ allerdings eben nicht ausschließlich: Gerade auch das Aberkennen von

³⁹⁸ Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 7 f. Rn. 27 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024).

³⁹⁹ Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 8 Rn. 29 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024); Brosey BtPrax 2014, S. 211 (212).

⁴⁰⁰ Lipp FamRZ 2017, S. 4 (7).

⁴⁰¹ Lipp FamRZ 2017, S. 4 (7).

⁴⁰² Lipp FamRZ 2017, S. 4 (7).

⁴⁰³ Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1

Handlungsunfähigkeit für nur *eine* Entscheidung des Betroffenen und damit für nur eine Erklärung des Betroffenen fällt in die Kategorie der „ersetzenden Entscheidungsfindung“. ⁴⁰⁴ Es mag also sein, dass es im deutschen Recht keine Feststellung der Geschäftsunfähigkeit für die Zukunft mehr gibt. Wenn aber eine Willenserklärung per Gesetz nichtig ist, so ist dies doch nichts anderes als das Aberkennen von Handlungsfähigkeit im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung für konkret diese Erklärung. Auch der Vergleich der Irrtumsregelungen trägt nicht, da ein Irrtum (allenfalls) zur Anfechtung berechtigt und die Entscheidung über die Anfechtung außerdem dem Irrenden obliegt.

Dennoch steht die BRK, auch wenn sie Maßnahmen der „unterstützenden Entscheidungsfindung“ klar favorisiert, anderen Schutzmaßnahmen wie Regelungen entsprechend der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB nicht per se ablehnend gegenüber: So legt Art. 12 Abs. 4 S. 1 BRK fest, dass die Vertragsstaaten geeignete und wirksame Sicherungen vorsehen müssen, um Missbräuche, die sich aus der Ausübung von die Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen – also Schutzmaßnahmen – ergeben könnten, zu verhindern. Nach Satz 2 müssen diese Sicherungen insbesondere und unter anderem gewährleisten, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind. Zudem müssen auch die Sicherungen nach Satz 3 im Hinblick auf das Ausmaß, in dem die Maßnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismäßig sein.

Dieser Art. 12 Abs. 4 BRK bezieht sich dabei gerade auch auf Maßnahmen, die den Betroffenen in der Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht nur unterstützen, sondern auch beschränken. ⁴⁰⁵ Die BRK setzt ihre Zulässigkeit also voraus und gibt nur vor, dass solche Maßnahmen die Anforderungen von Absatz 4 Satz 2 und 3 erfüllen müssen, also insbesondere verhältnismäßig sein müssen. Dagegen wird zwar eingewendet, dass Absatz 4 nur in Zusammenhang mit Absatz 3 gelesen werden könne: Da Art. 12 Abs. 3 BRK ausdrücklich nur Maßnahmen der Unterstützung nenne, könne sich Art. 12 Abs. 4 BRK eben auch nur auf unterstützende Maßnahmen beziehen und nur für diese also die Verhältnismäßigkeit anordnen. ⁴⁰⁶

des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 7 Rn. 27 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024): Der UN-Fachausschuss nennt als Beispiele eine umfassende Vormundschaft („*plenary guardianship*“), gerichtliche Verbote („*judicial interdiction*“) und Teilvormundschaft („*partial guardianship*“).

⁴⁰⁴ Siehe oben bei Fn. 397.

⁴⁰⁵ So im Zusammenhang mit Zwangsbehandlungen, also solchen, die dem natürlichen Willen widersprechen: BVerfG NJW 2011, S. 2113 (2116); BVerfG NJW 2017, S. 53 (58). Allgemein Wolf 2014, S. 144 ff.; Lipp FamRZ 2012, S. 669 (673 f.); Art. 12 Abs. 4 BRK erfasse auch andere Maßnahmen als die in Absatz 3 genannten, insgesamt seien andere Maßnahmen als unterstützende nicht per se unzulässig.

⁴⁰⁶ Lachwitz BtPrax 2008, S. 145 (147); Tolmein, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 136 (139 f.). So wohl auch der UN-Fachausschuss in Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkungen Nr. 1 des Ausschusses

Dem ist jedoch wiederum entgegenzuhalten, dass sich aus dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 4 BRK gerade nicht ergibt, auf welche Maßnahmen Bezug genommen wird.⁴⁰⁷ Die Formulierung ist vielmehr bewusst offen gewählt worden und ein explizites Verbot ersetzender Entscheidungsfindung wurde gerade nicht ausdrücklich in die BRK aufgenommen, da sich die Vertragsstaaten auf ein solches nicht einigen konnten.⁴⁰⁸ Vielmehr haben einige Staaten in ihren interpretativen Erklärungen klargestellt, auf Maßnahmen der ersetzenden Entscheidungsfindung nicht verzichten zu wollen, solche aber, wie von Art. 12 Abs. 4 BRK gefordert, nur dann anzuwenden, wenn diese erforderlich sind.⁴⁰⁹ Diese Erklärungen sind unwidersprochen geblieben und können daher zur Interpretation der Konvention herangezogen werden.⁴¹⁰

Hinzukommt, dass eine Beschränkung auf nur unterstützende Maßnahmen dem Schutzbedürfnis behinderter Menschen unter Umständen nicht ausreichend Rechnung trägt.⁴¹¹ Denn die BRK verlangt nicht nur die Förderung und Respektierung ihrer Selbstbestimmung, sondern auch den Schutz ihrer Rechtsgüter, wie etwa den Schutz vor Missbrauch in Art. 16 BRK; diesen nicht zu gewährleisten, wäre menschenrechtswidrig.⁴¹² Auch aus Art. 12 Abs. 2 BRK, wonach behinderte Menschen gleichberechtigt Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen, ergibt sich eine Schutzpflicht: Denn führt eine auf fehlender oder eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit basierende Handlung zu einem rechtlich nachteiligen Ergebnis und hatte der Betroffene entsprechend nicht die

für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2014, S. 6 Rn. 20 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024): „Artikel 12 Absatz 4 beschreibt die Sicherungen, die innerhalb des Systems der Unterstützung zur Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit vorhanden sein müssen.“ [Hervorhebung durch Autorin]

⁴⁰⁷ Wolf 2014, S. 144.

⁴⁰⁸ Dhanda Syracuse Journal of International Law & Commerce (34) 2007, S. 429 (449f.): „[...] so that each person could see what they desired in the paragraph [...]“; Wolf 2014, S. 144; a.A. Tolmein, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 136 (139 Fn. 9).

⁴⁰⁹ So beispielsweise Kanada: „To the extent Article 12 may be interpreted as requiring the elimination of all substitute decision-making arrangements, Canada reserves the right to continue their use in appropriate circumstances and subject to appropriate and effective safeguards. With respect to Article 12 (4), Canada reserves the right not to subject all such measures to regular review by an independent authority, where such measures are already subject to review or appeal.“ Ebenso die Niederlande: „The Kingdom of the Netherlands recognizes that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. Furthermore, the Kingdom of the Netherlands declares its understanding that the Convention allows for supported and substitute decision-making arrangements in appropriate circumstances and in accordance with the law. The Kingdom of the Netherlands interprets Article 12 as restricting substitute decision-making arrangements to cases where such measures are necessary, as a last resort and subject to safeguards.“ Erklärungen abgerufen unter: www.treaties.un.org, am 12.7.2024.

⁴¹⁰ Ganner und Barth BtPrax 2010, S. 204 (205, 206).

⁴¹¹ Ganner und Barth BtPrax 2010, S. 204 (206).

⁴¹² Ganner und Barth BtPrax 2010, S. 204 (206).

Fähigkeit, sich selbstbestimmt für dieses Resultat zu entscheiden, hat er keineswegs gleichberechtigt von seinen Handlungsbefugnissen Gebrauch gemacht.⁴¹³ Zudem läuft es, wie schon zum Verfassungsrecht und zur EMRK festgestellt,⁴¹⁴ der in Art. 12 Abs. 2 BRK niedergelegten Autonomie geradezu zuwider, wenn der Betroffene sich gar ungehindert so weitgehend schädigen könnte, dass er sich künftig jeglicher Dispositionsmöglichkeiten beraubte.⁴¹⁵

Da nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass ausschließlich unterstützende Maßnahmen nicht geeignet sind, den Schutz vor diesen Gefahren zu gewährleisten, muss es dem Gesetzgeber möglich sein, auch auf Maßnahmen ersetzender Entscheidungsfindung zurückzugreifen. Besonders deutlich wird die Notwendigkeit, auch solche Maßnahmen zuzulassen, im Übrigen auch in der Situation, in der eine Person überhaupt nicht mehr handlungsfähig ist: In einem solchen Fall kann die eigene Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit auch nicht durch Unterstützungsmaßnahmen hergestellt werden.⁴¹⁶

Es kommt im Ergebnis nach allgemeinen menschenrechtlichen Grundsätzen also nur darauf an, ob der durch Maßnahmen ersetzender Entscheidungsfindung erfolgende Eingriff in Art. 12 Abs. 2 BRK, welcher grundsätzlich die volle Anerkennung als handlungsfähig fordert, sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig ist,⁴¹⁷ wie es auch in Art. 12 Abs. 4 BRK klargestellt wird. Dabei muss im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets der Auftrag zur Effektivierung der Rechte Behinderter beachtet werden, Art. 4 Abs. 1 S. 1 BRK, der die Rechtfertigungsbedürftigkeit von Maßnahmen, die die Handlungsfähigkeit beschränken, nochmal erhöht. Dieses Ergebnis, wonach Beschränkungen der Handlungsfähigkeit bei Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme zulässig sind, entspricht auch der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats zu den Grundsätzen bezüglich des rechtlichen Schutzes entscheidungsunfähiger Erwachsener,⁴¹⁸ wo es in Principle 3 Nr. 1 S. 3 ausdrücklich heißt: „However, a restriction of legal capacity should be possible where it is shown to be necessary for the protection of the person concerned.“

⁴¹³ Wolf 2014, S. 140f.

⁴¹⁴ Siehe oben unter 2. Kapitel B.III.2.b)bb) zum Verfassungsrecht und 2. Kapitel C.I.1.a) zur EMRK.

⁴¹⁵ Wolf 2014, S. 140f.

⁴¹⁶ Ganner und Barth BtPrax 2010, S. 204 (206); Rothfritz 2010, S. 372f.

⁴¹⁷ Lipp FamRZ 2017, S. 4 (5); Lipp FamRZ 2012, S. 669 (673 f.); siehe auch Rothfritz 2010, S. 372f.: Maßnahmen der ersetzenden Entscheidungsfindung als ultima ratio möglich; ebenso Aichele und Bernstorff BtPrax 2010, S. 199 (203): hohe Rechtfertigungslast des Vertragsstaats; siehe auch zur Vereinbarkeit von Maßnahmen ersetzender Entscheidungsfindung mit der BRK aus Sicht der Bundesregierung: Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland, 2019, S. 23 (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, aufgerufen am 12.7.2024); mit dem Schutz des Individuums argumentierend auch Wolf 2014, S. 145.

⁴¹⁸ Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults.

bb) Gerechtfertigte Ungleichbehandlung

Die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB betreffen de facto ausschließlich Menschen mit Behinderung i. S. v. Art. 1 Abs. 2 BRK⁴¹⁹ – im Übrigen genügte für einen möglichen Konflikt mit den Diskriminierungsverboten auch bereits, dass eine Vorschrift *jedenfalls überwiegend* nur Menschen mit Behinderungen erfasste⁴²⁰ –, was jedoch nicht automatisch eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung bedeutet:

Art. 2 Abs. 3 BRK enthält eine Legaldefinition der Diskriminierung. So bedeutet „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.“ Die BRK erfasst dabei „alle Formen der Diskriminierung“ (Art. 2 Abs. 3 S. 1), damit sowohl unmittelbare Diskriminierungen, also solche, die direkt an das Merkmal der Behinderung oder an ein solches, das ausschließlich vom geschützten Personenkreis erfüllt wird, anknüpfen, als auch mittelbare, also solche Maßnahmen, die dem ersten Anschein nach neutral sind, aber faktisch in besonderer Weise Menschen mit Behinderungen betreffen.⁴²¹ Die BRK ist so von einem umfassenden Nichtdiskriminierungsansatz durchzogen. So heißt es auch in Art. 4 Abs. 1 S. 1 BRK, dass die Vertragsstaaten verpflichtet werden, „die volle Verwirklichung aller Menschenrechte für alle Menschen mit Behinderung ohne jede Diskriminierung auf Grund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern.“

Die Nichtanerkennung von Rechtsgeschäften, wenn die Voraussetzungen von § 104 Nr. 2 BGB vorliegen, erfüllt zweifellos den Begriff der Diskriminierung der BRK, denn § 104 Nr. 2 BGB erkennt bestimmte Menschen, die bestimmte persönliche Voraussetzungen erfüllen, nicht gleichberechtigt mit anderen Menschen, bei denen diese persönlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, als handlungsfähig an, wie es insbesondere Art. 12 Abs. 2 BRK forderte. Da bestimmte persönliche Eigenschaften unmittelbarer Anknüpfungspunkt der benachteiligenden Maßnahmen sind, handelt es sich gar um eine unmittelbare Diskriminierung, die allerdings einer Rechtfertigung zugänglich ist:

Die BRK selbst sieht zwar keine Rechtfertigungsmöglichkeit vor, nichtsdestoweniger ist die Möglichkeit einer Rechtfertigung menschenrechtlicher Dis-

⁴¹⁹ Siehe oben unter 2. Kapitel C.II.1.b).

⁴²⁰ So für das Diskriminierungsverbot der EMRK: *Peters und Altwicker* 2012, S. 247 f.

⁴²¹ *Aichele und Althoff*, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 104 (106); zu diesem Begriffspaar ebenso *Rothfritz* 2010, S. 207; Nichtamtliche Übersetzung der „General Comments“: Allgemeine Bemerkung Nr. 6 des Ausschusses für Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2018, S. 5 f. (verfügbar unter www.gemeinsam-einfach-machen.de, abgerufen am 12.7.2024).

kriminierungsverbote anerkannt.⁴²² Eine solche muss es geben, da alles andere die Handlungsfähigkeit der Vertragsstaaten zu sehr einschränkte.⁴²³ Zudem ergibt sich diese Möglichkeit auch aus der gegenüber Menschen mit eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit bestehenden Schutzpflicht. Wie gesehen, steht die BRK solchen Regelungen, die die rechtliche Handlungsfähigkeit beschränken, nicht per se ablehnend gegenüber, weil es menschenrechtswidrig wäre, Personen Gefahren auszusetzen, die sie nicht eigenverantwortlich eingegangen sind.⁴²⁴ Es entspricht dann aber der Natur der Sache, dass diese die Handlungsfähigkeit beschränkenden Vorschriften nur auf einen bestimmten Personenkreis anwendbar sind, nämlich auf jenen, der eben nicht die erforderliche Selbstbestimmungsfähigkeit besitzt. Stellte dies nun eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung dar, liefe das Schutzpflichtenkonzept ins Leere. Eine Rechtfertigung muss daher unter den anerkannten Grundsätzen, wonach die in Frage stehende Regelung einen legitimen Zweck verfolgen und geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein muss, möglich sein,⁴²⁵ wobei bei unmittelbaren Diskriminierungen ein besonders strenger Maßstab bei der Erforderlichkeitsprüfung anzuwenden ist.⁴²⁶

b) Rechtliche Betreuung gem. §§ 1814ff. BGB

Die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB sind im Übrigen nicht isoliert zu betrachten. Denn in der Regel wird für einen Geschäftsunfähigen, der nicht selbst einen Bevollmächtigten bestellt hat, eine Betreuung angeordnet, da es, von wenigen Ausnahmen abgesehen, im Leben eines jeden Menschen Angelegenheiten zu besorgen gibt, die ein Geschäftsunfähiger aufgrund seiner rechtlichen Handlungsunfähigkeit nicht mehr allein besorgen kann.⁴²⁷ Diese Betreuung vermag die Schärfe der strengen Nichtigkeitsfolge zumindest in einem zweiten Schritt etwas abzumildern.

Der Geschäftsunfähige erhält, so die Idee, durch den Betreuer als gesetzlichen Vertreter seine Handlungsfähigkeit zurück. Weil aber der Betreuer auf-

⁴²² *Aichele und Althoff*, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 104 (105); *Rothfritz* 2010, S. 215 ff.; *Wolf* 2014, S. 142 ff. Siehe beispielsweise zur Rechtfertigungsmöglichkeit im Zusammenhang mit dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz in Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 20, 2009, Rn. 13 (verfügbar unter www.institut-fuer-menschenrechte.de, aufgerufen am 12.7.2024).

⁴²³ *Rothfritz* 2010, S. 215 f.

⁴²⁴ Siehe oben bei Fn. 412.

⁴²⁵ *Aichele und Althoff*, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, S. 104 (105); *Wolf* 2014, S. 142 ff., konkret zur Prüfung der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB auf S. 157 ff.

⁴²⁶ *Rothfritz* 2010, S. 217.

⁴²⁷ Siehe zur Betreuung noch ausführlich unten 3. Kapitel B.

grund des ihm eingeräumten Stellvertretungsrechts nach § 1823 BGB anstelle des Betreuten handelt, hat das Betreuungsrecht auf den ersten Blick wenig von einem System der unterstützenden Entscheidungsfindung. Das Stellvertretungsrecht wird häufig gar als Paradebeispiel der ersetzenden Entscheidungsfindung angeführt.⁴²⁸ Selbst der BGH hat das deutsche Betreuungsrecht, ungeachtet seiner im europäischen Vergleich fortschrittlichen Ausgestaltung,⁴²⁹ als stigmatisierend bezeichnet, da es mit der Wertung einhergehe, der Betroffene könne keinen freien Willen bilden. Hierdurch werde das Persönlichkeitsbild des Betroffenen negativ geprägt und beeinträchtigt.⁴³⁰ Dabei gilt jedoch: Zwar handelt der Betreuer im Rahmen der Stellvertretung anstelle des Betreuten, dennoch ist eine Stellvertretung nicht per se ein Mittel ersetzender Entscheidungsfindung. Maßgeblich ist vielmehr die Ausgestaltung.⁴³¹

Zunächst einmal kann schon gegen den freien Willen einer Person kein Betreuer bestellt werden, § 1814 Abs. 2 BGB. Dies gilt grundsätzlich auch für den Geschäftsunfähigen, sofern dieser zu einer freien Willensbildung in Bezug auf die Betreuerbestellung in der Lage ist.⁴³² Stellvertretende Entscheidungen sind daher kein Automatismus, sie werden einem in Bezug auf die Bestellung eines Betreuers einsichts- und steuerungsfähigen Menschen nicht aufgezwungen.

Wenn außerdem der UN-Fachausschuss eine Maßnahme ersetzender Entscheidungsfindung gerade anhand der Tatsache identifiziert, dass sich der Vertreter nicht am Willen des Vertretenen, sondern paternalistisch an dessen „objektiven Wohl“ orientieren müsse, so stellt das deutsche Betreuungsrecht gerade keine solche Maßnahme dar.⁴³³ Denn das „Wohl“ des Betreuten als Handlungsrichtlinie für den Betreuer wurde bewusst mit der zum 1.1.2023 in Kraft getretenen Reform gestrichen.⁴³⁴

⁴²⁸ *Lachwitz* KJ 2012, S. 385 (402); vgl. *Brosey* BtPrax 2014, S. 211 (213).

⁴²⁹ *Schmahl*, in: Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes: 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012, S. 11 (12).

⁴³⁰ BGH FGPrax 2011, S. 119 (119).

⁴³¹ *Brosey* BtPrax 2014, S. 211 (213); *Lipp* FamRZ 2017, S. 4 (7).

⁴³² Siehe hierzu unten unter 3. Kapitel B.I.3.b)ff). Grundsätzlich ist bei dem durch die h.M. vertretenen Konzept der absoluten Geschäftsunfähigkeit aber nicht möglich, dass die freie Willensbestimmung i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB einerseits ausgeschlossen, i. S. v. § 1814 Abs. 2 BGB andererseits aber noch vorhanden ist. Siehe die genannte Stelle sowie zum absoluten Verständnis des Ausschlusses der freien Willensbestimmung 3. Kapitel A.I.1.d).

⁴³³ Siehe oben bei Fn. 398; ebenso – allerdings zum alten Betreuungsrecht – *Brosey* BtPrax 2014, S. 211 (213); *Lipp* FamRZ 2012, S. 669 (676); *Lipp* FamRZ 2017, S. 4 (7); die Vereinbarkeit des (alten) Betreuungsrechts mit der BRK bejahend auch *Schmahl*, in: Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes: 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012, S. 11 (23 ff.).

⁴³⁴ Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 4.5.2021, BGBl. 2021 I 882. So hieß es noch in § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB a.F.: „Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht.“ Allerdings gehörte es auch im alten Betreuungsrecht bereits zum Wohl des Betreuten, sein Leben nach seinen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten, § 1901 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. Entsprechend hatte das

Vielmehr muss der Betreuer seine Aufgaben und damit sein Vertretungsrecht nach § 1821 Abs. 2 S. 1 BGB nun so wahrnehmen, dass der Betreute im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Leben nach seinen Wünschen selbst gestalten kann. Er muss nach Satz 2 hierfür die Wünsche des Betreuten feststellen und hat diesen nach Satz 3 zu entsprechen. Die Wünsche des Betreuten stehen damit im Zentrum des Betreuerhandelns, der Betreuer muss diese befolgen. Diese Pflicht besteht auch unabhängig davon, ob der Wunsch rational zustande gekommen ist, ob der Betreute geschäftsfähig ist oder ob der Wunsch objektiv vernünftig ist.⁴³⁵ Auch dann, wenn die Wünsche des Betreuten nicht feststellbar oder nach Absatz 3 nicht zu berücksichtigen sind, ist nicht das „objektive Wohl“ Handlungsmaßstab des Betreuers, sondern der mutmaßliche Wille des Betreuten, § 1821 Abs. 4 BGB, den der Betreuer unter Berücksichtigung früherer Äußerungen des Betreuten, seiner ethischen und religiösen oder sonstigen persönlichen Weltanschauung feststellen muss. Er soll dabei auch nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen Gelegenheit zur Äußerung geben, § 1821 Abs. 4 S. 3 BGB.

Hat der Betreuer folglich den Wünschen des Betreuten Folge zu leisten, so gilt dies nach § 1821 Abs. 3 BGB nur dann nicht, wenn durch die Wunschbefolgung eine erhebliche Gefährdung der Person oder des Vermögens droht und wenn der Betreute diese Gefahr aufgrund seiner Krankheit oder Behinderung nicht erkennen oder nach dieser Einsicht handeln kann (Nr. 1) oder die Wunschbefolgung dem Betreuer nicht zuzumuten ist (Nr. 2).⁴³⁶ Erforderlich ist nach der Nr. 1 eine drohende erhebliche Verschlechterung der Lebens- und Vermögenssituation.⁴³⁷ Bis vor der zum 1.1.2023 in Kraft getretenen Reform war die Wunschbefolgungspflicht hingegen noch durch das „Wohl“ des Betreuten begrenzt.⁴³⁸

Gerade diese Grenze des „Wohls“ im Zusammenhang mit der Wunschbefolgungspflicht war im alten Recht der Kritik ausgesetzt, da sich eine solche Grenze in Art. 12 Abs. 3 BRK gerade nicht befinde, sodass das Betreuungsrecht an dieser Stelle in Konflikt mit der Konvention gerate.⁴³⁹ Diese Kritik ließe sich nun zwar dem Grunde nach auch auf die neue Grenze, die zwar strengeren Voraussetzungen unterliegt, aber dennoch eine Beschränkung der Wunschbefol-

„Wohl“ des Betroffenen auch im alten Recht bereits einen starken subjektiven Einschlag, wobei allerdings stets unklar war, wie weit die Wunschbefolgungspflicht reichte. Die wenig griffige Grenze des „Wohls“ ist aber zu Recht gestrichen worden.

⁴³⁵ BT-Drucks. 19/24445, S. 252. Siehe auch bereits oben zur Berücksichtigung auch des natürlichen Willens ab Fn. 236 ff.

⁴³⁶ Zur Definition von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit *Dodegge FamRZ* 2022, S. 844 (847 f.).

⁴³⁷ BT-Drucks. 19/24445, S. 252.

⁴³⁸ § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB a. F.: „Der Betreuer hat Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist.“

⁴³⁹ *Lachwitz KJ* 2012, S. 35 (402).

gungspflicht darstellt, übertragen, da auch diese in der BRK keine Erwähnung findet. Allerdings kann der Gesetzgeber wohl kaum sehenden Auges jede Gefährdung hinnehmen müssen bzw. er kann dem Betreuer nicht ernsthaft die Pflicht auferlegen, an einer solchen Gefährdung mitzuwirken. Die Schutzpflicht des Staates als Schutz des Betreuten gegen sich selbst kommt hier aufgrund der Schwere der drohenden Gefahr in Kombination mit der Unfähigkeit, diese Gefahr zu erkennen oder entsprechend dieses Erkenntnis zu handeln, zum Zuge.⁴⁴⁰

Neben dieser Pflicht, das Betreuerhandeln an den Wünschen des Betreuten auszurichten, muss der Betreuer zudem dazu beitragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Fähigkeiten des Betreuten, seine Angelegenheiten zu besorgen, wiederherzustellen oder zu verbessern, § 1832 Abs. 6 BGB. Hinzukommt, dass der Betroffene im Betreuungsverfahren ein Vorschlagsrecht über die Person des Betreuers hat, dem auch grundsätzlich zu entsprechen ist, § 1816 Abs. 2 S. 1 BGB. Das Betreuungsrecht ist also auf jeder Ebene bemüht, dem Willen des Betroffenen zur Geltung zu verhelfen und fügt sich damit in ein System unterstützender Entscheidungsfindung ein.

III. Zwischenergebnis

Aus den völkerrechtlichen Vereinbarungen, die die Verfassung ergänzen, geht besonders deutlich hervor, dass Beschneidungen der Handlungsfähigkeit, wie sie von den §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB ausgehen, nur unter strenger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig sind. Vorrangig sind solche Schutzmaßnahmen zu wählen, die dem zu Schützenden Unterstützung bei der Ausübung seiner Freiheitsrechte bieten, statt ihm die Ausübung zu verweigern. Es ist also stets der Schutzmechanismus zu wählen, durch den dem Selbstbestimmungsrecht bestmöglich zu Geltung verholfen wird. Die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB werden zwar durch die Betreuungsvorschriften ergänzt, die wiederum die Wünsche und den Willen des Betreuten als für den Betreuer handlungsleitend ins Zentrum der Betrachtung rücken. Die Nichtigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB als Ausdruck einer ersetzenden Entscheidungsfindung wird damit um ein Instrument der unterstützenden Entscheidungsfindung ergänzt, bleibt in einem ersten Schritt dennoch eine massive Beschneidung der Handlungsfähigkeit.

Diese Erkenntnis ist bedeutsam für die Frage, ob zum einen der Schutz einer Person, die nicht oder nur eingeschränkt einsichts- und steuerungsfähig ist, notwendigerweise und gerade durch Geschäftsunfähigkeitsregelungen erfolgen sollte. Gibt es andere Schutzmechanismen, die gleichermaßen effektiv, gleichzeitig aber weniger einschneidend sind, weil gar nicht erst der Umweg über eine

⁴⁴⁰ Siehe oben zur Rechtfertigung eines Schutzes gegen sich selbst unter 2. Kapitel B.III. 2.b)bb)

Maßnahme ersetzender Entscheidungsfindung genommen werden muss, sind diese vorrangig zu wählen. Dies gilt es für die Frage, ob § 104 Nr. 2 BGB auf weitere Personengruppen, als er nach aktueller Fassung bzw. Auslegung durch die herrschende Meinung erfasst, erstreckt werden sollte, zu berücksichtigen.

Sollte jedoch feststehen, dass sich der notwendige Schutz grundsätzlich nur über den Weg der Geschäftsunfähigkeit erreichen lässt – schließlich ist der Gesetzgeber an das Untermaßverbot gebunden –, so ist zum anderen die konkrete Ausgestaltung der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB in den Blick zu nehmen: Denn das Modell der von der herrschenden Meinung vertretenen absoluten Geschäftsunfähigkeit in Kombination mit der strikten Nichtigkeitsfolgen droht, wie noch zu zeigen sein wird, mit dem Übermaßverbot in Konflikt zu geraten.⁴⁴¹ Die EMRK und die BRK machen dabei aber besonders deutlich, dass Geschäftsunfähigkeitsregelungen so auszugestalten sind, dass der Selbstbestimmung von Menschen mit eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit so weit es geht Rechnung getragen wird. Gibt es solche Möglichkeiten, die dies besser gewährleisten als die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 1814 ff. BGB, ohne dabei den Schutz des Betroffenen zu vernachlässigen, ist der Gesetzgeber folglich veranlasst, auf diese zurückzugreifen.

⁴⁴¹ Siehe 3. und 4. Kapitel.

3. Kapitel

Reformfragen auf Tatbestandsebene

Gegenstand dieses Kapitels ist die Frage, ob der Tatbestand des § 104 Nr. 2 BGB reformiert werden sollte. Hierfür muss zunächst dessen Anwendungsbereich bestimmt werden, wobei die Frage im Zentrum steht, ob § 104 Nr. 2 BGB bestimmte Personengruppen schutzlos lässt, die aber schutzbedürftig sind (A.), und die auch nicht durch sonstige Vorschriften des Privatrechts hinreichend geschützt werden (B.). Abschließend sollen die Regelungen zur Geschäftsfähigkeit in Österreich und in der Schweiz beleuchtet werden, die möglicherweise besser geeignet sind, Personen mit eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen des Einzelfalls zu schützen, als es § 104 Nr. 2 BGB aktuell gewährleisten kann (C.).

A. Der Anwendungsbereich von § 104 Nr. 2 BGB

Geschäftsunfähigkeit beschreibt nach herrschender Meinung einen generellen Zustand des Ausschlusses der freien Willensbestimmung (I.). Dies ergibt sich daraus, dass die herrschende Meinung, mit Ausnahme der partiellen Geschäftsunfähigkeit, zum einen davon ausgeht, dass der Ausschluss stets die ganze Persönlichkeit eines Menschen erfasse, und dass sie zum anderen der Frage, ob die geistigen Fähigkeiten einer Person gerade für den Abschluss des fraglichen Geschäfts ausreichen, keine Bedeutung beimisst. Sie lehnt folglich eine relative Geschäftsfähigkeit bzw. -unfähigkeit ab. Relative Geschäftsfähigkeit wird in der deutschen Literatur und Rechtsprechung dabei meist mit der Berücksichtigung intellektueller Fähigkeiten – das Verstehenkönnen des konkreten Rechtsgeschäfts – gleichgesetzt¹; diese intellektuellen Fähigkeiten sollen entsprechend nicht oder nur untergeordnet berücksichtigt werden. Geschäftsunfähig ist nach herrschender Meinung daher nur, wer zum Abschluss *gar keines* Rechtsgeschäfts mehr in der Lage ist. Somit ist Geschäftsfähigkeit bzw. -unfähigkeit folglich stets entweder in Bezug auf alle oder in Bezug auf kein Rechtsgeschäft

¹ Anders als in Österreich und in der Schweiz, wo die relative Geschäftsunfähigkeit nicht nur anerkannt ist, sondern zudem in einem weiteren Sinne bedeutet, dass für jedes Rechtsgeschäft geprüft werden muss, welche geistigen Fähigkeiten eine Person aufweisen muss. Dies umfasst sicherlich auch intellektuelle Fähigkeiten, aber nicht ausschließlich. Siehe zum Rechtsvergleich noch unten unter 3. Kapitel C.

gegeben. Dieses absolute Verständnis bedingt in der Theorie eine Prüfung der Geschäftsunfähigkeit mittels abstrakter Kriterien, losgelöst von der konkreten Situation, um diesen weiten Rückschluss – Geschäftsunfähigkeit in Bezug auf alle in diesem Zustand theoretisch abgeschlossenen Rechtsgeschäfte – zu rechtfertigen. Nicht nur die Tatsache, dass eine solch abstrakte Prüfung in der Praxis häufig aber nicht erfolgt, weckt Zweifel an der Handhabbarkeit des Konzepts der absoluten Geschäftsunfähigkeit. Vor allem ergeben sich aus diesem „Alles oder Nichts“-Prinzip Schutzlücken (II.), die einen Reformbedarf des § 104 Nr. 2 BGB nahelegen.

I. Auslegung

Die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB fordert einen die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand (1.) krankhafter Störung der Geistestätigkeit (2.), der nicht nur vorübergehender Natur sein darf (3.). Befindet sich eine grundsätzlich geschäftsunfähige Person jedoch in einem luziden Intervall (4.), sind die von ihr vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirksam.

1. Der Ausschluss der freien Willensbestimmung

a) Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als Bestandteile der „freien Willensbestimmung“

§ 104 Nr. 2 BGB spricht vom Ausschluss der freien Willensbestimmung. Die gängige Definition lautet, dass ein solcher Ausschluss dann vorliegt, „wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach der zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln“.² Es sind somit andersherum gewendet einerseits Einsichtsfähigkeit, also die Fähigkeit zur Willensbildung, sowie andererseits Steuerungsfähigkeit, also die Fähigkeit zur Willensumsetzung, notwendig, damit der rechtsgeschäftliche Wille Anerkennung findet. Fehlt eine dieser beiden Fähigkeiten, so liegt kein freier, sondern nur ein „natürlicher“ Wille vor.³

Bevor nun im Folgenden näher konkretisiert wird, was im Kontext des § 104 Nr. 2 BGB unter Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bzw. unter dem Ausschluss dieser Fähigkeiten zu verstehen ist, sei ergänzend darauf hingewiesen, dass die philosophische Debatte rund um die Frage nach der grundsätzlichen Existenz des freien Willens für die Interpretation des Begriffs der freien Willensbestim-

² BGH NJW 1996, S. 918 (919); OLG Düsseldorf FamRZ 1998, S. 1064 (1065); MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 Rn. 47; Gebauer AcP (154) 1954, S. 332 (357).

³ Zur Einsichts- und Steuerungsfähigkeit: *Spilgies* HRRS 2015, S. 117 (179); *Neuner* AcP (218) 2018, S. 1 (24). Siehe zu diesem Begriffspaar auch bereits oben unter 2. Kapitel B.III.1.a) bb). Zum natürlichen Willen, wenn eine dieser beiden Fähigkeiten fehlt: BGH NJW-RR 2014, S. 772 (772); BGH NJW-RR 2016, S. 643; BGH NJW-RR 2018, S. 4 (5).

mung im Rahmen des § 104 Nr. 2 BGB irrelevant ist. Es ist anerkannt, dass der Gesetzgeber die freie Willensbestimmung nur im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs verstehen und gerade nicht zu philosophischen Fragestellungen Stellung nehmen wollte.⁴ Er wollte insbesondere nicht die Existenz einer von Ursachen zusammenhängen unabhängigen Selbstbestimmung behaupten noch eine solche fingieren, also einem Indeterminismus das Wort reden.⁵ Es ging ihm allein um das Freisein von erheblichen pathologischen Determinanten.⁶ Im Ergebnis kann es zudem auf die philosophische Debatte rund um die Existenz eines freien Willens schon deswegen nicht ankommen, da das Recht sonst seiner Aufgabe, alltagstaugliche Regeln zu entwickeln, nicht gerecht werden könnte.⁷

b) Partielle Geschäftsunfähigkeit

Für die nähere inhaltliche Bestimmung des Ausschlusses von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ist zunächst bedeutsam, dass der herrschenden Meinung die Vorstellung zugrunde liegt, der in § 104 Nr. 2 BGB angesprochene Ausschluss der freien Willensbestimmung ergreife stets die gesamte Persönlichkeit.⁸ Es sind damit grundsätzlich alle im Zustand der Geschäftsunfähigkeit getätigten Geschäfte nichtig. Hiervon wird nur für die sog. partielle Geschäftsunfähigkeit eine Ausnahme gemacht: Partielle Geschäftsunfähigkeit bedeutet, dass es Störungen der Geistestätigkeit gibt, die sich von vornherein nur auf einem bestimmten Gebiet des rechtsgeschäftlichen Verkehrs äußern oder sich nur in

⁴ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 10; Cording Fortschr Neurol Psychiat (72) 2004, S. 147 (149); Cording, in: Willensbestimmung zwischen Recht und Psychiatrie, S. 37 (43); Mankowski AcP (211) 2011, S. 153 (180f.); Staudinger BGB-Klump 2021, § 104 BGB Rn. 19, wobei sich im Übrigen auch das Konzept des Determinismus mit § 104 Nr. 2 BGB in Einklang bringen lasse; von Tuhr Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1922, S. 259 (278f.); Wolf 1970, S. 112f. Siehe zur Debatte rund um die Existenz eines freien Willens oben im 2. Kapitel ab Fn. 215.

⁵ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 10; Staudinger BGB-Coing 1957, § 104 BGB Rn. 6; kritisch aber Kuhlenbeck Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung 1907, S. 271 (285).

⁶ Cording und Roth NJW 2015, S. 26 (27); Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (545); vgl. auch bereits Mankowski AcP (211) 2011, S. 153 (181). Siehe auch Gruble, in: Handbuch der Gerichtlichen Psychiatrie, S. 154 (161); Staudinger BGB-Coing 1957, § 104 BGB Rn. 6.

⁷ von Bar 2023, S. 298f.

⁸ BGH NJW 1953, S. 1342 (1342); BGH NJW 1970, S. 1680 (1681); OLG Hamm DNotZ 2022, S. 746 (748); Müller 1998, S. 17, 21; Habermeyer und Saß Der Nervenarzt 2002, S. 1094 (1098): Der Gesetzgeber fordere „eine durchgreifende, das gesamte Handeln betreffende Störung“. Siehe auch Rümelin 1912, S. 41f.: Geschäftsunfähigkeit als andauernder Ausschluss von allen Rechtsgeschäften und Geschäftsunfähigkeit als „allgemeiner Zustand“. Kritisch Neuner AcP (218) 2018, S. 1 (26): Gerade bei langen Übergangszeiten, etwa bei Demenz, könne der freie Wille unterschiedlich stark ausgeprägt sein.

bestimmten Angelegenheiten bzw. Lebensbereichen auswirken, andere Bereiche hingegen völlig unberührt lassen.⁹

Es kann dabei sowohl eine an sich geschäftsfähige Person in einem bestimmten Bereich geschäftsunfähig als auch eine an sich geschäftsunfähige Person in einem bestimmten Bereich geschäftsfähig sein.¹⁰ Nach der Rechtsprechung kann *partielle Geschäftsfähigkeit* etwa in Bezug auf die Bevollmächtigung einer anderen Person trotz ansonsten (möglicherweise) vorliegender Geschäftsunfähigkeit bestehen. Dabei wird hinsichtlich dieser auf Vollmachten bezogenen Geschäftsfähigkeit betont, dass für die Wirksamkeit der Bevollmächtigung im Übrigen nicht Voraussetzung sei, dass der Bevollmächtigende alle rechtlichen Aspekte im Detail verstanden habe, sofern an der freien Willensbestimmung keine Zweifel bestünden.¹¹ Auch speziell für Eheschließungen kann eine ansonsten geschäftsunfähige Person geschäftsfähig sein.¹² Wie noch zu zeigen sein wird, bedienen sich die Gerichte, wenn sie gerade in diesen beiden Beispielen von partieller Geschäftsfähigkeit sprechen, in Wahrheit eher einer relativen Geschäftsfähigkeit.¹³

Partielle Geschäftsunfähigkeit ist etwa anerkannt¹⁴ im Bereich der Ehe und des Scheidungsrechts, konkret in Angelegenheiten des Scheidungsprozesses bei krankhaftem Eifersuchtswahn,¹⁵ bei Geschäften einer sexuell missbrauchten Ehefrau, die nur noch von dem Drang getrieben ist, aus der Familie herauszukommen,¹⁶ bei von Spielsüchtigen abgeschlossenen Spielverträgen,¹⁷ bei Inanspruchnahme einer 0190-Telefonsexpartnerin bei sexueller und emotionaler Abhängigkeit von dieser,¹⁸ bei Erleiden eines Schocks eines Anwalts aufgrund eines Fristversäumnisses und der damit zusammenhängenden Unfähigkeit, den einschlägigen Prozess weiter zu betreuen¹⁹ und bei sog. „Querulantenwahn“,

⁹ BGH NJW 1955, S. 1714 (1714); BGH NJW 2000, S. 289 (290); BVerfG NJW 2003, S. 1382 (1382f.); OLG Hamm DNotZ 2022, S. 746 (748); Staudinger BGB-Coing 1957, § 104 BGB Rn. 9.

¹⁰ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB Rn. 50ff.; anders noch Rümelin 1912, S. 41, wonach die partielle Geschäftsunfähigkeit von § 105 Abs. 2 BGB erfasst sei.

¹¹ OLG München DNotZ 2011, S. 43 (46).

¹² BVerfG NJW 2003, S. 1382 (1382f.); BayObLGZ 1996, S. 100 (103); OLG Brandenburg, Urt. v. 7.7.2010 – 13 UF 55/09, BeckRS 2010, 17186.

¹³ Siehe unten unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

¹⁴ Siehe zu der folgenden Aufzählung jurisPK BGB-Hansen 2023, § 104 BGB Rn. 18; MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB Rn. 52.

¹⁵ BGH NJW 1955, S. 1714 (1714); insbesondere den Wahn als Kandidaten für eine nur partielle Geschäftsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht hervorhebend, eine Beschränkung auf diese Kategorie der Störung aber ablehnend, *Rasch* Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992, S. 767 (769).

¹⁶ LG Osnabrück, Urt. v. 15.11.1996 – 3 O 82/95, BeckRS 1996, 12879.

¹⁷ LG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2008 – 9 O 259/06, BeckRS 2011, 12814, in diesem Fall allerdings abgelehnt.

¹⁸ BGH NJW-RR 2002, S. 1424 (1424).

¹⁹ BGH NJW 1959, S. 1587 (1588); von einem aus den juristischen Lehrbüchern zu verban-

wenn also das Prozessieren bei einer Person „zum Selbstzweck und zum abartigen Lebensinhalt“ geworden ist und diese Person „wegen dieser krankhaften Veranlagung nicht mehr in der Lage ist, das zur Förderung eines Prozesses wirklich Nützliche und Zweckmäßige vom Unnützlichen und Unzweckmäßigen zu unterscheiden und danach zu handeln“.²⁰ Partiiell geschäftsunfähig ist auch ein an einer paranoiden Psychose Leidender in Bezug auf alle Maßnahmen, die im Zusammenhang mit der Behandlung dieser Störung notwendig sind.²¹ Selbst eine nur auf die Vermögensverwaltung bezogene partielle Geschäftsunfähigkeit soll es geben können.²² Ist eine partielle Geschäftsunfähigkeit festgestellt, so sind wiederum alle Rechtsgeschäfte dieses abgegrenzten Lebensbereichs nichtig.²³

c) Keine relative Geschäftsunfähigkeit

aa) Begrifflichkeiten

Von der partiellen Geschäftsunfähigkeit ist die von der herrschenden Meinung nicht anerkannte relative Geschäftsunfähigkeit zu unterscheiden. Bevor darauf eingegangen werden kann, weshalb dieses Konzept abgelehnt wird und wie die herrschende Meinung den Ausschluss der Willensfreiheit nach § 104 Nr. 2 BGB sodann versteht, muss zunächst eine Klärung der Begrifflichkeiten erfolgen, denn unter dem Stichwort „relative“ oder „abgestufte“ Geschäfts(un)fähigkeit werden teils unterschiedliche Konzepte verstanden, die nicht immer hinreichend voneinander unterschieden werden.²⁴

Den Begriff der „relativen“ Geschäftsunfähigkeit hat insbesondere *Gebauer* geprägt: Geschäftsunfähigkeit soll seiner Ansicht nach dann vorliegen, wenn sich eine geistige Störung konkret in einer Rechtshandlung manifestiert, i. S. e. Kausalitätsbeziehung.²⁵ *Gebauer* entwickelte sein Konzept nicht, um spezifisch auch intellektuelle Beeinträchtigungen für die Prüfung der Geschäftsunfähigkeit berücksichtigen zu können, sondern forderte diesen Kausalitätsnachweis

nendes Stück aus dem „Raritätenkabinett“ sprechend *Rasch* Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992, S. 767 (768).

²⁰ VGH Kassel NJW 1968, S. 70 (70).

²¹ BayObLG, Beschl. v. 4.6.1993 – 3 Z BR 104/93, BeckRS 1993, 523 Rn. 12.

²² BGH, Urt. v. 18.5.2001 – V ZR 126/00, BeckRS 2001, 5445.

²³ BeckOGK-Schneider, § 104 BGB Rn. 32; *Gebauer* AcP (154) 1954, S. 332 (344).

²⁴ Siehe nur *Müller* 1998, S. 19 ff.; *Gutth* 2019, S. 154; *Prinz von Sachsen Gessaphe* 1999, S. 326, 329; die Notwendigkeit einer Unterscheidung aber feststellend: *Holzhauer*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B53 f.); *Lipp* 2000, S. 63; *Enderslein* 1996, S. 178 f.

²⁵ *Gebauer* AcP (154) 1954, S. 332 (343 ff.); vgl. auch *Holzhauer*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B53 f.); das Konzept relativer Geschäftsfähigkeit (auch) mit dem Erfordernis eines Kausalitätsnachweises gleichsetzend: *Müller* 1998, S. 21 f.; *Gutth* 2019, S. 154; *Prinz von Sachsen Gessaphe* 1999, S. 326, 329; *Lipp* 2000, S. 63 f. Diese Begriffsbedeutung verwendend bereits *Rümelin* 1912, S. 36 ff.

schlicht für alle in Betracht kommenden krankhaften Störungen. Die herrschende Meinung fordert ein solches Kausalitätserfordernis aber gerade nicht: Geschäftsunfähigkeit setzt nicht voraus, dass die geistige Störung, die die Ursache für den Ausschluss der freien Willensbestimmung ist, die Willenserklärung in irgendeiner Form beeinflusst hat²⁶; daher spielt auch eine etwaige „Vernünftigkeit“ des Inhalts keine Rolle.²⁷ Es muss auch nicht nachgewiesen werden, dass der Betroffene die Willenserklärung im gesunden Zustand nicht abgegeben hätte, auch nicht, dass sich die geistige Störung im Inhalt des Rechtsgeschäfts widerspiegelt. Unbestritten ist dies jedoch nicht: So wird angeführt, die Rechtsprechung komme diesem Erfordernis ohnehin schon nahe, wenn sie für die Beurteilung etwa der Testierfähigkeit auf den Inhalt des Testaments abstelle. Es sei dann jedoch widersprüchlich, das Kausalitätserfordernis gleichzeitig strikt abzulehnen.²⁸

Den Begriff der relativen Geschäftsunfähigkeit verwendete auch *Flume* und nutzte diesen synonym mit einer sog. „abgestuften“ Geschäftsunfähigkeit. Inhaltlich weicht sein Verständnis einer relativen Geschäftsunfähigkeit dabei vom Konzept *Gebauers* ab: Es ist hiernach keine kausale Beziehung zwischen irgendeiner geistigen Störung und getätigtem Rechtsgeschäft gemeint, sondern es geht insbesondere um die Unterscheidung, ob eine Person aufgrund intellektueller Defizite zwar einfache Geschäfte noch tätigen kann, schwierigeren jedoch nicht mehr gewachsen ist. Es sollen dann nur konkret die Geschäfte unwirksam sein, für die der Betroffene nicht mehr das genügende geistig-willensmäßige Vermögen besitzt.²⁹

Beide Konzepte werden teils auch miteinander vermischt: So wird zum einen von der Abstufung der Geschäftsfähigkeit nach Schwierigkeitsgrad i. S. d. Konzepts *Flumes* darauf geschlossen, diese Vorgehensweise gehe stets mit der Prüfung eines kausalen Einflusses der geistigen Störung auf das Rechtsgeschäft einher.³⁰ Zum anderen heißt es, das generelle Erfordernis eines kausalen Einflusses ermögliche es, auch den Schwierigkeitsgrad von Rechtsgeschäften zu

²⁶ Müller 1998, S. 21 f.; vgl. *Gebauer AcP* (154) 1954, S. 332 (343 f.).

²⁷ Siehe noch unten ab Fn. 71.

²⁸ *Holzhauser*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B 53); Müller 1998, S. 23; so etwa in *BayObLGZ* 1956, S. 377 (383): Inhalt des Testaments geordnet und nicht unvernünftig. Einen Kausalitätsnachweis – ohne dabei von relativer Geschäftsfähigkeit zu sprechen – fordernd bereits *Danz JW* 1913, S. 1016 (1019); ebenso *Gerstberger*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (21 f., 30 f.).

²⁹ *Flume* 1992, S. 186 f.; dieses Verständnis auch bei Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-*Piegsa* 2020, § 11 BeurkG Rn. 19.

³⁰ So wohl Müller 1998, S. 19 f. und S. 22 f., wonach bei Annahme von relativer Geschäftsfähigkeit sowohl die Schwierigkeit des Geschäfts eine Rolle spiele als auch der Nachweis einer kausalen Beeinflussung des Rechtsgeschäfts durch die geistige Störung (mit Verweis auf *Gebauer*, S. 22 Fn. 104).

berücksichtigen.³¹ Beiden Aussagen ist jedoch mit Zurückhaltung zu begegnen. Einen solchen kausalen Einfluss, wonach sich die geistige Störung im Rechtsgeschäft niederschlagen muss, kann man natürlich für erforderlich halten; er ist jedoch im Konzept der abgestuften Geschäftsunfähigkeit ebenso wenig angelegt wie in dem von der herrschenden Meinung aktuell vertretenen Konzept der absoluten Geschäftsunfähigkeit.³² Denn zum einen kann sich auch ein Geschäft, das eine Person intellektuell überfordert, im Ergebnis als günstig und objektiv sinnvoll erweisen. Möglicherweise hätte sie es sogar abgeschlossen, hätte sie es verstanden. Nichts hindert aber daran, schon allein die vorhandene intellektuelle Überforderung für die Anwendung der Geschäftsunfähigkeitsregelungen genügen zu lassen, so wie auch das Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit ohne Kausalitätsnachweis auskommt. Zum anderen ermöglicht schon gar nicht umgekehrt das Erfordernis eines kausalen Einflusses notwendigerweise, den Schwierigkeitsgrad eines Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen: Denn auch wer die Notwendigkeit eines kausalen Einflusses für notwendig hält, kann die Schwierigkeit des Rechtsgeschäfts und die intellektuellen Fähigkeiten des Betroffenen für die Frage, ob eine freie Willensbildung ausgeschlossen ist, unberücksichtigt lassen und am Konzept der absoluten Geschäftsunfähigkeit festhalten wollen.

Relative Geschäftsunfähigkeit meint folglich – und diesem Verständnis soll hier gefolgt werden, wenn der Begriff der relativen Geschäftsunfähigkeit genutzt wird – keinen etwaigen Kausalzusammenhang, sondern die Unfähigkeit, in Bezug auf das *konkrete* Rechtsgeschäft einen freien Willen zu bilden. Dies bewirkt sodann, dass eine Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts zur freien Willensbildung nicht in der Lage ist, auch nur in Bezug auf dieses Rechtsgeschäft geschäftsunfähig ist. Eine Aussage über die Fähigkeit zum Abschluss anderer Rechtsgeschäfte wird damit nicht getroffen.

Dabei wird aber noch näher auszuarbeiten sein, welche Fähigkeiten eine Person im Einzelnen aufweisen muss, damit bei dem Abschluss eines bestimmten Rechtsgeschäfts von einem freien Willen gesprochen werden kann. Die Fähigkeit, das geschlossene Geschäft verstandesmäßig zu erfassen, gehört sicherlich dazu, was dazu führt, dass mit der relativen Geschäftsunfähigkeit insbesondere schwierige Rechtsgeschäfte erfasst werden können. Aber auch hierbei stellen sich sogleich Konkretisierungsfragen: So muss geklärt werden, welche Umstände und Faktoren eines Rechtsgeschäfts so wesentlich sein sollen, dass das Unvermögen, sie zu erfassen, das Urteil relativer Geschäftsunfähigkeit rechtfertigt.

³¹ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 326.

³² Siehe zur absoluten Geschäftsunfähigkeit sogleich unter 3. Kapitel A.I.1.d).

bb) Ablehnung durch die herrschende Meinung

Aus Sicht von Rechtsprechung und herrschender Meinung erübrigen sich Konkretisierungsversuche, was unter relativer Geschäftsfähigkeit bzw. Geschäftsunfähigkeit im Einzelnen zu verstehen ist, schon deswegen, weil diese das Konzept der relativen Geschäftsunfähigkeit ohnehin strikt ablehnen. Der BGH führt in ständiger Rechtsprechung aus, eine auf besonders schwierige Geschäfte beschränkte „partielle“ – gemeint ist: relative – Geschäftsunfähigkeit sei nicht anzuerkennen.³³

Nicht nur sei eine solche auf schwierige Geschäfte bezogene relative Geschäftsunfähigkeit mit der Vorstellung, der Ausschluss der freien Willensbestimmung erfasse seiner Natur nach regelmäßig die ganze Persönlichkeit, inkompatibel.³⁴ Es sei außerdem mit dem in § 104 Nr. 2 BGB niedergelegten Willen des Gesetzgebers unvereinbar, maßgeblich die intellektuellen Fähigkeiten zu berücksichtigen; es seien daher nicht so sehr die Fähigkeiten des Verstandes ausschlaggebend, als vielmehr eben nur die Freiheit des Willensentschlusses.³⁵

Weil es also weniger auf die intellektuellen Fähigkeiten ankomme, sei die Fähigkeit zu vernünftiger Entscheidung („regelmäßig“³⁶) nicht mit dem bloßen Unvermögen, die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite der abgegebenen Willenserklärung zu erfassen, gleichzusetzen.³⁷ Wer nicht in der Lage sei, die „Tragweite vermögensrechtlicher Entscheidungen“ zu verstehen,³⁸ „bestimmte schwierige rechtliche Beziehungen verstandesmäßig zu erfassen“,³⁹ „komplizierte Vorgänge des Rechtslebens“ aufzunehmen oder zu verarbeiten⁴⁰ oder wem „die Einsicht in die rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge des

³³ BGH NJW 1953, S. 1342; BGH NJW 1961, S. 261; BGH NJW 1970, S. 1680 (1681); BGH NJW 2021, S. 63 (65), richtigerweise von relativer Geschäftsunfähigkeit sprechend; vgl. *Holzbauer*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B54); MüKo BGB/Band 1-*Spickhoff* 2025, § 104 BGB Rn. 55. In der Literatur ebenso ablehnend *Larenz* 1967, S. 88; *Bitter und Röder* 2020, S. 126; *Köhler* 2021, S. 141; *Rademacher* 2020, S. 213 ff.

³⁴ BGH NJW 1953, S. 1342 (1342).

³⁵ BGH NJW 1953, S. 1342 (1342); BGH NJW 1970, S. 1680 (1681); BGH, Urt. v. 20.6.1984 – Iva ZR 206/82, BeckRS 1984, 31071102 Rn. 12; OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.2.2011 – 18 U 175/09, BeckRS 2011, 6925; BayObLG NJW 1989, S. 1678 (1678).

³⁶ BayObLG NJW 1989, S. 1678 (1678).

³⁷ OGHBrZ Köln NJW 1949, S. 544 (545); BGH NJW 1953, S. 1342 (1342); ebenso BGH NJW 1970, S. 1680 (1681); BayObLG NJW 1989, S. 1678 (1678 f.); OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 24; BGH NJW 1961, S. 261; OLG München NJW-RR 2009, S. 1599 (1600 f.); OLG Düsseldorf FamRZ 1998, S. 1064 (1065); ebenso *Staudinger BGB-Coing* 1957, § 104 BGB Rn. 6; *Staudinger BGB-Knothe* 2012, § 104 BGB Rn. 15; *Soergel BGB/Band 2/1-Gössl* 2023, § 104 BGB Rn. 25; *Grüneberg-Ellenberger* 2024, § 104 BGB Rn. 5; so im Ergebnis grundsätzlich auch *Enderlein* 1996, S. 176 ff.

³⁸ LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 30.4.2008 – 2 Ta 79/08 Rn. 14.

³⁹ BGH NJW 1970, S. 1680 (1681); LG Bremen, Beschl. v. 28.2.2020 – 5 T 574/18, 5 T 575/18, BeckRS 2020, 22080 Rn. 37.

⁴⁰ BGH NJW 1961, S. 261.

abgeschlossenen Vertrags fehle⁴¹ bzw. wer die Folgen seiner Erklärung nicht überblicke,⁴² sei deswegen nicht geschäftsunfähig. So genüge insbesondere auch allein der Umstand, dass eine Person altersbedingt geistige Leistungseinbußen aufzuweisen habe, die den Begriff der Demenz rechtfertigten, nicht für die Annahme von Geschäftsfähigkeit.⁴³ Nicht ausreichend für Geschäftsunfähigkeit seien auch Beeinträchtigungen der Fähigkeit zur Informationsaufnahme.⁴⁴

Der BGH geht davon aus, dass eine Person, die ein bestimmtes Geschäft „nur“ nicht versteht, in Eigenverantwortung entscheiden solle, wie sie mit dieser Situation umgehe. Wenn sie sich dem Rat einer dritten Person füge, so sei dies auf Grund einer vernünftigen freien Willensentscheidung geschehen. In einem solchen Fall stehe sie dann auch nicht unter einem ihre eigene Willensfreiheit ausschließenden Einfluss eines anderen.⁴⁵ Nur wenn das Versagen des Intellekts so weit gehe, dass von einer selbstständigen freien Willensbestimmung nicht mehr gesprochen werden könne, sei eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit i. S. d. § 104 Nr. 2 BGB anzunehmen, die dann aber wiederum das gesamte Handeln der betreffenden Person beeinflusse und eine nur partielle (gemeint ist relative) Geschäftsunfähigkeit nicht zulasse.⁴⁶ So könne möglicherweise bei Intelligenzminderungen insbesondere ab einem Intelligenzquotienten unter 60 ein Ausschluss der freien Willensbestimmung gegeben sein.⁴⁷ Teils wird bei angeborener eingeschränkter Intelligenz nur bei extrem hohen Graden der Intelligenzminderung (bei IQ unter 35) Geschäftsunfähigkeit angenommen; bei mittlerer Intelligenzminderung (IQ 35 bis 49) soll ein sicherer Schluss auf die Geschäftsunfähigkeit jedoch schon nicht mehr möglich sein.⁴⁸ Insgesamt sei eine angeborene oder früh erworbene Beeinträchtigung der Intelligenz, mit der der Betroffene zeitlebens gewohnt war, sich in seiner Umwelt zurecht zu finden, für die Geschäftsfähigkeit weniger gravierend als eine vom Ausmaß her vergleichbare Beeinträchtigung der Intelligenz, die erst im höheren Lebensalter

⁴¹ Vgl. BGH NJW 1996, S. 918 (918).

⁴² Zur Erteilung einer General- und Vorsorgevollmacht: BGH NJW 2021, S. 63 (65).

⁴³ OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 25.

⁴⁴ OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19796 Rn. 25; Staudinger BGB-Klumppe 2021, § 104 BGB Rn. 15.

⁴⁵ BGH NJW 1970, S. 1680 (1681). Entsprechend auch *Enderlein* 1996, S. 49: Wer Verträge mit schwierigen Klauseln nicht verstehe, sei nicht auf einen paternalistischen Schutz rechtfertigende Weise entscheidungsinkompetent. Entscheidend sei, dass die Person zumindest erkenne, dass sie Bedeutung und Auswirkung ihrer Handlungswahl nicht überblicke. Sei dies der Fall, müsse sie selbst entscheiden, wie sie mit der Situation umgehe.

⁴⁶ BGH NJW 1953, S. 1342 (1342).

⁴⁷ OLG Köln MDR 2011, S. 649 (649); *Cording* ZEV 2010b, S. 115 (117); OLG Düsseldorf VersR 1996, S. 1493 (1493); Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 9; *Müller* 2017, S. 65; *Cording*, in: Willensbestimmung zwischen Recht und Psychiatrie, S. 37 (45); *Foerster et al.*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (553); den IQ als „brauchbaren Anhaltspunkt“ bezeichnend: *Oefele und Saß* Versicherungsmedizin 1994, S. 167 (170).

⁴⁸ *Kössinger*, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 8 im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit.

auftritt (hirnorganische Psychosyndrome, Demenzen).⁴⁹ Auch soll es für die Annahme von Geschäftsunfähigkeit nicht genügen, wenn eine Erwachsene auf dem geistigen Stand einer 12-Jährigen ist.⁵⁰

Im Ergebnis müsse man sich bei der Prüfung der Geschäftsunfähigkeit einen Eindruck von der Gesamtpersönlichkeit des Betroffenen verschaffen; der Intelligenzquotient eines Menschen sei dabei nur einer von vielen Faktoren im Aufbau der Persönlichkeit und daher auch nur als ein Umstand unter mehreren zu begreifen, der für einen Ausschluss der freien Willensbestimmung im rechtsgeschäftlichen Bereich sprechen könne.⁵¹

Weil es also eine relative Geschäftsunfähigkeit, die nach der Schwierigkeit von Geschäften abstufe, nicht gebe, sei somit eine Nichtigkeit weder nach § 105 Abs. 1 BGB noch nach § 105 Abs. 2 BGB anzunehmen, wenn nur die Fähigkeit der Aufnahme oder Verarbeitung für komplizierte Vorgänge des Rechtslebens beeinträchtigt, für einfachere Vorgänge jedoch voll erhalten geblieben sei.⁵² Mit anderen Worten bedeutet dies: Geschäftsfähig ist eine Person trotz intellektueller Defizite so lange, wie sie einfache Geschäfte noch nachvollziehen kann.⁵³

⁴⁹ Cording ZEV 2010b, S. 115 (117); siehe auch Schmidt und Böcker 1993, Rn. 998, wonach zur Abschätzung des Schweregrades der Intelligenzminderung auch immer die bisherige Lebensbewährung und die soziale Tüchtigkeit zu berücksichtigen sei.

⁵⁰ KG, Beschl. v. 28.6.2013 – 18 UF 73/13, mit dem fragwürdigen Argument, eine zwölfjährige Minderjährige sei schließlich auch nicht geschäftsunfähig, sondern beschränkt geschäftsfähig.

⁵¹ OLG Köln MDR 1975, S. 1017 (1017).

⁵² BGH NJW 1961, S. 261; ebenso BGH NJW 1970, S. 1680 (1681): „Eine Person, die in der Lage ist, ihren Willen frei zu bestimmen, deren intellektuelle Fähigkeiten aber nicht ausreichen, um bestimmte schwierige rechtliche Beziehungen verstandesmäßig zu erfassen, ist deswegen noch nicht geschäftsunfähig.“ In diese Richtung geht im Übrigen auch eine weitere Entscheidung aus dem Jahr 1996 (BGH NJW 1996, 918 (919)): Dort heißt es, eine Geschäftsunfähigkeit sei deswegen „weniger wahrscheinlich“, weil der Betroffene zum einen seinem Beruf als Bauhelfer nachgehe und weil zum anderen – und dies zeigt wiederum die Bedeutung der Fähigkeit, einfache Geschäfte noch nachvollziehen zu können, für die Geschäftsfähigkeit – geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens aus der Betreuungsanordnung ausgenommen seien. Siehe auch LG Bremen, Beschl. v. 28.2.2020 – 5 T 574/18, 5 T 575/18, BeckRS 2020, 22080 Rn. 35 ff.: Entgegen den Ausführungen der Sachverständigen lehnt das LG eine Geschäftsunfähigkeit und damit die Unwirksamkeit einer Vollmachterteilung ab, da eine Differenzierung nach Schwierigkeitsgraden unzulässig sei. Wenn der Betroffene Geschäfte wie Grundstücksübertragungen bzw. Geschäfte mit überschaubarem finanziellem Inhalt noch verstehe, solche wie die Erteilung einer Vollmacht in einer unübersichtlich geregelten finanziellen Situation jedoch nicht, komme Geschäftsunfähigkeit nicht in Betracht. Ebenso in nachfolgender Instanz BGH NJW 2021, S. 63 (65).

⁵³ So auch die Interpretation durch MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB Rn. 55; Heber 2022, S. 267 f.; Humm ZEV 2022, S. 253 (257); a.A. Baumann ZEV 2020, S. 193 (194), der insbesondere BGH NJW 1970, S. 1680 (1681) (siehe vorherige Fußnote) anders interpretiert: Der BGH habe damit den Grundstein für eine relative Geschäftsunfähigkeit gelegt, S. 197. Baumanns Ansicht nach bedeutet absolute Geschäftsunfähigkeit (bzw. Testierunfähigkeit) i.S.d. h.M., dass diese schon dann einsetze, wenn eine Person nur noch einfache Geschäfte verstehe, wenn also mit anderen Worten nur die Fähigkeit für komplizierte Vorgänge fehlt. Dies lässt sich der Rechtsprechung so aber nicht entnehmen, im Gegenteil: Wenn die

Solange also jemand geistig in der Lage ist, zwei Brötchen zu kaufen, fehlt auch nicht die Geschäftsfähigkeit für den Kauf von komplizierten Zertifikaten der Lehman-Bank.⁵⁴

Es wird zwar einschränkend vertreten, dass aber zumindest dann von Geschäftsunfähigkeit auszugehen sein solle, wenn die Beeinträchtigungen so weit gingen, dass die Person nicht einmal mehr erkennen könne, dass sie die Situation verstandesmäßig nicht mehr erfasse.⁵⁵ Ob dies so ist, dürfte aber zumindest unklar sein: Denn wenn bei der Prüfung von § 104 Nr. 2 BGB nicht nach schwierigen und weniger schwierigen Situationen unterschieden werden darf, dann muss dies doch unabhängig davon gelten, ob sich der Betroffene in der jeweiligen (schwierigen) Situation seiner Unfähigkeit bewusst ist oder nicht.

Die Rechtsprechung lehnt eine relative Geschäftsunfähigkeit zudem insbesondere wegen der damit einhergehenden „schwer erträglichen“ Rechtsunsicherheit ab.⁵⁶ Wenn die Geschäftsfähigkeit einer Person je nach der Schwierigkeit des vorgenommenen Geschäfts beurteilt werden müsse, so sei keine klare Abgrenzung mehr möglich und in zahlreichen Fällen die Entscheidung über die Gültigkeit einer Erklärung davon abhängig, wie die Schwierigkeit des Geschäfts zu beurteilen sei und welches Maß von Einsicht dem Erklärenden zugebilligt werden könne.⁵⁷ Gerade dies könne jedoch nicht einheitlich beurteilt werden: Die geistigen Fähigkeiten einer Person würden von verschiedenen Beurteilern je nach den Anforderungen, die sie stellen, unterschiedlich bewertet.⁵⁸ Außerdem sei auch der Schwierigkeitsgrad einzelner Rechtsgeschäfte durchweg sehr unterschiedlich. Das sei gerade bei Ehestreitigkeiten zu berücksichtigen. So könne der eine Prozess schwierig zu führen sein, der andere wiederum leicht. Es könne nicht angehen, dass gegebenenfalls noch nach Jahren im Wege der Nichtigkeitsklage gegen ein Ehescheidungsurteil mit der Behauptung vorgegangen werden könne, die Partei sei seinerzeit infolge ihrer mangelnden geistigen Fähigkeiten nicht in der Lage gewesen, den Rechtsstreit richtig zu führen.⁵⁹

Die Rechtsprechung gibt jedoch zu, dass im Rechtsverkehr auf Personen, die etwa in ihrer geistigen Entwicklung zurückgeblieben sind, natürlich Rücksicht genommen werden müsse. Dies könne aber auch auf andere Weise geschehen als gerade durch die Annahme relativer Geschäftsunfähigkeit. So könne diesen

Rechtsprechung ausführt, geschäftsunfähig sei *nicht*, wer nur schwierige Sachverhalte nicht mehr verstehe, ist dies doch gleichbedeutend mit der Aussage, dass *nicht* geschäftsunfähig ist, wer einfache Sachverhalte noch versteht.

⁵⁴ Boemke und Ulrici 2014, S. 161; Beispiel bereits zitiert von Heber 2022, S. 267 f.

⁵⁵ Enderlein 1996, S. 178; Seibert 2015, S. 113 f.

⁵⁶ BGH NJW 1970, S. 1680 (1681); OLG München, Urteil vom 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 36.

⁵⁷ BGH NJW 1953, S. 1342 (1342).

⁵⁸ BGH NJW 1970, S. 1680 (1681).

⁵⁹ BGH NJW 1970, S. 1680 (1681).

Personen beispielsweise ein Pfleger – heute Betreuer – bestellt werden,⁶⁰ man könne mit der Anordnung von Einwilligungsvorbehalten nach § 1825 BGB Schutz gewähren und über eine sachgerechte Anwendung des § 138 BGB zu angemessenen Ergebnissen gelangen.⁶¹ Es könne auch in der Sondersituation, in der eine an „leichtem oder mittlerem Schwachsinn“ leidende Person eine Frist versäumt habe, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt werden, wenn sie die Frist deswegen versäumt habe, weil sie infolge ihrer geringen geistigen Fähigkeiten nicht habe erkennen können, dass sie zur Wahrung ihrer Rechte fremden Rat und Hilfe in Anspruch nehmen hätte müssen.⁶² Es sei dann zu klären, ob die Fristversäumung wegen mangelnder geistiger Fähigkeit oder lediglich aufgrund Interessenlosigkeit geschehen sei.⁶³

Nur vereinzelt sind im Übrigen Entscheidungen anzutreffen, die eine relative Geschäftsunfähigkeit sogar explizit in Betracht ziehen. Zu nennen ist insbesondere eine Entscheidung des Reichsgerichts, das in einem Fall Geschäftsunfähigkeit in Betracht zog, in dem der Kläger zwar einfachste Geschäfte des täglichen Lebens vornehmen konnte, er aber möglicherweise die „wirtschaftliche Bedeutung des streitigen Vertrags nicht verstanden“ hatte. Das Reichsgericht hielt eine „Geschäftsunfähigkeit für einen bestimmten Kreis von Geschäften“ für möglich, „ohne dass sie [die Geschäftsunfähigkeit] unumschränkt sein müsste.“⁶⁴

Nachahmer hat diese Entscheidung nur vereinzelt gefunden. So begründete etwa das OLG Köln im Jahr 1960 eine solche relative Geschäftsunfähigkeit: So sei die Klägerin aufgrund der Besserung ihres Zustands zwar in der Lage gewesen, einfache Geschäfte des täglichen Lebens vorzunehmen, was aber nicht ausschließe, dass sie Bedeutung und Tragweite des in Frage stehenden Grundstückschenkungsvertrags nicht erkannt und nur dem Drängen ihres Ehemanns auf Abschluss des für sie wirtschaftlich nachteiligen Vertrags nachgegeben habe. Zwar habe sich die Rechtsprechung durchgehend auf den Standpunkt gestellt, das bloße Unvermögen, die Tragweite einer Willenserklärung zu erkennen, begründe nicht die Anwendung von § 104 Nr. 2 BGB, dennoch habe der Senat keine Bedenken, im Anschluss an das Reichsgericht „eine auf nicht alltägliche Geschäfte beschränkte (partielle) Geschäftsunfähigkeit anzuerkennen, weil es durchaus möglich ist, daß ein in seiner Geistestätigkeit krankhaft gestörter Mensch sehr wohl in der Lage ist, Geschäfte des täglichen Lebens, deren Erledigung keine gedankliche Arbeit erfordert, vorzunehmen, daß aber infolge seiner krankhaften Geistesschwäche seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, dessen Abschluß die

⁶⁰ BGH NJW 1970, S. 1680 (1681).

⁶¹ OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 36.

⁶² BGH NJW 1970, S. 1680 (1681).

⁶³ BGH NJW 1970, S. 1680 (1681).

⁶⁴ RG JW 1938, S. 1590 (1591).

Abwägung der dafür und der dagegen sprechenden Beweggründe verlangt.“⁶⁵ Im Jahr 1969 wagte das OLG Köln nochmals einen entsprechenden Vorstoß und nahm eine auf besonders schwierige Geschäfte beschränkte partielle Geschäftsunfähigkeit an; vor dem BGH hatte diese Entscheidung jedoch keinen Bestand.⁶⁶

d) Absolute Geschäftsunfähigkeit als abstrakte Feststellung des Ausschlusses freier Willensbestimmung

aa) Grundsatz

Fest steht also, dass nach herrschender Meinung die Geschäftsunfähigkeit nicht relativ, sondern absolut zu verstehen ist. Geschäftsunfähigkeit ist also ein Zustand, der, mit Ausnahme der partiellen Geschäftsunfähigkeit, den Abschluss eines jeden Rechtsgeschäfts unmöglich macht, nicht nur etwa besonders schwieriger. Dies bedeutet für das inhaltliche Verständnis und die Prüfung des Ausschlusses der freien Willensbestimmung im Kontext des § 104 Nr. 2 BGB, also für das Verständnis und die Prüfung vom Ausschluss von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, Folgendes:

Die Feststellung, ob Einsichts- und Steuerungsfähigkeit vorliegen oder ausgeschlossen sind, kann somit zunächst naturgemäß nicht anhand des konkret abgeschlossenen Rechtsgeschäfts erfolgen (Lagen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit in Bezug auf *dieses* Rechtsgeschäft vor?), da dies gerade einer relativen Geschäftsfähigkeit entspräche und bei einem solchen Maßstab aus dem Blick verloren ginge, dass Geschäftsunfähigkeit nach der Vorstellung der herrschenden Meinung eben nur dann vorliegt, wenn der Betroffene auch für jede andere Rechtshandlung, die er in seinem Zustand hypothetisch vornimmt, einsichts- und steuerungsunfähig ist.⁶⁷ Der nächsten Abstraktionsebene entspräche es folglich, wenn sich Geschäftsunfähigkeit nicht über die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung begrenzt auf ein gesondertes Rechtsgeschäft, sondern im Hinblick auf den rechtsgeschäftlichen Bereich insgesamt, aber eben auch nur auf diesen, bestimmte (Lagen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit für den Abschluss von Rechtsgeschäften *im Allgemeinen* vor?). Dies bedeutete gleichzeitig, dass Geschäftsunfähigkeit und sonstige Handlungsfähigkeiten, die Willensentschlüsse voraussetzen, z.B. die Deliktsfähigkeit, voneinander unabhängig wären.

⁶⁵ OLG Köln NJW 1960, S. 1389 (1389).

⁶⁶ BGH NJW 1970, S. 1680 (1681).

⁶⁷ Vgl. Rümelin 1912, S. 41, wonach Geschäftsunfähigkeit als vollkommener Ausschluss von allen Rechtsgeschäften anzusehen sei, ebenso S. 44, wonach die absolute Geschäftsunfähigkeit, anders als die relative, Überlegungen dazu notwendig mache, wie es sich mit der Handlungsfähigkeit über das konkrete Geschäft hinaus bei anderen Rechtsgeschäften verhalte. Die Geschäftsunfähigkeit setze einen „allgemeinen Zustand“ voraus, S. 42.

Es ist jedoch sehr fraglich, ob es eine solche ausschließlich auf die Willensbestimmung in Bezug auf Rechtsgeschäfte begrenzte Störung geben kann – eine partielle Geschäftsunfähigkeit ist zwar anerkannt, aber auch diese ist im Ausgangspunkt nicht auf einen spezifischen Rechtsbereich begrenzt, sondern auf einen spezifischen tatsächlichen Lebensbereich, innerhalb dessen Rechtsgeschäften sodann die Wirksamkeit versagt wird.⁶⁸ Ist eine Person krankhaft eifersüchtig, so ist ihr Wille in Bezug auf all diejenigen Handlungen nicht frei gebildet, die Ausprägung ihres Eifersuchtswahns sind. Dasselbe gilt für den Willen einer sexuell missbrauchten Ehefrau, die nur noch von dem Drang getrieben ist, aus der Familie herauszukommen oder für die sexuelle und emotionale Abhängigkeit von einer 0190-Telefonsexpartnerin.⁶⁹ Die von der Krankheit bestimmten Handlungen mögen dabei zwar häufig rechtsgeschäftlicher Natur sein bzw. die Krankheit mag sich, je nach Art und Ausprägung, gerade im rechtsgeschäftlichen Bereich manifestieren – die Abhängigkeit von einer 0190-Telefonsexpartnerin bedingt, dass eben genau diese Nummer immer wieder gewählt wird –, sie sind hierauf aber nicht beschränkt: Ein Spielsüchtiger ist geschäftsunfähig, wenn er einen Spielvertrag abschließt, aber auch deliktsunfähig i. S. v. § 827 BGB, wenn er getrieben von der Spielsucht eine deliktische Handlung begeht, um an Geld zu kommen.

Damit geht es im Rahmen von § 104 Nr. 2 BGB also um einen Ausschluss der freien Willensbestimmung auf der höchsten Abstraktionsebene (Liegen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit *generell* vor?). Vollständige Geschäftsunfähigkeit beschreibt folglich einen Zustand, der die Willensbildungs- oder Willensumsetzungsfähigkeit unabhängig vom Lebenssachverhalt und von der konkret in Frage stehenden Handlung generell ausschließt.

Entsprechend sind die Definitionen von Rechtsprechung und der herrschenden Meinung zu verstehen. So soll es für das Vorhandensein von Einsichtsfähigkeit darauf ankommen, „ob eine freie Entscheidung auf Grund einer Abwägung des Für und Wider, eine sachliche Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist“, woran es insbesondere dann fehlt, wenn „die Willenserklärung durch unkontrollierte Triebe und Vorstellungen ähnlich einer mechanischen Verknüpfung von Ursache und Wirkung ausgelöst wird.“⁷⁰ Es

⁶⁸ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.b). Siehe auch *Baumann* ZEV 2020, S. 193 (193) zur (von der h.M. nicht anerkannten) partiellen Testierunfähigkeit: Bei einer partiellen Testierunfähigkeit sei die Einsichtsfähigkeit des Erblassers insoweit ausgeschlossen, als *Lebensbereiche* betroffen seien, mit denen der Erblasser krankhafte Wahnvorstellungen verbinde. [Hervorhebung durch Autorin]. Ebenso *Muscheler* 2010, S. 854 Rn. 1665. Auf die Unfähigkeit, in einem Lebensbereich einen Willen unbeeinflusst von einer Störung zu bilden, abstellend auch BGH NJW 1970, S. 1680 (1681).

⁶⁹ Siehe zu diesen Fallgruppen oben unter 3. Kapitel A.I.1.b).

⁷⁰ BGH NJW 1953, S. 1342 (1342); BGH NJW 1970, S. 1680 (1681); BGH NJW 1996, S. 918 (919); BayObLG NJW 1989, 1678 (1678); BGH, Urt. v. 18.5.2001 – V ZR 126/00, BeckRS 2001, 5445; OLG Hamm DNotZ 2022, S. 746 (748); MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB

geht dabei also nicht um die Fähigkeit, speziell die für den Abschluss des Rechtsgeschäfts maßgeblichen Elemente abwägen und prüfen zu können, sondern um die Fähigkeit, *grundsätzlich* Gesichtspunkte sachlich prüfen und abwägen zu können, gleich in welchem Zusammenhang.

Dasselbe gilt, wenn es heißt, um geschäftsfähig zu sein, müsse eine Person in der Lage sein, ihre Überlegungen, Schlussfolgerungen und Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen und Überlegungen abhängig zu machen.⁷¹ Vernunft meint in diesem Zusammenhang zum einen keine wie auch immer geartete Richtigkeit oder Nachvollziehbarkeit des Willensentschlusses, da es gerade dem Prinzip der Privatautonomie entspricht, dass die Beurteilung dessen, was als vernünftig gilt, dem Einzelnen selbst obliegt.⁷² Vernünftig ist daher bereits das, was vom menschlichen Gehirn „normalerweise“ generiert wird,⁷³ also ohne pathologische Einflüsse: Es kommt darauf an, ob eine Person aufgrund ihrer psychischen Verfassung in der Lage ist, ihre Vernunft i.S. ihres Verstandes zu gebrauchen, ob sie grundsätzlich zu kritischen Reflexionen in der Lage ist.⁷⁴ Und dies ist zum anderen wiederum als generelles Vermögen bzw. Unvermögen zu verstehen:

Zu kritischer Reflexion ist beispielsweise nicht in der Lage, wer den Einflüssen Dritter nicht mehr entsagen kann, sodass dieser Einfluss den Willen übermäßig beherrscht.⁷⁵ Beeinflussbarkeit kann dabei sowohl die Fähigkeit zur vernünftigen Willensbildung und damit die Einsichtsfähigkeit berühren als auch eine die Steuerungsfähigkeit beschränkende Willensschwäche⁷⁶ darstellen, je nachdem, ob sie dazu führt, dass der Betroffene das Rechtsgeschäft selbst nicht mehr sachgerecht bewertet⁷⁷ oder aber ob er dies zwar noch kann, aber dem

Rn. 47; Soergel BGB/Band 2/1-Gössl 2023, § 104 BGB Rn. 20. Zur Beherrschung durch Vorstellungen, Empfindungen bzw. dem Willen Dritter als Kriterium der Geschäftsunfähigkeit: RGZ 103, S. 399 (401); RG JW 1938, S. 1591; OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 24; *Spilgies* HRRS 2015, S. 177 (179); *Cording und Roth* NJW 2015, S. 26 (27); *Neuner* AcP (218) 2018, S. 1 (25); Staudinger BGB-Klump 2021, § 104 BGB Rn. 16. Siehe auch die Definition der Einsichtsfähigkeit in Bezug auf eine Betreuerbestellung: BGH NJW-RR 2018, S. 4 (5) m.z.N.

⁷¹ BSG, Beschl. v. 6.10.2022 – B 8 SO 3/22 B, BeckRS 2022, 38308 Rn. 10; Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 10: Motivierbarkeit durch „vernünftige Einsicht“.

⁷² MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB Rn. 49; *Rasch* Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992, S. 767 (770).

⁷³ *Mankowski* AcP (211) 2011, S. 153 (180) (Hervorhebung durch Autorin); siehe auch *Cording*, in: Willensfreiheit – eine Illusion?, S. 223 (242): „normale Bestimmbarkeit einer Person durch vernünftige Erwägungen“.

⁷⁴ *Rasch* Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992, S. 767 (770); *Enderlein* 1996, S. 175: Vernunftfähigkeit als Fähigkeit zu rationalem Handeln.

⁷⁵ OLG München, Urt. v. 6.4.2016 – 20 U 2996/15, BeckRS 2016, 6614 Rn. 14; OLG München NJW-RR 2009, S. 1599 (1600).

⁷⁶ Siehe auch zur Interpretation dieses Begriffs im Rahmen von § 138 BGB unten unter 3. Kapitel B.II.1.a)bb)(2)(c), wobei in erster Linie dennoch Beeinträchtigungen der Steuerungsfähigkeit gemeint sind.

⁷⁷ Von einer Auswirkung von Beeinflussbarkeit auf die Einsichtsfähigkeit geht etwa das

Abschluss des Geschäfts aufgrund des Einflusses nicht mehr entsagen kann. Bloße oder leichte krankheitsbedingte Beeinflussbarkeit ändern an der Geschäftsfähigkeit im Übrigen nichts.⁷⁸

An dieser Fähigkeit zur vernünftigen Entscheidung fehlt es auch, wenn bestimmte Vorstellungen und Empfindungen den Willen beherrschen.⁷⁹ Geschäftsunfähig sind zudem die, die krankheitsbedingt nicht aus Erfahrungen lernen können bzw., wie schon erwähnt, nicht in der Lage sind, vernünftig i. S. v. reflektiert abzuwägen oder ihr Verhalten an Erfahrung und Einsicht zu orientieren,⁸⁰ oder solche Personen, bei denen die kognitiven Voraussetzungen der Intentionsbildung und -realisierung beeinträchtigt sind.⁸¹ Zur Geschäftsfähigkeit gehört es auch, auf der Grundlage eigener Werte zwischen verschiedenen Möglichkeiten zielgerichtete Entscheidungen zu treffen und sie zu realisieren,⁸² sodass Geschäftsunfähigkeit vorliegt, wenn eine geistige Störung die Umsetzung persönlicher Wertvorstellungen verhindert oder das Wertgefüge an sich verformt ist.⁸³ All diese Fähigkeiten liegen bei einer Person entweder vor oder nicht, dann aber in Bezug auf jede Handlung, die einen Willensentschluss voraussetzt.

Da die Geschäftsunfähigkeit folglich abstrakt und losgelöst vom jeweiligen Kontext festzustellen ist, wirkt sich eine nach § 104 Nr. 2 BGB festgestellte Unfähigkeit zur Bildung eines freien Willens automatisch auch in allen anderen Lebensbereichen aus, sodass einer in allgemeiner Hinsicht einsichts- und steue-

OLG München aus, wenn es darauf abstellt, Einflüsse Dritter müssten für Geschäftsunfähigkeit so groß sein, dass die Bestimmung des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen sei: OLG München, Urt. v. 6.4.2016 – 20 U 2996/15, BeckRS 2016, 6614 Rn. 14.

⁷⁸ OGHBrZ Köln, NJW 1949, S. 544 (545): keine Geschäftsunfähigkeit bei leichter Beeinflussbarkeit aufgrund Willensschwäche; OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 24: „Bloße Willensschwäche genügt nicht.“; OLG München, Urt. v. 6.4.2016 – 20 U 2996/15, BeckRS 2016, 6614 Rn. 14: „Bloße Willensschwäche und leichte Beeinflussbarkeit durch andere schließen die Möglichkeit freier Willensbildung nicht aus.“; OLG München NJW-RR 2009, S. 1599 (1600f.): „Bloße Willensschwäche oder leichte Beeinflussbarkeit genügen nicht.“; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, S. 1064 (1065): „Bloße Willensschwäche oder leichte Beeinflussbarkeit genügen nicht.“; Staudinger BGB-Klump 2021, § 104 BGB Rn. 15: Keine Geschäftsunfähigkeit bei „bloßer Willensschwäche oder Willensstörung, etwa durch leichte Beeinflussbarkeit.“; MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB Rn. 47: „Willensschwäche und leichte Beeinflussbarkeit allein sind allerdings nicht ausreichend.“; Czeguhn 2003, S. 28: Keine Geschäftsunfähigkeit bei „bloßer Willensschwäche und leichter Beeinflussbarkeit.“

⁷⁹ RGZ 103, S. 399 (401); RG JW 1938, 1591; so aber auch OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 24; Spilgies HRRS 2015, S. 177 (179); Cording und Roth NJW 2015, S. 26 (27); Neuner AcP (218) 2018, S. 1 (25).

⁸⁰ Cording, in: Willensfreiheit – eine Illusion?, S. 223 (242).

⁸¹ Habermeyer und Saß Der Nervenarzt 2002, S. 1094 (1096).

⁸² Habermeyer und Saß Der Nervenarzt 2002, S. 1094 (1096); im Anschluss hieran BSG, Beschl. v. 6.10.2022 – B 8 SO 3/22 B, BeckRS 2022, 38308 Rn. 9.

⁸³ Habermeyer und Saß Der Nervenarzt 2002, S. 1094 (1096); im Anschluss hieran BSG, Beschl. v. 6.10.2022 – B 8 SO 3/22 B, BeckRS 2022, 38308 Rn. 11.

rungsunfähigen Person jegliche rechtliche Handlungsfähigkeit fehlt: Eine unter § 104 Nr. 2 BGB fallende Person ist damit beispielsweise zugleich gem. § 827 S. 1 BGB deliktsunfähig.⁸⁴ Zu widersprechen ist folglich der Aussage, bei § 104 Nr. 2 BGB handle es sich spezifisch um die Fähigkeit zur Bildung und Umsetzung eines „Geschäftswillens“ in Abgrenzung zur Willensbildungs- und Willensumsetzungsfähigkeit in anderen Lebensbereichen.⁸⁵ Es handelt sich vielmehr aufgrund des Verständnisses der Geschäftsfähigkeit als absolut um die Fähigkeit zur Bildung und Umsetzung schlicht „des Willens“.

Damit weicht das Verständnis von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, das zur Beurteilung einer absoluten Geschäftsfähigkeit herangezogen wird, erheblich von dem Verständnis dieser Fähigkeiten ab, wie es in anderen Zusammenhängen anerkannt ist. Denn in Bezug auf andere Fähigkeiten, wie etwa die Einwilligungsfähigkeit, wird vielmehr gerade auf die Fähigkeit, die *konkrete* Handlung verstehen und bewerten zu können, abgestellt.⁸⁶

bb) Inkonsequenzen

Wird mit dieser Abstraktion ernst gemacht und soll das konkrete Geschäft bzw. sollen geistige Fähigkeiten in Bezug auf den Abschluss des konkreten Geschäfts unbeachtlich sein, können die für die Prüfung der Geschäftsunfähigkeit maßgeblichen Kriterien nur ganz allgemeiner Natur sein. Dabei kann aber je nach den gewählten Prüfkriterien nicht nur schon höchst zweifelhaft sein, ob die festgestellte Unfähigkeit überhaupt Rückschlüsse auf die Wirksamkeit des konkreten Rechtsgeschäfts zulässt. Vor allem aber kann sehr fraglich sein, ob die geprüfte Unfähigkeit irgendetwas über die Wirksamkeit aller anderen in diesem Zustand (hypothetisch) vorgenommenen Rechtsgeschäfte, auf die sich die abso-

⁸⁴ Diesen Gleichlauf annehmend auch *Neuner* AcP (218) 2018, S.1 (29); *Staudinger BGB-Oechsler* 2021, § 827 BGB Rn.16; *Meyer-Mews* HRRS 2014, S. 487 (489). Siehe auch BGH NJW 1991, S. 2414 (2415): Die Deliktsfähigkeit eines Geschäftsunfähigen wird „regelmäßig“ zu verneinen sein. Siehe auch *Mugdan* 1899b, S. 408: Die Deliktsfähigkeit knüpfe an die entsprechenden Voraussetzungen über die Rechtsgeschäftsfähigkeit an.

⁸⁵ So aber RGRK-Steffen 1989, § 827 BGB Rn. 3, so etwa in Abgrenzung zur in § 827 BGB angesprochenen freien Willensbestimmung, auch wenn in der Praxis trotzdem vom einen auf das andere zu schließen sein soll. Ebenso *Dalhoff* 1969, S. 46; *Lipp* 2000, S. 61 ff., wonach es bei der Geschäftsfähigkeit immer um die Prüfung der Fähigkeit zum Abschluss des konkret in Frage stehenden Rechtsgeschäfts oder jedenfalls den in Frage stehenden Rechtsgeschäftstyp gehe, nicht um die allgemeine Fähigkeit zum Abschluss von Rechtsgeschäften. Bei der Deliktsfähigkeit hingegen gehe es um die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit in Bezug auf die tatsächliche Schädigungshandlung. Siehe zum Auseinanderfallen der Bezugspunkte bei Prüfung der Geschäftsunfähigkeit einerseits und der Deliktsunfähigkeit andererseits auch AG Erfurt, Urt. v. 10.12.2012 – 5 C 2644/11, BeckRS 2013, 9: Auch Geschäftsunfähige könnten und müssten grundsätzlich wissen, dass sie keinen Betrug zu Lasten anderer begehen dürfen.

⁸⁶ Siehe noch zur Fähigkeit, eine Betreuerbestellung einzusehen unten unter 3. Kapitel B.I.3.b)ff)(1), und zur Einwilligungsfähigkeit unten unter 3. Kapitel D.

lute Geschäftsunfähigkeit aber nach herrschender Meinung ebenso auswirken soll, aussagt.

Solche Rückschlüsse sind sicherlich gerechtfertigt, wenn beispielsweise die intellektuellen Fähigkeiten so weit herabgesetzt sind, dass eine Person überhaupt kein Rechtsgeschäft mehr nachvollziehen kann, auch einfache nicht mehr, oder wenn in einem psychotischen Zustand jede Handlung einer Person von der Psychose bestimmt wird, nicht nur die konkret vorgenommene rechtsgeschäftliche Handlung.⁸⁷ Schwieriger wird dies aber, wenn als Prüfkriterien beispielsweise die örtliche und räumliche Orientierung einer Person oder ihr Wissen um ihr eigenes Alter sowie ihre Vermögensverhältnisse herangezogen werden,⁸⁸ um die Geschäftsfähigkeit sodann zu verneinen, wenn die Person diesen Anforderungen nicht entspricht. Die Kriterien sind zwar sicherlich abstrakt und nicht mit dem konkret getätigten Geschäft verknüpft. Genau hierin liegt aber das Problem: Man wird doch kaum ernsthaft für jedes Geschäft das Wissen für maßgeblich halten, welcher Tag ist, wie alt man ist und wieviel Vermögen man hat. Ein solches Wissen ist möglicherweise schon nicht für das konkret vorgenommene Geschäft notwendig, welches aber gegebenenfalls für trotzdem nichtig erklärt wird.⁸⁹ Schon gar nicht aber benötigt man dieses Wissen für alle anderen in diesem Zustand hypothetisch vorgenommenen Rechtsgeschäfte, und dennoch bedeutet Geschäftsunfähigkeit dem absoluten Verständnis entsprechend, dass der Betroffene kein einziges Rechtsgeschäft mehr abschließen kann. Die Prüfung der Geschäftsunfähigkeit anhand von abstrakten Kriterien ohne Berücksichtigung des fraglichen Rechtsgeschäfts kann also dazu führen, das Schutzbedürfnis des Handelnden im konkreten Fall aus den Augen zu verlieren und den Betroffenen weitreichender als notwendig vom Rechtsverkehr auszuschließen. Wenn die Gerichte aber bei einem bestimmten Rechtsgeschäft auf Geschäftsunfähigkeit erkennen wollen, bleibt ihnen aufgrund ihrer sich selbst

⁸⁷ Siehe zu den diskutierten IQ-Grenzwerten oben unter 3. Kapitel A.I.1.c)bb) sowie zu sonstigen Krankheitsbildern unten unter 3. Kapitel A.I.2.c).

⁸⁸ Siehe zu diesen Kriterien OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (494); siehe auch *Foerster et al.*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (549): zu beweisen seien schwere Orientierungsstörungen im Hinblick auf grundlegende persönliche Daten und die Lebenssituation; *Zimmermann* BWNZ 2000, S. 97 (102); *Kröber* Rechtsmedizin 1998, S. 41 (43). Im Übrigen ist sich die Rechtsprechung zu diesen Kriterien nicht einmal einig. So entschied etwa anders das OLG Koblenz NJW-RR 2015, S. 917 (918), wonach bei Verkauf eines Grundstücks keine Geschäftsunfähigkeit vorlag, obwohl die Betroffene „das aktuelle Datum, ihr gegenwärtiges Alter sowie ihren Finanzstatus nicht mitteilen“ konnte. Konkret in dieser Situation stellt sich die Frage, ob es nicht angemessen wäre, angesichts des übertragenen Vermögenswertes höhere Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit zu stellen. Die Nichtberücksichtigung der genannten Kriterien hat hier folglich den gegenteiligen Effekt. Siehe auch die Entscheidungsbesprechung von *Schwolow* NZFam 2015, S. 383, der die restriktive Handhabung von §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB begrüßt.

⁸⁹ Siehe auch unten zum Schweizer Recht, wonach ein solches Wissen nicht stets gefordert ist, unter 3. Kapitel C.II.2.b)bb)(1).

aufgelegten Pflicht, die Geschäftsunfähigkeit als absolut zu kennzeichnen, keine andere Möglichkeit, als solche Ungereimtheiten hinzunehmen.

Besonders deutlich werden entsprechende Ungereimtheiten, wenn in Praxis und Literatur die eigentlich erforderliche, vom rechtsgeschäftlichen Bereich bzw. vom konkreten Rechtsgeschäft losgelöste Prüfung des Ausschlusses der freien Willensbestimmung noch nicht einmal streng durchgehalten wird. Denn es ist zu beobachten, dass die Prüfung der Geschäftsunfähigkeit doch immer wieder auf eine Begutachtung nur der für die konkrete Situation erforderlichen Fähigkeiten in Bezug auf das jeweilige Rechtsgeschäft hinausläuft. Dieser Befund weckt nicht nur erhebliche Zweifel an der Umsetzbarkeit des Konzepts der absoluten Geschäftsunfähigkeit: Es besteht offensichtlich die Notwendigkeit, um die Prüfung handhabbar zu machen, die Fähigkeiten zumindest auch am fraglichen Geschäft zu messen.⁹⁰ Mehr noch: Diese Vorgehensweise entzieht der These, die anhand dieser Kriterien festgestellte Geschäftsunfähigkeit erstrecke sich stets auf alle Rechtsgeschäfte, erst recht den Boden.⁹¹

Bedenklich ist folglich die Feststellung, Geschäftsfähigkeit setze voraus, dass entscheidungserhebliche Gesichtspunkte hinreichend realitätsadäquat bei einer Entscheidung abrufbar seien.⁹² Was aber für das eine Geschäft ein entscheidungserheblicher Gesichtspunkt ist, muss es für das andere noch längst nicht sein. Es kann also nicht von der Unfähigkeit, sich bestimmte, für ein Geschäft relevante Umstände zu vergegenwärtigen, auf die Geschäftsunfähigkeit auch in Bezug auf andere Rechtsgeschäfte, wo diese Umstände möglicherweise gar keine Rolle spielen, geschlossen werden. Dasselbe gilt, wenn Geschäftsunfähigkeit jedenfalls dann angenommen werden soll, wenn eine Person ein komplexes Geschäft nicht versteht und sich dessen zudem nicht bewusst ist.⁹³ Denn auch dies lässt doch nicht den Rückschluss, zu dem die absolute Geschäftsunfähigkeit aber zwingt, zu, dass die Person daher zu überhaupt gar keinem Geschäft mehr in der Lage ist. Es ist weder gesagt, dass der Betroffene bei jedem Geschäft Verständnisschwierigkeiten hat, noch, dass Verständnisschwierigkeiten bei jedem Geschäft gleichermaßen ins Gewicht fallen.

⁹⁰ Siehe so zur Testierfähigkeit *Flume* 1992, S. 188 f.: Prüfung werde leichter, wenn man das konkrete Geschäft mitberücksichtigen könne.

⁹¹ Siehe auch *Flume* 1992, S. 189: Die Gerichte sähen sich gedrängt, Geschäftsunfähigkeit anzunehmen, obwohl der Betroffene einfache Geschäfte sogar noch vornehmen könnte. Vgl. *Holzbauer*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Mainz 1988, S. B5 (B54 f.): Die herrschende Meinung stehe vor dem Dilemma, einen leichtbehinderten Menschen als entweder voll geschäftsfähig oder wegen seiner Behinderung als voll geschäftsunfähig behandeln zu müssen. Zur harten Entweder-Oder-Entscheidung kritisch auch *Neuner* 2023, S. 390; *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (26 f.): Entweder-Oder-Entscheidung, obwohl der freie Wille unterschiedlich stark ausgeprägt sein könne.

⁹² *Staudinger BGB-Klump* 2021, § 104 BGB Rn. 20; *Foerster et al.*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (549): entscheidungserheblichen Gesichtspunkte erkennen, gewichten und in Beziehung setzen können.

⁹³ Siehe oben bei Fn. 55.

Die Rechtsprechung selbst reißt durch Bezugnahme auf das konkret in Frage stehende Rechtsgeschäft die Trennwand zwischen absoluter und relativer Geschäftsunfähigkeit immer wieder sehr offensichtlich nieder, dies in ganz besonderem Maße bei den besonderen Geschäftsfähigkeiten wie der Ehe- und der Testierfähigkeit,⁹⁴ aber auch bei der allgemeinen Geschäftsfähigkeit. So führt der BGH explizit aus, die Geschäftsfähigkeit und damit die für sie erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit müsse sich „auf die vorzunehmenden Rechtshandlungen – hier die Vollmachterteilungen – beziehen.“⁹⁵ Ganz klar eine geistige Fähigkeit in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft und nicht abstrakt für alle Rechtshandlungen ist auch dann angesprochen, wenn Gerichte fordern, die Geschäftsfähigkeit setze die Fähigkeit voraus, ein von individuellen Wertvorstellungen und auch kritischem Realitätsbezug geprägtes Entscheidungsverhalten „gerade im Hinblick auf das fragliche Rechtsgeschäft“ an den Tag zu legen.⁹⁶

Dass sich die Gerichte selbst nicht im Klaren sind, wie sie die von ihnen abgelehnte relative Geschäftsunfähigkeit von der absoluten trennen wollen, zeigt sich auch dann, wenn sie einerseits mantraartig betonen, es komme für die Geschäftsfähigkeit nicht auf die Fähigkeit an, die Tragweite einer Erklärung zu erfassen,⁹⁷ sodann aber nur wenige Sätze später ausführen, es genüge für die erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB nicht, wenn der Betroffene noch eine allgemeine Vorstellung von den Tatsachen der Errichtung des Erbvertrags und dem Inhalt der dort getroffenen Verfügungen habe. Vielmehr müsse er auch in der Lage sein, „sich über die Tragweite seiner Anordnung [...] ein klares Urteil zu bilden“.⁹⁸ Dasselbe gilt, wenn Indiz für die Geschäftsfähigkeit in Bezug auf eine Vollmachtserteilung sein soll, ob Einsicht in die Auswirkungen bzw. die Reichweite der Entscheidung vorlag.⁹⁹

Die zu prüfende Geschäftsunfähigkeit wird im Übrigen auch nicht dadurch absolut, wenn man, wie von der Rechtsprechung vorgeschlagen, intellektuelle Beeinträchtigungen nur als einen von vielen Faktoren in der Gesamtschau be-

⁹⁴ Siehe zur Testierfähigkeit unten unter 3. Kapitel E.III.1.b)aa)(1) und 2.c)aa) sowie zur Ehefähigkeit unter 3. Kapitel E.III.2.c)bb).

⁹⁵ BGH NJW 2016, S. 2745 (2747); siehe auch zum Bezugspunkt „Rechtsgeschäft“ bei Prüfung der Geschäftsunfähigkeit: OLG Brandenburg, Urt. v. 12.11.2015 – 5 U 49/10 Rn. 39. So im Übrigen auch Zimmermann BWNotZ 2000, S. 97 (102): Der Betroffene müsse in der Lage sein, „sämtliche Informationen, die in Bezug auf ein Rechtsgeschäft an ihn herangetragen werden, zu erfassen und diese in ihrer Bedeutung zu bewerten.“

⁹⁶ OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 32.

⁹⁷ OLG Düsseldorf FamRZ 1998, S. 1064 (1065).

⁹⁸ OLG Düsseldorf FamRZ 1998, S. 1064 (1065); siehe auch OLG Köln FamRZ 1991, S. 1356 (1357); ebenso im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Ehevertrags OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.3.2017 – 10 UF 54/15, BeckRS 2017, 118463 Rn. 20ff., wo das Gericht die Geschäftsfähigkeit bejaht und sich dabei auf die Ausführungen des Sachverständigen stützt, wonach der Betroffene „Inhalt und Tragweite“ des Vertrags verstanden habe.

⁹⁹ OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (493, 494).

rücksichtigen will.¹⁰⁰ Nicht nur ist völlig unklar, mit welchem Gewicht in dieser Gesamtschau intellektuelle Beeinträchtigungen Berücksichtigung finden sollen; lässt man die Berücksichtigung zudem zu, hat man es wiederum doch nur mit einer Prüfung der Fähigkeit, ein bestimmtes Geschäft zu verstehen, zu tun.

Und schließlich umgeht die Rechtsprechung teils recht offensichtlich das sich von ihr selbst auferlegte Verbot der relativen Geschäftsunfähigkeit, indem sie sie schlicht zur partiellen umfunktioniert.¹⁰¹ So konstruiert die Rechtsprechung, im Bemühen, keine relative Geschäftsunfähigkeit annehmen zu müssen, weitere Bereiche partieller Geschäftsunfähigkeit. Recht gekünstelt erscheint es daher, wenn die Rechtsprechung einerseits explizit eine auf schwierige Grundstücksgeschäfte bezogene relative Geschäftsunfähigkeit ablehnt, andererseits dann aber die Annahme einer auf die Vermögensverwaltung bezogenen partiellen Geschäftsunfähigkeit wohl für möglich hält.¹⁰² Hinter dieser partiellen Geschäftsunfähigkeit steckt doch recht offensichtlich der Gedanke, dass die betroffene Person bei Geschäften dieser Art, zu dem auch das in Frage stehende Grundstücksgeschäft gehörte, schlicht Schwierigkeiten hat.¹⁰³

Auch das Gebiet der Vertretung und Vollmachten soll einen begrenzten Lebensbereich darstellen, für den eine Person geschäftsfähig sein kann, auch wenn sie es in anderen Bereichen nicht mehr ist.¹⁰⁴ Für die Feststellung, ob eine bestimmte Vollmacht wirksam ist, soll es sodann darauf ankommen, ob die Vollmachtgeberin die „Bedeutung“ bzw. das „Wesen“ der Vollmacht begriffen und in wesentlichen Grundzügen verstanden habe, welche Befugnisse sie einräume.¹⁰⁵ Nicht nur steht hier weniger ein abgrenzbarer Lebensbereich als vielmehr eine Abstufung nach mehr oder weniger schwierigen Rechtsbereichen im Vordergrund, sodass es sich bei der Kennzeichnung als partielle Geschäftsfähigkeit

¹⁰⁰ Siehe oben bei Fn. 51. Siehe auch OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496: In der „Gesamtschau“ wird die Geschäftsfähigkeit bejaht (Rn. 39), zu der wiederum unter Rückgriff auf die Feststellungen des Sachverständigen auch gehören soll, dass der Betroffene „aber durchaus noch in der Lage [sei], ein von individuellen Wertvorstellungen und auch kritischem Realitätsbezug geprägtes Entscheidungsverhalten gerade im Hinblick auf die Hofübergabe an den Tag zu legen“ (Rn. 32) bzw. dass der Betroffene „durchaus verstanden hat, dass er sich durch den Übergabevertrag des Eigentums am Hof begibt und dafür Ansprüche, etwa auf Wart und Pflege, erwirbt“ (Rn. 38). Die Berücksichtigung auch fordernd Staudinger BGB-Klump 2021, § 104 BGB Rn. 15: Intellektuelle Komponenten dürften nicht gänzlich ausgeblendet werden.

¹⁰¹ Holzhauser, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B53); Spickhoff AcP (208) 2008, S. 345 (382 f.): „gekonnte Parzellierung“; BeckOGK-Erbarth, § 1358 BGB Rn. 116: „einfallsreiche Parzellierung“; „auf die Spitze getriebene partielle Geschäftsunfähigkeit“; Müller 1998, S. 23.

¹⁰² BGH, Urt. v. 18.5.2001 – V ZR 126/00, BeckRS 2001, 5445.

¹⁰³ So explizit die Ausführungen des Sachverständigen zur konkreten Unfähigkeit des Betroffenen: BGH, Urt. v. 18.5.2001 – V ZR 126/00, BeckRS 2001, 5445.

¹⁰⁴ OLG München NJW-RR 2009, S. 1599 (1601 f.).

¹⁰⁵ OLG München NJW-RR 2009, S. 1599 (1601 f.); BGH NJW 2021, S. 63 (65).

letztlich um einen Etikettenschwindel handelt. Außerdem, selbst wenn man den Bereich der Vollmachten als abgrenzbaren Lebensbereich behandeln wollte, so wäre auch diese partielle Geschäftsunfähigkeit absolut und abstrakt zu bestimmen.¹⁰⁶ Wenn nun aber auf das Verstehenkönnen von „Bedeutung“ und „Wesen“ der Vollmacht abgestellt wird, so rückt für die Feststellung der partiellen Geschäftsfähigkeit doch wieder das konkret betroffene Rechtsgeschäft in den Fokus, sodass jedenfalls innerhalb der partiellen Geschäftsfähigkeit eine relative eingeführt wird.¹⁰⁷ Gleichzeitig soll es im Übrigen aber nicht darauf ankommen dürfen, ob die Person die Tragweite oder Folge der Vollmachterteilung überblicken konnte.¹⁰⁸ Wie unterscheidet sich denn nun aber die relevante „Bedeutung“ und das relevante „Wesen“ des Rechtsgeschäfts, die eine Person erkannt haben muss, von der irrelevanten „Tragweite“ desselben, die zu verkennen keine Konsequenzen hat?

2. Aufgrund krankhafter Störung der Geistestätigkeit

Die freie Willensbildung muss zudem aufgrund krankhafter Störung der Geistestätigkeit ausgeschlossen sein. Im Folgenden soll in Kürze skizziert werden, welche krankhaften Störungen als zu Geschäftsunfähigkeit führend anerkannt sind.

¹⁰⁶ Ebenso Rademacher 2020, S. 116: Schwelle der partiellen Geschäftsunfähigkeit nicht minder hoch.

¹⁰⁷ Siehe zur Verquickung von partieller und relativer Geschäftsfähigkeit auch BeckO-GK-Erbarth, § 1358 BGB Rn. 116. Erbarth spricht von einer „relativen Teilgeschäftsfähigkeit“, wobei nicht ganz eindeutig ist, ob hiermit nur die Tatsache gemeint ist, dass die Rechtsprechung partielle Geschäftsfähigkeiten begründet, um nach mehr oder weniger schwierigen Bereichen differenzieren zu können, oder ob darüber hinaus auch angedeutet werden soll, dass innerhalb der gegenständlich beschränkten Bereiche sodann Abstufungen je nach Schwierigkeit des konkreten Geschäfts zulässig sein sollen. Für letzteres spricht, dass Erbarth im Zusammenhang mit BGH NJW 2016, S. 2745 (2746 f.) ausführt: „Soweit der Senat zugleich innerhalb eines abgegrenzten Lebensbereichs (der Betreuerbestellung als solcher, des jeweiligen Aufgabenbereichs) bei Einsichtsfähigkeit und Steuerungsfähigkeit auf die konkret vorzunehmenden Rechtshandlungen abstellt, bestimmt er die Teilgeschäftsfähigkeit nach dem Schwierigkeitsgrad eines Rechtsgeschäfts, also relativ.“ Der zitierten Entscheidung ist aber wohl sogar über den Bereich der partiellen Geschäftsunfähigkeit hinaus ein Bruch mit der absoluten Geschäftsunfähigkeit allgemein zu entnehmen, siehe zu diesem Urteil bereits bei Fn. 95. Siehe auch MüKo BGB/Band 11-Sticherling 2022, § 2229 BGB Rn. 24 Fn. 53 a.E., wo eine Vermischung von partieller und relativer Geschäftsfähigkeit angedeutet ist bzw. die Möglichkeit, innerhalb eines partiell begrenzten Bereichs Abstufungen vorzunehmen: Erkenne man die Testierfähigkeit als partielle Geschäftsfähigkeit an, erübrige sich die Frage nach der relativen Testierfähigkeit.

¹⁰⁸ OLG München NJW-RR 2009, S. 1599 (1601); siehe auch BGH NJW 2021, S. 63 (65). Wobei die Rechtsprechung hier ohnehin nicht einheitlich ist: In anderen Entscheidungen hingegen wird diese Fähigkeit gerade wieder berücksichtigt, siehe oben bei Fn. 99.

a) Allgemeines

Der Begriff der „Störung“ erfasst sowohl „Geisteskrankheit“ als auch „Geistesschwäche“, da zwischen beiden Kategorien nur ein Unterschied dem Grade nach, nicht in qualitativer Hinsicht besteht.¹⁰⁹ Diese Störung muss „krankhaft“ sein.¹¹⁰ Von einer Kodifikation von Krankheitsbegriffen hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen, da über Begriffe und Klassifikationen von geistigen Erkrankungen in der Psychiatrie bei Erlass des BGB keine Einigkeit bestand. Außerdem sollte so vermieden werden, dass die gesetzliche Regelung durch stetig fortschreitende wissenschaftliche Erkenntnisse immer wieder überholt wird.¹¹¹

Ursprünglich sollten nur solche Störungen erfasst sein, die auf einer organischen Ursache beruhen oder für die jedenfalls eine solche zu vermuten ist. Dies hat sich jedoch schnell als zu eng erwiesen, da sich zeigte, dass auch Störungen, die keine solche Ursache haben und daher nicht als krankhaft in einem medizinisch-biologischen Sinne anzusehen sind, die Fähigkeit zu freier Willensbildung ausschließen können.¹¹² Es ist nun allgemein anerkannt, dass der Begriff der „Krankhaftigkeit“ ein juristischer Begriff ist und kein medizinischer. So kommt es nicht darauf an, dass ein bestimmter Zustand nach einem psychiatrischen Klassifikationssystem als „krankhaft“ bezeichnet¹¹³ oder unter einem bestimmten medizinischen Begriff aufgeführt wird. Entscheidend ist allein das Ausmaß der Störung im Hinblick auf die Möglichkeit eines Ausschlusses der freien Willensbestimmung. Maßgeblich ist, „ob die betreffende Anomalie hinsichtlich ihrer Wirkungen denjenigen psychischen Störungen gleichwertig ist, an deren krankhaften Charakter innerhalb der zuständigen Erfahrungswissenschaften kein Zweifel besteht.“¹¹⁴

¹⁰⁹ RGZ 130, S. 69 (71); BGH, Urt. v. 6.5.1965 – III ZR 229/64, BeckRS 2009, 22707; Staudinger BGB-Klump 2021, § 104 BGB Rn. 12.

¹¹⁰ Siehe zum Folgenden Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 8.

¹¹¹ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 8.

¹¹² Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 8 mit Verweis auf Huber 2005, S. 30 ff.: So können körperlich begründbare Psychosen unterschieden werden von sog. endogenen Psychosen und von sog. Variationen seelischen Wesens, wobei es sich bei den letzten beiden Kategorien um körperlich (noch nicht begründbare) Zustände handelt.

¹¹³ Zumal moderne Klassifikationssysteme (wie etwa die von der WHO entwickelte International Classification of Diseases (ICD-10)) häufig ohnehin nur noch von „Störung“ statt von „Krankheit“ sprechen, da etwa für viele Störungen die körperliche Ursache nicht bekannt ist und außerdem die Psychiatrie sich nicht nur mit Folgen von Krankheiten befasst, sondern auch mit „Spielarten normalen seelischen Lebens“, siehe Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 8 mit Verweis auf Huber 2005, S. 23 f.; siehe auch Cording Fortschr Neurol Psychiat (72) 2004, S. 147 (149).

¹¹⁴ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 8; Cording ZEV 2010b, S. 115 (115); siehe auch Habermeyer, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 51 (65); Rasch Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992, S. 767 (767).

b) Organische psychische Störungen, insbesondere Demenzen

Organische psychische Störungen sind häufig Gegenstand sachverständiger Begutachtung, wenn die Geschäftsfähigkeit einer Person geklärt werden muss.¹¹⁵ Die größte Gruppe bilden dabei die Patienten mit demenziellen Syndromen unterschiedlichster Ätiologie.¹¹⁶ Bei der Beurteilung demenzieller Syndrome gem. ICD-10 ist zwischen einem leichten, mittelschweren und schweren demenziellen Syndrom zu unterscheiden, wobei zwei Symptomatiken zu trennen sind: die Abnahme des Gedächtnisses und die Abnahme anderer kognitiver Fähigkeiten.¹¹⁷

Eine leichte Beeinträchtigung bei Abnahme des Gedächtnisses liegt vor, wenn der Gedächtnisverlust dazu führt, dass tägliche Aktivitäten zwar beeinträchtigt sind, aber dennoch ein unabhängiges Leben möglich ist. Die Betroffenen haben insbesondere Schwierigkeiten bei der Aufnahme, dem Speichern und Wiedergeben alltäglicher Dinge, etwa von kürzlich mitgeteilten Informationen.¹¹⁸ Eine mittelgradige Beeinträchtigung hingegen erreicht ein Ausmaß, welches eine ernste Behinderung für ein unabhängiges Leben darstellt. Die betroffene Person behält lediglich gut gelerntes oder sehr vertrautes Material, während neue Informationen nur gelegentlich und sehr kurz behalten werden. Es fehlt etwa die Erinnerung an grundlegende Informationen, wie etwa Wohnort oder kürzlich ausgeführte Handlungen.¹¹⁹ Eine schwere Beeinträchtigung ist gegeben, wenn der Betroffene vollständig unfähig ist, neue Informationen zu behalten. Er erinnert sich lediglich bruchstückhaft an früher Gelerntes und erkennt nicht einmal mehr enge Verwandte.¹²⁰

Hinsichtlich der Abnahme anderer kognitiver Fähigkeiten äußern sich leichte Beeinträchtigungen dadurch, dass etwa Urteilsvermögen und Denkvermögen nachlassen, wie etwa die Fähigkeit zu planen und zu organisieren. Auch die Fähigkeit zur Informationsverarbeitung nimmt ab und beeinträchtigt die Leistungsfähigkeit im alltäglichen Leben, ohne dass der Betroffene dabei von anderen abhängig wäre. Es können jedoch keine komplizierten täglichen Aufgaben oder Freizeitbeschäftigungen mehr ausgeführt werden.¹²¹ Eine mittelgradige Beeinträchtigung ist gegeben, wenn der Betroffene nicht mehr ohne Hilfe eines anderen im täglichen Leben zurechtkommt. Er behält lediglich einfache Tätigkeiten bei.¹²² Bei schweren Beeinträchtigungen ist die Fähigkeit zu nachvoll-

¹¹⁵ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (548).

¹¹⁶ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (548).

¹¹⁷ Siehe zum Folgenden den Infokasten 32.1. bei Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (548f.); siehe auch Wetterling et al. ZEV 1995, S. 46 (47f.).

¹¹⁸ Infokasten 32.1. bei Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (548).

¹¹⁹ Infokasten 32.1. bei Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (548).

¹²⁰ Infokasten 32.1. bei Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (548).

¹²¹ Infokasten 32.1. bei Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (548f.).

¹²² Infokasten 32.1. bei Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (549).

ziehbaren Gedankengängen vollständig oder beinahe vollständig abhandengekommen.¹²³

Liegt dabei lediglich ein leichtes demenzielles Syndrom vor, soll noch keine Geschäftsunfähigkeit gegeben sein, sofern keine zusätzlichen psychopathologischen Auffälligkeiten gegeben sind, wie z.B. eine Störung der Affektkontrolle oder des Antriebs oder etwa eine paranoide Symptomatik.¹²⁴ Ab mittelschweren Demenzen soll hingegen von Geschäftsunfähigkeit auszugehen sein, da der Betroffene bei diesem Grad des Gedächtnisverlusts bzw. der Beeinträchtigung intellektueller Fähigkeiten nicht mehr in der Lage ist, uneingeschränkt einen eigenen Willen zu bilden und es ihm zudem nur noch eingeschränkt möglich ist, die Tragweite eines Geschäfts zu erfassen und ihre Auswirkung zu berücksichtigen.¹²⁵ Bei diesen Ausführungen ist aber wieder ein deutlicher Bruch mit dem Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit hervorzuheben, da das Erfassen der Tragweite eines Geschäfts eigentlich keine Rolle spielen darf. Gesichert ist absolute Geschäftsunfähigkeit daher wohl erst ab einer schweren Ausprägung einer Demenz anzunehmen. Gerade bei sich langsam entwickelnden Demenzen kann es dabei lange Übergangszeiten geben, in denen die schwierige Entscheidung zwischen geschäftsfähig oder geschäftsunfähig getroffen werden muss.¹²⁶ Dann kann sich die Situation in zweierlei Hinsicht als unbefriedigend darstellen: Wird zum Schutz des Betroffenen Geschäftsunfähigkeit angenommen, so stellt sich die Frage, ob die damit einhergehende Annahme, der Betroffene könne also gar kein Rechtsgeschäft mehr abschließen, wirklich den Tatsachen entspricht. Setzt man das Konzept der absoluten Geschäftsunfähigkeit hingegen streng um, verliert der Betroffene in dieser Phase wohl häufig den Schutz des § 104 Nr. 2 BGB.

Im Übrigen ist hervorzuheben, dass der wahre geistige Zustand eines Dementen nicht zwingend nach außen erkennbar ist, schon gar nicht für Laien: So kann es dementen Personen gelingen, nach außen hin noch scheinbar erhaltene Fähigkeiten im Sinne einer „guten Fassade“ demonstrieren zu können.¹²⁷ Bei Demenzkranken ist es geradezu Teil des Krankheitsbildes, dass die Betroffenen versuchen, ihre Krankheit zu verbergen und daher einen normalen Eindruck

¹²³ Infokasten 32.1. bei *Foerster et al.*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (549).

¹²⁴ *Foerster et al.*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (549); *Wetterling et al.* ZEV 1995, S. 46 (47 f.). Siehe auch OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496 Rn. 14, wonach „fortschreitende Demenz“ noch keine Geschäftsunfähigkeit begründe. Siehe auch OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19796 Rn. 25, wonach auch demenzbedingte Beschränkungen der Informationsaufnahme keine Geschäftsunfähigkeit begründen.

¹²⁵ Infokasten 32.1. bei *Foerster et al.*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (549) im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit; ebenso *Wetterling et al.* ZEV 1995, S. 45 (48) im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit; siehe auch *Zimmermann* BWNZ 2000, S. 97 (103).

¹²⁶ *Schmoedel* NJW 2016, S. 433 (433 f.).

¹²⁷ *Foerster et al.*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (550); *Kröber* Rechtsmedizin 1998, S. 41 (45).

machen können.¹²⁸ Hinzukommt, dass Menschen bereits seit frühester Kindheit lernen, sich der Gesellschaft anzupassen und dabei eigene Defizite zu verbergen.¹²⁹ Patienten übertragen diese Alltagserfahrungen dann auf krankheitsbedingte Herausforderungen.¹³⁰ Es ist für Außenstehende also kaum zu erkennen, inwiefern ein Wille noch autonom gebildet ist.¹³¹

Vor allem bei leichten Formen wirkt der Kranke im Gespräch häufig geordnet.¹³² Auch dann, wenn die Personen jahrzehntelang geschäftserfahren waren und sich geistige Fähigkeiten nach und nach zurückbilden, muss dies dem Gegenüber nicht immer auffallen.¹³³ Aber sogar schwer beeinträchtigte Personen können noch zu Gesprächen wie Alltagsthemen, wie etwa über das Wetter, in der Lage sein, ohne dass dem Gesprächspartner eine Beeinträchtigung zwingend auffällt.¹³⁴ Smalltalk genügt daher grundsätzlich nie, um sich ein Bild vom geistigen Zustand einer Person zu machen.¹³⁵ Grobe Defizite werden dabei selbst von Notaren und Hausärzten übersehen, wenn sich Zeugenaussagen zur Beurteilung der Fähigkeiten nur auf oberflächliche Gespräche beziehen.¹³⁶ Erst recht gelingt es Laien nicht, aufgrund „normaler Kommunikation“ den geistigen Zustand zu beurteilen, sodass sie selbst schwere Einbußen verkennen.¹³⁷

¹²⁸ *Boehm* 2017, S. 109; *Schmoeckel*, in: *Demenz und Recht*, S. 13 (14); *Foerster et al.*, in: *Psychiatrische Begutachtung*, S. 534 (550); *Schmoeckel* NJW 2016, S. 433 (439); siehe insbesondere bei Alzheimer-Patienten im frühen Stadium der Erkrankung: *Zimmermann* BWNotZ 2000, S. 97 (104); siehe auch *Lichtenwimmer*, in: *Demenz und Recht*, S. 43 (53): Bestimmten Krankheiten sei es geradezu immanent, dass es Betroffenen gelinge, eine intakte Fassade zu wahren.

¹²⁹ *Schmoeckel*, in: *Demenz und Recht*, S. 13 (14).

¹³⁰ *Schmoeckel*, in: *Demenz und Recht*, S. 13 (14).

¹³¹ *Schmoeckel*, in: *Demenz und Recht*, S. 13 (14).

¹³² *Zimmermann* BWNotZ 2000, S. 97 (103).

¹³³ *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (384); *Boehm* 2017, S. 109.

¹³⁴ *Lichtenwimmer*, in: *Demenz und Recht*, S. 43 (53); vgl. *Cording* ZEV 2010a, S. 23 (25 f.);

¹³⁵ *Lichtenwimmer*, in: *Demenz und Recht*, S. 43 (53).

¹³⁶ *Foerster et al.*, in: *Psychiatrische Begutachtung*, S. 534 (550).

¹³⁷ OLG München ZEV 2013, S. 504 (506); *Foerster et al.*, in: *Psychiatrische Begutachtung*, S. 534 (550); siehe auch *Schmoeckel* NJW 2016, S. 433 (436), wonach Laien sogar schwerste Einbußen der psychischen Funktion nicht erkennen könnten. Vgl. auch *Cording* ZEV 2010a, S. 23 (25 f.). Aus der Rechtsprechung auch BayObLGZ 1979, S. 256 (263) bei fortgeschrittener Gehirnarteriosklerose der Erblasserin, die auch vom Notar nicht erkannt wurde; BayObLG, Beschl. v. 11.5.1984 – BReg. 1 Z 16/84, BeckRS 2009, 29037 bei einer Cerebralsklerose der Erblasserin; ebenso BGE 124 III 5 E.4.d)bb) S. 20): Nur weil sich eine Person über Alltägliches unterhalten könne, bedeute dies nicht, dass sie auch intellektuell anspruchsvolleren Fragen gewachsen sei. Dabei könnten Laien die geistigen Fähigkeiten, die für Geschäftsfähigkeit erforderlich seien, ohnehin nicht richtig beurteilen. Im zu entscheidenden Fall hielt der das Testament beurkundende Notar die Erblasserin für zweifelsfrei geschäftsfähig, während das Bundesgericht das Testament sodann wegen Testierunfähigkeit für nichtig hielt. Siehe auch der vergleichbare Fall einer demenzzkranken Erblasserin in BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.3.1.ff. zur Nichtigkeit des öffentlichen (und damit zunächst beurkundeten) Testaments und E.4.4.2., wonach Laien meist keine zuverlässigen Aussagen über die Erkrankung des Geistes machen könnten.

Auch Bekannte und Freunde des Erkrankten aus früheren Jahren erkennen bei Unterhaltungen über diese Zeiten geistige Beeinträchtigungen in der Regel nicht.¹³⁸

Ausgeprägte Störungen treten im Ergebnis häufig nur beim Einsatz spezifischer Diagnostik zu Tage.¹³⁹ Entscheidend ist dann vor allem, was die betreffende Person auch außerhalb der üblichen Routine noch kann.¹⁴⁰ Dabei ist aber auch nicht auszuschließen, dass es dementen Personen gelingt, sich regelrecht eine neue Biografie zu erfinden und so selbst Personen, die im Umgang mit dementen Personen geübt sind, sprichwörtlich einen Bären aufzubinden.¹⁴¹

Im Übrigen ist bei Demenzzkranken auch an Fremdbeeinflussbarkeit als Ausprägung von Geschäftsunfähigkeit zu denken. Anzeichen für eine krankheitsbedingte Beeinflussbarkeit sind etwa eine überschießende Dankbarkeit für unbedeutende Gefälligkeiten, ausgeprägte Vertrauensseligkeit und eine Neigung, schnell pseudofamiliäre Beziehungen aufzubauen und die gegenüber Pflegepersonal übliche Distanz nicht mehr einzuhalten, wie es hingegen der prämorbidem Persönlichkeit entsprochen hätte.¹⁴² Es ist dann jedoch, i. S. d. Konzepts absoluter Geschäftsunfähigkeit, zu fordern, dass diese übermäßige Fremdbeeinflussbarkeit nicht ausschließlich das in Frage stehende Rechtsgeschäft betrifft, sondern im gesamten Leben nachgewiesen werden kann.¹⁴³

c) Sonstige Erkrankungen

Suchterkrankungen führen nicht per se zu Geschäftsunfähigkeit, es sei denn, die Abhängigkeit ist selbst Folge einer Geisteskrankheit oder hat zu einem den Grad einer Geisteskrankheit erreichenden Persönlichkeitsabbau geführt.¹⁴⁴

Schizophrenie und wahnhaftige Störungen führen nur dann zu Geschäftsunfähigkeit, wenn die Ausprägung der psychopathologischen Symptome zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts die freie Willensbestimmung ausschließen.¹⁴⁵ Liegt in diesem Zeitpunkt ein akuter psychotischer Zustand vor, gekennzeichnet durch formale Denkstörungen, Realitätsverkennung, wahndeterminiertes Ver-

¹³⁸ BayObLG, Beschl. v. 11.5.1984 – BReg. 1 Z 16/84, BeckRS 2009, 29037.

¹³⁹ OLG München ZEV 2013, S. 504 (506).

¹⁴⁰ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (550).

¹⁴¹ So Simone Gerber, Vizepräsidentin der KESB (= Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde) Region Solothurn, im Rahmen ihres Vortrags „Die Komplexität der Urteils(un)fähigkeit“ im Rahmen der Tagung „Weiterbildungsseminar: Vorsorgeauftrag“ der Stiftung Schweizerisches Notariat, Zürich, 25.8.2023.

¹⁴² Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (550).

¹⁴³ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (554).

¹⁴⁴ BayObLG NJW 1990, S. 774 (774 und 775); Diederichsen und Dröge, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 361 (409); Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 9; Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (551).

¹⁴⁵ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (551).

halten oder halluzinatorisches Erleben, so ist Geschäftsunfähigkeit gegeben.¹⁴⁶ Geschäftsunfähigkeit ist auch bei einem handlungsdeterminierenden überdauernden Wahn bei chronifizierten Verläufen gegeben.¹⁴⁷ Die Rechtsprechung fordert, dass der Betroffene von seinen Wahnvorstellungen beherrscht wird, sich in einem Zustand „eines systematischen Wahns mit erheblicher Dynamik“ befindet.¹⁴⁸ Dabei können aber dennoch Lebensbereiche bestehen, in denen sich der Wahn nicht auswirkt und daher die Geschäftsfähigkeit jedenfalls in diesen Bereichen bestehen bleibt.¹⁴⁹

Ebenso können Störungen der Affektivität die Geschäftsfähigkeit aufheben. So können maniforme und ausgeprägte depressive Syndrome, hirnorganisch bedingte Euphorie, Affektverflachung, Apathie oder Gereiztheit „die Dynamik und die inhaltlichen Ergebnisse von Entscheidungsprozessen pathologisch determinieren, den Zugang zu den biografisch gewachsenen Wertvorstellungen verstellen oder das individuelle Wertgefüge aufheben.“¹⁵⁰ Entscheidend ist die Ausprägtheit der psychopathologischen Symptomatik.¹⁵¹

Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen führen in der Regel nicht zu Geschäftsunfähigkeit. Ein Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit kann allenfalls bei paranoiden Persönlichkeitsstörungen oder akuten Dekompensationen im Rahmen einer Borderline-Persönlichkeitsstörung vorliegen.¹⁵² Das entscheidende psychopathologische Kriterium ist der Wahn.¹⁵³

3. Die Dauerhaftigkeit des krankhaften Zustands

Das Gesetz gibt vor, dass der krankhafte Zustand dauerhaft sein muss. Dauerhaft ist die Störung dann, wenn aus medizinischer Sicht ein konkretes Ende nicht absehbar ist (z. B. Wachkoma).¹⁵⁴ Langanhaltende Bewusstlosigkeit führt beispielsweise dann zu Geschäftsunfähigkeit, wenn dieser Zustand einige Wo-

¹⁴⁶ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (551); Oefele und Saß Versicherungsmedizin 1994, S. 167 (170); siehe auch Cording und Roth NJW 2015, S. 26 (28 f.).

¹⁴⁷ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (551).

¹⁴⁸ BGH NJW 2000, S. 3562 (3562); Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 9.

¹⁴⁹ Habermeyer und Saß Fortschr Neurol Psychiat (70) 2002, S. 5 (9); Habermeyer, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 51 (63 und 64 f.); Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (551); siehe zu den Ausprägungen des Wahns: Arbeitsgemeinschaft für Methodik und Dokumentation in der Psychiatrie 2018, S. 57 ff.

¹⁵⁰ Cording Fortschr Neurol Psychiat (72) 2004, S. 147 (152) unter Bezugnahme auf Habermeyer und Saß Fortschr Neurol Psychiat (70) 2002, S. 5 (9); siehe auch Habermeyer und Saß MedR 2003, S. 543 (544); siehe zu den Ausprägungen von Störungen der Affektivität: Arbeitsgemeinschaft für Methodik und Dokumentation in der Psychiatrie 2018, S. 29 ff.

¹⁵¹ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (551 f.).

¹⁵² Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (552).

¹⁵³ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (552); Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 9.

¹⁵⁴ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB Rn. 45; siehe zur (unklaren) Abgrenzung auch Rasch Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992, S. 767 (768).

chen anhält.¹⁵⁵ Periodisch wiederkehrende Störungen, die regelmäßig binnen weniger Tage nicht mehr feststellbar sind, werden hingegen als vorübergehend eingeordnet.¹⁵⁶ Im Übrigen ist nach Rechtsprechung und juristischer Literatur „Dauerhaftigkeit“ nicht mit „Unheilbarkeit“ gleichzusetzen, sondern ist auch dann anzunehmen, wenn der Zustand zwar heilbar ist, die Behandlung jedoch längere Zeit in Anspruch nimmt.¹⁵⁷

Als typische vorübergehende Störung werden beispielsweise solche im Zusammenhang mit psychotropen Substanzen angesehen, etwa Intoxikations- oder Entzugssyndrome oder schwere Alkoholisierung.¹⁵⁸ Hierher gehören auch als akute Prozesse ablaufende Störungen mit Krankheitswert, wie etwa epileptische Ausnahmezustände oder Fieberwahn,¹⁵⁹ ebenso, jedenfalls nach der Rechtsprechung, phasenweise auftretende Krankheitszustände während eines sog. „manisch-depressiven Irrseins“.¹⁶⁰

Die Abgrenzung zwischen § 105 Abs. 2 BGB, der vorübergehende Zustände regelt, und § 104 Nr. 2 BGB spielt häufig keine Rolle, denn die wichtigste Wirkung der Geschäftsunfähigkeit, nämlich die Nichtigkeit der abgegebenen Willenserklärung, tritt auch bei § 105 Abs. 2 BGB ein. Einen Unterschied macht sie jedoch beim Zugang von Willenserklärungen, weil einem nur vorübergehend nicht zur freien Willensbildung Fähigem eine Willenserklärung zugehen kann, wie sich aus § 131 Abs. 1 BGB ergibt.

4. Das *luzide Intervall*

Und schließlich soll noch in Kürze auf die Problematik des „luziden Intervalls“ eingegangen werden: Hat eine Person den Nachweis erbracht, dass sie sich im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts in einem die freie Willensbe-

¹⁵⁵ OLG München MDR 1989, S. 361 (361).

¹⁵⁶ jurisPK BGB-Hansen 2023, § 104 BGB Rn. 20; Soergel BGB/Band 2/1-Gössl 2023, § 104 BGB Rn. 22; a. A. wohl *Diederichsen und Dröge*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 361 (409), wonach es sich bei solchen Störungen um einen Zustand der Geschäftsunfähigkeit mit der Möglichkeit luzider Intervalle handle.

¹⁵⁷ OLG München MDR 1989, S. 361 (361); Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 12; jurisPK BGB-Hansen 2023, § 104 BGB Rn. 20; kritisch hierzu *Habermeyer und Saß* Der Nervenarzt 2002, S. 1094 (1095f.); *Habermeyer und Saß* MedR 2003, S. 543 (544f.); *Habermeyer*, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 51 (69), wonach nicht die Behandlungsbedürftigkeit bzw. -dauer ausschlaggebend sein sollte, sondern lediglich das Vorhandensein oder Fehlen von überdauernden (irreversiblen) Krankheitssymptomen und das daraus resultierende Funktionsniveau.

¹⁵⁸ *Habermeyer*, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 51 (71); Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 12; Staudinger BGB-Coing 1957, § 105 BGB Rn. 14; siehe bereits *Kuhlenbeck* Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung 1907, S. 271 (294).

¹⁵⁹ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 12.

¹⁶⁰ BGH WM 1956, S. 1184 (1186); Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 12; Staudinger BGB-Coing 1957, § 105 BGB Rn. 14.

stimmung ausschließenden Zustandes krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand¹⁶¹ bzw. dass ein solcher dauerhafter Zustand vorlag, sodass alle in diesem Zeitraum abgeschlossenen Geschäfte automatisch von §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB erfasst sind,¹⁶² kann der Vertragspartner, der sich auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts berufen will, den Nachweis antreten, der grundsätzlich Geschäftsunfähige habe sich bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in einem luziden Intervall befunden.¹⁶³ Für diesen lichten Zeitraum gilt die Person dann als geschäftsfähig, da sie sich dann gerade nicht mehr in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustandes befindet.¹⁶⁴

Aus psychiatrischer Sicht wird das Vorkommen solcher luzider Intervalle bei an sich dauerhaften psychischen Erkrankungen bestritten und vielmehr allenfalls von einer „zeitweiligen Abschwächung (Remissionen) von länger dauernden Störungen gesprochen“.¹⁶⁵ Allenfalls könnten sich an sich chronisch verlaufende Krankheiten und Symptome unter besonders günstigen Umständen bessern oder gar zurückbilden, wobei diese allmähliche Besserung über mehrere Monate hinweg nichts mit „luziden Intervallen“ zu tun habe.¹⁶⁶ Und auch im Falle einer irgendwann eintretenden Heilung, wie zum Beispiel bei behandelbaren oder spontan rückbildungsfähigen Krankheitsbildern, werde nicht automatisch wieder Geschäftsfähigkeit erlangt, da sich der Betroffene nach einem zu Geschäftsunfähigkeit führenden „Ausfall“ zunächst einmal neu orientieren müsse: So prägten sich realitätswidrige Auffassungen und Einstellungen mit zunehmender Dauer ihres Bestehens ein, sodass der Betroffene sich mit seiner Wesensänderung erst kritisch auseinandersetzen müsse und diese Vorstellungen revidieren müsse. Außerdem könnten je nach Syndrom Lücken in der eigenen Biographie und hinsichtlich der Repräsentanz relevanter Umweltinformationen vorliegen, die der Betroffene erst mit Informationen auffüllen müsse, um die „personale Sinnkontinuität“ des eigenen Lebens wieder herzustellen.¹⁶⁷

Aber letztlich handelt es sich bei den sich gegenüberstehenden Positionen aus den Bereichen des Rechts und der Psychiatrie wohl um einen Streit über Begrifflichkeiten: Die Annahme der Möglichkeit von (juristisch gesprochen) lichten Momenten trägt lediglich der Überlegung Rechnung, dass eine Person, die

¹⁶¹ Zur Beweislast MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 104 BGB Rn. 62 ff.

¹⁶² Vgl. Müller 1998, S. 21.

¹⁶³ BGH NJW 1988, S. 3011; BeckOGK-Schneider, § 104 BGB Rn. 36.

¹⁶⁴ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 13; Staudinger BGB-Klump 2021, § 104 BGB Rn. 26; Wedemann Jura 2010, S. 587 (589); kritisch Habermeyer und Saß Der Nervenarzt 2002, S. 1094 (1095), wonach Störungen, die luzide Intervalle zuließen, ohnehin nur als vorübergehend und daher als unter § 105 Abs. 2 BGB fallend anzusehen seien.

¹⁶⁵ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 13; Rasch Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992, S. 767 (768); Rasch und Bayerl LebensversicherungsMedizin 1985, S. 2 (4).

¹⁶⁶ Cording, in: Willensbestimmung zwischen Recht und Psychiatrie, S. 37 (48).

¹⁶⁷ OLG München ZEV 2013, S. 504 (506); Cording Fortschr Neurol Psychiat (72) 2004, S. 147 (157); Cording ZEV 2010b, S. 115 (120).

sich bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts tatsächlich nicht (mehr) in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand befindet, eben auch nicht geschäftsunfähig ist.¹⁶⁸ Dies mag dann zwar kein „luzides Intervall“ im medizinischen Sinne, verstanden als kurzzeitiges Freisein von einer Krankheit, sondern möglicherweise lediglich eine „Remission“ sein,¹⁶⁹ aber dennoch kann eine Krankheit eben situativ so abgeschwächt und abgeklungen sein, dass zwischenzeitlich eine freie Willensbestimmung möglich ist. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit müssen entsprechende Geschäfte dann als wirksam angesehen werden.¹⁷⁰ Kurz gesagt: Wer, etwa aufgrund medikamentöser Einstellung oder sonstiger zeitweiliger Abschwächung der Symptome, heute frei entscheiden kann, dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass er dies gestern nicht konnte.¹⁷¹ Selbstverständlich muss dabei untersucht werden, ob eine freie Willensbestimmung tatsächlich möglich war oder ob die Fehlvorstellungen aus der Zeit der Verwirrtheit noch nachhängen.¹⁷²

Die Frage nach der Möglichkeit luzider Intervalle stellt sich insbesondere bei von Demenz betroffenen Patienten. So ist eine spontane Heilung bei etwa einer chronisch-progredienten Demenz – so ein häufig zitierter, in ein Verfahren vor dem OLG München einbezogener Sachverständiger – „praktisch“ bzw. „so gut wie ausgeschlossen“.¹⁷³ Diese Aussage wird von manchen Autoren gerade als Argument dafür angeführt, luzide Intervalle seien eben nur „so gut wie“ und eben nicht „auf jeden Fall“ ausgeschlossen.¹⁷⁴ In weiteren Urteilen finden sich ähnliche Aussagen: Der Zustand von Demenzpatienten sei, trotz einem bei übergeordneter Betrachtung etwa linearen Krankheitsverlauf, Schwankungen unterworfen und tagesformabhängig.¹⁷⁵ Ausdrücklich sollen luzide Intervalle etwa bei vaskulärer Demenz bei zeitweise günstiger Durchblutung des Gehirns in Betracht kommen.¹⁷⁶ Auch für die Lewy Body Demenz werden die „auffälli-

¹⁶⁸ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 13.

¹⁶⁹ Für einen Wechsel der Begrifflichkeiten Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 13; siehe zu solchen Remissionen auch Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (550).

¹⁷⁰ Staudinger BGB-Klumpp 2021, § 104 BGB Rn. 27, mit Hinweis darauf, auch aus medizinischer Sicht könne ein luzides Intervall letztlich nicht „mit Sicherheit“ ausgeschlossen werden (so habe ein Gutachter in einer Entscheidung des OLG München ZEV 2013, S. 504 (506)) ein luzides Intervall bei einer chronisch-progredienten Demenz nur „praktisch“ ausgeschlossen); Neuner AcP (218) 2018, S. 1 (27f.); kritisch hinsichtlich der grundsätzlichen Ablehnung der Möglichkeit luzider Intervalle auch Schmoeckel NJW 2016, S. 433 (437);

¹⁷¹ Schmoeckel NJW 2016, S. 433 (437).

¹⁷² Schmoeckel NJW 2016, S. 433 (437).

¹⁷³ OLG München ZEV 2013, S. 504 (506).

¹⁷⁴ Staudinger BGB-Klumpp 2021, § 104 BGB Rn. 27 (siehe bereits Fn. 170); Schmoeckel NJW 2016, S. 433 (437).

¹⁷⁵ OLG Hamm, Urt. v. 26.2.2015 – I-10 U 18/13, 10 U 18/13, Rn. 170f.

¹⁷⁶ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645.

gen schnellen Schwankungen ihrer [der Patienten] geistigen Fähigkeiten und ihrer Wachheit im Tagesverlauf“ hervorgehoben.¹⁷⁷

Überwiegende Ansicht unter forensischen Psychiatern ist dabei jedoch, dass, jedenfalls wenn seit Monaten oder Jahren aufgrund einer chronischen und chronisch-progredienten Störung wie gerade Demenzen chronische psychopathologische Symptome belegt sind, kurzfristige luzide Intervalle so unwahrscheinlich sind, dass sie in der Regel nicht in Betracht kommen.¹⁷⁸ Alles in allem ist das Vorkommen luzider Intervalle damit bei chronisch-progredienten Demenzen zwar möglicherweise nicht von vornherein vollständig ausgeschlossen, insgesamt aber sehr unwahrscheinlich und damit überschätzt.¹⁷⁹ Hinsichtlich der Beweislast gilt im Übrigen, dass sich die Person, die sich auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung einer unter § 104 Nr. 2 BGB fallenden Person beruft, ein solches luzides Intervall beweisen muss.¹⁸⁰

II. Bewertung

1. Schutzlücken

Durch die Ablehnung des Konzepts einer relativen Geschäftsunfähigkeit, also der Bestimmung der Geschäftsunfähigkeit in Bezug auf ein konkretes Geschäft, kann von Geschäftsunfähigkeit nur bei einem grundlegenden Ausschluss der freien Willensbestimmung, der nicht nur das konkrete Rechtsgeschäft, sondern alle (Rechts-)Handlungen erfasst, gesprochen werden. Allerdings führt dieses Konzept der absoluten Geschäftsunfähigkeit in der Praxis zum einen zu Ungeheimheiten, weil bei der Prüfung der Geschäftsunfähigkeit durch Wahl entweder zu abstrakter oder nicht hinreichend abstrakter Prüfkriterien auch in Situationen auf Geschäftsunfähigkeit geschlossen wird, in denen ein solcher Schluss aber nicht unbedingt gerechtfertigt ist: Denn je nach gewählten Prüfkriterien ist weder notwendigerweise gesagt, dass der Betroffene zum Abschluss des konkreten Geschäfts nicht in der Lage war, noch, dass er in seinem Zustand wirklich kein einziges sonstiges Rechtsgeschäft mehr abschließen könnte.¹⁸¹ Wenn die Gerichte dann trotzdem auf Geschäftsunfähigkeit erkennen wollen, um den Betroffenen im Einzelfall vor seinem abgeschlossenen Rechtsgeschäft zu schützen, so nötigt sie dies dazu, rechtlich etwas zu behaupten – vollständige rechtsgeschäftliche Handlungsunfähigkeit –, was nicht notwendigerweise den

¹⁷⁷ Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V., Selbsthilfe Demenz 2011, S. 1; hierauf verweisend Schmoeckel NJW 2016, S. 433 (437).

¹⁷⁸ Cording Fortschr Neurol Psychiat (72) 2004, S. 147 (157, 158); Cording ZEV 2010b, S. 115 (120); Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (550).

¹⁷⁹ Wetterling et al. ZEV 1995, S. 46 (49).

¹⁸⁰ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 104 BGB Rn. 18.

¹⁸¹ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

Tatsachen entspricht, und was schon für sich die Untauglichkeit dieses Konzepts nachweist.

Zum anderen ergeben sich aber bei theoretisch strikter und korrekter Umsetzung des Konzepts absoluter Geschäftsunfähigkeit vor allem Schutzlücken. Vorbehaltlich der Prüfung, ob durch sonstige Vorschriften des Privatrechts hinreichend Schutz gewährt werden kann,¹⁸² stellt sich die Frage, ob § 104 Nr. 2 BGB zur Schließung dieser Lücken reformiert werden sollte: Denn wenn in strikter Umsetzung des Konzepts der absoluten Geschäftsunfähigkeit nur solche Personen einsichtsunfähig sind, deren Wille in Bezug auf jede Handlung durch eine Krankheit gesteuert ist, sodass die Willensbildung unabhängig des Kontexts (mit Ausnahme der gegenständlich beschränkten Geschäftsunfähigkeit) von der Krankheit motiviert ist, dann tasten alle anderen Beeinträchtigungen im Bereich der Willensbildung die Geschäftsfähigkeit nicht an. Steuerungsunfähig ist gleichermaßen nur, wer krankheitsbedingt seinen Willen nicht umsetzen kann, weil die Krankheit die Willensumsetzung bestimmt, ebenso wiederum unabhängig von der (Rechts) Handlung, um die es im Einzelfall geht. Ist eine Person krankheitsbedingt insbesondere nur erhöhter Beeinflussbarkeit ausgesetzt, ist sie noch geschäftsfähig, weil dies noch nicht zum vollständigen Ausschluss der Steuerungsfähigkeit führt.

Im Ergebnis sind damit vor allem solche Personen vom Anwendungsbereich der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB nicht erfasst, denen die Einsichtsfähigkeit i. S. d. relativen Verständnisses von Geschäftsunfähigkeit fehlt, weil sie sich nur die für *dieses* Geschäft, dessen Wirksamkeit geprüft wird, relevanten Entscheidungsgrundlagen nicht mehr vergegenwärtigen können, oder weil ihnen die Fähigkeit fehlt, „die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite“ bzw. „die Folgen“ der konkreten Erklärung zu überblicken. Aufgrund dieser Schutzlücken stößt die Ablehnung der relativen Geschäftsfähigkeit der Rechtsprechung in der Literatur auf Kritik.¹⁸³

Unklar bleibt bei den Befürwortern der relativen Geschäftsfähigkeit jedoch, wie weit die Schutzerweiterung durch Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit denn eigentlich reichen soll. Denn es für Geschäftsunfähigkeit insbesondere genügen zu lassen, dass der Betroffene „die Tragweite“ seiner Willenserklärung nicht versteht oder die „rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge“ nicht begreift oder gar nur die Folgen der Erklärung nicht überblickt, sagt aufgrund der Weite dieser Begrifflichkeiten über den konkreten Schutzzumfang nichts aus.¹⁸⁴ Welchen Teil und wieviel seines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts muss der Betroffene verstanden haben, um noch als geschäftsfähig zu gelten? Ist eine Person bereits dann geschäftsunfähig, wenn sie nur die

¹⁸² Siehe sogleich unter 3. Kapitel B.

¹⁸³ So in neuerer Zeit *Gutth* 2019, S. 166 ff.; *Heber* 2022, S. 266 ff.

¹⁸⁴ Siehe zu diesen und weiteren Umschreibungen der relativen Geschäftsunfähigkeit bereits oben ab Fn. 38.

weiteren Auswirkungen des Geschäfts für ihr Vermögen und ihrer weiteren Lebensgestaltung nicht einschätzen kann, oder lediglich dann, wenn sie die unmittelbar eintretenden Rechtsfolgen nicht begreift? Auch neuere Untersuchungen widmen sich diesen Fragen nicht.¹⁸⁵

2. Fallgruppenbildung zur Systematisierung der weiteren Untersuchung

Eine nähere Konkretisierung dieser Begrifflichkeiten ist auch deswegen notwendig, um präzise herausarbeiten zu können, ob und inwieweit andere Vorschriften die Schutzlücken, die die Ablehnung der relativen Geschäftsunfähigkeit hinterlässt, unter Umständen wieder verschließen. Es sollen daher im Rahmen der folgenden Untersuchung der zu ergänzenden Schutzkonzepten des Zivilrechts nach Möglichkeit stets vier verschiedene Fallgruppen unterschieden werden:

Die *erste Fallgruppe* umfasst solche Personen, die ein Rechtsgeschäft abschließen, welches sie schon im Kern inhaltlich nicht verstanden haben. Zum Kern des Rechtsgeschäfts gehört der Inhalt des Rechtsgeschäfts, wozu, wie im Rahmen des Anfechtungsrechts noch näher ausdifferenziert werden wird,¹⁸⁶ insbesondere Geschäftstyp, Geschäftsgegenstand sowie unmittelbare und wesentliche Rechtsfolgen, die durch die Erklärung gesetzt werden, gehören. Gegenstand dieser Fallgruppe sind Situationen, in der eine Person beispielsweise nicht begreift, dass sie gerade eine Grundstücksübertragung vornimmt und daher Eigentum verliert oder dass sie eine Bürgschaftserklärung abgibt und sich damit im Sicherungsfall als Schuldnerin zur Verfügung stellt.

Zur *zweiten Fallgruppe* gehören Personen, die zwar den Kern des von ihnen geschlossenen Rechtsgeschäfts erfassen, also beispielsweise, dass sie einer Person Eigentum an einer Sache übertragen möchten. Sie erfassen allerdings komplexe einzelvertragliche Regelungen nicht.¹⁸⁷

Der *dritten Fallgruppe* sind sodann Personen zuzuordnen, die zwar den Vertragsinhalt – jedenfalls den Kern – verstehen; sie wissen also, welches Geschäft sie gerade im Wesentlichen abschließen; allerdings überblicken sie außerhalb des Rechtsgeschäfts liegende Umstände nicht, also motivbildende Umstände. So verkennen sie beispielsweise, welche rechtlichen oder wirtschaftlichen Folgen mit einem Geschäft zusammenhängen.¹⁸⁸ Oder sie erkennen nicht, dass sie mit dem Geschäft den gewünschten wirtschaftlichen oder sonstigen Nutzen

¹⁸⁵ Siehe die Quellen in Fn. 183.

¹⁸⁶ Siehe unten unter 3. Kapitel B.III.2.a)aa).

¹⁸⁷ Wie etwa im Fall des OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS 2016, 19496: Eine demente Person überträgt ihren Hof und kann diesen Vorgang nachvollziehen, versteht aber einzelvertragliche Ausgestaltung nicht.

¹⁸⁸ Siehe im Fall der Eheschließung die damit zusammenhängenden Rechte und Pflichten: OLG Brandenburg, Urt. vom 7.7.2010 – 13 UF 55/09, BeckRS 2010, 17186.

nicht erreichen können.¹⁸⁹ Zu dieser Fallgruppe gehört auch die Situation, dass sich eine Person die tatsächlichen Umstände, die den Rahmen des Rechtsgeschäfts bilden und die für die Entscheidung für oder gegen das konkrete Rechtsgeschäft eine Rolle spielen, nicht vergegenwärtigen oder diese nicht einordnen kann, also beispielsweise ihre eigenen Vermögensverhältnisse.¹⁹⁰ Sie kann folglich nicht einschätzen, ob sich das Rechtsgeschäft mit ihrer Lebenssituation, sei es die gegenwärtige, sei es die künftige, überhaupt verträgt.

Es wird dabei, insbesondere im Anfechtungsrecht, noch genauer zu bestimmen sein, was unter „nicht verstehen“, „nicht erfassen“ bzw. „nicht überblicken“ zu verstehen ist. Denn eine Person kann einer konkreten Fehlvorstellung unterliegen: Die Person geht von einem konkreten, aber falschen Vertragsinhalt aus oder verbindet mit dem Rechtsgeschäft einen konkreten, aber falschen Nutzen. Sie kann aber bei grundsätzlich richtiger Vorstellung auch nur einzelne Elemente übersehen; ihre Vorstellung ist damit (nur) nicht vollständig. Und schließlich kann die Person aber auch eine nur vage bis gar keine Vorstellung vom Vertragsinhalt oder den motivbildenden Umständen eines Rechtsgeschäfts haben und damit in gewisser Weise einfach gar nicht denken. Diese Unwissenheit kann dabei sowohl der betreffenden Person also auch dem Partner eines Rechtsgeschäfts bewusst oder unbewusst sein.

Und schließlich gehören zur *vierten Fallgruppe* Personen, die durch externe Umstände, insbesondere aufgrund von Beeinflussung durch den Vertragspartner oder einen Dritten, zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts bewegt werden, weil sie dem Einfluss aufgrund von krankheitsbedingter Willensschwäche nachgegeben haben. Dabei ist zum einen die Situation erfasst, dass die Person den Inhalt und die motivbildenden Umstände des Rechtsgeschäfts überblickt, sie das Rechtsgeschäft aber abschließt, obwohl es nicht ihrem Willen entspricht. Zum anderen kann die Beeinflussung eine Irreführungskomponente beinhalten, für die der Betroffene aufgrund seiner geistigen Einschränkungen besonders anfällig ist, sodass er zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts verleitet wird, von dem er zudem eine falsche Vorstellung oder eine falsche Erwartung hat.¹⁹¹ Die Fallgruppe vier unterscheidet sich im Hinblick auf diese letzte Situation daher von den drei anderen Fallgruppen dadurch, dass der Mangel der Willensentschlussfreiheit auf externe Umstände zurückzuführen ist, während er in den drei vorherigen Fallgruppen endogener Natur ist.

Die Grenzen zwischen den verschiedenen Fallgruppen sind zwar sicherlich fließend und häufig dürften sie sich auch überschneiden. Insbesondere nimmt

¹⁸⁹ Beispielsweise der Glaube, ein Geschäft sei ohne finanzielle Belastungen, siehe der Sachverhalt bei: BGH NJW 1998, S. 302 ff.

¹⁹⁰ Beispiel bei Hausheer und Aebi-Müller 2020, S. 52 Rn. 160.

¹⁹¹ Siehe auch Simon RTD Civ. 1974, S. 707 (727): Geistige Beeinträchtigungen favorisierten die Entstehung von Irrtümern. Ebenso Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 22.

die erste Fallgruppe die beiden nachfolgenden in sich auf: Wer schon in einer bestimmten Situation den Kern eines Rechtsgeschäfts nicht versteht, der ist sicher auch nicht mehr in der Lage, die einzelvertraglichen Regelungen zu verstehen und kann sich auch über die motivbildenden Umstände nicht sinnvoll Gedanken machen. Diese Differenzierung soll aber dieser Arbeit trotzdem zugrunde gelegt werden, um zumindest als grobe Orientierung eine möglichst strukturierte Prüfung der verschiedenen zivilrechtlichen Schutzvorschriften zu ermöglichen und aufzuzeigen, hinsichtlich welcher „Unfähigkeiten“ Schutzlücken bestehen bleiben. Außerdem ermöglicht dies ebenso, den Anwendungsbereich von Geschäftsunfähigkeitsregelungen ausländischer Rechtsordnungen, die einem relativen Konzept folgen und die Modell für eine Reform des deutschen Rechts stehen könnten, präzise abzustecken, um ein besseres Verständnis dafür zu erlangen, was unter relativer Geschäftsunfähigkeit im Detail überhaupt zu verstehen ist.¹⁹²

Es soll damit aber weder vorweggenommen werden, ob im Ergebnis tatsächlich eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Geschäftsunfähigkeitsregelungen auf all die genannten Fallgruppen angezeigt ist, noch, sofern ein Reformbedarf festgestellt werden wird, ob eine Anpassung des Tatbestands nach diesen strengen Fallgruppen befürwortet wird. Denn möglich ist es im Gegenteil auch, die Voraussetzungen eines neuen § 104 Nr. 2 BGB bewusst wertungs-offen zu formulieren, ohne die Reichweite der notwendigen Fähigkeiten trennscharf vorzugeben, um im Einzelfall Flexibilität für angemessene Lösungen zu gewinnen.

B. Ergänzende Schutzkonzepte des deutschen Privatrechts

Nur weil eine Person nicht unter § 104 Nr. 2 BGB fällt, bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass sie deswegen schutzlos bliebe. Eine andere Frage ist jedoch, wie vollständig dieser Schutz durch andere Rechtsinstitute tatsächlich ist. Im Folgenden werden als mögliche Ergänzung zu § 104 Nr. 2 BGB beleuchtet: die Betreuung (I.), Instrumente der Inhaltskontrolle (II.), Schutzinstrumente bei Unkenntnis und Fehlvorstellung bei Abgabe einer Erklärung (III.), Schutzinstrumente bei unlauterer Willensbeeinflussung durch aktives Tun (IV.), vorvertragliche Mitteilungspflichten (V.), Widerrufsrechte (VI.) sowie die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB (VII.).

¹⁹² Zur rechtsvergleichenden Untersuchung unten unter 3. Kapitel C.

I. Die Betreuung, §§ 1814ff. BGB

Die Betreuung unterliegt weniger strengen Voraussetzungen als die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB (1.), bewirkt aber als Folge auch nur eine sog. Doppelkompetenz von Betreuer und Betreutem, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts vor (2). Insgesamt gewährt die Betreuung daher den Personen, die die Schwächen der Fallgruppen 1–4 aufweisen, grundsätzlich Schutz, allerdings bei weitem nicht umfassend (3.).

1. Voraussetzungen der Betreuerbestellung

a) Subjektive Betreuungsbedürftigkeit

aa) Krankheit oder Behinderung, § 1814 Abs. 1 BGB

§ 1896 Abs. 1 BGB a. F. setzte für eine Betreuerstellung zunächst voraus, dass ein Volljähriger aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen konnte. Im neuen Betreuungstatbestand des § 1814 Abs. 1 S. 1 BGB, der seit 1.1.2023 BGB in Kraft ist,¹⁹³ ist die Differenzierung zwischen verschiedenen Formen von Krankheiten und Behinderungen nun aufgegeben worden. § 1814 BGB fordert nunmehr lediglich, dass ein Volljähriger an einer Krankheit oder einer Behinderung leidet. Diese Änderung erfolgte, so die Gesetzesbegründung, um „veraltete und potentiell stigmatisierende Begriffe durch zeitgemäße Begriffe“ zu ersetzen.¹⁹⁴ Vor dem Hintergrund der UN-Behindertenrechtskonvention sei es nicht mehr angezeigt, psychische Erkrankungen besonders hervorzuheben und damit den betroffenen Personenkreis als besonders betreuungsbedürftig zu kennzeichnen.¹⁹⁵ Die Aufgabe des Merkmals „psychisch“ solle es ermöglichen, die Vielfalt von Erkrankungsformen besser zu erfassen, die nach altem Recht nicht eindeutig einer der genannten Kategorien zugeordnet werden konnte.¹⁹⁶ Insgesamt solle der für eine Betreuung in Betracht kommende Personenkreis gegenüber dem alten Recht aber weder erweitert noch verengt werden.¹⁹⁷ Da § 1896 Abs. 1 BGB a. F. und § 1814 BGB in Bezug auf die relevanten Zustände eines zu Betreuenden damit deckungsgleich sind, kann für die folgende Betrachtung dieser Zustände auf die Diskussion zu den in § 1896 Abs. 1 BGB genannten Kriterien zurückgegriffen werden:

¹⁹³ Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, BGBl. 2021 I 882.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 19/24445, S. 230f.

¹⁹⁵ BT-Drucks. 19/24445, S. 230.

¹⁹⁶ BT-Drucks. 19/24445, S. 231.

¹⁹⁷ BT-Drucks. 19/24445, S. 230.

So sind in der Sache weiterhin psychische Krankheiten erfasst. Dies sind zum einen körperlich begründbare (z.B. degenerative Hirnprozesse (Alzheimer-Krankheit, senile Demenz, Morbus Pick, Chorea Huntington)) sowie gefäßbedingte Hirnprozesse (zerebrale Arteriosklerose), wenn geistige Funktionen schon abgebaut sind, zum anderen auch körperlich nicht begründbare Psychosen (z.B. Schizophrenien).¹⁹⁸ Entscheidend für die Betreuungsanordnung sind Grad und Ausmaß der Symptomatik.¹⁹⁹ Bei Demenzpatienten kann dabei sogar, vorbehaltlich der Erforderlichkeit,²⁰⁰ eine Betreuung in Bezug auf alle Angelegenheiten notwendig werden.²⁰¹ Meist geht es dann auch um eine dauerhafte Betreuung, da kaum Rehabilitationsmaßnahmen bestehen.²⁰²

Ebenso fallen Abhängigkeitskrankheiten unter den Begriff der psychischen Krankheit,²⁰³ jedenfalls, wenn die Sucht entweder im ursächlichen Zusammenhang mit einer geistigen Behinderung steht oder ein darauf zurückzuführender Zustand im psychischen Bereich eingetreten ist, der bereits die Annahme einer psychischen Krankheit rechtfertigt.²⁰⁴ Des Weiteren kommen sämtliche „abnormen Variationen seelischen Lebens“ in Betracht, z.B. psychopathische und neurotische Störungen. Allerdings ist bei solchen Zuständen aufgrund der kaum klar zu definierenden Grenze zum Normalmaß äußerst vorsichtig vorzugehen.²⁰⁵

Unter den Begriff der Behinderung fallen geistige Behinderungen, also Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade. Unter diesen Begriff sind Intelligenzminderungen zu subsumieren, die unterschiedliche Ursachen haben können, wie etwa genetische Ursachen, aber auch Intelligenzminderungen als Krankheitsfolgen.²⁰⁶ Der Umfang der Betreuungsbedürftigkeit variiert je nach Ausprägung der Beeinträchtigung.²⁰⁷ Bei mittleren und schweren Graden wird ein Betreuungsbedarf gegeben sein, wobei dort die Reichweite von individuell-situativen Umständen abhängt.²⁰⁸ Schwierig ist die Einordnung bei weniger

¹⁹⁸ Mit weiteren Beispielen MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1814 BGB Rn. 19; BT-Drucks. 11/4528, S. 116; Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (535); zu den Alterskrankheiten siehe auch Schmidt und Böcker 1993, Rn. 9.

¹⁹⁹ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (537).

²⁰⁰ Zum Erforderlichkeitsgrundsatz sogleich unter 3. Kapitel B.I.1.b).

²⁰¹ Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (537).

²⁰² Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (537).

²⁰³ BT-Drucks. 11/4528, S. 116; Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (535).

²⁰⁴ BayObLG, Beschl. v. 22.7.1993 – 3 Z BR 83/93, BeckRS 1993, 31389822; BGH NJW-RR 2016, S. 711 (711 f.).

²⁰⁵ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1814 BGB Rn. 21; Müller 1998, S. 114.

²⁰⁶ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1814 BGB Rn. 29.

²⁰⁷ BayObLG Beschl. v. 7.10.1993 – 3 Z BR 193/93, BeckRS 1993, 524 Rn. 8; Schmidt und Böcker 1993, Rn. 988 ff., dort auch zu den verschiedenen Schweregraden; Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (538).

²⁰⁸ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 48; Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (538).

schweren Ausprägungen und bei intellektuellen Minderbegabungen.²⁰⁹ Die Gesetzesbegründung beschränkte den Begriff der geistigen Behinderung im Übrigen auf angeborene oder frühzeitig erworbene Defekte,²¹⁰ was jedoch mehrheitlich abgelehnt wird.²¹¹

Und schließlich erfasst der Begriff der Behinderung auch körperliche Behinderungen, also „jede Einschränkung der körperlichen Fähigkeiten einer Person gegenüber denjenigen, die einem Durchschnittsmenschen zur Verfügung stehen (Blindheit, Taubheit, schwere Seh- und Hörstörungen, die nicht durch Apparate ausgeglichen werden können, Einschränkungen der Fähigkeit zur Fortbewegung, etwa auf Grund von Lähmung, Herz- oder Lungenkrankheit oder auf Grund von alters- oder krankheitsbedingten Schwachzuständen, Einschränkung der Fähigkeit zu sonstigen körperlichen Betätigungen etc.)“.²¹² Aufgrund des noch zu erörternden Erforderlichkeitsprinzips wird eine körperliche Behinderung eine Betreuerbestellung in der Regel aber nicht rechtfertigen. Insbesondere können sich betroffene Personen zur Umsetzung ihrer Entscheidung anderer Helfer bedienen, wie etwa von Pflegern, sozialen Diensten oder Bevollmächtigten.²¹³ Laut Gesetzesbegründung komme eine Betreuung aber etwa dann in Betracht, wenn, so ein Fall aus der medizinischen Praxis, der Betroffene vom dritten Halswirbel ab gelähmt sei und seinen Willen trotz vermutlich voller geistiger Orientierung nicht kundtun könne. Auch das (angeborene) Zusammenfallen von Blind- und Taubheit mache eine Betreuung erforderlich, wobei in solchen Fällen wohl auch das Merkmal der geistigen Behinderung erfüllt sei.²¹⁴ Kann der körperlich Behinderte seinen Willen nicht kundtun, kommt im Übrigen auch eine Betreuerbestellung von Amts wegen in Betracht, § 1814 Abs. 4 S. 2 BGB.²¹⁵

Hängt nun die Bestellung eines Betreuers also vom Vorliegen einer Krankheit oder Behinderung ab, so stellt sich insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese Eingangsvoraussetzungen auch bei geistigen Funktionsstörungen mit wechselhaftem Verlauf gegeben sind.²¹⁶ Jedenfalls solche geistigen Störungen, die nur vorübergehend vorliegen und voraussichtlich folgenlos abklingen, wie momentane Bewusstseinsstörungen und flüchtige Verwirrtheits-

²⁰⁹ *Prinz von Sachsen Gessaphe* 1999, S. 48.

²¹⁰ BT-Drucks. 11/4528, S. 116; so auch *Schmidt und Böcker* 1993, Rn. 6.

²¹¹ BayObLG, Beschl. v. 7.10.1993 – 3 Z BR 193/93, BeckRS 1993, 524 Rn. 8; *Müller* 1998, S. 115; MüKo BGB/Band 10-*Schneider* 2024, § 1814 BGB Rn. 29; Staudinger BGB-*Bienwald* 2017, § 1896 BGB a. F. Rn. 73.

²¹² MüKo BGB/Band 10-*Schneider* 2024, § 1814 BGB Rn. 27.

²¹³ BT-Drucks. 11/4528, S. 116; MüKo BGB/Band 10-*Schneider* 2024, § 1814 BGB Rn. 28.

²¹⁴ BT-Drucks. 11/4528, S. 116; siehe für weitere Beispiele Staudinger BGB-*Bienwald* 2017, § 1896 BGB a. F. Rn. 67, z. B. schwere Spastizität, die die Verständigung mit Dritten äußerst erschwert; *Schmidt und Böcker* 1993, Rn. 9.

²¹⁵ Zur Bestellung eines Betreuers von Amts wegen, d. h. ohne bzw. gegen den Willen des Betroffenen siehe unten unter 3. Kapitel B.I.3.b)ff).

²¹⁶ Siehe zu diesem Problem *Prinz von Sachsen Gessaphe* 1999, S. 241 f.

zustände, lösen regelmäßig keinen Betreuungsbedarf aus.²¹⁷ Fallen in dieser Zeit zu besorgende Angelegenheiten an, so soll der Betroffene diese zu einem späteren Zeitpunkt besorgen oder, wenn sie unaufschiebbar sind, sollen sich Dritte auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe berufen können.²¹⁸

Störungen, die einen episodischen Verlauf nehmen, sodass sich krankhafte und beschwerdefreie Episoden abwechseln, wie etwa bei Wahnsymptomatik, sind schwieriger einzuordnen. So wird vorgeschlagen, zwischen zwei Fällen zu unterscheiden: Wenn nach dem bisherigen Krankheitsverlauf zu erwarten sei, dass auf kurze akute Episoden längere zustandsfreie Phasen folgten, so solle keine Betreuerbestellung erforderlich sein.²¹⁹ Vielmehr seien in einer akuten Episode vorläufige Betreuungsmaßnahmen oder Notmaßnahmen des öffentlichen Rechts zu ergreifen.²²⁰ Wenn hingegen die krankhaften Episoden in kürzeren Intervallen aufträten, so könne eine Betreuerbestellung zur Abwehr einer dann drohenden Gefahr erfolgen, und zwar bereits vor Einsetzen der krankhaften Episode,²²¹ etwa bei Vorliegen einer schubförmig verlaufenden Erkrankung.²²²

Ebenso schwierig einzuordnen sind Krankheiten mit stark schwankendem Verlauf, wozu insbesondere senile Demenzen und Abhängigkeitserkrankungen gehören.²²³ Es sind dann mittels einer sich über einen gewissen Zeitraum erstreckenden Längsschnittdiagnose der Gesamtzustand und die absehbaren Verlaufsperspektiven zu ermitteln.²²⁴ Eine Betreuung ist nur dann erforderlich, wenn die Diagnose ergibt, dass Störungszustände die störungsfreien Zustände an Häufigkeit und Intensität überwiegen und zudem ausreichend schwer ausgeprägt sein werden.²²⁵

Dieser Ansatz einer vorausschauenden Betrachtungsweise findet sich auch in der Rechtsprechung wieder, nicht nur in Bezug auf den voraussichtlichen objektiven Betreuungsbedarf,²²⁶ sondern auch hinsichtlich der subjektiven Betreuungsbedürftigkeit: So könne eine Betreuerbestellung dann erfolgen, wenn der Betroffene zwar derzeit nicht an Verwirrungszuständen leide, die krankhaften Zustände nun aber immer häufiger und intensiver aufträten,²²⁷ stets unter der

²¹⁷ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 241.

²¹⁸ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 241.

²¹⁹ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 242.

²²⁰ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 242, siehe dort insb. Fn. 389 und 390.

²²¹ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 242.

²²² Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 242.

²²³ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 242, dort auch Fn. 393.

²²⁴ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 242.

²²⁵ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 242.

²²⁶ Siehe hierzu unten unter 3. Kapitel B.I.1.b)bb)(1).

²²⁷ BayObLG, Beschl. v. 28.2.2003 – 3Z BR 28/03, BeckRS 2003, 30309586.

Bedingung, dass in diesem Zustand eine Angelegenheit des Betreffenden zu erledigen sei.²²⁸

bb) Unfähigkeit, eigene Angelegenheiten ganz oder teilweise rechtlich zu besorgen

Gemäß § 1814 Abs. 1 BGB ist Voraussetzung einer Betreuerbestellung zudem, dass ein Volljähriger seine Angelegenheiten ganz oder teilweise rechtlich nicht besorgen kann und dies auf einer Krankheit oder Behinderung beruht. Als Angelegenheiten i. S. d. § 1814 Abs. 1 BGB kommen sowohl solche in Betracht, die Gegenstand der Vermögenssorge, als auch solche, die Gegenstand der Personensorge sind.²²⁹ Dabei muss es sich um eine Rechtsangelegenheit handeln, wobei aber die Übertragung tatsächlicher Angelegenheiten jedenfalls insofern möglich ist, als der Betreuer diese Angelegenheiten zwar nicht selbst durchführen muss, aber die notwendige Hilfe organisieren kann.²³⁰

Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, ist nicht schon dann gegeben, wenn der Volljährige seine Angelegenheiten nur nicht persönlich erbringen kann, sondern, wie häufig auch Gesunde sich eines Dritten bedienen müssen, etwa eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters. Lediglich wenn solche Hilfen nicht ausreichen,²³¹ der Betroffene diese Hilfe nicht von sich aus in Anspruch nehmen kann oder ihre Notwendigkeit nicht erkennt,²³² kommt eine Betreuerbestellung in Betracht.

Im Übrigen genügt es aber, dass das Vermögen zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten erheblich eingeschränkt ist. Nicht notwendig ist, dass die Besorgung z. B. im rechtsgeschäftlichen Bereich etwa wegen Geschäftsunfähigkeit gänzlich unmöglich ist.²³³ Damit ist die Schwelle der Betreuungsbedürftigkeit niedriger angesetzt als die der Geschäftsunfähigkeit.²³⁴ Das Betreuungsrecht soll folglich gerade den Graubereich zwischen vollständiger Selbstbestimmungsfähigkeit auf der einen Seite und vollständiger Geschäftsunfähigkeit auf der anderen erfassen.²³⁵ Umgekehrt ist aber eine Betreuungsbedürftigkeit bei festgestellter Geschäftsunfähigkeit grundsätzlich sicherlich gegeben (was allerdings dennoch stets voraussetzt, dass ein konkreter Entscheidungsbedarf be-

²²⁸ Z.B. eine nervenärztliche Behandlung: BayObLG, Beschl. v. 28.2.2003 – 3Z BR 28/03, BeckRS 2003, 30309586.

²²⁹ BT-Drucks. 11/4528, S. 117; Müller 1998, S. 120; so wohl auch Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1896 BGB a.F. Rn. 117.

²³⁰ Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1814 BGB Rn. 17.

²³¹ BT-Drucks. 11/4528, S. 117.

²³² Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1896 BGB a.F. Rn. 28.

²³³ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1814 BGB Rn. 17; BT-Drucks. 11/4528, S. 122; Müller 1998, S. 123.

²³⁴ Müller 1998, S. 127; Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1814 BGB Rn. 32.

²³⁵ Schwab FamRZ 1992, S. 493 (494).

steht, dem anders nicht abgeholfen werden kann²³⁶),²³⁷ andernfalls führte Geschäftsunfähigkeit zum „bürgerlichen Tod“ des Betroffenen.²³⁸

Da die Voraussetzung der subjektiven Betreuungsbedürftigkeit also nicht an die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB anknüpft, können auch solche Personen unter Betreuung gestellt werden, die aus dem Anwendungsbereich des § 104 Nr. 2 BGB herausfallen, weil ihre Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zwar eingeschränkt ist, aber nicht ausgeschlossen. Dies trifft, um auf die eingangs entwickelten Fallgruppen zurückzugreifen,²³⁹ somit dem Grunde nach auf alle Personen der Fallgruppen 1–4 zu, sodass der Schutz der Betreuung der Idee nach genau dort einsetzt, wo der Schutz des § 104 Nr. 2 BGB endet.

Allerdings kann der Schutz des Betreuungsrechts naturgemäß nur dann eingreifen, wenn die Gerichte die bei einer Person vorliegende Beeinträchtigung als ausgeprägt genug bewerten, um eine Betreuung zu rechtfertigen. Ist die Rechtsprechung dabei zurückhaltend, wie etwa in folgender Entscheidung, ist auch die Schutzwirkung des Betreuungsrechts eingeschränkt:

Eine Betreuerbestellung wurde so in einer Situation abgelehnt, in der eine Frau – Klägerin in einem späteren Verfahren über die Herausgabe eines Grundstücks – erheblichem Einfluss ihrer Freundin – spätere Beklagte – ausgesetzt war.²⁴⁰ Die Klägerin befand sich in einer emotionalen Zwangslage, da sich ihr Sohn im Koma befand, und entwickelte eine intensive Vertrauensbeziehung zur Beklagten. Diese redete ihr ein, sie habe Karmaschulden zu begleichen und animierte sie zum Kauf einer Vielzahl neuer Sachen zu Gunsten der Beklagten. Schließlich erreichte die Beklagte sogar, dass die Klägerin ihr ihr Grundstück verkaufte. Der Anregung der Tochter, einen Betreuer für die Klägerin zu bestellen, als das Treiben der Beklagten bekannt wurde, wurde nicht entsprochen, was auch das Berufungsgericht im Rahmen der späteren Herausgabeklage nicht beanstandete: Eine Beeinträchtigung, wie § 1896 Abs. 1 BGB a.F. sie voraussetze, habe trotz der von den Zeugen bekundeten Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten nicht festgestellt werden können. Dies verwundere aber auch nicht, denn wenn die Beklagte bei der Untersuchung der Klägerin nicht anwesend gewesen sei, dann sei diese Abhängigkeit sehr wahrscheinlich auch nicht zu Tage getreten. Außerdem führte diese Abhängigkeit allenfalls dazu, dass die Klägerin, beeinflusst durch die Beklagte, die Entscheidungen getroffen habe, die sie zum fraglichen Zeitpunkt für richtig gehalten habe. Dies belege aber

²³⁶ Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1896 BGB a.F. Rn. 118; siehe zur Frage, inwiefern eine Betreuung bei Geschäftsunfähigkeit überhaupt erforderlich ist noch unten unter 3. Kapitel B.I.1.b)bb)(2).

²³⁷ Müller 1998, S. 126.

²³⁸ Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1896 BGB a.F. Rn. 153.

²³⁹ Siehe oben unter 3. Kapitel A.II.2.

²⁴⁰ Zum folgenden Sachverhalt und zur Begründung OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.12.2006 – 8 U 25/06, BeckRS 2007, 1478.

noch keine Geschäftsunfähigkeit und begründe auch noch keinen Betreuungsbedarf.

Das Gericht stellte also noch keine die Geschäftsunfähigkeit begründende Überlagerung des Willens des Betroffenen durch Einflüsse Dritter fest, hielt aber, trotz von Zeugen belegter erheblicher Beeinflussbarkeit bzw. Willensschwäche – als Minus zur vollständigen Überlagerung des Willens – auch die abgelehnte Betreuung für richtig; gleichzeitig kassierte es interessanterweise die von der Klägerin getätigten Geschäfte über § 138 Abs. 1 BGB als nichtig.²⁴¹ Zwar wäre sicher noch zu klären, inwiefern diese Beeinflussbarkeit bzw. Willensschwäche überhaupt auf eine Krankheit i.S.d § 1896 Abs. 1 BGB a.F. bzw. § 1814 BGB zurückzuführen ist. Aber diese Entscheidung zeigt jedenfalls, dass Beeinflussbarkeit per se nicht notwendigerweise Betreuungsbedürftigkeit auslöst, sodass in diesem Fall beispielsweise Personen der Fallgruppe 4 möglicherweise schutzlos bleiben, sofern nicht auch die Voraussetzungen von § 138 Abs. 1 BGB gegeben sind.

b) Erforderlichkeitsgrundsatz

aa) Allgemeine Anmerkungen

Zudem ist der in § 1814 Abs. 3 S. 1 BGB niedergelegte (und mit Verfassungsrang ausgestattete)²⁴² Erforderlichkeitsgrundsatz zu berücksichtigen: Eine Betreuerbestellung ist nach § 1814 Abs. 3 S. 1 BGB nur möglich, „wenn dies erforderlich ist“. Gemäß § 1814 Abs. 3 S. 2 BGB ist eine Betreuung insbesondere dann nicht erforderlich, „soweit die Angelegenheiten des Volljährigen 1. durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1816 Absatz 6 bezeichneten Personen gehört, gleichermaßen besorgt werden können oder 2. durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, erledigt werden können, insbesondere durch solche Unterstützung, die auf sozialen Rechten oder anderen Vorschriften beruht.“

Durch diesen Erforderlichkeitsgrundsatz wird die Betreuung zum Schutz des Betroffenen sowie aus öffentlichen Interessen – angesichts der Schwierigkeiten, in hinreichender Zahl geeignete Betreuer zu finden sowie aus Gründen des sparsamen Umgangs mit öffentlichen Mitteln – auf das absolut Notwendige reduziert.²⁴³ Er ist, schon aufgrund seines Bestehens auch in öffentlichem Interesse, nicht verzichtbar.²⁴⁴

Der Erforderlichkeitsgrundsatz bewirkt zunächst, dass die Betreuerbestellung nicht nur von der subjektiven Betreuungsbedürftigkeit abhängt, sondern

²⁴¹ Siehe hierzu auch noch unten unter 3. Kapitel B.II.1.a)bb)(2)(d), ab Fn. 619.

²⁴² BT-Drucks. 11/4528, S. 58; BT-Drucks. 19/24445, S. 231.

²⁴³ BT-Drucks. 11/4528, S. 121; Müller 1998, S. 128 f.; BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1814 BGB Rn. 23.

²⁴⁴ BT-Drucks. 11/4528, S. 121.

auch vom objektiven Betreuungsbedarf. Es hat also eine Betreuerbestellung insbesondere dann zu unterbleiben, wenn der Betroffene zwar subjektiv betreuungsbedürftig ist, aber objektiv kein Betreuungsbedarf besteht, weil die Angelegenheiten, zu denen der Betroffene theoretisch nicht mehr in der Lage ist, gar nicht anfallen: So kann der Betroffene beispielsweise in einem Heim bereits vollständig versorgt sein und keinerlei Vermögensangelegenheiten selbst zu besorgen haben.²⁴⁵

Schließlich erfasst der Aufgabenkreis, für den der Betreuer bestellt wird, auch nur genau die Angelegenheiten, die der Betroffene nicht selbst erledigen kann.²⁴⁶ Der Betreuer hat also ein Aufgabengebiet, zu dem in der Regel eine Vielzahl einzelner Angelegenheiten zu gehören pflegen,²⁴⁷ allerdings kann sich der Aufgabenkreis des Betreuers auch nur auf eine einzige zu erledigende Angelegenheit beziehen, wenn eben nur eine einzige Angelegenheit zu besorgen ist, z. B. der Abschluss eines bestimmten Vertrags.²⁴⁸ Die Aufgabenkreise müssen im Übrigen im Betreuungsbeschluss so konkret formuliert sein, dass sich ihr Umfang aus dem Entscheidungssatz selbst, ohne Auslegung aus den Gründen der Entscheidung heraus, ergibt (§ 286 Abs. 1 Nr. 1 FamFG).²⁴⁹ Dieses Erfordernis folgt aus dem Umstand, dass die Bestellsurkunde nur die Aufgabenkreise in ihrer konkreten Formulierung nennt (§ 290 S. 2 Nr. 3 FamFG). Zwar hat diese Urkunde keine konstitutive Wirkung, auch nicht die Wirkung einer Vollmachtsurkunde gemäß § 174 BGB. Dennoch soll sie aber als Nachweis der Befugnisse des Betreuers allgemein, auch gegenüber Dritten, dienen: Sie wird ausgestellt, damit der Betreuer im Rechtsverkehr seine Vertretungsbefugnis nachweisen kann.²⁵⁰ Ist die Reichweite der Vertretungsbefugnis nicht klar genug umrissen, gefährdet dies die Sicherheit des Rechtsverkehrs.²⁵¹ Für eine hinreichend konkrete Bezeichnung der Aufgabenkreise ist dabei nicht erforderlich, dass die einzelnen Besorgungen, insbesondere die einzelnen Rechtsgeschäfte, gesondert bezeichnet werden. Typisierende Bezeichnungen wie etwa „Sorge für das unbewegliche Vermögen des Betreuten“, „Sorge für die Gesundheit des Be-

²⁴⁵ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1814 BGB Rn. 24; Müller 1998, S. 129 f.; siehe aber BayObLG, Beschl. v. 22.9.1994 – 3 Z BR 175/94, BeckRS 1994, 30922546 zur Bejahung der Notwendigkeit einer Betreuung trotz Heimunterbringung und grundsätzlich geregelter Vermögensverhältnisse, da ein Handlungsbedarf jederzeit bestehen könne. Siehe zum jederzeitigen Handlungsbedarf ausführlich ab Fn. 271.

²⁴⁶ Schwab FamRZ 1992, S. 493 (396).

²⁴⁷ Schwab FamRZ 1992, S. 493 (496).

²⁴⁸ BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1814 BGB Rn. 132; Schwab FamRZ 1992, S. 493 (496); Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1896 BGB a.F. Rn. 169.

²⁴⁹ BayObLG, Beschl. v. 17.3.1994 – 3 Z BR 293/93, BeckRS 1994, 8336 Rn. 13; MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1814 BGB Rn. 188.

²⁵⁰ BayObLG, Beschl. v. 17.3.1994 – 3 Z BR 293/93, BeckRS 1994, 8336 Rn. 13; siehe auch BeckOK FamFG-Günter, § 290 FamFG Rn. 4.

²⁵¹ Cypionka DNotZ 1991, S. 571 (578).

treuten“, sind möglich, sofern für diese Bereiche insgesamt ein Betreuungsbedarf besteht.²⁵²

Der Erforderlichkeitsgrundsatz bewirkt des Weiteren, dass eine Betreuerbestellung subsidiär ist. Insbesondere ist die Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Vertreters vorrangig, um einerseits das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu schützen, da insbesondere rechtsgeschäftliche Vollmachten widerruflich sind, ohne das Gericht hierfür einschalten zu müssen,²⁵³ und um andererseits die Gerichte zu entlasten.²⁵⁴ Eine solche Bestellung eines Vertreters kann etwa durch Vorsorgevollmacht geschehen, die an keine Form gebunden ist, wobei sich aus Gründen der Beweisbarkeit natürlich die Schriftform, gar die notarielle Beurkundung, anbietet.²⁵⁵ Bei notarieller Beurkundung ist auch – dem Grunde nach²⁵⁶ – gegen den späteren Einwand Vorsorge getroffen, der Vollmachtgeber sei im Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht nicht geschäftsfähig gewesen, denn der Notar muss eine Beurkundung jedenfalls dann unterlassen, wenn er einen der Beteiligten für geschäftsunfähig hält, § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG; Zweifel sind jedenfalls in der Niederschrift festzustellen, § 11 Abs. 1 S. 2 BeurkG.²⁵⁷ Im Übrigen bleibt es auch bei einer wirksamen Bevollmächtigung, wenn die Unwirksamkeit der Vollmacht, also die Geschäftsunfähigkeit, nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann.²⁵⁸

Ist der Betreute im Zeitpunkt der Betreuerbestellung noch in der Lage, eine Vollmacht zu erteilen, so muss er vom Betreuungsgericht darauf hingewiesen werden (§ 278 Abs. 2 S. 2 FamFG); eine Betreuerbestellung hat dann zu unterbleiben.²⁵⁹ Im Übrigen muss der Bevollmächtigte aber auch willens und geeignet sein, die entsprechenden Angelegenheiten zu besorgen; ist er dies nicht, kann, trotz grundsätzlicher Verfügbarkeit eines zu Bevollmächtigenden, eine Betreuerbestellung erfolgen.²⁶⁰ Die Betreuerbestellung ist außerdem dann nicht subsidiär, wenn der Betroffene krankheits- oder behinderungsbedingt die Not-

²⁵² BT-Drucks. 11/4528, S. 121.

²⁵³ BT-Drucks. 11/4528, S. 59; Müller 1998, S. 140.

²⁵⁴ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1814 BGB Rn. 29; Müller 1998, S. 140; BT-Drucks. 11/4528, S. 122.

²⁵⁵ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1814 BGB Rn. 33; Schmidt und Böcker 1993, Rn. 19.

²⁵⁶ Siehe unten zu den Vor- und Nachteilen bei Mitwirkung eines Notars 3. Kapitel B. II.1.a)cc(2) und 3. Kapitel B.V.2.c)cc).

²⁵⁷ Siehe auch Schmidt und Böcker 1993, Rn. 20.

²⁵⁸ BGH NJW 2016, S. 1514 (1514f.); BGH NJW 2021, S. 63 (64); ebenso OLG München NJW-RR 2009, S. 1599 (1602); anders noch BayObLG, Beschl. v. 2.6.2004 – 3Z BR 65/04, BeckRS 2004, 7253; BayObLG, Beschl. v. 25.11.1993 – 3Z BR 190/93, BeckRS 1993, 522 Rn. 14; ebenso BayObLG DNotI-Report 2003, S. 198 (198f.); BGH NJW 2011, S. 925 (925): „Eine vom Betroffenen bereits früher erteilte (Vorsorge-)Vollmacht hindert [...] die Bestellung eines Betreuers nur, wenn gegen die Wirksamkeit der Vollmachterteilung keine Bedenken bestehen.“

²⁵⁹ Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1986 BGB Rn. 29; BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1814 BGB Rn. 14.

²⁶⁰ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1814 BGB Rn. 37; Müller 1998, S. 145.

wendigkeit der Bevollmächtigung nicht einsieht oder den Bevollmächtigten etwa aufgrund von Geschäftsunfähigkeit nicht hinreichend überwachen kann²⁶¹ bzw. die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts notwendig ist.²⁶² Auch wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, etwa aufgrund von Unredlichkeit, kann ein Betreuer zumindest als sog. Kontrollbetreuer bestellt werden, § 1820 Abs. 3 BGB.²⁶³

Zu guter Letzt ist eine Betreuung dann nicht erforderlich, wenn zwar Betreuungsbedürftigkeit und Betreuungsbedarf bestehen, aber dennoch durch die Bestellung eines Betreuers keinerlei Änderung der Situation des Betroffenen erzielt werden kann. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der erstrebte Erfolg nicht zu erreichen ist, weil der Betreuer seine Aufgaben nicht wirksam wahrnehmen kann und zum Wohl des Betroffenen nichts beitragen kann. Eine solche Situation kann gegeben sein, wenn der Betroffene jeden Kontakt mit dem Betreuer verweigert und der Betreuer hierdurch handlungsunfähig wird; der Betroffene ist dann mit anderen Worten „unbetreubar“.²⁶⁴ Allerdings darf eine solche Unbetreubarkeit nicht vorschnell angenommen werden: Insbesondere muss berücksichtigt werden, ob es dem Betreuer nicht noch gelingt, durch rechtliche Entscheidungen einen für den Betroffenen positiven Einfluss zu nehmen. Auch ist gegebenenfalls ein Betreuerwechsel vorzunehmen, um einem im Umgang mit schwierigen Persönlichkeiten erfahrenen Betreuer die Möglichkeit zu geben, eine Kontaktaufnahme zu erreichen.²⁶⁵

bb) Insbesondere: die Erforderlichkeit der Vermögenssorge

(1) Gefahr einer Vermögensschädigung

Insbesondere der Aufgabenkreis der Vermögenssorge ist zum Zwecke dieser Untersuchung näher zu beleuchten: Durch die Vermögenssorge soll, grob definiert, das Vermögen der Person gesichert und nach Möglichkeit vermehrt werden. Die betroffene Person soll ihr Vermögen behalten und möglichst lange ihren Unterhalt daraus bestreiten können.²⁶⁶ Im Bereich des Vermögens ist die Versuchung im familiären Umfeld einer mutmaßlich betreuungsbedürftigen Person aber besonders groß, eine Betreuung zu erreichen, um das Erbe möglichst umfangreich zu erhalten. Daher muss besonders sorgfältig geprüft werden, ob ein Betreuungsbedarf besteht, ob also die gegenwärtige²⁶⁷ Gefahr be-

²⁶¹ Zum Kontrollbetreuer noch unter 3. Kapitel B.I.3.b)ee)(2).

²⁶² BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1814 BGB Rn. 45. Zum Einwilligungsvorbehalt noch unten unter 3. Kapitel B.I.2.b).

²⁶³ BGH NJW 2014, S. 1733 (1735). Zum Kontrollbetreuer noch unten unter 3. Kapitel B.I.3.b)ee)(2).

²⁶⁴ BGH NJW 2019, S. 1153 (1154).

²⁶⁵ BGH NJW-RR 2017, S. 1474 (1475); BGH NJW 2019, S. 1153 (1154).

²⁶⁶ BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1815 BGB Rn. 72.

²⁶⁷ BGH NJW-RR 2015, S. 449 (450).

steht, dass der Betreute einen Vermögensschaden erleidet, sollte er seine Vermögensangelegenheiten weiter selbst erledigen.²⁶⁸

Ein Betreuungsgrund besteht, so der BGH, etwa dann, wenn Verschuldung oder „infolge krankheitsbedingt unangepasster wirtschaftlicher Dispositionen eine Gefährdung des elementaren Lebensbedarfs droht“.²⁶⁹ Die Rechtsprechung tendiert dabei dazu, in gewissen Grenzen eine vorausschauende Betrachtungsweise einzunehmen, um nicht ständig neu entscheiden zu müssen.²⁷⁰ Es müsse dabei noch kein aktueller Handlungsbedarf zu Gunsten des Vermögens des Betreuten vorliegen. Vielmehr genüge es, dass ein Handlungsbedarf jederzeit auftreten könne und für diesen Fall die begründete Besorgnis bestehe, dass ohne die Einrichtung einer Betreuung nicht das Notwendige veranlasst werde.²⁷¹

Das BayObLG hat sogar dann einen Betreuungsbedarf bejaht, als bei geordneten Vermögensverhältnissen über einen längeren Zeitraum hinweg keine besonderen Dispositionen anstanden. Denn dies bedeute nicht, dass in solchen Fällen das Vermögen „sich selbst überlassen bleiben“ dürfe und für eine Vermögensverwaltung kein Bedürfnis mehr bestehe.²⁷² Denn auch bei geregelten Vermögensverhältnissen bleibe die Aufgabe bestehen, darauf zu achten, dass die geordneten Verhältnisse aufrechterhalten blieben und bei Bedarf das Notwendige veranlasst werde.²⁷³ Aber auch dieser Entscheidung ist zu entnehmen, dass ein solcher Bedarf, das Notwendige zu veranlassen, jederzeit auftreten können muss. Das BayObLG bejahte diese Voraussetzung, da die Betroffene in einem Heim untergebracht war, ihr Ehemann unterhaltspflichtig war und dieser zudem das gemeinsame Haus bewohnte: Ein jederzeitiges Auftreten eines solchen Bedarfes liege daher sehr nahe.²⁷⁴

Die Grenze zwischen fehlender und vorhandener Erforderlichkeit ist dabei aber alles andere als deutlich. So soll bloße „Zweckdienlichkeit“ einer Betreuung in Vermögensangelegenheiten nicht genügen, um einen Betreuungsbedarf zu begründen.²⁷⁵ Beispielsweise wurde die Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung dann abgelehnt, als die Betreuung mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge nur deswegen erfolgen sollte, „um Handlungsfähigkeit in kritischen Situationen zu sichern“, weil die Erkrankung nach wie vor Anlaß zur Sorge gebe,

²⁶⁸ BGH NJW-RR 2015, S. 449 (450); BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1815 BGB Rn. 72.

²⁶⁹ BGH, NJW-RR 2015, S. 449 (450); OLG Hamm, Beschl. v. 30.8.1994 – 15 W 237/94, BeckRS 1994, 10250 Rn. 22: wenn ein erheblicher Schaden drohe.

²⁷⁰ Siehe auch BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1814 BGB Rn. 134; MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1814 BGB Rn. 61; kritisch Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1896 BGB a.F. Rn. 121 f.

²⁷¹ BGH NJW-RR 2015, S. 449 (450); BGH NJW 2019, S. 1153 (1154); BGH NJW-RR 2017, S. 1474 (1475).

²⁷² BayObLG, Beschl. v. 22.9.1994 – 3 Z BR 175/94, BeckRS 1994, 30922546.

²⁷³ BayObLG, Beschl. v. 22.9.1994 – 3 Z BR 175/94, BeckRS 1994, 30922546.

²⁷⁴ BayObLG, Beschl. v. 22.9.1994 – 3 Z BR 175/94, BeckRS 1994, 30922546.

²⁷⁵ BGH, Beschl. v. 30.5.2012 – XII ZB 59/12, BeckRS 2012, 15172 Rn. 10; BGH NJW-RR 2015, S. 449 (450).

daß in schwierigen Situationen die Handlungsfähigkeit des Betroffenen überfordert sei“.²⁷⁶ Voraussetzung einer Betreuung sei stets, dass ein aktuelles Betreuungsbedürfnis, d. h. Handlungsbedarf bestehe; eine Bestellung „auf Vorrat“ bei ungewissem Gefahren Eintritt erfolge nicht.²⁷⁷

Die Entscheidung, ob ein Betreuungsbedarf besteht, weil eine Vermögensschädigung droht, ist also einerseits notwendigerweise zukunftsgerichtet und damit mit einer gewissen Unsicherheit verbunden, andererseits soll aber auch gleichzeitig ein aktuelles Betreuungsbedürfnis und damit eine hinreichend konkrete Gefahrenlage vorliegen müssen. Dieser Drahtseilakt, den die Gerichte vollführen müssen, hat in der Literatur zur nicht unberechtigten Feststellung veranlasst, dass ein Betreuungsgrund damit wohl stets erst dann sicher vorliegt, wenn der potentielle Verschwender bereits zumindest einmal verschwendet hat.²⁷⁸ Die Betreuung als Schutzinstrument greift damit erst dann sicher ein, wenn der Betroffene sich schon mindestens einmal geschädigt hat.

(2) Erforderlichkeit bei Geschäftsunfähigkeit

Wenn nun die Betreuung stets voraussetzt, dass ihre Anordnung erforderlich ist, so stellt sich auch die Frage nach dem Verhältnis des Betreuungsrechts zu § 104 Nr. 2 BGB. Nun ist zwar, wie gesehen, Geschäftsunfähigkeit nicht Voraussetzung für die Bestellung eines Betreuers. Andersherum könnte nun Geschäftsunfähigkeit die Erforderlichkeit aber gerade beseitigen, jedenfalls dann, wenn der Betreuungsbedarf allein zum Schutz vor Selbstschädigung resultieren soll: Denn nimmt man den Erforderlichkeitsgrundsatz ernst, bedarf es dann keiner Betreuerbestellung, wenn die „unliebsamen“ Geschäfte ohnehin nichtig sind. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass möglicherweise eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 104 Nr. 2 BGB in Betracht gezogen werden soll, sodass sich § 104 Nr. 2 BGB und §§ 1814 ff. BGB noch weitreichender überschneiden könnten, als dies aktuell der Fall ist, bedarf die Frage nach dem Verhältnis von Geschäftsunfähigkeit und Erforderlichkeit einer Betreuung einer Klärung.

In diesem Zusammenhang sind zwei Fälle zu nennen, in denen sich genau diese Frage nach dem Verhältnis beider Institute zueinander dem Grunde nach hätte stellen müssen, in denen sich die Gerichte aber zu dieser Frage nicht geäußert hatten: Im ersten Fall litt die vermögenslose Betroffene unter einer

²⁷⁶ OLG Köln NJWE-FER 1999, S. 324 (325); siehe auch OLG Hamm, Beschl. v. 30.8.1994 – 15 W 237/94, BeckRS 1994, 10250 Rn. 22: Es müsse die Gefahr einer Schädigung drohen. Die pauschale Begründung, der Betroffene sei aufgrund seiner geistigen Erkrankung zur Besorgung vieler Angelegenheiten des täglichen Lebens nicht in der Lage, reiche nicht aus.

²⁷⁷ OLG Köln NJWE-FER 1999, S. 324 (325 und Tenor).

²⁷⁸ BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1814 BGB Rn. 133.

paranoiden Schizophrenie, die dazu führte, dass sie wahnbedingt verschiedene Wohnungswechsel vornahm, sodass sie bereits erheblich verschuldet war. Aufgrund der Befürchtung, dass die Betroffene Verträge (über Immobilien, Mietverträge, Verträge mit Detekteien etc.) abschließen und sich damit weiter verschulden würde, wurde eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis „Vermögenssorge“ angeordnet.²⁷⁹

Die Tatsache, dass sich die Betroffene aufgrund ihrer Vermögenslosigkeit gar nicht selbst schädigen konnte, da sie nur Schulden anhäufte, die sie jedoch nicht begleichen konnte, sollte dem Betreuungsbedarf dabei nicht entgegenstehen; vielmehr, so das Gericht, stelle es bereits per se einen Nachteil dar, mit weiteren Schulden belastet zu werden.²⁸⁰ Die Betreuerbestellung für den Bereich der Vermögenssorge sei im Übrigen auch deshalb erforderlich, weil neben der Gefahr weiterer wahnbedingter Verschuldung zudem die Gefahr bestehe, dass die Betroffene, motiviert durch ihre Wahnvorstellungen, ihr Grundstück veräußere: Dieses stehe zwar noch ihrer Tochter zu, es sei jedoch nicht auszuschließen, dass die Betroffene es von ihrer Tochter zurückfordere, um es dann zu veräußern.²⁸¹ Auch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts sei in diesem Fall nicht zu beanstanden: Dieser verhindere ein Absinken der Betroffenen in das soziale Abseits.²⁸² Insgesamt sei die Betroffene bezüglich des Aufgabenkreises der Vermögenssorge nicht in der Lage, ihren Willen frei und unbeeinflusst von ihrer Krankheit zu bilden und der zutreffend gewonnenen Einsicht entsprechend zu handeln.²⁸³

Nach dem geschilderten Sachverhalt dürfte außer Frage stehen oder jedenfalls naheliegen, dass die Betroffene aufgrund ihrer Wahnvorstellungen i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB (mindestens partiell) geschäftsunfähig war, sodass aufgrund der Nichtigkeit all der Geschäfte der Betroffenen nach § 105 Abs. 1 BGB die Notwendigkeit sowohl der Betreuerbestellung als auch die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts in Frage steht.

Dasselbe gilt für den Fall, in dem das Gericht sogar selbst ausdrücklich von einer partiellen Geschäftsunfähigkeit der zu Betreuenden ausging, die sich daraus ergab, dass sie dem Einfluss ihres Ehemannes wehrlos ausgesetzt war. Da die zu Betreuende in Erwartung einer größeren Erbschaft stand, sah es das Gericht als notwendig an, eine Betreuung inklusive Einwilligungsvorbehalt anzuordnen, um das zu erwartete Vermögen vor vom Ehemann beeinflussten Verfügungen zu schützen.²⁸⁴

²⁷⁹ BayObLG, Beschl. v. 4.2.1997 – 3 Z BR 8/97, BeckRS 1997, 9589 Rn. 14.

²⁸⁰ BayObLG, Beschl. v. 4.2.1997 – 3 Z BR 8/97, BeckRS 1997, 9589 Rn. 15.

²⁸¹ BayObLG, Beschl. v. 4.2.1997 – 3 Z BR 8/97, BeckRS 1997, 9589 Rn. 6.

²⁸² BayObLG, Beschl. v. 4.2.1997 – 3 Z BR 8/97, BeckRS 1997, 9589 Rn. 16.

²⁸³ BayObLG, Beschl. v. 4.2.1997 – 3 Z BR 8/97, BeckRS 1997, 9589 Rn. 12.

²⁸⁴ BayObLG, Beschl. v. 17.3.1994 – 3 Z BR 16/94, BeckRS 1994, 7852.

Im Ergebnis ist das Schweigen der Gerichte zum Verhältnis von Geschäftsunfähigkeit und Betreuung aber nicht zu beanstanden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass mit der Betreuerbestellung keine konstitutive Feststellung der Geschäftsunfähigkeit einhergeht, sodass eine Stellungnahme der Betreuungsgerichte zur Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nicht möglich bzw. schlicht sinnlos ist.²⁸⁵ Denn etwaige Feststellungen des Betreuungsgerichts binden ein Prozessgericht, das später mit einem Verfahren zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften des Betreuten befasst ist, nicht. Es wird also eigene Untersuchungen und Überlegungen zur Geschäftsfähigkeit anstellen. Solange die Gefahr besteht, dass das Prozessgericht die Einschätzung des Betreuungsgerichts zur Geschäftsunfähigkeit nicht teilt und daher Geschäfte des Betroffenen drohen, wirksam zu sein, kann die Erforderlichkeit nicht verneint werden. Und diese Gefahr besteht stets: Dies ergibt sich schon aus der unklaren Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB und daher aus den fließenden Übergängen zwischen Geschäftsunfähigkeit und Geschäftsfähigkeit.²⁸⁶ Eine abweichende Beurteilung des Prozessgerichts ist zudem auch deshalb nicht auszuschließen, weil der Zustand der Geschäftsunfähigkeit im Zeitpunkt der Betreuerbestellung nichts darüber aussagt, ob auch in Zukunft stets Geschäftsunfähigkeit vorliegen wird oder ob nicht eine Besserung des gesundheitlichen Zustands eintreten wird.

Die Erforderlichkeit könne, so Stimmen in der Literatur, folglich allenfalls dann entfallen, wenn die Geschäftsunfähigkeit so offen zu Tage trete, dass der Rechtsverkehr Willenserklärungen des Betroffenen ohnehin nicht akzeptieren würde, bzw., falls doch, auch ein Prozessgericht keine Zweifel an der Geschäftsunfähigkeit haben könne.²⁸⁷ Dann könne auch eine bloß theoretische Besserung des Gesundheitszustands die Erforderlichkeit nicht begründen.²⁸⁸ Hiervon sollte allerdings nur in Extremfällen ausgegangen werden.

²⁸⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.5.1993 – 3 Wx 500/92, BeckRS 1993, 3833 Rn.11 mit Verweis auf BT-Drucks. 11/4528, S.60. Kein Entzug der Geschäftsunfähigkeit mehr durch Entmündigung seit 1. Januar 1992 durch das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12.9.1990, BGBl. I 1990, S.2002.

²⁸⁶ So weist *Holzhauser* darauf hin, dass Sachverständigengutachten hinsichtlich der Frage zu Geschäfts- oder Testierfähigkeit immer wieder voneinander abwichen, ebenso Entscheidungen in derselben Sache von verschiedenen Gerichten desselben Instanzenzugs, siehe *Holzhauser* FamRZ 1995, S. 1463 (1465).

²⁸⁷ Siehe so auch zur Erforderlichkeit des Einwilligungsvorbehalts: *Müller* 1998, S.196; BT-Drucks. 11/4528, S.137; Erman BGB/Band 3-*Roth* 2023, § 1825 BGB Rn.13. Interessanterweise bleibt dieser Umstand für die Erforderlichkeit der dem Einwilligungsvorbehalt vorgeschalteten Betreuerbestellung unerwähnt.

²⁸⁸ Siehe aber zum Recht des Betreuungsgerichts zu vorausschauendem Handeln oben bei Fn. 270.

2. Folgen einer Betreuerbestellung im Einzelnen

a) Grundsatz der Doppelkompetenz und Ausnahmen

Wird ein Betreuer für einen Geschäftsfähigen bestellt, können sowohl der Betreute selbst als auch der Betreuer für den Betreuten aufgrund seiner sich aus § 1823 BGB ergebenden Vertretungsmacht rechtsgeschäftlich tätig werden. Man spricht von sog. „Doppelkompetenz“.²⁸⁹

Allerdings gibt es Bereiche, auf die sich die Vertretungsmacht von vornherein nicht erstreckt, was die Schutzwirkung des Betreuungsrechts erheblich schmälert. Dies sind insbesondere die in § 1825 Abs. 2 BGB genannten Bereiche, auf die sich nicht nur ein Einwilligungsvorbehalt nicht beziehen kann, sondern auch schon nicht die gesetzliche Vertretungsmacht.²⁹⁰ Hierzu gehören etwa die Eheschließung, Verfügungen von Todes wegen, die Aufhebung, der Rücktritt und die Anfechtung von Erbverträgen sowie Willenserklärungen, für die beschränkt Geschäftsfähige nach den Vorschriften der Bücher 4 und 5 nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen.²⁹¹ Diese Geschäfte kann der geschäftsfähige Betreute allein tätigen und der geschäftsunfähige wegen §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB gar nicht.²⁹²

Im Übrigen nennt § 1824 Abs. 1 BGB weitere Bereiche, in denen der Betreuer den Betreuten zu dessen Schutz nicht vertreten kann: Hierzu gehören Rechtsgeschäfte zwischen dem Betreuten einerseits und dem Ehegatten des Betreuers oder einem seiner Verwandten in gerader Linie andererseits, es sei denn, das Geschäft besteht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit (Abs. 1 Nr. 1). Nicht vertretungsberechtigt ist der Betreuer auch bei einem Rechtsgeschäft, das die Übertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek, Schiffshypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Betreuten gegen den Betreuer oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit zum Gegenstand hat oder die Verpflichtung des Betreuten zu einer solchen Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründet (Abs. 1 Nr. 2). Auch in einem Rechtsstreit zwischen den in Nr. 1 bezeichneten Personen sowie bei einem Rechtsstreit über eine Angelegenheit der Nr. 2 kann der Betreuer den Betreuten nicht vertreten (Abs. 1 Nr. 3). Auch § 181 BGB ist anwendbar, § 1824 Abs. 2 BGB. Hieraus ergibt sich ein Verbot des Selbstkontrahierens, mit den anerkannten Ausnahmen, etwa, wenn es sich um Erklärungen handelt, die für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft sind oder wenn der Betreuer nur in Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt.²⁹³

²⁸⁹ Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1823 BGB Rn. 3.

²⁹⁰ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 26.

²⁹¹ Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1823 BGB Rn. 4f., mit weiteren Beispielen Rn. 5.

²⁹² Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1823 BGB Rn. 5.

²⁹³ BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1824 BGB Rn. 24ff.

Nach altem Betreuungsrecht konnte der Betreuer in Vertretung des Betreuten zudem keine Schenkungen vornehmen, § 1908i Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 1804 S. 1 BGB a. F.²⁹⁴ Dieses allgemeine Schenkungsverbot wurde im neuen Betreuungsrecht nun jedoch aufgehoben, aber immerhin um einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt ergänzt, § 1854 Nr. 8 BGB. Diese Genehmigungspflicht besteht aber wiederum ausweislich des § 1854 Nr. 8 BGB nicht, wenn die Schenkung nach den Lebensverhältnissen des Betreuten angemessen oder als Gelegenheitsgeschenk üblich ist. Im Übrigen muss die Schenkung laut Gesetzesbegründung stets dem Wunsch oder dem mutmaßlichen Willen entsprechen, was sich aus § 1821 Abs. 2 BGB ergibt:²⁹⁵ Denn hiernach hat der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, dass dieser im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Leben nach seinen Wünschen gestalten kann. Der Betreuer muss die Wünsche des Betreuten feststellen und umsetzen, es sei denn, der Betreute gefährdete seine Person oder sein Vermögen erheblich und kann dies aufgrund seiner Erkrankung oder Behinderung nicht einsehen oder die Wunschbefolgung ist dem Betreuer zumindest nicht zuzumuten, § 1821 Abs. 3 BGB.

Damit kann der Betreute im Ergebnis auch wirtschaftlich unvernünftige Entscheidungen treffen, sofern hierdurch nicht seine gesamte Lebens- und Vermögenssituation erheblich verschlechtert wird.²⁹⁶ Dies bezieht auch Schenkungen mit ein, die der Betreuer für den Betreuten umsetzt. Immerhin aber gewährleistet das gerichtliche Genehmigungserfordernis die Überprüfung, ob die vom Betreuer vorgenommene Schenkung, gerade wenn sie wirtschaftlich unvernünftig ist, dem Wunsch bzw. dem Willen des Betreuten wirklich entspricht. Denn aufgrund der Trennung von Innen- und Außenverhältnis könnte der Betreuer sonst ungesehen auch solche Schenkungen vornehmen, die der Betreute so gar nicht will.

Ein gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt ist im Übrigen für eine Reihe von Geschäften vorgesehen, §§ 1848 ff. BGB. Umstritten ist dabei, ob die Notwendigkeit einer solchen Genehmigung umgangen werden kann, indem der geschäftsfähige Betreute dem Betreuer innerhalb der diesem übertragenen Aufgabenkreise einfach eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilt. Dann wäre der Betreuer nicht gesetzlicher, sondern gewillkürter Vertreter, der nicht an die Beschränkungen der gesetzlichen Vertretungsmacht gebunden wäre. Hierfür spricht, dass der geschäftsfähige Betreute auch nicht daran gehindert wäre, einen beliebigen Dritten zu bevollmächtigen bzw. die fraglichen Geschäfte oder Handlungen gar selbst vorzunehmen. Auch dann gäbe es keine gerichtliche Kontrolle.²⁹⁷ Dagegen spricht jedoch, dass der Betreuer gerade kein beliebiger

²⁹⁴ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2020, § 1908i BGB a. F. Rn. 44.

²⁹⁵ BT-Drucks. 19/24445, S. 290.

²⁹⁶ BT-Drucks. 19/24445, S. 290.

²⁹⁷ So Müller 1998, S. 60, im Ergebnis aber anders.

Dritter ist, sondern ein vom Staat bestellter Vertreter, der möglicherweise auch aus staatlichen Mitteln bezahlt wird, sodass bereits aus diesem Grund stets eine gerichtliche Kontrolle seines Tuns erfolgen sollte.²⁹⁸

b) Der Einwilligungsvorbehalt

aa) Überblick

Durch § 1825 Abs. 1 BGB wird ermöglicht, soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist, einen Einwilligungsvorbehalt anzuordnen, sodass der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenbereich des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, die Teilnahme eines Geschäftsfähigen am Rechtsverkehr zu beschränken.²⁹⁹ Indem der Betreute so vor Vermögensverlust oder Verschuldung bewahrt werden soll, ist der Einwilligungsvorbehalt folglich ein Instrument des Schutzes vor sich selbst.³⁰⁰ Ein Einwilligungsvorbehalt kann dabei nicht nur für die Abgabe von Willenserklärungen angeordnet werden, sondern auch für den Empfang.³⁰¹

Durch den Einwilligungsvorbehalt entspricht die Handlungsfähigkeit des Betreuten gewissermaßen der eines beschränkt Geschäftsfähigen: Es sind folglich, soweit der Einwilligungsvorbehalt reicht, die §§ 108–113, 131 Abs. 2 und § 210 BGB entsprechend anzuwenden, § 1825 Abs. 1 S. 3 BGB.³⁰² Grundsätzlich kann der Betreute aber ohne Zustimmung weiterhin solche Rechtsgeschäfte tätigen, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind bzw. die als alltäglich anzusehen sind, § 1825 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB. Für bestimmte Geschäfte scheidet die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts im Übrigen wiederum von vornherein aus: Diese sind in § 1825 Abs. 2 BGB aufgezählt.³⁰³

Im Übrigen muss sich die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, ebenso wie die Betreuung selbst, stets auf bestimmte, konkret umzeichnete Angelegenheiten beziehen, nämlich genau die, für die der Einwilligungsvorbehalt erforderlich ist.³⁰⁴ Dabei sind gegenständliche Beschränkungen des Einwilligungsvorbehalts unbedenklich, selbst wenn deren Reichweite im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden muss.³⁰⁵ Der Einwilligungsvorbehalt kann auch auf einen einzelnen Vermögensgegenstand oder eine bestimmte Art von Ge-

²⁹⁸ Müller 1998, S. 162.

²⁹⁹ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 1.

³⁰⁰ Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 2.

³⁰¹ Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 4.

³⁰² MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 6; Lipp FamRZ 2003, S. 271 (272).

³⁰³ Siehe bereits oben zu den Bereichen, auf die sich die Vertretungsmacht des Betreuers nicht erstreckt, bei Fn. 290.

³⁰⁴ BayObLG NJW-RR 2003, S. 871 (871).

³⁰⁵ BayObLG, Beschl. v. 2.3.1995 – 3 Z BR 309/94, BeckRS 1995, 30922300.

schäften beschränkt werden.³⁰⁶ Es ist ebenso zulässig, den Einwilligungsvorbehalt nach der finanziellen Höhe der eingegangenen Geschäfte zu bestimmen: Interessen des Rechtsverkehrs stünden der Einschränkung, so die Rechtsprechung, nicht entgegen, denn dieser kenne die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts in der Regel ohnehin nicht. Nur bei Rechtsgeschäften von größerer Bedeutung werde sich der Geschäftspartner um gesetzliche Beschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit kümmern. Zwar könne im Einzelfall der konkrete Umfang einer Verpflichtung schwer feststellbar sein (etwa bei einem Auftrag für Regiearbeiten); diese Frage lasse sich aber in der Regel dennoch leichter klären als eine eventuelle Geschäftsunfähigkeit.³⁰⁷

Das Betreuungsgericht hat im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht festzustellen, ob die Voraussetzungen eines Einwilligungsvorbehalts vorliegen. Dabei ist für den Umfang der Ermittlung auch bestimmend, dass es sich bei dem Einwilligungsvorbehalt um einen gravierenden Eingriff in die Grundrechte des Betreuten handelt, der sich ohne weitere Feststellungen nicht rechtfertigen lässt.³⁰⁸ Denn da ein Einwilligungsvorbehalt die Teilnahme eines gegebenenfalls geschäftsfähigen Menschen am Rechtsverkehr erheblich beschränkt, handelt es sich um einen gegenüber der bloßen Betreuerbestellung vertieften Eingriff in das Persönlichkeitsrecht³⁰⁹ bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit.³¹⁰

bb) Die Voraussetzungen im Einzelnen

(1) Akzessorietät

Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts kommt nur in Betracht, wenn bereits ein Betreuer für die Angelegenheiten, für die ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden soll, bestellt wurde. Der Einwilligungsvorbehalt ist insofern akzessorisch und kann entweder für alle Angelegenheiten, für die ein Betreuer bestellt wurde, angeordnet werden oder nur für einen gewissen Teil hiervon.³¹¹ Es kann aber im Übrigen auch eine Betreuerbestellung gerade mit dem Ziel erfolgen, einen Einwilligungsvorbehalt anzuordnen. So steht auch eine bereits erfolgte Bevollmächtigung einer Betreuerbestellung inklusive Einwilligungsvorbehalt nicht im Wege, trotz grundsätzlicher Subsidiarität der Betreuerbestellung gegenüber der Bevollmächtigung, wenn der Einwilligungsvorbehalt notwendig ist, um das Vermögen oder die Gesundheit des Betroffenen zu schützen.³¹² Denn bei einer Bevollmächtigung bleibt es stets bei der Doppelzu-

³⁰⁶ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1825 BGB Rn. 10.

³⁰⁷ BayObLGZ 1993, S. 346 (347) zum Einwilligungsvorbehalt bei Geschäften ab 500 DM.

³⁰⁸ BGH NJW-RR 2017, S. 1345 (1346).

³⁰⁹ Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 6.

³¹⁰ Huber/Voßkuhle-Eichberger 2024, Art. 2 GG Rn. 95.

³¹¹ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1825 BGB Rn. 3.

³¹² BGH NJW-RR 2011, S. 1507 (1508); von dieser Möglichkeit ausgehend auch BGH NJW-RR 2017, S. 1345 (1346).

ständigkeit von Bevollmächtigtem und Betroffenen, ein Einwilligungsvorbehalt ist im Vollmachtswesen nicht vorgesehen.

(2) Erforderlichkeit und Geschäftsunfähigkeit

(a) Geschäftsunfähigkeit nicht als Voraussetzung

Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts muss nach § 1825 Abs. 1 S. 1 BGB „zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich“ sein. Dies bedeute, so eine viel zitierte Entscheidung des BayObLG, dass der Betroffene nicht in der Lage sein dürfe, aufgrund einer psychischen Erkrankung seinen Willen frei zu bestimmen. Das Gesetz sage dies zwar nicht ausdrücklich, diese Voraussetzung ergebe sich aber aus einer verfassungskonformen Auslegung. Der Staat habe nicht das Recht, seine erwachsenen und zu freier Willensbestimmung befähigten Bürger zu erziehen, zu „bessern“ oder zu hindern, sich selbst zu schädigen.³¹³ Diese Aussage darf aber nicht missverstanden werden: Der Einwilligungsvorbehalt setzt keinesfalls voraus, dass eine Person in Bezug auf die vom Einwilligungsvorbehalt betroffene Angelegenheit unfähig sein müsse, ihren Willen i. S. d. § 104 Nr. 2 BGB frei zu bestimmen; Geschäftsunfähigkeit ist keine Eingangsvoraussetzung des Einwilligungsvorbehalts. Vielmehr ist damit nur gemeint, dass eine Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts von Amts wegen, so wie auch die Bestellung eines Betreuers von Amts wegen, negativ voraussetzt, dass der freie Wille des Betroffenen der Anordnung nicht entgegenstehen darf, § 1814 Abs. 2 BGB und § 1825 Abs. 1 S. 2 BGB.³¹⁴ Ob ein freier Wille vorliegt oder nicht, ist folglich für die Prüfung der Erforderlichkeit irrelevant und spielt erst dann eine Rolle, wenn der Betroffene sich gegen Betreuung bzw. Einwilligungsvorbehalt wendet und sein entgegenstehender Wille übergangen werden soll. Auf die Problematik, wie der freie Wille in Bezug auf die Anordnung von Betreuung und Einwilligungsvor-

³¹³ BayObLGZ 1993, S. 63 (63); BayObLGZ 1993, S. 346 (347); BayObLG, Beschl. v. 22.5.1996 – 3 Z BR 58/96, BeckRS 1996, 30922033.

³¹⁴ So ausdrücklich die Rechtsprechung selbst, die diese Präzisierung an mancher Stelle vornimmt: siehe etwa BayObLGZ 1994, S. 209 (211); siehe auch BGH NJW-RR 2017, S. 964 (965): Der BGH setzt sich mit der Frage nach der freien Willensbestimmung in Bezug auf die Fähigkeit, die Notwendigkeit eines Einwilligungsvorbehalts einzusehen, auseinander. Dabei bezieht er sich im Übrigen gerade auf die in Fn. 313 genannte Rechtsprechung, also insbesondere auf BayObLGZ 1993, S. 63 (63)). Dafür, dass eben auch in diesen Urteilen, wenn auch nicht ausdrücklich so präzisiert, die Unfähigkeit der Willensbildung in Bezug auf die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts geprüft wurde, spricht auch, dass in diesen Fällen eben stets ein entgegenstehender Wille der Betroffenen vorlag, denn schließlich gingen diese jeweils gegen die Einwilligungsvorbehalte vor. Den entgegenstehenden Willen des Betroffenen (bei Betreuerbestellung) aus der Einlegung von Rechtsmitteln schließend auch: BGH NJW-RR 2018, S. 642 (642).

behalt von Amts wegen sodann zu bestimmen ist, auch im Verhältnis zum in § 104 Nr. 2 BGB angesprochenen freien Willen, wird noch einzugehen sein.³¹⁵

Jedenfalls kann Geschäftsunfähigkeit im Bereich der Angelegenheiten des Betreuers schon deswegen nicht Voraussetzung für einen Einwilligungsvorbehalt sein, weil zum einen das Betreuungsrecht gerade auch die Personen erfassen soll, die zwar die Schwelle zur Geschäftsunfähigkeit noch nicht überschritten haben, aber ihrer selbstbestimmten Handlungsfähigkeit trotzdem in erheblichem Maße beraubt sind.³¹⁶ Zum anderen ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen schon nach § 105 Abs. 1 BGB nichtig bzw. eine ihm zugehende Willenserklärung nach § 131 Abs. 1 BGB nicht wirksam, sodass eine Gefährdung, vor der ein Einwilligungsvorbehalt schützen soll, dem Grunde nach schon gar nicht auftreten könnte.³¹⁷ Auch wären die Verweise in § 1825 Abs. 1 S. 3 BGB auf die Vorschriften beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger sinnwidrig, da insbesondere der Geschäftsunfähige durch einen Einwilligungsvorbehalt auch nicht zum beschränkt Geschäftsfähigen „upgegradet“ wird: Die Vorschriften zum Einwilligungsvorbehalt sowie diejenigen, auf die sie verweisen – wie die §§ 108 ff. BGB – sind nicht *lex specialis* zu § 105 Abs. 1 BGB.³¹⁸ Dies ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte des Betreuungsrechts selbst, da sich ein entsprechender Gesetzesvorschlag, wonach auch Geschäftsunfähige mithilfe eines Einwilligungsvorbehalts die Teilnahme am Rechtsverkehr eröffnet werden sollte, nicht durchsetzen konnte.³¹⁹ Zudem wird auch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt, dass auf eine Regelung, wonach ein Einwilligungsvorbehalt einem Geschäftsunfähigen ermöglichen würde, selbst rechtsgeschäftlich tätig zu werden, bewusst verzichtet wird. Dies sei auch nicht notwendig, da die (ins Leere gehende) Zustimmung des Betreuers regelmäßig in eine Eigenvornahme umgedeutet (§ 140 BGB) werden könne.³²⁰

Ob sich mittels Umdeutung die Wirksamkeit vom Geschäftsunfähigen vorgenommener Geschäfte so problemlos retten lässt, wie es dem Gesetzgeber vorschwebte, ist zwar fraglich.³²¹ Denn es ist schon unklar, ob die Zustimmung des Betreuers, die in eine Eigenvornahme umgedeutet werden soll, tatsächlich nichtig ist, wie es § 140 BGB voraussetzt: Ins Leere geht sie sicherlich, nichtig ist sie

³¹⁵ Siehe unten ab Fn. 465. Dabei wird sich die vergleichbare Frage stellen, ob eine Zwangsbetreuung bzw. eine zwangsweise Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nur bei Geschäftsunfähigen in Betracht kommt, weil möglicherweise nur diesen der in § 1814 Abs. 2 BGB bzw. § 1825 Abs. 1 S. 2 BGB genannte freie Wille fehlt.

³¹⁶ Vgl. *Schwab* FamRZ 1992, S. 493 (494).

³¹⁷ *Schwab* FamRZ 1992, S. 493 (505).

³¹⁸ *Müller* 1998, S. 197.

³¹⁹ *Schwab* FamRZ 1992, S. 493 (505); *Müller* 1998, S. 79; dagegen auch *Lipp* FamRZ 2003, S. 721 (723).

³²⁰ BT-Drucks. 11/4528, S. 137.

³²¹ Siehe die ausführliche Analyse bei *Müller* 1998, S. 80 ff.; kritisch auch *Lipp* FamRZ 2003, S. 721 (723).

deswegen nicht zwingend.³²² Des Weiteren entfaltet eine Umdeutung auch dort keine Wirksamkeit, wo die Zustimmung nicht in der für das Rechtsgeschäft erforderlichen Form erklärt wurde: Denn für das Ersatzgeschäft fehlende Tatbestandsmerkmale dürfen nicht fingiert werden.³²³ Außerdem ist eine Umdeutung auch dann nicht möglich, wenn die Zustimmung dem Geschäftspartner nicht zugegangen ist; ein Zugang dürfte jedenfalls bei nachträglich erklärter Zustimmung selten stattfinden.³²⁴ Trotz dieser Schwächen ist die Umdeutung aber die Lösung, die das BGB vorgibt.

Entsprechend ist auch dem Vorschlag entgegenzutreten, die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB müssten teleologisch reduziert werden, wenn der Betreuer seine Zustimmung zu einem an sich nichtigen Rechtsgeschäft erteilt habe, denn dann gebe es für einen weitergehenden Schutz des Betreuten durch die §§ 104 Nr. 2, 105 BGB keine Notwendigkeit mehr. Es würden die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB dann auch nicht durch den Einwilligungsvorbehalt selbst verdrängt, sondern durch die Zustimmung, denn eine solche Zustimmung komme stets in Betracht, auch ohne vorher angeordneten Einwilligungsvorbehalt.³²⁵ Das BGB liefert aber keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, die Zustimmung eines Vertreters könnte Willenserklärungen von Geschäftsunfähigen zu Wirksamkeit verhelfen. Hätte der Gesetzgeber die Heilung der Nichtigkeit durch Zustimmung des Vertreters speziell im Bereich der Geschäftsunfähigkeit vorsehen wollen, hätte er dies angeordnet, wie er es auch im Minderjährigenrecht getan hat. Es hilft dabei auch der Verweis auf §§ 51 Abs. 1, 52 ZPO nicht, wonach der Vertreter durch Genehmigung noch die Zulässigkeit einer von einem Geschäftsunfähigen im Alleingang geführten Klage erreichen kann, indem er nun selbst in den Prozess eintritt und die bisherige Prozessführung genehmigt.³²⁶ Denn anders als das BGB ordnet die ZPO zum einen bei mangelnder Vertretung keine Nichtigkeit der Verfahrenshandlungen an; eine dem § 105 Abs. 1 BGB vergleichbare Vorschrift gibt es in der ZPO nicht. Auch Urteile, die trotz Beteiligung eines Geschäftsunfähigen im Prozess ergangen sind, sind nicht automatisch nichtig, sondern können „nur“ im Wege der Revision (§ 547 Nr. 4 ZPO) bzw. der Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 4 ZPO) angegriffen werden. Zum anderen hätte der Gesetzgeber eine vergleichbare Vorschrift ins BGB aufgenommen, wenn er dies gewollt hätte.

³²² So aber *Jurgeleit* Rpfleger 1995, S. 282 (284); kritisch auch *Müller* 1998, S. 81.

³²³ *Müller* 1998, S. 82 f. Der Umstand, dass eine Umdeutung in einem solchen Fall scheitert, ist nach der Gesetzesbegründung unbedenklich: Insbesondere dann, wenn das Formerfordernis eine Warn- und Hinweisfunktion erfülle, könnten sich die Warnungen und Hinweise sinnvollerweise nur an den Betreuer richten, siehe BT-Drucks. 11/4528, S. 138.

³²⁴ *Müller* 1998, S. 83 f.

³²⁵ *Lipp* FamRZ 2003, S. 721 (723 f.).

³²⁶ So aber *Lipp* FamRZ 2003, S. 721 (724); siehe zur Genehmigung von Prozesshandlungen etwa MüKo ZPO/Band 1-Lindacher und Hau 2020, §§ 51, 52 ZPO Rn. 42.

Im Ergebnis bleibt es also dabei: Im Fall von Geschäftsunfähigkeit ist eine abgegebene Willenserklärung nach § 105 Abs. 1 BGB ohne Genehmigungsmöglichkeiten nichtig, sodass Geschäftsunfähigkeit nicht Eingangsvoraussetzung des Einwilligungsvorbehalts sein kann. Dies bedeutet insbesondere, dass auch das Instrument des Einwilligungsvorbehalts daher als Schutzinstrument für die Personen der Fallgruppen 1–4 in Betracht kommt.

(b) Geschäftsunfähigkeit nicht als Hinderungsgrund

Die Tatsache, dass Geschäftsunfähigkeit nicht Voraussetzung für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts ist, insbesondere, weil Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen ohnehin nichtig sind, wirft sodann aber die Folgefrage auf, ob sich das Betreuungsgericht somit im Gegenzug stets positiv von der Geschäftsfähigkeit des Betreuten überzeugen muss, da es sonst Gefahr liefe, einen Einwilligungsvorbehalt ohne Erforderlichkeit anzuordnen.³²⁷ Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die Annahme des Betreuungsgerichts, es liege Geschäftsunfähigkeit vor, die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts hindert.³²⁸

Hierbei kann aber wiederum auf die parallele Diskussion zur Erforderlichkeit der Betreuerbestellung an sich verwiesen werden:³²⁹ Wie bereits in diesem Zusammenhang festgestellt, ergibt sich die Erforderlichkeit der Betreuerbestellung und damit auch der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts schon allein daraus, dass es dem Betreuungsgericht verwehrt ist, konstitutive Feststellungen zur Geschäfts(un)fähigkeit zu treffen. So besteht stets die Gefahr eines Vermögensschadens, weil nicht abzusehen ist, ob später ein Prozessgericht die Einschätzung, der Betroffene sei geschäftsunfähig gewesen, teilen wird oder ob es das getätigte Geschäft nicht doch für wirksam halten wird.³³⁰ Anders kann dies wiederum allenfalls dann sein, wenn die Geschäftsunfähigkeit des Betreuten so offensichtlich zu Tage tritt, dass niemand an der Geschäftsunfähigkeit ernsthafte Zweifel haben kann. Nur dann kann im Einzelfall die Erforderlich-

³²⁷ Die Erforderlichkeit daher bei Geschäftsunfähigkeit ablehnend *Zimmermann und Damrau* NJW 1991, S. 538 (540); *Zimmermann* FamRZ 1991, S. 270 (277); siehe auch Erman BGB/Band 3–*Roth* 2023, § 1825 BGB Rn. 3, 13, die Erforderlichkeit des Einwilligungsvorbehalts aber nur für eindeutig Geschäftsunfähige ablehnend.

³²⁸ Diese Frage ebenso aufwerfend, im Ergebnis aber verneinend MüKo BGB/Band 10–*Schneider* 2024, § 1825 BGB Rn. 20f.

³²⁹ Siehe oben unter 3. Kapitel B.I.1.b)bb)(2).

³³⁰ Aufgrund der Abweichungsmöglichkeit des Prozessgerichts einen Einwilligungsvorbehalt ebenso für erforderlich haltend: BayObLG, Beschluss vom 17.3.1994 – 3 Z BR 16/94, BeckRS 1994, 7852; ebenso *Klüsener und Rausch* NJW 1993, S. 617 (619f.); zur fehlenden Bindung des Prozessgerichts auch *Müller* 1998, S. 195. Im Ergebnis auch BayObLG, Beschl. v. 4.5.1995 – 3 Z BR 46/95, BeckRS 1995, 30922334, das zunächst feststellte, der Betroffene sei im Bereich des Einwilligungsvorbehalts geschäftsunfähig, und dann darauf hinwies, die Frage der Geschäftsfähigkeit oder -unfähigkeit sei für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht von unmittelbarer Bedeutung.

keit entfallen.³³¹ Diese extremen Ausnahmefälle dürfen aber nicht vorschnell angenommen werden; vielmehr sollte das Betreuungsgericht im Zweifel einen Einwilligungsvorbehalt anordnen dürfen, da eine Fehleinschätzung desselben bei der Gefahr einer Vermögensgefährdung zu Lasten des Betreuten ginge.

Gerade dann, wenn das Betreuungsgericht von Geschäftsunfähigkeit ausgeht, ist ein Einwilligungsvorbehalt im Übrigen besonders nützlich, denn Betreuer und Betreuter können so später wesentlich einfacher die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts herbeiführen als dies mit einer Berufung auf §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB gelänge: Denn der Betreuer bzw. der Betreute braucht sich dann nur auf die nicht erteilte Einwilligung zu berufen und muss nicht positiv eine etwaige Geschäftsunfähigkeit nachweisen.³³² Das Instrument des Einwilligungsvorbehalts gewährleistet damit nicht nur effektiveren Schutz als die nur punktuell eingreifenden §§ 104 Nr. 2, 105 BGB.³³³ So kann auch gewährleistet werden, dass sich der Betroffene nur einmal, und zwar im Rahmen der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, einer psychiatrischen Untersuchung unterziehen muss und nicht in jedem Einzelfall erneut.³³⁴ Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird durch dieses Vorgehen nicht verletzt, da der Betroffene, soweit er tatsächlich geschäftsunfähig ist, nicht über Gebühr in seinen Rechten beeinträchtigt wird.³³⁵

Der BGH betont hierbei aber, dass die Einrichtung eines Einwilligungsvorbehalts bei möglicher Geschäftsunfähigkeit zwar zulässig ist, allerdings nicht allein und ausschließlich aus dem Grund künftiger Beweiserleichterungen. Hinzutreten müssten vielmehr konkrete Anhaltspunkte für eine Vermögensgefährdung erheblicher Art i. S. v. § 1825 Abs. 1 S. 1 BGB.³³⁶

(3) Erforderlichkeit aufgrund einer „erheblichen Gefahr“

Ein Einwilligungsvorbehalt kann entsprechend nach § 1825 Abs. 1 S. 1 BGB nur angeordnet werden, wenn Schäden an persönlichen und wirtschaftlichen Gütern von gewichtigem Ausmaß drohen. Ein Einwilligungsvorbehalt kommt somit vor allem in Betracht bei einer Gefährdung des Lebens, der Gesundheit oder anderer wichtiger Persönlichkeitsgüter sowie bei einer Gefährdung des Vermögens, soweit es der Betreute für seinen weiteren Lebensunterhalt und die

³³¹ Müller 1998, S. 196; BT-Drucks. 11/4528, S. 137; Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 3, 13.

³³² BT-Drucks. 11/4528, S. 137; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.5.1993 – 3 Wx 500/92, BeckRS 1993, 3833 Rn. 11; MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 21; Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 3; BGH NJW 2014, S. 1733 (1735); Lipp FamRZ 2003, S. 721 (723).

³³³ Lipp FamRZ 2003, S. 721 (723).

³³⁴ Lipp FamRZ 2003, S. 721 (723).

³³⁵ BGH NJW 2014, S. 1733 (1735).

³³⁶ BGH NJW 2018, S. 1255 (1257).

Erfüllung seiner Verpflichtungen benötigt.³³⁷ Vermögensschäden, die im Verhältnis zum Gesamtvermögen des Betreuten gering sind, genügen nicht.³³⁸ Ausgangspunkt der Bewertung sind also die Vermögensverhältnisse und der Lebenszuschnitt der Person,³³⁹ sodass eine Person umso umfangreichere Verpflichtungen eingehen kann, je vermögender sie ist.³⁴⁰ Der Umstand, dass ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, ist für sich allein daher nicht ausreichend, da der Einwilligungsvorbehalt kein Mittel ist, um Äquivalenzstörungen zu korrigieren.³⁴¹ Erforderlich ist letztlich, dass der Betroffene Gefahr läuft, sich finanziell zu ruinieren.³⁴²

Eine erhebliche Gefahr droht auch bei der Gefahr größerer Verschuldung.³⁴³ Auch bei Unfähigkeit, sein eigenes Vermögen zu verwalten, kann folglich ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden, sofern der Betroffene aus dieser Unfähigkeit heraus Schulden anhäuft.³⁴⁴ Selbst bei einer vermögenslosen Person kommt ein Einwilligungsvorbehalt in Betracht, da schon allein die Belastung mit weiteren Schulden einen Vermögensnachteil darstellt.³⁴⁵

Ebenso solle es ausreichen, dass eine geistig behinderte Person droht, häufig von versierten Geschäftspartnern übervorteilt und daher in ihrer rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit beeinträchtigt zu werden.³⁴⁶ Dasselbe gelte, wenn eine an einer „erheblichen Minderbegabung“ leidende Person in einer ihre Geschäftsunfähigkeit begründenden Weise unter anderem Einflüssen Dritter kritiklos ausgesetzt ist und Einflüsterungen durch Bekannten nicht widerstehen könne. Schon dies begründe die erhebliche Gefährdung des Betroffenen.³⁴⁷ Dabei ist aber fraglich, ob die Gefahr bloßer Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit ohne Gefahr einer Vermögensgefährdung bereits die Voraussetzungen i. S. d. § 1825 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllen kann: Denn geschützt werden soll

³³⁷ MüKo BGB/Band 10-*Schneider* 2024, § 1825 BGB Rn. 12; auf die Gefährdung des eigenen Unterhalts abstellend auch BeckOGK-*Schmidt-Recla*, § 1825 BGB Rn. 29, 31.

³³⁸ Erman BGB/Band 3-*Roth* 2023, § 1825 BGB Rn. 9.

³³⁹ *Prinz von Sachsen Gessaphe* 1999, S. 460.

³⁴⁰ BeckOGK-*Schmidt-Recla*, § 1825 BGB Rn. 31.

³⁴¹ BeckOGK-*Schmidt-Recla*, § 1825 BGB Rn. 31; a. A. *Dodegge und Roth* 2018, Teil A Rn. 54, an anderer Stelle aber wiederum auf das Verhältnis von Gesamtvermögen und getätigten Ausgaben abstellend, etwa Rn. 53 und 55.

³⁴² MüKo BGB/Band 10-*Schneider* 2024, § 1825 BGB Rn. 12.

³⁴³ LG Marburg, Beschl. v. 8.10.2004 – 3 T 210/04, BeckRS 2008, 26198; BayObLG, Beschl. v. 4.2.1997 – 3 Z BR 8/97, BeckRS 1997, 9589 Rn. 14 f.

³⁴⁴ BGH DNotZ 2015, S. 854 (855); siehe auch BayObLGZ 1993, S. 63 (65), wonach ein Einwilligungsvorbehalt in Betracht komme, wenn der Betroffene Schulden mache, ohne sein Vermögen überblicken zu können.

³⁴⁵ BayObLG, Beschl. v. 4.2.1997 – 3 Z BR 8/97, BeckRS 1997, 9589 Rn. 15.

³⁴⁶ MüKo BGB/Band 9-*Schwab* 2017, § 1903 BGB Rn. 9; MüKo BGB/Band 10-*Schneider* 2024, § 1825 BGB Rn. 12; BeckOGK-*Schmidt-Recla*, § 1825 BGB Rn. 30.

³⁴⁷ Vgl. BayObLG, Beschl. v. 4.5.1995 – 3 Z 46/95, BeckRS 1995, 30922334, wobei der Betroffene in der Vergangenheit allerdings schon einmal Grundstücke verkauft hatte und dies nicht mehr wusste.

der Betroffene durch den Einwilligungsvorbehalt doch nur vor bestimmten rechtsgeschäftlichen Aktivitäten, also vor einer ruinösen Vermögensschädigung, nicht aber vor rechtsgeschäftlichem Tun per se. Mit diesem Argument, der Betroffene müsse vor Beeinträchtigungen seiner Entscheidungsfreiheit geschützt werden, ließe sich beinahe bei jeder Betreuerbestellung auch ein Einwilligungsvorbehalt begründen.

Auch der Vorschlag, ein Einwilligungsvorbehalt könne schon dann angeordnet werden, wenn es um Verträge gehe, die nur schwer rückabzuwickeln seien, wie etwa Versicherungsverträge, Kreditgeschäfte oder Mitgliedschaften in Clubs oder Buchgemeinschaften,³⁴⁸ dürfte zu weit gehen. Insbesondere müssen solche Verträge, wenn konsequent auf das Verhältnis von Gesamtvermögen und Verbindlichkeit abgestellt wird, nicht zwingend einen erheblichen Vermögensschaden darstellen.

Es muss im Ergebnis der Balanceakt gelingen, den Betroffenen einerseits vor erheblich schädlichen Vermögensdispositionen zu schützen, ihm aber andererseits nicht die Möglichkeit zu verwehren, sein Leben nach seinen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten, § 1821 Abs. 2 S. 1 BGB.³⁴⁹ Der Betroffene darf nicht entgegen seiner Wünsche vom Genuss seines Lebens oder seiner Einkünfte abgehalten werden, sondern er muss seinen gewohnten Lebensstandard beibehalten können.³⁵⁰ Damit ist dem Betroffenen auch ein gewisses Recht auf Verschwendung zuzusprechen. Der Schutz der Verwandten, die ihr Erbe schwinden sehen, kann einen Einwilligungsvorbehalt keinesfalls rechtfertigen, wie im Übrigen niemals ausschließlich Drittinteressen einen solchen rechtfertigen können.³⁵¹ Eine Grenze besteht dort, wo die Verschwendung Ausdruck der Krankheit ist.³⁵²

Eine besondere Herausforderung stellt wiederum die Tatsache dar, dass der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts eine Prognoseentscheidung zugrunde liegt: Ein Einwilligungsvorbehalt kommt nur in Betracht, wenn hinreichend konkrete Anhaltspunkte für eine entsprechend erhebliche Schädigung bestehen.³⁵³ Die Herausforderung liegt, wie auch bei der Betreuerbestellung, darin, die wenig klare Grenze zwischen hinreichend bzw. nicht hinreichend konkret zu ziehen. Jedenfalls genügt allein die (abstrakte) Möglichkeit einer gefahrenträchtigen rechtsgeschäftlichen Betätigung des Betroffenen nicht.³⁵⁴ Wenn etwa

³⁴⁸ Dodegge und Roth 2018, Teil A Rn. 52.

³⁴⁹ BayObLGZ 1993, S. 63 (65); MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 13.

³⁵⁰ BayObLGZ 1993, S. 63 (65).

³⁵¹ Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 11.

³⁵² Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 11.

³⁵³ BGH NJW 2014, S. 1733 (1735); BGH DNotZ 2015, S. 854 (854); BGH NJW 2018, S. 1255 (1256); MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 12.

³⁵⁴ LG Köln NJW 1993, S. 207 (208); OLG Zweibrücken NJWE-FER 1999, S. 154 (154); LG Marburg, Beschl. v. 08.10.2004 – 3 T 210/04, BeckRS 2008, 26198; Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 9; BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1825 BGB Rn. 4.

eine Person über Jahre hinweg nicht selbstständig am Rechtsverkehr teilgenommen hat und auch das Krankheitsbild keine Veränderung dieses Verhaltens nahelegt, kann die bloß theoretische Befürchtung, der Betreute könne sich durch Rechtsgeschäfte schädigen, keinen Einwilligungsvorbehalt rechtfertigen.³⁵⁵

Ebenso als nicht hinreichend konkret, um die Notwendigkeit eines Einwilligungsvorbehalts begründen zu können, bewerteten Gerichte die bloße Möglichkeit, eine Person könnte eine ihrer beiden Eigentumswohnungen verkaufen, solange die betroffene Person entsprechende Aktivitäten in diese Richtung noch nicht entfaltet hat.³⁵⁶ Nicht einmal der Umstand, dass bereits eine Bekannte aus Interesse am Kauf dieser Wohnung mehrfach Kontakt aufgenommen hat, stellt nach der Rechtsprechung noch keine hinreichend konkrete Gefahr dafür dar, dass es tatsächlich zum Verkauf der Wohnung kommen werde.³⁵⁷

Letztlich sind die Anhaltspunkte für eine Vermögensgefährdung also im Zweifel erst dann konkret genug, wenn in der Vergangenheit schon vermögensschädigende Handlungen vorgenommen wurden: Ein Einwilligungsvorbehalt wurde so in einem Fall angeordnet, in dem eine an seniler Demenz leidende Person nicht mehr in der Lage gewesen war, ihre Alltagsgeschäfte vorzunehmen, und sich zudem dauerhaft in der Wohnung ihres Sohnes aufhielt, deren Einfluss sie ausgesetzt war, ohne den Rat Dritter einholen zu können. Die Vermögensgefahr ergab sich daraus, dass der Sohn der Betroffenen diese bereits zu Transaktionen ausgenutzt hatte und zu befürchten war, er würde weiterhin nach Überredung Beträge von ihrem Konto entfernen.³⁵⁸

Eine hinreichend konkrete Gefahr besteht auch, wenn es ungeklärte Kontobewegungen gibt, die darauf hinweisen, dass der Betreute ausgefüllte Überweisungsträger unkontrolliert unterschreibt oder dass mit Bankkarten Überweisungen oder Barabhebungen zu dessen Lasten getätigt werden.³⁵⁹ Ebenso ist ein Einwilligungsvorbehalt gerechtfertigt, wenn der Betroffene in der Vergangenheit bereits Grundstücke aus dem eigenen Vermögen veräußert hat und sich im Übrigen nicht einmal mehr daran erinnert.³⁶⁰ Im Ergebnis muss aber stets begründet werden, inwieweit sich aus den Schädigungen, die sich der Betroffene in der Vergangenheit zugefügt haben mag, Gefährdungen für die Zukunft ableiten lassen.³⁶¹

³⁵⁵ OLG Zweibrücken NJWE-FER 1999, S. 154 (154).

³⁵⁶ BGH NJW-RR 2017, S. 1345 (1346).

³⁵⁷ BGH NJW-RR 2017, S. 1345 (1346).

³⁵⁸ BayObLG, Beschl. v. 2.6.2004 – 3Z BR 65/04, BeckRS 2004, 7253.

³⁵⁹ BGH NJW 2014, S. 1733 (1735); vgl. auch LG Bremen, Beschl. v. 28.2.2020 – 5 T 574/18, 5 T 575/18, BeckRS 2020, 22080 Rn. 12: erhebliche Vermögensdispositionen in der Vergangenheit.

³⁶⁰ Vgl. BayObLG, Beschl. v. 4.5.1995 – 3 Z 46/95, BeckRS 1995, 30922334, wobei im Übrigen im konkreten Fall schon die drohende Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit aufgrund hoher Beeinflussbarkeit eine erhebliche Gefahr darstellen solle, siehe oben bei Fn. 347.

³⁶¹ BGH DNotZ 2015, 854 (855).

cc) *Ausnahmen des § 1825 Abs. 1 S. 3 BGB i. V. m. § 110, 112, 113 BGB sowie des § 1825 Abs. 3 BGB*

Gewisse Geschäfte kann der Betreute auch trotz Einwilligungsvorbehalts selbst tätigen, was mit seinem Schutzbedürfnis trotz eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit vereinbar ist und dem Grundgedanken des Betreuungsrechts entspricht, dem Betreuten Spielräume verbliebener Selbstbestimmungsmöglichkeiten so weit es geht zu erhalten.³⁶² So kann ein Betreuer ein Rechtsgeschäft ohne Zustimmung des Betreuers tätigen, wenn die Voraussetzungen von § 110 BGB vorliegen, er also „die vertragsgemäße Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung“ vom Betreuer „oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen wurden.“ Ebenso finden die §§ 112, 113 BGB Anwendung. Gemäß § 1825 Abs. 3 S. 1 BGB bezieht sich der Einwilligungsvorbehalt zudem, wie eingangs erwähnt, nicht auf solche Rechtsgeschäfte, die dem Betreuten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen. Für die Frage, wann ein rechtlicher Vorteil vorliegt, sollen Literatur und Rechtsprechung zu §§ 107, 131 Abs. 2 BGB maßgeblich sein.³⁶³ Eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils erfolgt an anderer Stelle dieser Arbeit noch ausführlich.³⁶⁴

Im Übrigen erfasst der Einwilligungsvorbehalt, sofern gerichtlich nichts anderes angeordnet ist, solche Willenserklärungen nicht, die eine „geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens“ betreffen, § 1825 Abs. 3 S. 1 BGB. Der Betreute kann solche Willenserklärungen daher abgeben, und in entsprechender Auslegung der genannten Vorschriften auch empfangen.³⁶⁵

Nach der Gesetzesbegründung bestimme die Verkehrsanschauung, wann eine Angelegenheit des täglichen Lebens vorliegt, wobei die Praxis angemessene Kriterien entwickeln solle.³⁶⁶ Die Gerichte hatten allerdings bislang kaum Gelegenheit, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen.³⁶⁷ Es soll um „alltägliche Bargeschäfte über geringwertige Gegenstände“ gehen, wie beispielsweise den zum alsbaldigen Verbrauch bestimmten Kauf von Lebensmitteln.³⁶⁸ Vorschläge

³⁶² *Prinz von Sachsen Gessaphe* 1999, S. 441.

³⁶³ MüKo BGB/Band 10-*Schneider* 2024, § 1825 BGB Rn. 32.

³⁶⁴ Siehe unten unter 4. Kapitel B.II.1.b)

³⁶⁵ MüKo BGB/Band 10-*Schneider* 2024, § 1825 BGB Rn. 33.

³⁶⁶ BT-Drucks. 11/4528, S. 139.

³⁶⁷ Staudinger BGB-*Bienwald* 2017, § 1903 BGB a.F. Rn. 136; siehe die Nachweise bei BeckOGK-*Schmidt-Recla*, § 1825 Rn. 76 Fn. 249. Siehe beispielsweise LG Gießen NJW-RR 2003, S. 439: Inanspruchnahme eines Krankentransports für Ausflugsfahrten in Gaststätten (Kosten: 369,35 EUR) keine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens; LG Trier CR 2004, S. 275: Mobilfunkvertrag über Mindestlaufzeit von 24 Monaten und einer monatlichen Grundgebühr von 12,77 EUR keine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens; AG Wuppertal, Urt. v. 8.4.2009 – 35 V 376/08: Fahrt in S-Bahn als „kleineres Geschäft des täglichen Lebens“.

³⁶⁸ BT-Drucks. 11/4528, S. 139.

aus der Literatur umfassen des Weiteren Hygienartikel, auch Gebrauchstextilien von geringem Wert sowie Eintrittskarten für Kino und Sportveranstaltungen.³⁶⁹ Ob das Geschäft geringfügig sei, bestimme sich nach den finanziellen Verhältnissen des Betreuten, wobei die Obergrenze dadurch gezogen werde, ob es sich um eine Angelegenheit des täglichen Lebens handle.³⁷⁰

Wenn sich aber die Geringfügigkeit des Geschäfts nach den persönlichen Verhältnissen richtet, so spricht auch nichts dagegen, auch die persönlichen Verhältnisse bei der Frage, ob eine Angelegenheit überhaupt alltäglich ist, zu berücksichtigen,³⁷¹ zumal es auf die Geringfügigkeit ohnehin nur noch ankommt, wenn das Geschäft bereits als alltäglich qualifiziert wurde: Denn ob der Kauf einer Flasche Champagner für eine vermögende Person geringfügig ist, wird überhaupt nur dann relevant, wenn man dieser Person zugesteht, dass es sich für sie um ein alltägliches Geschäft handelt.

Alternativ wird vorgeschlagen, Geringfügigkeit sei stets gegeben, wenn der Betreute seine Schuld sofort in bar begleiche: Denn das Erforderlichkeitsprinzip müsse dazu führen, dass die Handlungsfähigkeit einschränkende Maßnahmen nur erlaubt seien, wenn dies zum Schutz einer Person notwendig sei. Eine solche Notwendigkeit bestehe aber nicht bei Geschäften, mit denen sich der Betreute nicht schädige – und dies sei nicht der Fall, wenn er Schulden sofort aus seinem Vermögen begleichen könne.³⁷² Diese Ansicht löst sich aber zu weit vom Wortlaut des § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB³⁷³ und übergeht die dort genannten Voraussetzungen der Alltäglichkeit und Geringfügigkeit. Zudem ist nicht richtig, dass Barzahlungen das Vermögen nicht schädigen könnten: Je nachdem, wie hoch die bar zur Verfügung stehende Summe ist und je nachdem, was danach im Vermögen noch übrig ist, kann eine erhebliche Schädigung des Vermögens durchaus gegeben sein. Auch Kreditgeschäfte gefährden den Betroffenen im Übrigen nicht per se, wenn er beispielsweise einen geringen Betrag „anschreiben“ lässt, weil er gerade kein Bargeld bei sich trägt.³⁷⁴

Fällt eine Willenserklärung unter § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB, so ist das entsprechende Geschäft wirksam. Der Gesetzgeber stuft damit Geschäfte des täglichen Lebens grundsätzlich als für die Person und das Vermögen des Betreuten ungefährlich ein, sodass es eines Einwilligungsvorbehalts nicht bedarf. In Einzelfällen kann dies anders sein, wenn sich beispielsweise ein Alkoholiker Alkohol

³⁶⁹ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 35.

³⁷⁰ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 36; Müller 1998, S. 74.

³⁷¹ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 441. Beispielsweise spiele der persönliche Bedarf eine Rolle. Siehe auch Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1903 BGB a.F. Rn. 139: Es müsse im Rahmen von § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB a.F. alles zugelassen werden, was der Betreute noch leisten könne.

³⁷² Lipp 2000, S. 90f.

³⁷³ i.E. dagegen auch BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1825 BGB Rn. 85.

³⁷⁴ Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1825 BGB Rn. 17; a.A. MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 37; Müller 1998, S. 75.

verschafft. Um dies zu verhindern, kann das Gericht anordnen, dass sich der Einwilligungsvorbehalt auf diese Geschäfte erstreckt.³⁷⁵ Ein Einwilligungsvorbehalt auch in Bezug auf alltägliche Geschäfte bietet sich zudem auch dann an, wenn der Betreute droht, sein Vermögen durch eine Vielzahl von einzelnen Geschäften zu schädigen: Denn jedes einzelne Geschäft für sich vermag zwar die Voraussetzungen des § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB zu erfüllen, in der Gesamtschau können sie jedoch schädigend sein.³⁷⁶

Soweit im Übrigen der Betreute geschäftsunfähig ist, so ist § 1825 Abs. 3 BGB nicht anwendbar: Wie oben gesehen, „erstarkt“ der Geschäftsunfähige nicht durch den Einwilligungsvorbehalt zum Geschäftsfähigen. Insofern stellt auch nicht § 1825 Abs. 3 BGB dessen Handlungsfähigkeit wieder her; maßgeblich sind vielmehr § 105 Abs. 1 BGB und § 105a BGB.

3. Bewertung

a) Schutz auch bei Geschäftsfähigkeit

Betreuung und Einwilligungsvorbehalt können, da Geschäftsunfähigkeit weder für eine Betreuerbestellung noch für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts Voraussetzung ist, dem Grunde nach auch für eine Person bestellt werden, deren Erkenntnisfähigkeit, Willensbildung oder Willenssteuerung zwar erheblich vom Normalmaß abweichen, ohne dass aber bereits ein die Geschäftsunfähigkeit begründendes Maß gegeben sein müsste.³⁷⁷ Dennoch bleibt der Schutz des Betreuungsrechts hinter dem Schutz zurück, der den Personengruppen der Fallgruppen 1–4 durch eine relative Geschäftsfähigkeit zukäme, und dies nicht nur, weil sich Betreuung und Einwilligungsvorbehalt von vornherein nicht auf bestimmte Bereiche erstrecken, wie beispielsweise auf letztwillige Verfügungen, § 1825 Abs. 2 Nr. 2 BGB. In diesen Bereichen kann die Betreuung daher auch keinen die §§ 104, 105 BGB bzw. § 2229 Abs. 4 BGB ergänzender Schutz bieten. Es sind vielmehr noch weitere Schwächen zu verzeichnen.

b) Schwächen

aa) Konkrete Formulierung des Betreuungsbeschlusses

Weil die Rechtsordnung mit dem Betreuungsrecht folglich dem Grunde nach den Personengruppen Schutz gewährt, denen aufgrund der strengen Anforderungen, die Rechtsprechung und herrschende Meinung an die Geschäftsunfähigkeit stellen, der Schutz über § 104 Nr. 2 BGB versagt bleibt, werden häufig

³⁷⁵ BT-Drucks. 11/4528, S. 139; vgl. BGH NJW 2017, S. 890 (891).

³⁷⁶ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1825 BGB Rn. 38.

³⁷⁷ Müller 1998, S. 127; siehe oben unter 3. Kapitel B.I.1.a)aa) und bb) sowie B.I.2.b)bb)(2) (a).

die Vorzüge des Betreuungsrechts gegenüber den §§ 104 ff. BGB hervorgehoben: Während die §§ 104 ff. BGB aufgrund der von der herrschenden Meinung abgelehnten relativen Geschäftsfähigkeit nur eine „Alles- oder Nichts-Lösung“ kennen und damit eine Person nach höchstrichterlicher Rechtsprechung so lange geschäftsfähig bleibe, wie sie einfachere Geschäfte noch regeln könne, greife das Betreuungsrecht zum einen schon früher ein, zum anderen könne es gerade auf einzelne Angelegenheiten beschränkt werden. Die Betreuung lasse also anders als § 104 Nr. 2 BGB eine Differenzierung zwischen einfacheren und schwierigeren Rechtsgeschäften zu.³⁷⁸ So könne bei einem leichter geistig Behinderten die Bestellung eines Betreuers für schwierigere Vermögensgeschäfte in Betracht kommen, obwohl der Betreute nach der Rechtsprechung, die eine relative Geschäftsunfähigkeit ablehne, als voll geschäftsfähig gelte.³⁷⁹

Dabei ist aber fraglich, ob das Betreuungsrecht wirklich deckungsgleich die Funktion einer relativen Geschäftsfähigkeit übernehmen kann. Nicht nur ändert die Betreuung nichts an der Geschäftsfähigkeit. Es wird zwar vorgeschlagen, dem Betreuten zumindest in beweisrechtlicher Hinsicht entgegenzukommen. Bei einer Person, die unter Betreuung stehe, solle Geschäftsfähigkeit nicht mehr zu vermuten sein, sondern die Geschäftsfähigkeit sei nun positiv zu beweisen, da schließlich die Betreuung selbst schon ein Indiz dafür sei, dass die rechtliche Handlungsfähigkeit nicht mehr vollständig gegeben sei.³⁸⁰ Dies ist jedoch abzulehnen, da nicht einerseits die Betreuung materiell-rechtlich bewusst – dies war von vornherein Anliegen des Betreuungsrechts – ohne Auswirkung auf die Geschäftsfähigkeit sein, andererseits aber durch die Hintertür des Beweisrechts doch wieder in Zweifel gezogen werden kann.

Vor allem aber kann das Betreuungsrecht die relative Geschäftsfähigkeit schon deshalb nicht ersetzen, weil sich auch die Frage stellt, wie eine Betreuerbestellung formell aussehen soll, wenn es darum geht, eine Person nur vor dem Abschluss schwieriger Rechtsgeschäfte, die sie nicht mehr ausreichend versteht, zu schützen: Der Betreuungsbeschluss muss schließlich so formuliert sein, dass erkennbar ist, welche Geschäfte erfasst sein sollen. Wie aber soll man den Aufgabenkreis so definieren, „dass die Fähigkeit zu komplizierten Geschäften verneint, diejenige zu einfachen Geschäften aber aufrechterhalten werden kann“³⁸¹?

³⁷⁸ Müller 1998, S. 127; Erman BGB/Band 3-Roth 2023, § 1814 BGB Rn. 33; Heber 2022, S. 277 f.

³⁷⁹ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1814 BGB Rn. 18; Müller 1998, S. 127 mit Verweis auf Schmidt und Böcker 1993, Rn. 1020: Schmidt und Böcker führen aus, dass bei leichten geistigen Behinderungen ein Betreuungsbedarf vor allem bezüglich der Vornahme von schwierigen Rechtsgeschäften bestehe, etwa für die Regelung von Erbschafts- oder Vermögensangelegenheiten, für Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit, Rentenangelegenheiten etc.

³⁸⁰ Pawlowski JZ 2003, S. 66 (69, 73).

³⁸¹ Eine Formulierung, die dies gewährleistet, für möglich haltend Erman BGB/Band

Es wird kaum rechtssicher genug sein, im Betreuungsbeschluss von „schwierigen Geschäften“ zu sprechen. Denn schließlich lautet der Haupteinwand gegen die relative Geschäftsunfähigkeit aktuell nach wie vor, dass es den Rechtsverkehr überfordere, sich darüber Gedanken machen zu müssen, welches Geschäft denn nun für den Betroffenen zu schwer sei und welches nicht, und eine Abgrenzung ohnehin nicht möglich sei.³⁸² Dann ist aber mit der Verlagerung des Merkmales des „schwierigen Geschäfts“ in den Bereich der Betreuung nichts gewonnen, denn der Einwand der Sicherheit des Rechtsverkehrs gilt dort gleichermaßen.³⁸³

Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, dass es zumindest als hinreichend konkret angesehen wird, wenn „Geschäfte des täglichen Lebens“ von der Betreuungsanordnung ausgenommen werden.³⁸⁴ Dies erstaunt zwar angesichts der Tatsache, dass dieser Begriff, der beispielsweise auch in § 105a BGB verwendet wird, als grundsätzlich unscharf und zu Abgrenzungsschwierigkeiten führend gilt. Es wird gar die Parallele gezogen zu den Unsicherheiten, die die Annahme einer relativen Geschäftsunfähigkeit nach sich ziehen würde, und die gerade aus diesem Grund abgelehnt wird.³⁸⁵ Vor allem aber stellt sich die Frage, ob mit der Ausklammerung von „Geschäften des täglichen Lebens“ im Umkehrschluss sodann auch tatsächlich nur die schwierigen Geschäfte mit komplexen Inhalten von der Betreuung erfasst sind, also diejenigen, für die nach dem Erforderlichkeitsgrundsatz überhaupt nur eine Betreuerbestellung erfolgen darf. Denn es verbleibt doch möglicherweise eine Marge zwischen den alltäglichen und geringfügigen Geschäften einerseits und den schwierigen Geschäften andererseits, die bei Ausklammerung nur der alltäglichen Geschäfte von der Betreuungsanordnung erfasst würde, obwohl der Betroffene in diesem Bereich ebenso noch sehr gut allein zurechtkommt.

Alternativ bestünde die Möglichkeit, in der Betreuungsanordnung all diejenigen Geschäfte aufzuzählen, die als für den Betreuten zu schwierig anzusehen sind, z.B. Regelung von Erbschafts- oder Vermögensangelegenheiten, für Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit, Rentenangelegenheiten.³⁸⁶ Diese Vorgehensweise wiederum birgt aber die Gefahr der Unvollständigkeit, da antizipiert werden muss, welche Rechtsgeschäfte der Betreute zu tätigen gedenkt. Auch eine Betreuerbestellung für Geschäfte ab einem

3-Roth 2023, § 1814 BGB Rn. 33; grundsätzlich auch *Spickhoff*, in: *Recht der Älteren*, S. 101 (116), allerdings – zu Recht – mit der Einschränkung „soweit man das formulieren kann“.

³⁸² Siehe nur Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 19.

³⁸³ Es konnten auch keine Beschlüsse gefunden werden, bei denen eine solche Vorgehensweise gewählt worden wäre.

³⁸⁴ Siehe Sachverhalt von BGH NJW 1996, S. 918 (918).

³⁸⁵ Jauernig-Mansel 2023, § 105a BGB Rn. 2 f.

³⁸⁶ Hierzu tendieren wohl *Schmidt und Böcker* 1993, Rn. 1020, siehe auch dort Rn. 30.

bestimmten Betrag bietet keinen lückenlosen Schutz, da die Schwierigkeit eines Geschäfts nicht vom vermögensrechtlichen Umfang abhängt.³⁸⁷ Zuzugeben ist aber natürlich, dass der Schaden faktisch umso geringer ist, je geringfügiger das getätigte Geschäft ist.

bb) Doppelkompetenz

Ohne Einwilligungsvorbehalt wird der Betreute nicht daran gehindert, Rechtsgeschäfte abzuschließen, seien diese auch unsinnig oder schädigend. Die Doppelzuständigkeit hat dabei zwar zumindest den Vorteil, dass der Betreuer Rechtsgeschäfte des Betreuten unter Umständen wieder rückgängig machen kann, etwa durch Rücktritt oder Widerruf, wenn entsprechende Rechte bestehen.³⁸⁸ Im Idealfall sieht der Betreute gar vom Abschluss unsinniger Rechtsgeschäfte ab, weil er sein Vorhaben zunächst mit seinem Betreuer bespricht und dieser ihn umstimmt.³⁸⁹ Allerdings können diese der Betreuung immanenten Schutzmechanismen nur greifen, wenn der Betreuer vom Vorhaben oder von schon abgeschlossenen Rechtsgeschäften des Betreuten überhaupt Kenntnis erlangt, was insbesondere dann fraglich ist, wenn der Betreute das von ihm geschlossene Rechtsgeschäft selbst wieder vergessen hat.³⁹⁰

Daneben hat die durch die Betreuung entstehende Doppelkompetenz auch den Nachteil, dass Betreuer und Betreuter möglicherweise zwei sich widersprechende Rechtsgeschäfte abschließen, da nur eines davon erfüllt werden kann, wie beim Verkauf einer Sache. Oder aber sie tätigen je in wirtschaftlich unsinniger Weise ein Rechtsgeschäft in derselben Angelegenheit, beispielsweise durch Anmietung je einer Wohnung für den Betreuten, ohne dass eines davon ohne Weiteres wieder rückgängig gemacht werden könnte, weil es an Rücktritts- oder Widerrufsrechten fehlt.³⁹¹

cc) Schutz nur für die Zukunft

Problematisch ist des Weiteren, dass Betreuung und Einwilligungsvorbehalt Schutz nur für die Zukunft bieten können – von der Ausübung von Rechten wie Widerrufsrechten abgesehen –, da es darum geht, den Betroffenen vor einer noch anstehenden Schädigung seines Vermögens zu bewahren. Und diese Zukunftsgerichtetheit des Schutzes stellt auf verschiedenen Ebenen eine Hürde im Betreuungsrechts dar:

³⁸⁷ Schmidt und Böcker 1993, Rn. 30.

³⁸⁸ Heber 2022, S. 155.

³⁸⁹ Heber 2022, S. 155.

³⁹⁰ Heber 2022, S. 155, auch auf die hohe Anzahl von Betreuungen verweisend, die Berufsbetreuer führen.

³⁹¹ Heber 2022, S. 155 f.; ebenso bereits Spickhoff, in: Recht der Älteren, S. 247 (260): selbst sich widersprechende und doppelt vorgenommene Rechtsgeschäfte seien wirksam.

So kann das Betreuungsrecht überhaupt nur Schutz entfalten, wenn eine Betreuung angeordnet wird, wenn also das Betreuungsgericht von der Betreuungsbedürftigkeit überhaupt Kenntnis erlangt.³⁹² Dabei ist mehr als fraglich, ob sich der Betroffene selbst an das Betreuungsgericht wenden wird: Hieran kann er beispielsweise gehindert sein, weil er entweder seine Betreuungsbedürftigkeit nicht erkennt oder damit eine falsche entmündigende Wirkung verbindet.³⁹³ In der Regel ist das Betreuungsgericht daher darauf angewiesen, dass Dritte die Betreuung anregen, beispielsweise die Angehörigen, die aber wiederum selbst nicht notwendigerweise erkennen, dass beim Betroffenen ein Abbau der geistigen Fähigkeit stattgefunden hat.³⁹⁴ Gerade bei Demenzen ist die Erkennbarkeit geistiger Leistungseinbußen Laien nicht zwingend gegeben.³⁹⁵

Selbst wenn das Betreuungsgericht befasst ist, kann eine Betreuung nur angeordnet werden, wenn die Prognose eine subjektiven Betreuungsbedürftigkeit sowie einen objektiven Betreuungsbedarf ergibt. Welche Schwierigkeiten sich aus dem Erfordernis, für die Zukunft zu bestimmen und ob die Voraussetzungen einer Betreuungsanordnung gegeben sind, soll hier nochmals in Kürze auf den Punkt gebracht werden:³⁹⁶

Für die subjektive Betreuungsbedürftigkeit ist festzustellen, wie sich der gesundheitliche Zustand voraussichtlich entwickeln wird, was insbesondere für Krankheiten mit stark schwankendem Verlauf schwierig zu beurteilen ist,³⁹⁷ so etwa auch für Demenzen. Der objektive Betreuungsbedarf liegt nur vor, wenn hinreichend konkret feststeht, dass eine erhebliche Gefahr für das Vermögen droht, was den Gerichten einen erheblichen Beurteilungsspielraum verleiht. Da selbst das Herantreten von Kaufinteressenten an die Eigentümerin eines Grundstücks zum Zwecke eines Verkaufs nicht ausreichend ist, um hinreichend konkrete Anhaltspunkte für eine Vermögensgefährdung zu begründen,³⁹⁸ muss also im Zweifel immer bereits mindestens eine – in der Regel unwiderrufliche – vermögensschädigende Disposition erfolgen, bevor die Schutzwirkung des Betreuungsrechts greift. Jedenfalls reicht nicht aus, dass der Betroffene krankheitsbedingt in bestimmten Situationen überfordert sein könnte.³⁹⁹

³⁹² Heber 2022, S. 153.

³⁹³ Heber 2022, S. 153; siehe auch Rademacher 2020, S. 127 f.: „emotionale Hindernisse“.

³⁹⁴ Heber 2022, S. 153 f.

³⁹⁵ Siehe oben 3. Kapitel A.I.2.b).

³⁹⁶ Ausführlich zu den Voraussetzungen der Betreuerbestellung und des Einwilligungsvorbehalts 3. Kapitel B.I.1. und 2.

³⁹⁷ Siehe oben 3. Kapitel B.I.1.a)aa).

³⁹⁸ BGH NJW-RR 2017, S. 1345 (1346). Siehe oben ab Fn. 353 zur Notwendigkeit einer konkreten Gefahr zur Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts und ab Fn. 266 zur Bestellung eines Betreuers.

³⁹⁹ OLG Köln NJWE-FER 1999, S. 324 (325); OLG Zweibrücken NJWE-RR 1999, S. 154 (154). Siehe oben bei Fn. 276.

Nicht nur die Prognoseentscheidungen bereiten Schwierigkeiten. Auch in der Sache sind die Voraussetzungen für einen effektiven Schutz von Personen hoch, jedenfalls dann, wenn sie de facto nur durch Einwilligungsvorbehalt geschützt werden können. Und gerade bei Personen der Fallgruppen 1–4 lässt sich Schutz nur durch einen solchen Vorbehalt erreichen, da es bei diesen Personen darum geht, sie vor nicht hinreichend selbstbestimmten und vermögensschädigenden Dispositionen zu schützen. Es scheidet ein Einwilligungsvorbehalt aber aus, wenn zwar ein Geschäft einen Vermögensschaden herbeiführen kann, der Schaden jedoch im Verhältnis zum Gesamtvermögen nicht ruinös wirkt. So ergeben sich Schutzlücken.⁴⁰⁰ Denn ein Schaden mag nun zwar im Verhältnis zum Gesamtvermögen nicht unbedingt finanziellen Ruin bedeuten, er kann aber nichtsdestoweniger von beträchtlicher Höhe sein. Von finanziellem Ruin oder einer Gefährdung des Lebensunterhalts kann etwa nicht die Rede sein, wenn eine wohlhabende, aber demente Rentnerin von einem Händler im Rahmen eines Haustürgeschäfts im Abstand weniger Tage zwei Teppiche für mehrere tausend Euro erwirbt und sich zwecks Barabhebung von jenem Händler bis an den Schalter einer Bankfiliale begleiten lässt. Die demente Rentnerin mag dabei zum einen die Sinnhaftigkeit des Geschäfts falsch eingeschätzt haben und zum anderen demenzbedingt besonders beeinflussbar gewesen sein, sodass subjektive Betreuungsbedürftigkeit gegeben sein dürfte. Gemessen am Gesamtvermögen ist jedoch das Ausgeben von über 10.000 EUR selbst bei zweifelhaftem Gegenwert kein erheblicher Schaden, sodass die Möglichkeit der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts ausscheidet. Widerrufsrechte (§§ 312b, 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 S. 1 BGB) helfen in solchen Situationen nicht weiter, wenn Familienmitglieder, die mit Rat zur Seite stehen könnten, vom Treiben der Betroffenen erst nach Ablauf der Widerrufsfrist (§§ 312g Abs. 1, 355 Abs. 2 BGB) erfahren.⁴⁰¹

dd) Vom Betreuer ausgehende Gefahren

(1) Allgemeine Gefahren

Schließlich birgt die Bestellung eines Betreuers auch Gefahren für den Betreuten bzw. für dessen Vermögen. So sind Fälle „missbräuchlicher Betreuung“ denkbar, wenn der Betreuer beispielsweise Um- oder Abbuchungen zu Lasten des Betreuten vornimmt, Verträge zu Lasten des Betreuten abschließt oder gegen seine Pflichten zur Rechnungslegung gegenüber dem Betreuungsgericht verstößt.⁴⁰² Insbesondere bei Betreuern aus dem Kreis der Angehörigen, aber nicht nur, besteht die Gefahr des übertriebenen Zusammenhaltens des Vermö-

⁴⁰⁰ Siehe auch Rademacher 2020, S. 128 im Zusammenhang mit Telefonwerbung bei älteren Menschen: Einwilligungsvorbehalt zu hochschwierig.

⁴⁰¹ Siehe zum Widerrufsrecht noch unten unter 3. Kapitel B.VI.

⁴⁰² Görgen et al. 2014, S. 382; Heber 2022, S. 157.

gens, um die Erbmasse zu erhalten, statt dieses dem Betreuten zugutekommen zu lassen.⁴⁰³

Durch § 1824 Abs. 1 BGB bzw. § 1824 Abs. 2 BGB, § 181 BGB ist der Betreute zwar vor solchen Geschäften des Betreuers geschützt, die bei einem Auftreten des Betreuers als Vertreter des Betreuten die Gefahr einer Interessenkollision bergen würde: Eine Vertretungsmacht besteht in diesen Fällen gerade nicht.⁴⁰⁴ Macht aber der geschäftsfähige und nicht unter Einwilligungsvorbehalt stehende Betreute dem Betreuer Geschenke, so hindert insbesondere § 181 BGB den Betreuer nicht an der Annahme von Geschenken, da er nicht für den Betreuten handelt.⁴⁰⁵ Rechtsgeschäfte über Zuwendungen, auch letztwillige, an den Betreuer sind folglich lediglich unter den Voraussetzungen von § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Allein aus dem Betreuungsverhältnis folgt jedoch noch keine Sittenwidrigkeit.⁴⁰⁶

Auf das Verhältnis Betreuer und Betreuter ist auch § 14 Heimgesetz, der ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB darstellt, nicht entsprechend anwendbar. Hiernach ist es dem Träger, dem Leiter und den Mitarbeitern eines Heimes untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnern für die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Heimvertrag zusätzliche Vermögensleistungen versprechen oder gewähren zu lassen, § 14 Abs. 1 und 5 HeimG.⁴⁰⁷ Die Rechtsprechung lehnt eine Analogie ab, da zwar in manchen Fällen eine ähnliche Abhängigkeit zwischen Betreuer und Betreutem wie zwischen Heimbewohner und Heim entstehen könne, nicht aber von einer generellen Rechtsähnlichkeit der Sachverhalte, was aber Voraussetzung für eine Analogie sei, ausgegangen werden könne.⁴⁰⁸ Im Übrigen habe der Gesetzgeber auch bewusst darauf verzichtet, Personen, die erbberechtigt seien, von einer Betreuerbestellung auszuschließen.⁴⁰⁹ Es sollte daher vielmehr den Gerichten im Einzelfall überlassen bleiben, zu entscheiden, ob aufgrund einer Interessenkollision der künftige gesetzliche oder testamentarische Erbe gegebenenfalls nicht als Betreuer in Betracht komme.⁴¹⁰

⁴⁰³ Görgen et al. 2014, S. 365; Heber 2022, S. 157.

⁴⁰⁴ Siehe bereits oben 3. Kapitel B.I.2.a).

⁴⁰⁵ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2020, § 1908i BGB a.F. Rn. 44.

⁴⁰⁶ Sittenwidrigkeit etwa ablehnend BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2370f.); siehe auch MüKo BGB/Band 10-Schneider 2020, § 1908i BGB a.F. Rn. 44. Zur Sittenwidrigkeit noch unten unter 3. Kapitel B.II.1.

⁴⁰⁷ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2020, § 1908i BGB a.F. Rn. 44. Zu § 14 HeimG noch unten unter 3. Kapitel B.II.2.b).

⁴⁰⁸ BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2370); LG Hamburg, Beschl. v. 17.2.2000 – 301 T 264/99, BeckRS 2015, 13647; siehe auch Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, § 14 HeimG Rn. 1; im Ergebnis ebenso Rossak ZEV 1995, S. 407 (409), da es im Verhältnis Betreuer und Betreutem an der „räumlichen Integrationskomponente“ fehle.

⁴⁰⁹ BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2370); LG Hamburg, Beschl. v. 17.2.2000 – 301 T 264/99, BeckRS 2015, 13647.

⁴¹⁰ BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2370); LG Hamburg, Beschl. v. 17.2.2000 – 301 T 264/99, BeckRS 2015, 13647.

Erben- und Betreuerstellung schlossen sich nach Ansicht des Gesetzgebers folglich nicht von vornherein aus.

Eine analoge Anwendung des § 14 HeimG auf letztwillige Verfügungen stelle zudem einen Eingriff in die Testierfreiheit des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG dar. Allein der Gesetzgeber bestimme aber Inhalt und Schranken, Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, und der Gesetzesvorbehalt binde auch die Gerichte.⁴¹¹ Ob Abhängigkeiten, wie die zwischen Betreuer und Betreutem, einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG rechtfertige, sei eine Entscheidung, die folglich dem Gesetzgeber überlassen bleiben müsse.⁴¹²

Vorbehaltlich der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB besteht also stets die Gefahr, dass Fürsorgepersonen die Gefühle der Dankbarkeit ihres Schützlings zu ihren Gunsten ausnutzen, was durch die Neigung, Betreute nach Möglichkeit als geschäftsfähig zu behandeln, im Übrigen gefördert wird.⁴¹³ In der Literatur regten sich daher Vorschläge, diese Problematik – über § 138 Abs. 1 BGB hinaus – durch neue gesetzliche Vorschriften anzugehen: Der Grundfehler liege in der Annahme des Gesetzgebers, dass eine betreuungsbedürftige Person, die gewisse Aufgabenbereiche nicht mehr selbstständig wahrnehmen könne, bis zum Beweis des Gegenteils als voll geschäftsfähig gelte.⁴¹⁴

(2) Zur besonderen Situation des Berufsbetreuers

Mit dem 1.1.2023 ist das Betreuungsorganisationsgesetz (BrOG)⁴¹⁵ in Kraft getreten, woraus sich zumindest im Verhältnis von Berufsbetreuern zu Betreuten eine Rechtsänderung ergeben hat: Zwar scheidet eine analoge Anwendung von § 14 HeimG nach wie vor (jetzt erst recht) aus, ebenso hat sich zwar auch an der Vermutungsregelung, wonach auch Betreute geschäftsfähig sind, nichts geändert. Gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 BrOG ist es einem Berufsbetreuer nun aber ausdrücklich untersagt, vom Betreuten Geld oder geldwerte Leistungen anzunehmen. Nach Absatz 1 Satz 2 gilt dies auch für Zuwendungen im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen. Geringfügige Zuwendungen sind nach Absatz 2 Nr. 2 erlaubt.

Die Verbotsvorschrift gilt für ab dem 1.1.2023 vorgenommene Zuwendungen bzw. für Sterbefälle, die ab dem 1.1.2023 eintreten.⁴¹⁶ Dass die Vorschrift auf Berufsbetreuer beschränkt und auf insbesondere ehrenamtliche Betreuer nicht

⁴¹¹ BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2370); LG Hamburg, Beschl. v. 17.2.2000 – 301 T 264/99, BeckRS 2015, 13647.

⁴¹² BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2370); LG Hamburg, Beschl. v. 17.2.2000 – 301 T 264/99, BeckRS 2015, 13647.

⁴¹³ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2020, § 1908i BGB a.F. Rn. 44; zu den Gefahren des Ausnutzens durch „missbräuchliche Betreuung“ Heber 2022, S. 156 ff.

⁴¹⁴ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2020, § 1908i BGB a.F. Rn. 44.

⁴¹⁵ BGBl. 2021 I 882.

⁴¹⁶ FamR-NotGP-Schaal 2023, § 17. Vormundschaft, Pflegschaft, Betreuung Rn. 241; Zimmermann ZErB 2021, S. 418 (420).

anwendbar ist, ergibt sich zum einen deutlich aus dem Wortlaut, zum anderen aus der Gesetzesbegründung, wo ausdrücklich zwischen dem Verhältnis eines Berufsbetreuers zu seinem Betreuten und eines ehrenamtlichen Betreuers zum Betreuten unterschieden wird: Der Kontakt entstehe beim Berufsbetreuer ausschließlich aufgrund der beruflichen Tätigkeit durch gerichtliche Bestellung.⁴¹⁷ Berufsbetreuer sollten keine persönlichen Vorteile aus ihrer Tätigkeit ziehen können und hilf- oder arglose Betreute sollten vor unangemessener Einflussnahme und finanzieller Ausnutzung durch Betreuer geschützt werden.⁴¹⁸ Insbesondere die Testierfreiheit solle vor faktischem oder verstecktem Druck geschützt werden.⁴¹⁹ Außerdem sollte verhindert werden, dass Betreuer aufgrund finanzieller Anreize vermögende Betreute besser behandeln und ihnen mehr Zuwendung zukommen ließen als vermögenslosen.⁴²⁰ Ob es sich bei § 30 BtOG zudem auch um ein Zuwendungsverbot an Angehörige des Betreuers handelt, ist unklar. Als Umgehungstatbestand sollte dieser Sachverhalt aber miterfasst sein.⁴²¹

Diese Beschränkung auf Berufsbetreuer ist schon kritisch zu sehen, denn für ehrenamtliche Betreuer, die häufig aus dem familiären Umfeld stammen,⁴²² bleibt somit nur der beschriebene Weg über § 138 Abs. 1 BGB. Es gibt sodann keine spezielle Schutzvorschrift, obwohl gerade im familiären Umfeld die Gefahr einer Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen und Machtpositionen offenkundig ist,⁴²³ insbesondere bei besonderer Beeinflussbarkeit des Betreuten.

Im Übrigen ist § 30 BtOG, anders als § 14 HeimG, aber ohnehin kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB, sodass das Rechtsgeschäft wirksam bleibt, selbst dann, wenn der Betreuer die Leistung angenommen hat.⁴²⁴ Der Betreute hat

⁴¹⁷ BT-Drucks. 19/2445, S. 386; gegen eine Anwendung auf ehrenamtliche Betreuer auch *Zimmermann ZErB* 2021, S. 418 (419).

⁴¹⁸ BT-Drucks. 19/2445, S. 386; *Jürgens-Betreuungsrecht-Loer* 2023, § 30 BtOG Rn. 1.

⁴¹⁹ BT-Drucks. 19/2445, S. 386.

⁴²⁰ BT-Drucks. 19/2445, S. 386.

⁴²¹ Vgl. *FamR-NotGP-Schaal* 2023, § 17. Vormundschaft, Pflegerschaft, Betreuung Rn. 240.

⁴²² *Zimmermann ZErB* 2021, S. 418 (419).

⁴²³ Siehe oben ab Fn. 266.

⁴²⁴ So ausdrücklich die Bundesregierung, wonach die Annahme auch bei Verstoß gegen § 30 BtOG wirksam sei und der Betreuer nur berufsrechtlich verpflichtet sei, Zuwendungen nicht anzunehmen: BT-Drucks. 19/24445, S. 497. § 30 BtOG wurde bewusst anders formuliert und ausgestaltet als § 14 HeimG; eine wortgleiche Ausgestaltung, wie vom Bundesrat vorgeschlagen (BR-Drucks. (Beschluss) 564/20, S. 75 f.), lehnte die Bundesregierung ab (BT-Drucks. 19/24445, S. 497): Der Bundesrat wollte die Formulierung „sich ... versprechen oder gewähren lassen“ aus § 14 HeimG übernehmen, um zum einen stille Verfügungen von Todes wegen aus dem Anwendungsbereich auszunehmen und um zum anderen den Charakter der Norm als Verbotsgesetz übertragen zu können (BR-Drucks. (Beschluss), 564/20, S. 75 f.). § 30 BtOG nicht die Eigenschaft eines Verbotsgesetzes zusprechend auch *FamR-NotGP-Schaal* 2023, § 17. Vormundschaft, Pflegerschaft, Betreuung Rn. 242; *Jürgens-Betreuungsrecht-Loer* 2023, § 30 BtOG Rn. 1; *Leipold ZEV* 2021, S. 485 (486 f.); *Zimmermann ZErB* 2021, S. 418 (419): § 30 BtOG gebe selbst nicht an, welche Konsequenzen ein Verstoß habe, sodass eine Einordnung

auch keinerlei Rückforderungsansprüche, da die Annahme wirksam ist, sodass er faktisch doch wieder auf § 138 Abs. 1 BGB verwiesen ist.⁴²⁵ Bei § 30 BtOG handelt sich lediglich um ein als Berufspflicht ausgestaltetes Annahmeverbot⁴²⁶ bzw., sofern Erbschaften betroffen sind, um eine berufsrechtliche Ausschlagungspflicht.⁴²⁷ Die Bundesregierung ging im Übrigen daher davon aus, dass § 30 BtOG, anders als § 14 HeimG, kein Eingriff in die Testierfreiheit darstelle, da der Betreuer eben „nur“ verpflichtet sei, die letztwillige Zuwendung nicht anzunehmen.⁴²⁸ Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn gleich, ob das Testament wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig ist oder ob es aufgrund von Ablehnungspflichten faktisch keine Wirksamkeit entfalten soll: Der Erblasser kann nicht der von ihm gewählten Person sein Vermögen nach dem Erbfall zuwenden.⁴²⁹ Im Übrigen, und dies erhöht die Eingriffsintensität, gilt § 30 Abs. 1 S. 2 BtOG, anders als § 14 HeimG, auch für „stille“ Testierungen, von denen der Betreuer nichts wusste.⁴³⁰

Da § 30 BtOG kein Verbotsgesetz darstellt, hat ein Betreuer, der gegen § 30 BtOG verstößt, folglich „nur“ berufsrechtliche Konsequenzen zu befürchten, wie etwa den Widerruf der Registrierung als beruflicher Betreuer nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 BtOG.⁴³¹ Dies schwächt die Abschreckungswirkung und damit den Schutz des Betreuten aber erheblich: Denn, ob es überhaupt zum Widerruf kommt, kann auch davon abhängen, ob sonstige Betreute vorhanden sind, deren Wünsche, den Betreuer zu behalten, zu berücksichtigen sind.⁴³² Und selbst wenn ein Widerruf erfolgt: Einer Bestellung als ehrenamtlicher Betreuer steht der Widerruf der Registrierung nicht im Wege.⁴³³ Im Übrigen kann sich der Betreuer zur vollständigen Umgehung auch eine Vorsorgevollmacht erteilen lassen, sodass die Betreuung aufgehoben wird und § 30 BtOG nicht mehr gilt.⁴³⁴

als Verbotsgesetz ausscheide. Ein Verbotsgesetz liege nur vor, wenn das Gesetz es dem Betreuten verbiete, Zuwendungen zu machen; stattdessen verbiete es aber nur die Annahme.

⁴²⁵ *Leipold* ZEV 2021, S. 485 (488).

⁴²⁶ BT-Drucks. 19/24445, S. 386, 497.

⁴²⁷ *Leipold* ZEV 2021, S. 485 (487); *Zimmermann* ZErB 2021, S. 418 (419).

⁴²⁸ BT-Drucks. 19/24445, S. 386, 497.

⁴²⁹ *Leipold* ZEV 2021, S. 485 (487).

⁴³⁰ BT-Drucks. 19/24445, S. 386; *Leipold* ZEV 2021, S. 485 (487), im Übrigen verfassungsrechtliche Bedenken anmeldend (S. 488), da in einer solchen Situation die Ausschlagungspflicht nicht mit einer unlauteren Beeinflussung des Betreuten gerechtfertigt werden könne. *Leipold* verweist darauf, dass das BVerfG (NJW 1998, S. 2964 (2965)) die Verfassungsmäßigkeit von § 14 HeimG gerade damit begründet habe, dass die Vorschrift auf stille Testamente nicht anwendbar sei. Entsprechend stelle sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von § 30 BtOG. Kritisch auch BR-Drucks (Beschluss) 564/20, S. 75 f.

⁴³¹ FamR-NotGP-Schaal 2023, § 17. Vormundschaft, Pflegschaft, Betreuung Rn. 242

⁴³² *Zimmermann* ZErB 2021, S. 418 (419).

⁴³³ *Zimmermann* ZErB 2021, S. 418 (420).

⁴³⁴ *Zimmermann* ZErB 2021, S. 418 (420 f.).

Das Betreuungsgericht kann die Zuwendung nach § 30 Abs. 3 BtOG auf Antrag des Betreuers aber auch genehmigen, wenn der Schutz des Betreuten dem nicht entgegensteht. Zwar soll dies dem Betreuten gewisse Handlungsfähigkeiten, insbesondere seine Testierfreiheit, zurückgeben, wobei aber zum einen gerade in Bezug auf die Testierfreiheit zu berücksichtigen ist, dass die entsprechende Genehmigung vor dem Tod erfolgen muss.⁴³⁵ Beim „stillen“ Testament ist diese Genehmigung also völlig unrealistisch, da der Betreute selbst den Antrag auf Genehmigung nicht stellen kann.⁴³⁶

Zum anderen ist fraglich, wieviel Schutz und daher „kontrollierte“ Handlungsfähigkeit diese Genehmigungsmöglichkeit, die auf das vage Kriterium der Schutzbedürftigkeit abstellt, überhaupt zu gewähren in der Lage ist: Denn es ist schon nicht auszuschließen, dass das Gericht eine Situation, in der der Betreute ausgenutzt wird, erkennt⁴³⁷ und damit genehmigt, obwohl dies dem Schutz des Betreuten zuwiderläuft. Außerdem sind die Kriterien, wann eine Schutzbedürftigkeit ausscheidet, völlig unklar: Eine Genehmigung soll laut Gesetzesbegründung bei „besonderen Konstellationen“ erteilt werden können.⁴³⁸ Was eine solche Konstellation auszeichnet, wird dabei nicht näher ausgeführt. Zwar soll sich die Genehmigung vor allem auf die Zuwendung einzelner Gegenstände beziehen,⁴³⁹ was zumindest den finanziellen Umfang, der zugewendet werden kann, begrenzt – es sei denn, der konkrete Gegenstand ist besonders wertvoll. Ob aber in „besonderen Konstellationen“ nicht doch auch mehr als nur ein Gegenstand zugewendet werden kann, ist unklar.

Außerdem gerät es gar mit den Persönlichkeitsrechten des Erblassers in Konflikt, wenn sich das Betreuungsgericht mit dem Inhalt der letztwilligen Verfügung befasst und selbst bewertet, ob es „richtig“ ist, ob, wie und warum jemand ein Testament errichtet.⁴⁴⁰ Sofern daraus geschlossen wird, dass das Gericht somit nur die Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit sowie die Frage, was für und gegen die Sittenwidrigkeit spreche, prüfen dürfe,⁴⁴¹ so stellt sich die Frage, was diese Schutzvorschrift sodann soll leisten können, was nicht schon der Allgemeine Teil des BGB leisten kann.

⁴³⁵ BT-Drucks. 19/24445, S. 386: Nach dem Tod könne nicht mehr geprüft werden, ob das Testament ohne Druck errichtet worden sei.

⁴³⁶ Zimmermann ZErB 2021, S. 418 (421).

⁴³⁷ Schutzbedürftigkeit entgeht auch Notaren, siehe unten unter 3. Kapitel B.II.1.a)cc)(2).

⁴³⁸ BT-Drucks. 19/24445, S. 386.

⁴³⁹ BT-Drucks. 19/24445, S. 386.

⁴⁴⁰ Zimmermann ZErB 2021, S. 418 (419).

⁴⁴¹ Zimmermann ZErB 2021, S. 418 (419), allerdings beides nicht i. S. e. konstitutiven Bestätigung.

ee) Konsequenzen der Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Bevollmächtigung

(1) Gefahren bei Erteilung einer General- bzw. Vorsorgevollmacht

Dass die Betreuung gegenüber einer Bevollmächtigung, also insbesondere General- und Vorsorgevollmacht i. S. v. § 1820 Abs. 1 S. 1 BGB, subsidiär ist, wurde bereits besprochen, ebenso die Tatsache, dass eine Vollmacht nur nichtig ist, wenn die Geschäftsunfähigkeit positiv nachgewiesen werden kann.⁴⁴² Dies kann aber in gewisser Weise zu einem paradoxen Ergebnis führen: Denn mangels Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit ist von der Wirksamkeit einer Generalvollmacht auch dann auszugehen, wenn der Bevollmächtigende das Institut der Generalvollmacht nicht mehr erfasst, andere Geschäfte wie Grundstücksgeschäfte aber beispielsweise schon. Denn es darf gerade nicht auf den Schwierigkeitsgrad des konkreten Rechtsgeschäfts und der kognitiven Fähigkeit des Betroffenen, dieses in seiner Komplexität vollständig zu erfassen, abgestellt werden.⁴⁴³ Eine Betreuerbestellung, die doch aber gerade auch dann möglich sein soll, wenn der Betroffene unterhalb der Schwelle der Geschäftsfähigkeit von der Komplexität abzuschließender Rechtsgeschäfte oder zu regelnder Sachverhalte überfordert ist, kommt folglich nicht in Betracht. Also hebt der Betroffene ausgerechnet durch die Vornahme eines komplexen Geschäfts, zu dem er eigentlich nicht mehr in der Lage ist, die Betreuungsvorschriften eigenhändig wieder aus.

Dies ist auch deswegen misslich, weil sich Beeinträchtigungen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, selbst wenn diese noch nicht vollständig ausgeschlossen sind, aber auch Gutgläubigkeit und Arglosigkeit älterer Menschen leicht von Familienmitgliedern mit zweifelhaften Motiven zunutze machen lassen, um in den Genuss von Vorsorgevollmachten zu kommen.⁴⁴⁴ Bei zweifelhaften Motiven des Vorsorge- bzw. Generalbevollmächtigten macht es aber für den Betroffenen einen erheblichen Unterschied, ob er durch diesen Bevollmächtigten oder einen gesetzlichen Vertreter vertreten wird:

Während sich der Inhaber einer General- und Vorsorgevollmacht ein vollumfängliches Vertretungsrecht einräumen lässt, das unter Umständen, wenn nicht

⁴⁴² Siehe oben zur Subsidiarität und den Voraussetzungen der Nichtigkeit unter 3. Kapitel B.I.1.b)aa).

⁴⁴³ So ausdrücklich LG Bremen, Beschl. v. 28.2.2020 – 5 T 574/18, 5 T 575/18, BeckRS 2020, 22080 Rn. 38; BGH NJW 2021, S. 63 (65).

⁴⁴⁴ So geschehen innerhalb der (entfernteren) Familie der Autorin, wo jahrelang um die Wirksamkeit von Vollmachten gestritten wurde, die sich Geschwister von dementen Eltern mit fraglicher Geschäftsfähigkeit erteilen ließen und mittels derer über das Vermögen der Eltern verfügt wurde. Der Verbleib dieses Vermögens blieb teils ungeklärt. Es ist nicht davon auszugehen, dass es sich hierbei um Einzelfälle handelt. Die erhöhte Gut- und Arglosigkeit auch betonend Heber 2022, S. 159.

anders vereinbart, sofort wirksam wird,⁴⁴⁵ ist die Betreuerbestellung aufgrund des im Betreuungsrecht geltenden Erforderlichkeitsgrundsatzes stark beschränkt. Dies bedeutet, wie gesehen, zum einen, dass die Betreuerbestellung überhaupt nur für die Angelegenheiten erfolgt, für die der Betroffene nicht mehr zur eigenverantwortlichen Besorgung in der Lage ist. Zum anderen wird für diese Bereiche auch nur dann ein Betreuer bestellt, wenn es überhaupt Angelegenheiten zu besorgen gibt. Hinzukommt, dass der Betreuer unter ständiger Aufsicht des Betreuungsgerichts steht, § 1862 BGB, und zur Auskunft, § 1864 BGB, sowie unaufgefordert in regelmäßigen Abständen zur Berichterstattung und Rechnungslegung verpflichtet ist, §§ 1863, 1865 BGB. Diese Schutzmechanismen mögen zwar im Einzelfall auch immer einmal wieder versagen,⁴⁴⁶ immerhin sind diese Aufsichts- und Rechnungslegungspflichten jedoch vorgesehen. Da diese bei der Vorsorgevollmacht fehlen, ist dort die Missbrauchsanfälligkeit entsprechend höher.⁴⁴⁷

(2) Hohe Hürden der Kontrollbetreuung

Zwar bleibt auch im Fall einer wirksamen Bevollmächtigung die Möglichkeit der Bestellung eines Kontrollbetreuers, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen, § 1815 Abs. 3 BGB. Die Kontrollbetreuung gleicht aus, dass der Bevollmächtigte nicht der Aufsicht durch das Betreuungsgericht untersteht. Eine solche Überwachung des Bevollmächtigten kann aber nicht ohne Weiteres angeordnet werden:

Die Anforderungen an eine Kontrollbetreuung sind dabei zwar nicht so hoch, dass sie Geschäftsunfähigkeit des Vertretenen voraussetzen, denn so wie für die reguläre Betreuerbestellung selbst nicht erforderlich ist, dass der Grad der Geschäftsunfähigkeit erreicht ist, ist dies auch nicht für die Kontrollbetreuung erforderlich. Der Betroffene kann auch krankheitsbedingt zur Überwachung und Kontrolle des Bevollmächtigten nicht mehr in der Lage sein, ohne dass hierfür Feststellungen zur Geschäftsunfähigkeit getroffen werden müssten.⁴⁴⁸

Allerdings kann das Bedürfnis einer Kontrollbetreuung, wenn die Bevollmächtigung gerade für den Fall erteilt wurde, dass der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu regeln, aber auch nicht allein damit

⁴⁴⁵ Heber 2022, S. 158.

⁴⁴⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel B.I.3.b)dd), etwa wenn der Betreuer seine Pflichten zur Rechnungslegung nicht ordnungsgemäß erfüllt.

⁴⁴⁷ Heber 2022, S. 159.

⁴⁴⁸ Siehe z. B. LG München I FamRZ 1998, S. 700, welches sich mit der Geschäftsunfähigkeit im Rahmen von § 1896 Abs. 3 BGB a. F. nicht befasste, dennoch den Bedarf für die Bestellung eines Kontrollbetreuers bejahte. a. A. OLG München NJW-RR 2009, S. 1379 (1379), denn bei Geschäftsunfähigkeit sei der Betroffene dann insbesondere nicht mehr in der Lage, die Vollmacht zu widerrufen.

begründet werden, dass der Vollmachtgeber nun eben aufgrund seiner Erkrankung diese Überwachung nicht mehr leisten kann.⁴⁴⁹ Schließlich will der Betroffene bei Vorsorgevollmachten dem Bevollmächtigten gerade für diesen Fall sein Vertrauen schenken.⁴⁵⁰ Es müssen, dies gebietet der Erforderlichkeitsgrundsatz, der auch für die Kontrollbetreuung gilt, also weitere Umstände hinzukommen, wie etwa der durch tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird.⁴⁵¹

Dies kann der Fall sein, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen.⁴⁵² Es muss dabei kein Missbrauch der Vertretungsmacht oder ein entsprechender Verdacht vorliegen, sondern es genügen konkrete Anhaltspunkte, wonach der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend den Vereinbarungen und Interessen des Betroffenen handelt.⁴⁵³

Mit dem Erfordernis konkreter Anhaltspunkte begegnet man allerdings wieder demselben Problem wie bei der Feststellung des objektiven Betreuungsbedarfs bzw. der erheblichen Gefahr für das Vermögen im Fall des Einwilligungsvorbehalts: Es genügt so wiederum nicht die nur rein abstrakte Möglichkeit, der Bevollmächtigte könnte beispielsweise eine in der Vollmacht vorgesehene Befreiung von § 181 BGB zum Nachteil des Betroffenen ausnutzen. Ein konkreter Verdacht für die Unredlichkeit des Bevollmächtigten ergibt sich erst dann, wenn dieser von der Befreiung bereits in einer Weise Gebrauch gemacht hat, die einen solchen Verdacht stützt.⁴⁵⁴ Dies bedeutet, dass der Vertretene im Zweifel immer erst einmal Nachteile hinnehmen muss, bevor eine Kontrollbetreuung eingesetzt wird. Entsprechend können auch – schon erfolgte – Unregelmäßigkeiten auf dem Konto des Betroffenen die Anordnung einer Kontrollbetreuung begründen.⁴⁵⁵

Und schließlich ist zu bedenken, dass solche Vorkommnisse auch nur dann zu einer Kontrollbetreuung führen, wenn diese dem Betreuungsgericht oder der Betreuungsbehörde zur Kenntnis gelangen, was nicht notwendigerweise der Fall ist, da sich der Bevollmächtigte eben gerade außerhalb gerichtlicher Auf-

⁴⁴⁹ BGH NJW-RR 2020, S. 449 (450).

⁴⁵⁰ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1820 BGB Rn. 39.

⁴⁵¹ BGH NJW-RR 2020, S. 449 (450); BGH NJW-RR 2019, S. 1027 (1029); BGH NJW 2014, S. 3237 (3238); siehe auch MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1820 BGB Rn. 39.

⁴⁵² BGH NJW 2014, S. 3237 (3238); BGH NJW-RR 2012, S. 834 (834).

⁴⁵³ BGH NJW 2014, S. 3237 (3238).

⁴⁵⁴ BGH NJW-RR 2012, S. 834 (835).

⁴⁵⁵ LG München II, Beschl. v. 18.9.2017 – 6 T 175/17, BeckRS 2017, 145635 Rn. 18 ff., so etwa Tankabbuchungen im Zusammenhang mit einer Italienreise sowie Abhebungen in Supermärkten und bei Swarovski. In der Sache bestätigend: BGH NJW-RR 2018, S. 642 (643).

sicht bewegt.⁴⁵⁶ Auch dieser Umstand schmälert den tatsächlichen Nutzen der Kontrollbetreuung.

Im Übrigen kann ein Kontrollbetreuer auch nicht ohne Weiteres mit der Befugnis zum Widerruf der erteilten Vollmacht ausgestattet werden. Für eine solche Anordnung sind vielmehr tragfähige Feststellungen Voraussetzungen, wonach „das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt“.⁴⁵⁷ Der Kontrollbetreuer muss zunächst versuchen, auf den Bevollmächtigten einzuwirken, durch Ausübung von Weisungsrechten und durch Wahrnehmung der Rechte aus § 666 BGB.⁴⁵⁸ Erst wenn diese Maßnahmen fehlgeschlagen sind oder sie von vornherein aufgrund feststehender Tatsachen mit hinreichender Sicherheit nicht zielführend sind, ist die Ermächtigung zum Vollmachtswiderruf verhältnismäßig.⁴⁵⁹

Eine Überwachung und noch weniger eine „Entmachtung“ des Bevollmächtigten durch einen Kontrollbetreuer ist damit nur in engen Grenzen möglich. Ist eine Bevollmächtigung also wirksam, obwohl der Betroffene deren Tragweite nicht verstanden hat, muss der Betroffene das Handeln des Bevollmächtigten gegen sich gelten lassen. Die Annahme, der Betroffene sei bei Erteilung der Vollmacht geschäftsfähig gewesen, birgt folglich ein nicht zu unterschätzendes Gefährdungspotential.

Nun ist zwar zuzugeben, dass die Vollmachtbestellung natürlich auch ein Ausdruck von Autonomie und Selbstbestimmung ist,⁴⁶⁰ mag die Selbstbestimmungsfähigkeit auch eingeschränkt gewesen sein, während die Betreuerbestellung und auch die Bestellung eines Kontrollbetreuers als erheblicher Eingriff in Art. 2 und 1 GG gelten.⁴⁶¹ Angesichts der Reichweite und der Gefahren, die von einer Vorsorgevollmacht ausgehen, ist aber fraglich, ob der (eingeschränkten) Selbstbestimmungsfähigkeit an dieser Stelle tatsächlich zu voller Geltung verholfen werden muss. Denn je stärker das Selbstbestimmungsrecht eingeschränkt ist und je stärker sich der Betroffene zu gefährden droht, desto mehr erstarkt die staatliche Schutzpflicht.

ff) Relevanz eines ablehnenden Willens des Betroffenen

(1) Bei Betreuerbestellung

Gemäß § 1814 Abs. 2 BGB darf gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden. Laut Gesetzesbegründung verböten es sowohl

⁴⁵⁶ MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1820 BGB Rn. 39; Heber 2022, S. 159.

⁴⁵⁷ BGH, NJW-RR 2019, S. 1027 (1029).

⁴⁵⁸ BGH, NJW-RR 2019, S. 1027 (1029).

⁴⁵⁹ BGH, NJW-RR 2019, S. 1027 (1029).

⁴⁶⁰ BGH, NJW 2014, S. 785 (786).

⁴⁶¹ Siehe bereits oben unter 2. Kapitel B.III.1.a)bb) bei Fn. 235.

Art. 2 Abs. 1 als auch Art. 1 Abs. 1 GG dem Staat, denjenigen, der seinen Willen frei bestimmen kann, zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen.⁴⁶² Jeder habe das Recht, sein Leben so zu gestalten, wie er es wünsche, soweit nicht Rechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter betroffen seien.⁴⁶³ Die Bestellung eines Betreuers gegen den freien Willen stelle die Subjektqualität des Menschen in Frage und sei daher mit dessen Würde nicht zu vereinbaren.⁴⁶⁴ Eine Betreuerbestellung darf bei entgegenstehendem Willen im Übrigen auch nur dann erfolgen, wenn feststeht, dass die betroffene Person ihren Willen nicht frei bestimmen kann. Bestehen nur Zweifel hieran, muss die Betreuerbestellung unterbleiben.⁴⁶⁵

Ausgangspunkt ist also das Fehlen eines „freien Willens“. Versteht man Geschäftsunfähigkeit mit der herrschenden Meinung absolut und damit als umfassende Unfähigkeit, unabhängig vom Lebensbereich einen freien Willen bilden zu können, so ist bei nachgewiesener Geschäftsunfähigkeit immer auch eine Zwangsbetreuung möglich: Denn kann eine Person überhaupt keinen freien Willen bilden, dann eben auch nicht in Bezug auf die Betreuerbestellung. Die relevantere Frage ist aber, ob eine Person, die geschäftsfähig ist, aber eine der Schwächen der Fallgruppen 1 bis 4 aufweist, auch bei entgegenstehendem Willen unter Betreuung gestellt werden kann. Es muss also geklärt werden, ob eine Person einerseits geschäftsfähig, aber andererseits i.S.d. § 1814 Abs. 2 BGB nicht mehr in der Lage sein kann, einen freien Willen zu bilden. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Kriterien für das Fehlen des freien Willens i.S.d. § 1814 Abs. 2 BGB mit denjenigen des Ausschlusses der freien Willensbestimmung i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB deckungsgleich sind, sodass sich die Zwangsbetreuung auf Geschäftsunfähigkeit beschränke.

Teils wird von einer solchen Deckungsgleichheit zwar ausgegangen und damit die Zwangsbetreuung mit der Geschäftsunfähigkeit verknüpft.⁴⁶⁶ Die Ge-

⁴⁶² BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

⁴⁶³ BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

⁴⁶⁴ BT-Drucks. 15/2494, S. 28; BGH NZFam 2014, S. 458 (459); BGH FGPrax 2011, S. 119 (119); BVerfG NJW 2010, S. 3360 (3361), wonach eine Betreuerbestellung ohne hinreichende Prüfung der Betreuungsvoraussetzungen, insbesondere des fehlenden freien Willens im Falle einer Betreuungsablehnung, einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG darstelle.

⁴⁶⁵ BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1814 BGB Rn. 172. Nicht ausreichend ist etwa die Feststellung eines Sachverständigen, die Willensbildung sei „erheblich beeinträchtigt“, siehe im Zusammenhang mit der Kontrollbetreuung: BGH, NJW-RR 2018, S. 642 (642).

⁴⁶⁶ Cöepicus FamRZ 1992, S. 741 (750); Schmidt und Böcker 1993, Rn. 15. Aus der Rechtsprechung BayObLG, NJOZ 2005, S. 952 (953); siehe zu diesem Urteil bereits MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1814 BGB Rn. 43; siehe auch OLG Hamm, Beschl. v. 30.8.1994 – 15 W 237/94, BeckRS 1994, 10250 Rn. 21, wo die Unfähigkeit zur freien Willensbestimmung, die eine Zwangsbetreuung rechtfertige, mit der Unfähigkeit, in den zu betreuenden Angelegenheiten einen freien Willen bestimmen zu können, gleichgesetzt wird; so auch BayObLG, Beschl. v. 25.11.1993 – 3Z BR 190/93, BeckRS 1993, 522 Rn. 10, wo eine Verknüpfung der

setzesbegründung zu § 1986 Abs. 1a BGB a.F.,⁴⁶⁷ der Vorgängernorm zu § 1814 Abs. 2 BGB, legt jedoch ein anderes Verständnis nahe. Mit der Formulierung der „freien Willensbestimmung“ in § 1896 Abs. 1a BGB a.F. lehnt sich der Gesetzgeber zwar ausdrücklich an § 104 Nr. 2 BGB an: Beide Vorschriften umschrieben, so die Gesetzesbegründung zu § 1896 Abs. 1a BGB a.F., im Kern dasselbe Phänomen. Die heranzuziehenden Kriterien seien daher, ebenso wie bei § 104 Nr. 2 BGB, die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen sowie die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln.⁴⁶⁸

Sodann aber weicht die Gesetzesbegründung von dem beschworenen Gleichlauf mit § 104 Nr. 2 BGB ab, indem sie die Einsichtsfähigkeit abweichend und weniger abstrakt, als es für § 104 Nr. 2 BGB anerkannt ist, definiert: Einsichtsfähigkeit setze die Fähigkeit des Betroffenen voraus, im Grundsatz die für und wider eine Betreuerbestellung sprechenden Grundsätze zu erkennen und abzuwägen. Wichtig sei insbesondere das Verständnis, dass ein gesetzlicher Vertreter bestellt werde, der eigenständige Entscheidungen in dem ihm übertragenen Aufgabenkreis treffen könne. Der Betroffene müsse also Grund, Bedeutung und Tragweite einer Betreuung intellektuell erfassen können. Er müsse dabei denknötwendig seine Defizite wenigstens im Wesentlichen zutreffend einschätzen können, da es ihm nur dann möglich sei, die für und gegen die Betreuerbestellung sprechenden Umstände abzuwägen. Die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln, fehle, wenn er dem beherrschenden Einfluss eines Dritten unterliege. Fehle eines dieser Kriterien, liege nur ein „natürlicher“, aber kein „freier“ Wille vor.⁴⁶⁹

Mit dieser Definition bezieht der Gesetzgeber also zum einen intellektuelle Unfähigkeiten ein, die er bzw. die herrschende Meinung für die Geschäftsfähigkeit aber gerade als irrelevant betrachten, und fordert zum anderen auch keine geistige Beeinträchtigung, die *jede* Willensbetätigung verzerrt, wie bei § 104 Nr. 2 BGB, sondern nur eine solche, die gerade die Einsicht konkret in die Betreuerbestellung verstellt. In § 1814 Abs. 2 BGB, wo sich die Handlungsfähigkeit also anhand des Verstehenkönnens des konkreten Sachverhalts bemisst, ist damit gewissermaßen eine relative Handlungsfähigkeit angesprochen. Dies führt dazu, dass der Ausschluss der freien Willensbestimmung in § 1814 Abs. 2 BGB geringeren Anforderungen unterliegt als der in § 104 Nr. 2 BGB angesprochene Ausschluss, sodass eine Zwangsbetreuung auch dann in Betracht kommen kann, wenn eine Person noch nicht geschäftsunfähig ist.

Zwangsbetreuung mit den Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB dem Grunde nach als richtig angesehen wird.

⁴⁶⁷ Zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 21.4.2005 (BGBl. I 2005, S. 1073).

⁴⁶⁸ BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

⁴⁶⁹ BT-Drucks. 15/2494, S. 28; BGH FGPrax 2011, S. 119 (119); BGH NZFam 2014, S. 458 (459); BGH NJW-RR 2016, S. 711 (712); BGH NJW-RR 2016, S. 643; Staudinger BGB-Bienwald 2017, § 1896 BGB a.F. Rn. 37.

Die Rechtsprechung hält die abstrakte Feststellung des Ausschlusses der freien Willensbestimmung in § 104 Nr. 2 BGB zwar ohnehin nicht durch, sondern fordert regelmäßig für die Geschäftsfähigkeit Einsichtsfähigkeit in Bezug auf Rechtsgeschäfte im Allgemeinen bzw. gar in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft.⁴⁷⁰ Für das Verhältnis zur freien Willensbildung im Kontext einer Betreuerbestellung bedeutet aber auch diese Herangehensweise – erst recht –, dass beide Willensbildungsfähigkeiten zu entkoppeln sind, wie folgende Ausführungen des BGH zeigen:

So nimmt der BGH zum einen in seine Definition der Einsichtsfähigkeit in die Betreuerbestellung die Fähigkeit, Grund, Bedeutung und Tragweite intellektuell erfassen zu können, auf.⁴⁷¹ Die Einsichtsfähigkeit hat hier also einen besonderen Bezugspunkt. Zum anderen äußert er, die Geschäftsfähigkeit und damit die für sie erforderliche Einsicht- und Steuerungsfähigkeit müsse sich nicht auf die Betreuung, sondern – in inkonsequenter Abweichung zur Idee einer absoluten Geschäftsunfähigkeit – auf die vorzunehmenden Rechtshandlungen (in diesem Fall eine Vollmachtserteilung) beziehen.⁴⁷² Dort hat die Einsichtsfähigkeit folglich einen anderen Bezugspunkt. Hieraus schließt er – sodann konsequenterweise –, dass aufgrund dieser beiden unterschiedlichen Bezugspunkte bei einem Schluss vom Vorliegen der Voraussetzungen von § 1896 Abs. 1a BGB a.F. bzw. § 1814 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. auf diejenigen des § 104 Nr. 2 BGB zwei unterschiedliche Fragen miteinander vermischt würden: Geschäftsfähigkeit sei nicht deckungsgleich mit dem Vorhandensein eines freien Willens im Hinblick auf die Betreuerbestellung. Es sei ohne Weiteres denkbar, dass es dem Betroffenen zwar am freien Willen hinsichtlich der Betreuung fehle, er aber gleichwohl in vollem Umfang geschäftsfähig sei.⁴⁷³

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass die in § 1814 Abs. 2 BGB genannte Unfähigkeit mit der in § 104 Nr. 2 BGB genannten nicht deckungsgleich ist.⁴⁷⁴ Die Frage ist jedoch, wie häufig es tatsächlich vorkommen wird, dass eine Per-

⁴⁷⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

⁴⁷¹ BGH NJW 2016, S. 2745 (2746).

⁴⁷² BGH NJW 2016, S. 2745 (2747); zu diesem Urteil auch BeckOGK-Erbarth, § 1358 BGB Rn. 116f., wonach der BGH hier im Prinzip die Notwendigkeit einer relativen Geschäftsfähigkeit bestätigt habe.

⁴⁷³ BGH NJW 2016, S. 2745 (2746f.). Siehe zur Herangehensweise der Rechtsprechung zu § 104 Nr. 2 BGB und der hieraus folgenden Konsequenz, dass die Anforderungen an die Fähigkeit der freien Willensbildung bei § 1814 Abs. 2 BGB und § 104 Nr. 2 BGB dieselbe sei, aber der Bereich, auf den sie sich beziehe, unter Umständen ein anderer: BeckOGK-Erbarth, § 1358 BGB Rn. 116f.

⁴⁷⁴ Eine Entkopplung grundsätzlich anerkennend MüKo BGB/Band 10-Schneider 2024, § 1814 BGB Rn. 43: In Bezug auf die Betreuerbestellung gehe es eher um eine natürliche Einsichtsfähigkeit. Ebenso zwischen Geschäftsunfähigkeit und Fähigkeit, die Notwendigkeit der Betreuerbestellung einzusehen, unterscheidend: Enderlein 1996, S. 182f., 185. Zu Unrecht kritisch BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1814 BGB Rn. 169.1.: Es könne nicht zwei unterschiedliche Willensfreiheiten geben, eine für § 1814 Abs. 1 S. 2 BGB und eine für § 104 Nr. 2 BGB.

son entsprechend dem Verständnis der herrschenden Meinung geschäftsfähig, aber dennoch betreuungsbedürftig ist und gleichzeitig die Fähigkeit verloren hat, Bedeutung und Tragweite der Betreuung einzusehen. So wird gerade bei beginnenden demenziellen Prozessen milder Ausprägung und bei leichten geistigen Behinderungen und intellektuellen Minderbegabungen, die nur die Fähigkeit zur Vornahme schwieriger Rechtsgeschäfte beeinträchtigen, die Fähigkeit zur freien Willensbildung in Bezug auf eine Betreuerbestellung noch vorhanden sein.⁴⁷⁵ Praktisch wird es daher häufig so sein, dass eine Betreuung bei entgegenstehendem Willen ausscheiden muss.

Im Übrigen ist nicht nur die reguläre Betreuung ausgeschlossen, wenn dies dem freien Willen des Betroffenen widerspricht. Auch eine Kontrollbetreuung kann nicht gegen den freien Willen des Betroffenen erfolgen.⁴⁷⁶ Damit kann auch in den Fällen der Erteilung von General- und Vorsorgevollmachten, deren Tragweite der Betroffene nicht verstanden hat, der Schutzmechanismus der Kontrollbetreuung nicht aktiviert werden, wenn hinsichtlich der Bestellung eines Kontrollbetreuers noch Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gegeben ist.

(2) Bei Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts

Steht der freie Wille des Betroffenen der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts entgegen, muss diese ebenso unterbleiben, § 1825 Abs. 1 S. 2 BGB. Auch dies ist damit zu rechtfertigen, dass der Staat von Verfassungen wegen nicht das Recht hat, seine erwachsenen und zu freier Willensbestimmung fähigen Bürger zu erziehen, zu bessern oder daran zu hindern, sich selbst zu schädigen.⁴⁷⁷

Nun wurde an anderer Stelle – zur Erforderlichkeit des Einwilligungsvorbehalts – bereits festgestellt, dass Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen keine Eingangsvoraussetzung des Einwilligungsvorbehalts ist.⁴⁷⁸ Es stellt aber sich nun die Folgefrage, ebenso wie bei der Zwangsbetreuung, ob nicht zumindest die Zwangsanordnung eines Einwilligungsvorbehalts stets Geschäftsunfähigkeit voraussetzt: Dies ist jedoch, ebenso wie bei der Betreuungsanordnung gegen den Willen des Betroffenen, nicht der Fall. Zwar führt absolute Geschäftsunfähigkeit als genereller Ausschluss der Willensbestimmungsfreiheit wiederum zu umfassender rechtlicher Handlungsunfähigkeit, aber es kann auch unterhalb

⁴⁷⁵ Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 375. Siehe auch Enderlein 1996, S. 183f.: In sog. „Zwischenbereichen“ (Geschäftsfähigkeit noch gegeben, aber Betreuungsbedarf liegt vor) sei aufgrund des Erforderlichkeitsgrundsatzes stets darauf zu achten, ob der Betroffene noch in der Lage sei, über die Betreuerbestellung einsichtsvoll zu entscheiden. Auch geistig oder seelisch Behinderte könnten in Bezug auf diese Frage noch entscheidungskompetent sein. Siehe auch Foerster et al., in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (538), wonach bei mittelgradiger und schwerer Intelligenzminderung eine Betreuung auch ohne Einwilligung in Betracht komme, m.a.W: bei leichteren Ausprägungen noch nicht.

⁴⁷⁶ St. Rspr., siehe nur: BGH NJW-RR 2018, S. 642 (642).

⁴⁷⁷ BGH NJW-RR 2017, S. 964 (965).

⁴⁷⁸ Siehe oben unter 3. Kapitel B.I.2.b)bb)(2)(a).

der Schwelle der Geschäftsunfähigkeit eine Zwangsanordnung möglich sein. Denn im Rahmen von § 1825 Abs. 1 S. 2 BGB geht es nur um die konkrete Fähigkeit, die Notwendigkeit des Einwilligungsvorbehalts einzusehen, und unterliegt daher weniger hohen Voraussetzungen als § 104 Nr. 2 BGB.⁴⁷⁹ Allerdings ist gerade bei den Personen der Fallgruppen 1–4 wiederum fraglich und genau darauf zu achten, ob die Fähigkeit, die Notwendigkeit eines Einwilligungsvorbehalts einzusehen, schon verloren gegangen ist. Ein entgegenstehender Wille kann daher einen Einwilligungsvorbehalt unter Umständen unmöglich machen.

4. Zwischenergebnis

Die Behauptung, dass das BGB den Personen, die als geschäftsfähig gelten, aber aufgrund geistiger Beeinträchtigungen den Schwierigkeiten der Fallgruppen 1–4 ausgesetzt sind, keinen Schutz böte, ginge sicherlich zu weit. Gerade das Betreuungsrecht ist dem Grunde nach auch auf den Schutz dieser Personen ausgerichtet, da weder die Anordnung einer Betreuung noch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts Geschäftsunfähigkeit voraussetzen. Wie sich der Zustand, der die subjektive Betreuungsbedürftigkeit begründet, beim Betroffenen im Einzelnen auswirkt, ist dabei dem Grunde nach ebenso unerheblich. Es ist also gleich, welcher Fallgruppe eine Person zuzuordnen ist: Solange der Zustand im Ergebnis dazu führt, dass eine Angelegenheit zu besorgen ist, weil der Betroffene sich beispielsweise zu schädigen droht, ist der Anwendungsbereich des Betreuungsrechts eröffnet. Die Beschaffenheit des Betreuungsrechts bringt aber dennoch einige Schutzlücken mit sich:

So wird eine Betreuung denklogisch schon nur dann angeordnet, wenn das Betreuungsgericht von der Betreuungsbedürftigkeit Kenntnis erlangt. Dies erfolgt aber solange nicht, wie der Betroffene selbst oder Dritte, z. B. Angehörige, sofern er solche überhaupt hat, die Betreuungsbedürftigkeit selbst nicht erkennen. Das Betreuungsrecht kann zudem im Zweifel immer nur Schutz für die

⁴⁷⁹ Siehe zur Unfähigkeit, die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung einzusehen und die unterschiedlichen Bezugspunkte, die die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung haben kann, oben ab Fn. 465. Siehe zur Entkopplung beider Fähigkeiten dem Grunde nach auch BayObLG, Beschl. v. 22.5.1996 – 3 Z BR 58/96, BeckRS 1996, 30922033: Der Einwilligungsvorbehalt (gegen den Willen des Betroffenen, denn schließlich ging dieser gegen selbigen vor) setze voraus, dass der Betroffene seinen Willen nicht frei bestimmen könne, wobei die Frage nach der Geschäftsunfähigkeit hierfür nicht von unmittelbarer Bedeutung sei. So auch: BayObLGZ 1993, S. 346 (347). Siehe auch: BayObLG, Beschl. v. 4.5.1995 – 3 Z BR/46/95, BeckRS 1995, 30922334, einerseits darauf hinweisend, die Frage nach der Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit sei für die Entscheidung über den Einwilligungsvorbehalt nicht von unmittelbarer Bedeutung, andererseits aber feststellend, in der Feststellung der partiellen Geschäftsunfähigkeit sei die Feststellung enthalten, dass der Betroffene (ganz oder teilweise) seinen Willen nicht frei bestimmen können. Dies ist insofern richtig, als die Geschäftsunfähigkeit als „stärkere“ Unfähigkeit die Unfähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit eines Einwilligungsvorbehalts immer in sich aufnimmt.

Zukunft bieten, da die Betreuungsanordnung die Prognose voraussetzt, wie sich zum einen der Zustand des Betroffenen entwickeln wird und ob der Betroffene zum anderen ein Verhalten an den Tag legen wird, das die Einschaltung eines Betreuers bzw. die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts notwendig macht. Diese Prognoseentscheidung ist notwendigerweise mit Unsicherheiten verbunden; eine sichere Grundlage für eine Betreuungsanordnung bietet damit wohl nur eine bereits eingetretene Schädigung, die sich dann aber häufig auch nicht mehr beseitigen lässt, auch nicht durch einen Betreuer. Zudem ist der Einwilligungsvorbehalt an die erhebliche Gefahr eines Schadens geknüpft. Die Voraussetzungen für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts sind dabei hoch und an geradezu ruinöses Handeln des Betroffenen geknüpft; für Schädigungen unterhalb dieser Stelle bietet das Betreuungsrecht in Form des Einwilligungsvorbehalts also keinen Schutz.

Hinzukommt, dass der Betroffene, wenn er diesbezüglich noch einen freien Willen bilden kann, die Betreuerbestellung bzw. die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts ablehnen kann. Es ist dann nicht möglich, ihm trotz eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit den Schutz des Betreuungsrechts zukommen zu lassen. Abgesehen davon, dass der Schutz des Betreuungsrechts zwingend mit der Involvierung eines Dritten in das Leben des Betroffenen zusammenhängt, was für den Betroffenen nicht ungefährlich sein kann – so ist nicht auszuschließen, dass sich der Betreuer die Dankbarkeit des Betreuten zu seinen Gunsten zunutze macht oder in sonstiger Weise nicht im Sinne des Willens des Betreuten handelt; zudem besteht durch die Doppelkompetenz die Gefahr sich widersprechender Rechtsgeschäfte –, die Lösung ausschließlich über das Betreuungsrecht begegnet auch praktischen Schwierigkeiten: Geht es darum, eine Person nur vor sie überfordernden Rechtsgeschäften zu schützen, so stellt sich die Frage, wie der Betreuungsbeschluss so formuliert werden kann, dass der Schutz weder lückenhaft noch zu weitgehend ist und im Übrigen auch der Rechtssicherheit Rechnung getragen wird.

Alternativ zur Betreuung hat der Betroffene die Möglichkeit, eine General- oder Vorsorgevollmacht zu errichten, § 1820 Abs. 1 BGB, um einen Dritten mit der Besorgung von Angelegenheiten zu betrauen. Diese unterliegt aber ähnlichen, teils gar erhöhten Bedenken: Eine Vorsorgevollmacht lässt sich gerade älteren, vertrauensseligen Menschen leicht abluchsen, gerade durch nahe Angehörige, die nicht notwendigerweise das Beste des Betroffenen im Sinne haben. Hinzukommt, dass die Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit nach herrschender Meinung so hoch angesetzt werden, dass Geschäftsunfähigkeit nur vorliegt, wenn eine freie Willensbestimmung i.S.d. absoluten Geschäftsunfähigkeit überhaupt nicht mehr möglich ist. Eine Vorsorgevollmacht wird also auch dann wirksam erteilt, wenn der Bevollmächtigende nicht überblicken kann, welche Gefahren mit dieser Vollmachterteilung einhergehen, bzw. wenn er nicht erkennt, dass der Vertreter dieses Vertrauen nicht verdient hat. Zwar

besteht grundsätzlich die Möglichkeit einer Kontrollbetreuung, aber auch diese unterliegt hohen Hürden. Insbesondere ist wiederum notwendig, dass das Betreuungsgericht überhaupt von den Vorfällen Kenntnis erlangt, die die Anordnung einer Kontrollbetreuung rechtfertigen.

II. Instrumente der Inhaltskontrolle

Trotz der Anerkennung des Grundsatzes der Privatautonomie, enthält das BGB Vorschriften, die zum Schutz unterlegener Vertragspartner die Nichtigkeit bestimmter Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftlicher Bestimmungen vorsehen. Gegenstand der Untersuchung sind im Folgenden die Sittenwidrigkeitsklausel des § 138 BGB (1.), die Verbotsgebotsvorschrift des § 134 BGB (2.), die AGB-Kontrolle (3.) sowie eine etwaige allgemeine Inhaltskontrolle (4.). Dabei ist das Augenmerk wiederum darauf zu legen, inwiefern diese Vorschriften spezifisch dem Schutz der Personen der Fallgruppen 1–4 zu dienen geeignet sind.

1. Sittenwidrigkeit, § 138 BGB

a) § 138 Abs. 1 BGB

aa) Zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften

(1) Hohe Anforderungen

§ 138 Abs. 1 BGB wird beschrieben als „ein Stück vom Gesetzgeber bewusst ‚offen gelassener Gesetzgebung‘“. ⁴⁸⁰ Die Sittenwidrigkeitsklausel legitimiert den Richter folglich zu Rechtsfortbildung. ⁴⁸¹ Verfassungsrechtliche Grundlage dieser Klausel liegt in der Aufgabe des Gesetzgebers, seine Schutzpflichten zu erfüllen: Der Gesetzgeber hat die Regelung der Privatrechtsverhältnisse den Betroffenen überlassen, allerdings unter der Prämisse, diese werden gerechte Ergebnisse herstellen können. ⁴⁸² Wo dies aufgrund des ungleichen Verhandlungsgleichgewichts nicht mehr gewährleistet ist, muss zum Schutz der Privatautonomie des Übervorteilten diejenige des Übervorteilenden beschnitten werden. ⁴⁸³ § 138 Abs. 1 BGB wirkt insofern als Transformationsvorschrift, durch die die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes in das Privatrecht Eingang finden. ⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Hedemann 1933, S. 58; Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 69.

⁴⁸¹ Soergel BGB/Band 2-Hefermehl 1999, § 138 BGB Rn. 5; Soergel BGB/Band 2/1-Baldringer 2023, § 138 BGB Rn. 5.

⁴⁸² Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 90. Siehe auch bereits oben unter 2. Kapitel A.II.

⁴⁸³ Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 90; zum Schutz der Privatautonomie des Übervorteilten vor Fremdbestimmung: BVerfG NJW 1994, S. 35 (38); BVerfG NJW 1996, S. 2021.

⁴⁸⁴ Neuner 2023, S. 556 Rn. 13; Sack WRP 1985, S. 1 (5 ff.); Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 Rn. 96 ff.; Boemke NJW 2001, S. 43 (44).

Wenn also durch umfassende Interessenabwägung bestimmt wird, ob das Rechtsgeschäft rechtlich zu missbilligen ist,⁴⁸⁵ so muss dabei aber stets berücksichtigt werden, dass es sich bei § 138 Abs. 1 BGB nicht nur um eine Schutzvorschrift handelt, sondern auch um einen zu rechtfertigenden Grundrechtseingriff.⁴⁸⁶

Insbesondere wegen dieser Eingriffsqualität soll § 138 Abs. 1 BGB nach herrschender Meinung lediglich einen auf Extremfälle beschränkten Minimalschutz bewirken.⁴⁸⁷ § 138 Abs. 1 BGB sei als „äußerste Toleranzgrenze zu verstehen“⁴⁸⁸; die Norm fordere lediglich „die Einhaltung der äußersten Grenzen der herrschenden Rechts- und Sozialmoral“ und sanktioniere daher nur „evidente Verstöße“.⁴⁸⁹ Jedenfalls wird gefordert, dass das Verhalten, um für § 138 Abs. 1 BGB relevant zu sein, jedenfalls eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten müsse.⁴⁹⁰

Im Kern steckt hinter diesen Begrenzungsversuchen, gleich ob von Extremfällen oder „nur“ von einer Erheblichkeitsschwelle gesprochen wird, die alles überstrahlende Frage, wie stark eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (gepaart mit einer inhaltlichen Unangemessenheit, hierzu sogleich) und daher der materialen Selbstbestimmung⁴⁹¹ sein muss, um die der Rechtsgeschäftslehre zugrunde liegende Selbstverantwortung in Frage stellen zu dürfen: Dem Grundsatz folgend, dass es für die Selbstverantwortung im Rechtsverkehr grundsätzlich nicht auf die tatsächlich vorhandene Entscheidungsfreiheit ankommen dürfe, da das Maß individueller Entscheidungsfreiheit dem Gegenüber zum einen nicht ohne Weiteres erkennbar sei und da zum anderen jeder das Risiko für Beeinträchtigungen seiner Entscheidungsfreiheit trage, werden die Voraussetzungen von Vorschriften wie § 138 Abs. 1 BGB, die im Einzelfall von der Selbstverantwortung befreien, entsprechend hochgeschraubt.⁴⁹² Hinzutrete, dass das Bewusstsein für Selbstverantwortung nicht untergraben werden

⁴⁸⁵ Die Notwendigkeit einer Interessenabwägung hervorhebend: Staudinger BGB-Fischer 2021, § 138 Rn. 94; Walker 2020, S. 160 Rn. 11.

⁴⁸⁶ Vgl. auch OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 36 im Zusammenhang mit der Anwendung von § 138 BGB auf Testamente: Das OLG betont, dass die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB ein Grundrechtseingriff sei, sodass sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen können müsse. Ebenso BGH NJW 1994, S. 248 (250); BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2371).

⁴⁸⁷ *Canaris* AcP (184) 1984, S. 201 (236, 241); a. A.: *Sack* WRP 1985, S. 1 (3 ff).

⁴⁸⁸ *Fastrich* 1992, S. 20, 73 f.

⁴⁸⁹ *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (325). Von „besonders krassen Fällen“ spricht BAG, Urt. v. 20.2.1975 – 2 AZR 534/73, BeckRS 1975, 86.

⁴⁹⁰ Staudinger BGB-Fischer 2021, § 138 BGB Rn. 92.

⁴⁹¹ Zum Begriff und zur Problematik, inwiefern sich das Privatrecht am Prinzip materialer Selbstbestimmung orientieren muss, oben unter 2. Kapitel A.III.

⁴⁹² *Fastrich* 1992, S. 73 f.; für hohe Anforderungen auch *Heber* 2022, S. 167 ff.

dürfe, um die Funktionsfähigkeit der Privatautonomie, die gerade Selbstverantwortung voraussetze, nicht auszuhöhlen.⁴⁹³

(2) Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit

Rechtsgeschäfte können aus unterschiedlichen Gründen sittenwidrig sein. So wird unterschieden zwischen Inhaltssittenwidrigkeit einerseits und Umstandssittenwidrigkeit⁴⁹⁴ bzw. einer sich aus dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts ergebenden Sittenwidrigkeit⁴⁹⁵ andererseits. Inhaltssittenwidrigkeit soll vorliegen, wenn das Rechtsgeschäft schon seinem Inhalt nach „gegen die grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung“ verstößt.⁴⁹⁶ Ist dies nicht der Fall, so kann sich die Sittenwidrigkeit aber eben auch aus einer Gesamtschau weiterer Umstände ergeben.

Dabei ist im Einzelnen nicht ganz eindeutig, wie die Inhaltssittenwidrigkeit von der Umstandssittenwidrigkeit abzugrenzen ist. So liege Umstandssittenwidrigkeit nach teils vertretener Auffassung vor, wenn der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts, bestehend aus objektiven Merkmalen wie Inhalt, Umständen, Auswirkungen und Verhalten der Beteiligten sowie aus subjektiven Merkmalen wie einem verwerflichen Zweck oder Beweggrund die Sittenwidrigkeit begründe,⁴⁹⁷ konkret auch sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Vertragspartner.⁴⁹⁸ Inhaltssittenwidrigkeit hingegen liege nur vor, wenn das Rechtsgeschäft auf ein rechts- bzw. sozialetisch missbilligendes Verhalten oder die Herbeiführung eines entsprechenden Erfolgs gerichtet sei.⁴⁹⁹ Dies sei der Fall, wenn sich eine Partei etwa ein erlaubtes Verhalten unter Ausschluss des Selbstbestimmungsrechts versprechen lasse, so etwa die Verpflichtung, nicht zu heiraten.⁵⁰⁰

Andere hingegen fassen die Inhaltssittenwidrigkeit weiter, sodass hierunter zwar auch die Vereinbarung eines unsittlichen Verhaltens sowie die Vereinbarung einer Bindung, die als solche sittenwidrig sei, fielen. Darüber hinaus soll-

⁴⁹³ *Fastrich* 1992, S. 76.

⁴⁹⁴ *Flume* 1992, S. 368 ff.; OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 35; vgl. Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 145. *Hefermehl* unterscheidet zwischen „endogener“ und „exogener“ Sittenwidrigkeit: Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 20 ff.; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 21 ff.

⁴⁹⁵ BeckOK BGB-*Wendtland*, § 138 BGB Rn. 21, 23 ff.

⁴⁹⁶ BGH NJW 2023, S. 846 (846).

⁴⁹⁷ Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 29: „exogene Sittenwidrigkeit“; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 30.

⁴⁹⁸ BeckOK BGB-*Wendtland*, § 138 BGB Rn. 21, 24.

⁴⁹⁹ BeckOK BGB-*Wendtland*, § 138 BGB Rn. 20; Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 20: Versprechen eines unsittlichen Verhaltens, unsittlicher Erfolg oder seine Förderung; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 21.

⁵⁰⁰ BeckOK BGB-*Wendtland*, § 138 BGB Rn. 20.1; siehe auch *Larenz* 1967, S. 432 ff.: Inhaltssittenwidrigkeit bei Verträgen, die zu einer übermäßigen Beschränkung der persönlichen oder wirtschaftlichen Freiheit führen.

ten aber auch die Verknüpfung einer Bindung mit einem materiellen Vorteil oder Nachteil, die übermäßige Bindung, die Ausnutzung einer Macht- oder Monopolstellung zum Nachteil des Geschäftspartners und die Ausnutzung einer Vertrauensstellung erfasst sein.⁵⁰¹ Zur Umstandssittenwidrigkeit gehörten sodann vor allem die Fälle, in denen die rechtsgeschäftliche Regelung zur Erreichung eines unsittlichen Zwecks erfolge oder die Zweckverfolgung wegen „ungebührlichen Außerachtlassens der Interessen Dritter“ sittenwidrig sei.⁵⁰² Die Rechtsprechung hingegen zählt Fälle der Gläubigertäuschung zur Sittenwidrigkeit wegen des objektiven Inhalts, jedenfalls dann, wenn die Möglichkeit, Dritte könnten aufgrund des Vertrages Schaden erleiden, sehr naheliege.⁵⁰³

Eine genaue Grenzziehung ist allerdings ohnehin entbehrlich, da aufgrund der allgemeinen Anerkennung der Umstandssittenwidrigkeit jedenfalls die Berücksichtigung verschiedener Aspekte und nicht nur isoliert des Inhalts möglich ist. Folglich können auch die geistige Unterlegenheit und intellektuelle Defizite, also Beeinträchtigungen der Willensfreiheit eines Vertragspartners, als Umstände des Vertragsschlusses in die Wertung einfließen.⁵⁰⁴ Dabei ist aber zu beachten, dass trotz Anerkennung dieser Kategorie der Umstandssittenwidrigkeit die Sittenwidrigkeitsklausel des § 138 Abs. 1 BGB eine Norm der Inhalts-, nicht der Abschlusskontrolle ist.⁵⁰⁵ Dies bedeutet, dass zwar Beeinträchtigungen der Willensfreiheit bei der Sittenwidrigkeitsprüfung zu beachten und auch ein wichtiges Indiz für die Sittenwidrigkeit des Vertrages sind, aber für sich allein die Sittenwidrigkeit nicht begründen können.⁵⁰⁶

Dass die reine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit für sich allein für § 138 Abs. 1 BGB nicht ausreichend ist, ist schon aus der Existenz von § 123 BGB sowie § 138 Abs. 2 BGB zu schließen.⁵⁰⁷ Denn zum einen führen selbst die arglistige Täuschung und die widerrechtliche Drohung als schwerste Formen der Willensbeeinflussung nur zur Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts und nicht zu dessen Nichtigkeit.⁵⁰⁸ Daher können unter dieser Schwelle liegende Beein-

⁵⁰¹ Flume 1992, S. 368 ff.

⁵⁰² Flume 1992, S. 372.

⁵⁰³ BGH NJW 1953, S. 1966; zur Inhaltssittenwidrigkeit („endogene Sittenwidrigkeit“) ggfs. auch bei Verfolgung eines sittenwidrigen Zwecks auch Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 27; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 28.

⁵⁰⁴ Lorenz 1997, S. 246.

⁵⁰⁵ Lorenz 1997, S. 246; so schon Schumacher 1979, S. 61 f.: Umstände des Zustandekommens des Geschäfts begründeten noch keine Sittenwidrigkeit; siehe auch Löwe NJW 1980, S. 2078 (2078): Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrags, wenn Übervorteilung und unangemessene Bedingungen. Siehe auch Flume 1992, S. 368, 385; Lorenz 1967, S. 432: Es gehe bei § 138 BGB um die Bewertung des rechtsgeschäftlichen Inhalts, nicht des rechtsgeschäftlichen Handelns. Ebenso Rademacher 2020, S. 130.

⁵⁰⁶ Lorenz 1997, S. 246, 250.

⁵⁰⁷ Lorenz 1997, S. 247 f.

⁵⁰⁸ BGH NJW 1997, S. 902 (903); BGH NJW 1988, S. 2599 (2601 f.); vgl. Lorenz 1997, S. 247.

flussungen erst keine Nichtigkeit begründen.⁵⁰⁹ Zum anderen genügen auch für den Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB schwerwiegende Mängel der Willensbildung nicht, sondern es muss stets noch die fehlende Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung hinzukommen.⁵¹⁰ Auch die culpa in contrahendo als Schutzinstrument bei Störungen des Verhandlungsungleichgewichts und damit ebenso bei Beeinträchtigungen der Willensentschließungsfreiheit zeigt, dass die Wirksamkeit von Verträgen bei solchen Beeinträchtigungen nicht per Gesetz in Frage gestellt werden soll.⁵¹¹ Im Übrigen weist auch die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen,⁵¹² zum entschädigungslosen Wettbewerbsverbot von Handelsvertretern⁵¹³ sowie zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen⁵¹⁴ in diese Richtung.

Umstandssittenwidrigkeit bedeutet daher im Ergebnis nur eine „Verfeinerung“ der Inhaltskontrolle.⁵¹⁵ Wenn sich die Sittenwidrigkeit nicht bereits allein aus dem Inhalt eines Rechtsgeschäfts ergibt, so ist es zulässig, aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Beweggrund den Gesamtcharakter des Geschäfts zu bewerten.⁵¹⁶ Zu den in der Gesamtschau zu berücksichtigenden Umständen gehören dann auch – nur eben nicht allein – die Umstände des Vertragsschlusses.⁵¹⁷ Die Anforderungen an den Inhalt eines Rechtsgeschäfts

⁵⁰⁹ Lorenz 1997, S. 247; BGH NJW 1988, S. 2599 (2601): „Umstände, die beim Vorliegen einer Drohung lediglich zur Anfechtbarkeit der Willenserklärung nach § 123 BGB führen würden, können beim Fehlen einer Drohung nicht die stärkere Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB nach sich ziehen.“

⁵¹⁰ Lorenz 1997, S. 247.

⁵¹¹ Lorenz 1997, S. 253.

⁵¹² So auch in den Bürgschaftsentscheidungen zur sittenwidrigen Angehörigenbürgschaft, BVerfGE 89, S. 214 (232): „Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, *und* sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Artikel 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG, Artikel 28 Abs. 1 GG).“ (Hervorhebung durch Autorin). Ausführlich zur Bürgschaftsentscheidung Lorenz 1997, S. 253 ff. Siehe auch: MüKo BGB/Band 7-Habersack 2024, § 765 BGB Rn. 19, wonach tendenziell nicht allein die Umstände einer Bürgschaftserteilung die Sittenwidrigkeit begründeten, sondern der Inhalt die Grundlage des Sittenwidrigkeitsverdiktis sei. Ähnlich auch Lehmann 1981, S. 160.

⁵¹³ BVerfG NJW 1990, S. 1469 ff.

⁵¹⁴ BGH NJW 2004, S. 930 (932): Eine Inhaltskontrolle finde statt bei einer einseitigen Aufbürdung von Lasten *und* einer erheblich ungleichen Verhandlungssituation.

⁵¹⁵ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 49.

⁵¹⁶ So zuletzt BGH NJW 2023, S. 846 (846); zu dieser Gesamtbetrachtung aus der Rechtsprechung RGZ 98, S. 78 (79); BGH NJW 1988, S. 1373 (1374); BGH NJW 1988, S. 2599 (2601); BGH NJW 1989, S. 1276 (1277); BGH NJW 2019, S. 676 (677). Ebenso Lorenz 1997, S. 248; Soergel BGB/Band 2-Hefermehl 1999, § 138 Rn. 19; Soergel BGB/Band 2/1-Baldringer 2023, § 138 BGB Rn. 20; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 18, 48.

⁵¹⁷ Lorenz 1997, S. 248.

können aber dabei variieren, je nach Gewicht der anderen Faktoren, gerade solcher, die die Umstände des Vertragsschlusses betreffen.⁵¹⁸

bb) Benachteiligung eines unterlegenen Vertragspartners

(1) Inhaltliche Anforderungen

Als Instrument der Inhaltskontrolle setzt § 138 Abs. 1 BGB voraus, dass aus dem Rechtsgeschäft selbst irgendeine unangemessene Benachteiligung erwächst. Dabei ist der Inhalt des Rechtsgeschäfts weit zu fassen und beschränkt sich nicht nur auf die unmittelbare Rechtsfolge:

Bei Austauschverträgen ergibt sich der unangemessene Inhalt dabei aber natürlich primär aus dem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.⁵¹⁹ Dies sind die sog. „wucherähnlichen Geschäfte“.⁵²⁰ Ein besonders grobes Missverhältnis liegt dabei vor, wenn die vom Übervorteilten versprochene Leistung das Doppelte bzw. die Hälfte des Wertes der Gegenleistung beträgt bzw. sich knapp darunter befindet.⁵²¹ In einem solchen Fall soll auch der Schluss auf die (im Folgenden noch näher zu beleuchtende⁵²²) verwerfliche Gesinnung möglich sein.⁵²³ Aber auch unterhalb dieser Schwellen kann zumindest ein auffälliges Missverhältnis gegeben sein, welches dann jedenfalls zusammen mit anderen Faktoren, insbesondere sonstiger rechtlich nachteiliger Bedingungen⁵²⁴ oder auch einer (dann aber nicht zu vermutenden) verwerflichen Gesinnung,⁵²⁵ die Sittenwidrigkeit begründen kann.

Im Übrigen kann aber auch eine mangelnde subjektive Eignung des Vertragsgegenstands zur Sittenwidrigkeit eines Vertrags führen,⁵²⁶ ebenso für den Schuldner nachteilige Folgen eines Rechtsgeschäfts, wie etwa Überschuldung.⁵²⁷ So können Kaufverträge sittenwidrig sein, durch die sich unerfahrene Käufer zu Leistungen verpflichten, die ihre wirtschaftlichen Verhältnisse über-

⁵¹⁸ Lorenz 1997, S. 248: „bewegliches System von Sittenwidrigkeitsfaktoren“.

⁵¹⁹ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007); BGH NJW 2001, S. 1127 (1127); BGH, Urt. v. 5.6.1081 – V ZR 80/80, BeckRS 1981, 31073667.

⁵²⁰ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007); Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 310 ff.

⁵²¹ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 312; MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 212; BGH, Hinweisbeschl. v. 14.6.2017 – III ZR 487/16 Rn. 10; BGH NJW 2000, S. 1254 (1255).

⁵²² Siehe unten unter 3. Kapitel B.II.1.a)bb)(3).

⁵²³ Siehe unten bei Fn. 651.

⁵²⁴ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 313; MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 214; BGH NJW 2004, S. 2671 (2673); zur Würdigung des Gesamtvertrags auch BGH NJW-RR 1989, S. 1068 (1068); BGH NJW 1986, S. 2564 (2565).

⁵²⁵ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007); BGH NJW 2002, S. 429 (430); BGH NJW 2004, S. 3553 (3555). Siehe zum Inhalt dieser „verwerflichen Gesinnung“ sogleich unter 3. Kapitel B.II.1.a)bb)(3).

⁵²⁶ Lorenz 1997, S. 248.

⁵²⁷ Lorenz 1997, S. 248.

steigen.⁵²⁸ Selbiges gilt für Werkverträge mit „weitreichenden und bedrückenden finanziellen Folgen“.⁵²⁹ Bei Eheverträgen spricht der BGH von einer „evident einseitige[n] Lastenverteilung, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar erscheint“.⁵³⁰ Bei Bürgschaften und Schuldbeitritten, insbesondere naher Angehöriger, kann § 138 Abs. 1 BGB einschlägig sein, wenn die Bürgschaft oder der Schuldbeitritt den Sicherungsgeber finanziell krass überfordert⁵³¹ oder zumindest die zu erwartenden Einkommens- und Vermögensverhältnisse weit übersteigt und außergewöhnlich belastend ist.⁵³² Von einer krassen finanziellen Überforderung soll dann auszugehen sein, wenn die Schuld, für die sich eine Person verbürgt, so hoch ist, dass bereits bei Vertragsschluss feststeht, dass der Bürge selbst bei günstigster Prognose mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Forderung des Gläubigers nicht einmal zu großen Teilen tilgen können,⁵³³ bzw. wenn er voraussichtlich nicht einmal die Zinsen der Hauptforderung zahlen kann.⁵³⁴

Die Benachteiligung des einen Vertragspartners kann aber auch aus der Erlangung von Vorteilen durch den anderen folgen: So ist auch die Rede von

⁵²⁸ Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 160; Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 171; so auch zum Konsumentenkredit BGH NJW 1989, S. 1665 (1666): „Auch wenn sich aus dem Vertragsinhalt objektiv kein erhebliches Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ergibt, kann die Tatsache, daß ein Vertragspartner seine vertraglichen Verpflichtungen aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse voraussichtlich niemals erfüllen können, einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB begründen, wenn hinzukommt, daß dem Schuldner diese Tatsache bei Vertragsschluß nicht hinreichend bewußt wird, etwa weil er, gerade volljährig geworden, noch völlig unerfahren ist.“ So auch im Zusammenhang mit Haustürgeschäften BGH NJW 1982, 1457 (1458): Sittenwidrigkeit, wenn der Käufer (erkennbar) auf keinen Fall in der Lage sein wird, den Kaufpreis zum Fälligkeitszeitpunkt zu bezahlen.

⁵²⁹ OLG Frankfurt NJW-RR 1988, S. 501.

⁵³⁰ BGH NJW 2004, S. 930 (934).

⁵³¹ BGH NJW-RR 2017, S. 241 (243); BGH NJW 2005, S. 971 (972); BGH NJW 1995, S. 592 (593), wobei allerdings Sittenwidrigkeit dann abzulehnen sei, wenn die Bank ein Interesse an der Bürgschaft habe, etwa bei einer Bürgschaft eines Ehepartners, um eine Vermögensverschiebung zu verhindern; BGH NJW 2001, S. 2466 (2467). Es wird bei krasser finanzieller Überforderung sodann vermutet, dass die Bürgschaft nur aus emotionaler Verbundenheit gewährt wurde und der Gläubiger dies in sittenwidriger Weise ausgenutzt hat, siehe die vorstehenden Quellen sowie noch unten bei Fn. 630.

⁵³² Siehe nur BGH NJW 1994, S. 1341 (1342); BGH NJW 1997, S. 1003 (1003). Zur Bedeutung von § 138 BGB als Inhaltskontrolle: MüKo BGB/Band 7-*Habersack* 2024, § 765 BGB Rn. 19, wonach nicht allein die Umstände der Bürgschaftserteilung die Sittenwidrigkeit begründeten, sondern der Inhalt die Grundlage des Sittenwidrigkeitsverdikts sei. Siehe auch BVerfGE 89, S. 214 (232): „Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, [...]“.

⁵³³ BGH NJW 1994, S. 1278 (1279); BGH NJW 1998, S. 2138 (2140).

⁵³⁴ BGH NJW 2004, S. 161 (161); BGH NJW 2005, S. 971 (972); BGH NJW 2009, S. 2671 (2672).

„übermäßigen“⁵³⁵ oder „erheblichen“⁵³⁶ Vermögensvorteilen bzw. teils auch nur von einem für den Begünstigten vorteilhaften Vertrag⁵³⁷. Dies betrifft insbesondere Rechtsgeschäfte, bei denen eine Gegenleistung entfällt, wie bei Schenkungen⁵³⁸ oder Testamenten⁵³⁹, und solche Verträge, die eine Geldzahlung als Gegenleistung für eine Leistung nicht vermögensrechtlicher Art zum Gegenstand haben.⁵⁴⁰ In diesen Situationen, in denen dem Rechtsgeschäft naturgemäß inhaltlich nicht mehr entnommen werden kann, als dass sich der Vertrag oder das Rechtsgeschäft für die eine Partei als besonders gewinnbringend erweist, legt der Inhalt des Rechtsgeschäfts aber für sich allein noch nicht notwendigerweise Sittenwidrigkeit nahe. Es sind daher der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts inklusive seines Zustandekommens von besonderer Bedeutung. Dann ist darauf zu achten, ob beispielsweise in sittenwidriger Weise aus der Bedrängnis des Schenkenden Vorteile gezogen wurden.⁵⁴¹

Besondere Schwierigkeiten bereitet im Übrigen die Bewertung von Verfügungsgeschäften, die grundsätzlich sittlich neutral sind.⁵⁴² Nach der Rechtsprechung sind Verfügungsgeschäfte nur dann als sittenwidrig anzusehen, wenn die Sittenwidrigkeit zum einen gerade in der Erfüllung selbst liegt.⁵⁴³ Und dies ist nur dann der Fall, wenn das Verfügungsgeschäft „die durch das Grundgeschäft

⁵³⁵ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007), damit aber ohnehin die Situation eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung beschreibend; Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 83, ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 85.

⁵³⁶ Im Zusammenhang mit Testamenten: OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 39; OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1684) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*.

⁵³⁷ OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.12.2006 – 8 U 25/06, BeckRS 2007, 1478; auf die Vorteilhaftigkeit (und gleichzeitig die besondere Nachteilhaftigkeit für die andere Partei) abstellend auch OLG Karlsruhe NJW 2001, S. 2804 (2805).

⁵³⁸ BGH NJW 2023, S. 846 (864 f.) zur Sittenwidrigkeit von Schenkungen; ebenso BGH, Urt. v. 4.7.1990 – IV ZR 121/89, BeckRS 1990, 31065347 Rn. 4.

⁵³⁹ Zur Sittenwidrigkeit von Testamenten OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1683 ff.) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*.

⁵⁴⁰ BGH NJW 1991, S. 1046 (1047), wo bei einer Gegenleistung nichtvermögensrechtlicher Natur für die Sittenwidrigkeit auf die fehlende Entschließungsfreiheit des Betroffenen bei gleichzeitiger gewinnsüchtiger Ausnutzung abgestellt wird.

⁵⁴¹ BGH NJW 2023, S. 846 (846); BGH NJW 2022, S. 3147 (3148 f.); BGH, Urt. v. 4.7.1990 – IV ZR 121/89, BeckRS 1990, 31065347 Rn. 4; BeckOK BGB-*Wendtland*, § 138 BGB Rn. 21.1; so auch OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1684) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg* im Zusammenhang mit Testamenten, in der Anmerkung im Übrigen kritisch (*Graf Wolffskeel von Reichenberg* NJW 2021, S. 1686): Sittenwidrig müsse das Testament inhaltlich sein, dass das Verhalten des Begünstigten sittenwidrig sei, genüge nicht.

⁵⁴² BGH NJW 2016, S. 2662 (2664); *Larenz* 1967, S. 439; MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 295 ff.

⁵⁴³ RGZ 145, S. 152 (154); BGH NJW 1973, S. 613 (615); BGH NJW 2016, S. 2662 (2664); BGH NJW 1952, S. 1169 (1170); vgl. BGH NJW 1997, S. 860: „Die Sittenwidrigkeit träte gerade an der zweckwidrigen und öffentlich verwaltetes Vermögen verschleudernden Herauslösung des Grundstücks aus dem verwalteten Eigentum zutage.“

eingeleitete [Sittenwidrigkeit]⁵⁴⁴ verstärkt oder erst endgültig bewirkt“,⁵⁴⁵ etwa bei der Erfüllung von Knebelverträgen oder solchen Verträgen, die eine Gläubigerbenachteiligung zur Folge haben.⁵⁴⁶ Zum anderen ist ein Verfügungsgeschäft dann sittenwidrig, wenn mit der Erfüllung ein sittenwidriger Zweck verfolgt wird.⁵⁴⁷ Die Rechtsprechung bezeichnet dabei die Sittenwidrigkeit von Erfüllungsgeschäften als Ausnahme.⁵⁴⁸

(2) Unterlegenheit der übervorteilten Partei

Ist nun ein Geschäft für den einen Vertragspartner besonders nachteilig bzw. für den anderen besonders vorteilhaft, so ist Sittenwidrigkeit – auch Inhaltssittenwidrigkeit – grundsätzlich stets nur dann anzunehmen, wenn der Benachteiligte diesen Vertrag gerade aufgrund einer persönlichen Unterlegenheit geschlossen hat. Diese Voraussetzung der persönlichen Unterlegenheit ist insbesondere für wucherähnliche Geschäfte anerkannt, sowohl für solche, die ein „grobes“ Missverhältnis aufweisen,⁵⁴⁹ als auch solche, bei denen nur ein „auffälliges“ Missverhältnis besteht.⁵⁵⁰ Aber auch bei sonstigen Rechtsgeschäften, die zu einer finanzieller Überforderung führen oder inhaltlich unangemes-

⁵⁴⁴ Ergänzt durch Autorin. Im Original: „Knebelung und Kredittäuschung“.

⁵⁴⁵ BGH NJW 1952, S. 1169 (1170).

⁵⁴⁶ Staudinger BGB-Heinze 2020, § 929 BGB Rn. 24.

⁵⁴⁷ RGZ 145, S. 152 (154); BGH, Urt. v. 28.10.1966 – V ZR 208/63, BeckRS 1966, 31177437; BGH NJW-RR 2006, S. 888 (889): „[...] mit dem Vollzug des sittenwidrigen Kaufvertrags verfolgten die Vertragsparteien einen ebenfalls sittenwidrigen Zweck, nämlich das Entstehen eines uneingeschränkten Geh- und Fahrtrechts zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Betriebsgrundstücks der Kl. durch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit in das Grundbuch zu vereiteln und damit die von der Kl. beabsichtigte erweiterte Nutzung ihres Grundstücks zu Gunsten der Streithelferin des Bekl. zu verhindern. In einem solchen Fall erfasst nach der ständigen Rechtsprechung des BGH [...] die Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts (Kaufvertrag) auch das Verfügungsgeschäft (Auflassung).“ Siehe auch Staudinger BGB-Heinze 2020, § 929 BGB Rn. 24. Für eine Berücksichtigung von „Motiven und Zweck“ auch: MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 297. *Flume* grenzt die Sittenwidrigkeit von Verfügungsgeschäften noch weiter ein und stellt darauf ab, ob das in Frage stehende Geschäft „in Hinsicht auf den Zuwendenden [...] oder auf Dritte [...] oder das Gemeininteresse [...] gegen die guten Sitten verstößt, siehe *Flume* 1992, S. 385; zustimmend auch *Larenz* 1967, S. 441 f.

⁵⁴⁸ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007); insbesondere keine Sittenwidrigkeit, wenn der Mangel in einer Äquivalenzstörung liegt: BGH NJW 1985, S. 3006 (3007).

⁵⁴⁹ Dies ergibt sich daraus, dass beim Übervorteilenden bei dieser Fallgruppe die verwerfliche Gesinnung, also ein Ausnutzen einer den Vertragspartner hemmenden Situation, vermutet wird. Mit anderen Worten wird also auch in den Fällen des „groben Missverhältnisses“ vorausgesetzt, dass sich der eine Vertragspartner in einer unterlegenen Situation befunden hat. Siehe zu dieser Vermutung: BGH NJW 1979, S. 758 (758); BGH NJW 1981, S. 181 (182); BGH NJW 2002, S. 429 (430).

⁵⁵⁰ Siehe allgemein zum Vorliegen dieser subjektiven Bedingung im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB: BGH NJW 1984, S. 2292 (2294); BGH NJW 1986, S. 2564 (2565); BGH NJW 2002, 429 (430); Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 315.

sen sind, wie etwa bei Darlehensverträgen, setzt die Rechtsprechung das Hinzutreten weiterer Umstände voraus, die eine Unterlegenheit des Überforderten begründen.⁵⁵¹ Dies gilt auch für Bürgschaften und Schuldbeitritte, auf die am Ende dieses Abschnitts gesondert eingegangen wird.

Eine Vertragspartei ist etwa dann unterlegen, wenn im Rahmen des Vertragsschlusses ihre Zwangslage, ihre Unerfahrenheit, ihr mangelndes Urteilsvermögen oder ihre erhebliche Willensschwäche ausgenutzt wird.⁵⁵² Diese Aufzählung entspricht im Wesentlichen den in § 138 Abs. 2 BGB genannten Umständen, die bestimmte Situationen der Beeinflussung der Entschließungsfreiheit beschreiben und die auch zur Konkretisierung von § 138 Abs. 1 BGB herangezogen werden können.⁵⁵³ Die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB geht jedoch über den Wuchertatbestand hinaus, sodass auch andere Schwächesituationen relevant sein können.⁵⁵⁴ Teils wird für diese sonstigen Unterlegenheitsgründe der Überbegriff der „Ausnutzung von Übermacht“⁵⁵⁵ oder das „Ausnutzen von Machtpositionen“⁵⁵⁶ verwendet. Andere wiederum sprechen von „struktureller Ungleichheit“ und übertragen diese Begrifflichkeit, die das BVerfG im Zusammenhang mit der Bürgschaft naher Angehöriger verwendet hat,⁵⁵⁷ auf die aufgezählten Situationen.⁵⁵⁸

(a) Zwangslage

Eine Zwangslage liegt vor, „wenn durch wirtschaftliche Bedrängnis oder durch Umstände anderer Art für den Betroffenen ein dringendes Bedürfnis nach einer Geld- oder Sachleistung besteht.“⁵⁵⁹ Es genügt jede drohende Gefahr schwerer wirtschaftlicher Nachteile⁵⁶⁰ bzw. eine „ernsthafte Bedrängnis“, sodass das in Frage stehende Geschäft als das geringere Übel erscheint.⁵⁶¹

Eine Zwangslage kann aus gesundheitlichen Gründen entstehen, wenn etwa der Veräußerer eines Grundstücks ganztagig auf Pflegeleistungen angewiesen

⁵⁵¹ BGH NJW 1989, S. 1665 (1666); siehe auch BGH NJW 1979, S. 805 (805, 807): Einlassen auf den Darlehensvertrag aufgrund der wirtschaftlich schwächeren Lage bzw. Darlehensnehmer rechts- und geschäftsunkundig; ebenso BGH NJW 1980, S. 2076 ff.

⁵⁵² Zur Gesamtheit dieser Fallgruppen: *Boehm* 2017, S. 102 ff.

⁵⁵³ *Boehm* 2017, S. 104. Die Elemente des § 138 Abs. 2 BGB auch in § 138 Abs. 1 BGB anwendend: BGH NJW 1985, S. 3006 (3007); BGH NJW 2001, S. 1127 (1127).

⁵⁵⁴ Soergel BGB-*Hefermehl* 1999/Band 2, § 138 BGB Rn. 86; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 89.

⁵⁵⁵ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 145 ff.

⁵⁵⁶ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 329 ff., wonach sich diese Fallgruppe mit den wucherähnlichen Geschäften überschneide.

⁵⁵⁷ BVerfG NJW 1994, S. 2749 (2750); BVerfG NJW 1996, S. 2021.

⁵⁵⁸ *Röthel AcP* (210) 2010, S. 32 (63); *Boehm* 2017, S. 103.

⁵⁵⁹ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 267; BT-Drucks. 7/3441, S. 40; *Boehm* 2017, S. 104.

⁵⁶⁰ OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13 Rn. 74.

⁵⁶¹ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 276.

ist und sein Grundstück in der Erwartung veräußert, von der Erwerberin diese Pflege zu erhalten.⁵⁶² Entsprechende Zwangslagen können sich grundsätzlich bei Demenzzranken ergeben: Demenzzranke sind mit der Zeit in immer stärkerem Maße pflegebedürftig und damit abhängig von Dritten.⁵⁶³ Insbesondere, wenn ein dementer Erblasser also ein besonderes Interesse daran hat, von einer bestimmten Person gepflegt zu werden, liegt eine Zwangslage nahe, was sich auf die Wirksamkeit eines Testaments zugunsten dieses Dritten auswirken kann.⁵⁶⁴ Die Rechtsprechung ist bei der Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB in diesen Situationen allerdings stellenweise zurückhaltend.⁵⁶⁵

Eine Zwangslage zog die Rechtsprechung aber jedenfalls dann in Betracht, als eine Enkelin von ihrem hochbetagten Großvater eine notarielle Schenkung von Wertpapieren erwirkte. Die Enkelin hatte den alleinlebenden Großvater nach dem Tod von dessen Ehefrau täglich belagert, jeden seiner Schritte kontrolliert, massiven Druck ausgeübt, notarielle Erklärungen zu unterschreiben, und war schließlich eines Morgens mit ihm zu einem nicht angekündigten Notartermin gefahren, wo dem Großvater zum ersten Mal der Inhalt der abzuschließenden Verträge mitgeteilt worden war.⁵⁶⁶

(b) Unerfahrenheit

Schließlich kann ein Vertragspartner auch unerfahren i. S. v. § 138 Abs. 2 BGB sein, worunter ein Mangel an allgemeiner Lebenserfahrung oder zumindest an Erfahrung in geschäftlichen Angelegenheiten zu verstehen ist, wodurch der unterlegene Geschäftspartner Vor- und Nachteile der entsprechenden Angelegenheiten nicht erkennen kann.⁵⁶⁷ Die Rechtsprechung spricht von Rechtsunkundigkeit und Geschäftsungewandtheit.⁵⁶⁸ Insbesondere bei Jugendlichen und Personen mit geistigen Beeinträchtigungen kann diese Voraussetzung vorliegen,⁵⁶⁹ auch bei alten Personen, die mit dem Geschäftsleben kaum mehr in Berührung kommen.⁵⁷⁰ Nicht ausreichend ist dabei aber, dass eine Person über-

⁵⁶² BGH, Urt. v. 5.6.1981 – V ZR 80/80, BeckRS 1981, 31073667; zu diesem Urteil bereits *Boehm* 2017, S. 104; MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 276.

⁵⁶³ *Boehm* 2017, S. 105.

⁵⁶⁴ *Boehm* 2017, S. 105.

⁵⁶⁵ Siehe nur BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2371). Zu diesem Urteil auch unten ab Fn. 599.

⁵⁶⁶ BGH NJW 2023, S. 846 (846 f.), an das Berufungsgericht zurückverweisend, da dieses den Sachverhalt nicht ausreichend gewürdigt habe. Zum Sachverhalt LG Gießen, Urt. v. 14.3.2019 – 5 O 210/08, BeckRS 2019, 63532.

⁵⁶⁷ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 277; Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 279; OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13 Rn. 82.

⁵⁶⁸ BGH NJW 1986, S. 2564 (2565).

⁵⁶⁹ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 279; RGZ 72, S. 61 (68).

⁵⁷⁰ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 279; *Boehm* 2017, S. 105; *Heber* 2022, S. 164.

haupt in den Personenkreis fällt, bei dem Unerfahrenheit vorliegen kann,⁵⁷¹ sondern die Unerfahrenheit muss im Einzelfall auch festgestellt werden.⁵⁷²

Sittenwidrigkeit ist daher beispielsweise, so das RG, gegeben, wenn sich eine Haftpflichtversicherung gegen Zahlung einer unangemessen geringen Geldsumme von einer in rechtlichen Angelegenheiten gänzlich unerfahrenen Witwe einen Verzicht auf Entschädigungsansprüche, die der Witwe nach einem tödlichen Unfall ihres Ehemannes zustehen, unterschreiben lässt.⁵⁷³ Die Witwe habe die Tragweite einer solchen Verzichtserklärung nicht verstanden, sondern die Zahlung durch die Haftpflichtversicherung vielmehr als Geschenk angesehen.⁵⁷⁴ Neben der Unerfahrenheit falle zudem ins Gewicht, dass der Ehemann, der auch ihr Ernährer war, kürzlich erst verstorben war.⁵⁷⁵ Damit spielt das RG auf eine psychische Zwangslage an.⁵⁷⁶

(c) Mangelndes Urteilsvermögen und erhebliche Willensschwäche

Sittenwidrigkeit kann zudem auch in der Ausnutzung von mangelndem Urteilsvermögen oder erheblicher Willensschwäche begründet sein. Das Verhältnis von mangelndem Urteilsvermögen und erheblicher Willensschwäche ist zu vergleichen mit dem zwischen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bei der Bewertung der Geschäftsfähigkeit.⁵⁷⁷

Ein Mangel an Urteilsvermögen liegt entsprechend vor, wenn dem Betroffenen in erheblichem Maße die Fähigkeit fehlt, sich durch vernünftige Beweggründe leiten zu lassen,⁵⁷⁸ bzw. wenn diese Fähigkeit nur in eingeschränktem Maße gegeben ist.⁵⁷⁹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Person nicht in der Lage ist, die für und gegen ein Rechtsgeschäft sprechenden Gründe zu erkennen und die beiderseitigen Leistungen vor diesem Hintergrund sachgerecht zu bewerten. Es muss ihr unmöglich sein, Inhalt und Folgen eines

⁵⁷¹ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 280; OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13 Rn. 84: Allein der Umstand, dass eine Person 19 Jahre alt sei, rechtfertige nicht die Annahme von Unerfahrenheit. Vielmehr habe der Gesetzgeber mit Normierung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit, die ab dem 18. Lebensjahr eintrete, zu erkennen gegeben, dass der wirksame Abschluss von Rechtsgeschäften ab diesem Alter die Regel sei.

⁵⁷² Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 280 mit Verweis auf LAG München, Urt. v. 13.6.2016 – 3 Sa 23/16 Rn. 33: Sittenwidrig wegen Wuchers ist etwa eine Lohnabrede von 300 EUR, wenn der Arbeitgeber die geschäftliche Unerfahrenheit einer 17-jährigen ausnutzt, die aus wirtschaftlich ärmlichen Verhältnissen stammt und erhebliche Defizite bei ihren Schreib- und Sprechfähigkeiten hat.

⁵⁷³ RGZ 96, S. 91 (92).

⁵⁷⁴ RGZ 96, S. 91 (92).

⁵⁷⁵ RGZ 96, S. 91 (92).

⁵⁷⁶ Soergel BGB/Band 1-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 160a; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 172.

⁵⁷⁷ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 284.

⁵⁷⁸ OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13 Rn. 88.

⁵⁷⁹ BT-Drucks. 7/3441, S. 41; MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 278.

Rechtsgeschäfts richtig zu erkennen⁵⁸⁰ bzw. eine vernünftige Sachbeurteilung vorzunehmen.⁵⁸¹ Es ist im Übrigen nicht Voraussetzung, dass dem Betroffenen generell das erforderliche Urteilsvermögen fehlt.⁵⁸² Es geht vielmehr darum, dass dem Betroffenen die Beurteilung des konkreten Rechtsgeschäfts nicht mehr gelingt und sich der Geschäftspartner diesen Mangel für den Vertragsschluss zunutze gemacht hat.⁵⁸³ Dieses Unvermögen ist dabei meist Folge einer Verstandesschwäche,⁵⁸⁴ kann aber auch in der Schwierigkeit des Rechtsgeschäfts begründet liegen.⁵⁸⁵ Auch zu hohes Alter kann einen Mangel an Urteilsvermögen begründen.⁵⁸⁶ Nicht ausreichend ist jedoch, dass der Betroffene bei Nutzung seiner Verstandeskraft das Rechtsgeschäft hätte sachgerecht einschätzen können, dies aber lediglich nicht getan hat.⁵⁸⁷

Damit ist im Ergebnis das mangelnde Urteilsvermögen unterhalb des Ausschlusses der Einsichtsfähigkeit, wie sie für Geschäftsunfähigkeit gefordert wird, anzusiedeln.⁵⁸⁸ An dieser Stelle wird folglich deutlich, dass, jedenfalls was die Unterlegenheit der einen Vertragspartei anbelangt, der Schutz des § 138 Abs. 1 BGB damit genau dort eingreift, wo derjenige des § 104 Nr. 2 BGB endet. Dabei ist anzumerken, dass die Aspekte, auf die sich das mangelnde Urteilsvermögen in die Sittenwidrigkeit begründender Weise beziehen kann, nach dem eben Gesagten weit zu verstehen sind: Nicht nur das Unvermögen, den Inhalt des Rechtsgeschäfts im engeren Sinne, also die unmittelbare Rechtsfolge, zu verstehen, kann die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen, sondern auch das Unvermögen, mit dem Rechtsgeschäft nur zusammenhängende Umstände richtig zu bewerten, etwa die Vor- und Nachteilhaftigkeit und die Folgen eines Geschäfts. Um an dieser Stelle die anfangs herausgebildeten Fallgruppen heranzuziehen: Die Sittenwidrigkeitsklausel schützt an dieser Stelle dem Grunde nach die Personengruppen der Fallgruppen 1–3.

Auch das Kriterium der erheblichen Willensschwäche als Äquivalent zum Ausschluss der Steuerungsfähigkeit entfaltet seine Wirkung gerade in der von § 104 Nr. 2 BGB hinterlassenen Schutzlücke: Erhebliche Willensschwäche erfordert, dass der Betroffene, der Inhalt und Folgen des Rechtsgeschäfts zwar durchschaut, aufgrund „verminderter psychischer Widerstandsfähigkeit trotz

⁵⁸⁰ OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13 Rn. 88; OLG Köln, OLGZ 1993, S. 193 (195); siehe auch BGH NJW 2006, S. 3054 (3056); *Boehm* 2017, S. 105; *Heber* 2022, S. 164; BT-Drucks. 7/3441, S. 41.

⁵⁸¹ BeckOK BGB-Wendtland, § 138 BGB Rn. 53.

⁵⁸² Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 282.

⁵⁸³ Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 282.

⁵⁸⁴ BT-Drucks. 7/3441, S. 41.

⁵⁸⁵ OLG Köln OLGZ 1993, S. 193 (195); BeckOK BGB-Wendtland, § 138 BGB Rn. 53.

⁵⁸⁶ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 278; *Heber* 2022, S. 164f.

⁵⁸⁷ Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 282; OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13 Rn. 88.

⁵⁸⁸ Vgl. BGH NJW 2022, S. 3147 (3149): Willensschwäche genügt, die Fähigkeit zur freien Willensbildung muss nicht vollständig ausgeschlossen sein.

richtiger Erkenntnis nicht in der Lage ist, sich im konkreten Fall sachgerecht zu verhalten.“⁵⁸⁹ Erhebliche Willensschwäche kommt bei Jugendlichen oder bei alten Menschen in Betracht.⁵⁹⁰ Die Grenze darf dabei nicht zu niedrig angesetzt werden („erheblich“); allerdings muss es sich, anders als bei § 104 Nr. 2 BGB, zum einen nicht um einen krankhaften Zustand handeln.⁵⁹¹ Zum anderen ist auch wiederum kein Ausschluss der Steuerungsfähigkeit i. S. d. § 104 Nr. 2 BGB erforderlich, wobei die Grenzen zur Geschäftsunfähigkeit natürlich fließend sind.⁵⁹²

Damit kann über das Merkmal der erheblichen Willensschwäche auch die besondere Beeinflussbarkeit – Fallgruppe 4 – die Unterlegenheit einer Person begründen und damit einen Sittenwidrigkeitsgrund bilden. Im Übrigen muss sich die Beeinflussbarkeit aber nicht notwendigerweise auf die Steuerungsunfähigkeit auswirken, sondern kann auch bereits die Fähigkeit zur vernünftigen Willensbildung beeinträchtigen. Wenn die Beeinflussbarkeit zur Folge hat, dass der Betroffene das Rechtsgeschäft selbst nicht mehr sachgerecht bewertet, dann führt sie zu mangelndem Urteilsvermögen. Eine genaue Einordnung ist im Ergebnis irrelevant, da sowohl mangelndes Urteilsvermögen als auch Willensschwäche die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen können.

Ob ein geistiger Zustand die Voraussetzungen des mangelnden Urteilsvermögens oder der erheblichen Willensschwäche erfüllt oder nicht, obliegt der Wertung der Gerichte. Dies führt zu einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen, wobei die Bildung trennscharfer Fallgruppen nicht möglich ist und die konkreten Gründe für die Entscheidung in die eine oder andere Richtung nicht immer klar erkennbar sind:

Als sittenwidrig beurteilt wurde etwa ein Grundstückskaufvertrag, durch den ein Grundstück, welches 400.000 DM wert war, für unter 100.000 DM verkauft wurde. Die Verkäuferin, die im Verkaufszeitpunkt ca. 82 Jahre alt war, ließ sich als weitere Gegenleistung für den Verkauf unter anderem Pflegeleistungen durch den Käufer versprechen, was aber nicht Gegenstand des Kaufvertrags wurde. Der BGH stellte so zum einen ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fest. Zum anderen habe die Verkäuferin den Vertrag aufgrund ihrer tiefgreifenden Depressionen aus Mangel an Urteilsvermögen und wegen erheblicher Willensschwäche geschlossen.⁵⁹³ Der Sittenwidrigkeit stehe im Übrigen auch nicht im Wege, dass die Initiative zum Vertragsschluss von der Verkäuferin selbst ausgegangen war.⁵⁹⁴ Im Übrigen betreffe die Sitten-

⁵⁸⁹ OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13 Rn. 96; OLG Köln OLGZ 1993, S. 193 (195); Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 284; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 280.

⁵⁹⁰ Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 284; Heber 2022, S. 165.

⁵⁹¹ OLG München, Urt. v. 19.3.2014 – 20 U 5031/13 Rn. 96.

⁵⁹² Siehe im Zusammenhang mit der Testierfreiheit auch Boehm 2017, S. 106.

⁵⁹³ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007).

⁵⁹⁴ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007).

widrigkeit aber nur das schuldrechtliche Geschäft, nicht auch das dingliche Übereignungsgeschäft: Das dingliche Geschäft sei nur dann sittenwidrig, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liege, wenn also mit der dinglichen Rechtsänderung sittenwidrige Zwecke verfolgt würden oder in ihr selbst die Sittenwidrigkeit begründet sei.⁵⁹⁵ Gründe die Sittenwidrigkeit auf einer Äquivalenzstörung, sei das Übereignungsgeschäft von diesem Sittenwidrigkeitsgrund aber gerade nicht berührt.⁵⁹⁶ Auch über § 139 BGB könne das Übereignungsgeschäft nicht als nichtig angesehen werden, da Grundgeschäft und Auffassung keine Einheit bildeten.⁵⁹⁷

Sittenwidrig ist zudem ein Testament, wenn ein Betreuer seine ihm gerichtlich verliehene Vertrauensstellung und seinen persönlichen Einfluss auf den aufgrund seiner geistigen Behinderung leicht beeinflussbaren Betreuten nutzt, um gezielt darauf hinzuwirken, dass der Betreute ohne reifliche Überlegung über erhebliche Vermögenswerte zugunsten des Betreuers durch ein Testament vor einem Notar verfügt; der Notar war dabei gerade nicht von dem Betreuten als sein Berater hinzugezogen worden, sondern von dem begünstigten Betreuer.⁵⁹⁸

Nicht sittenwidrig soll dagegen die Erbeinsetzung der Tochter des Betreuers und von deren Lebensgefährten sein, auch wenn bei der Erblasserin aufgrund leichter Demenz „demenztypische hohe Beeinflussbarkeit“⁵⁹⁹ vorlag, sie sich vom Betreuer unter Druck gesetzt gefühlt und zudem gefürchtet hatte, von ihm nicht mehr versorgt und in einem Heim untergebracht zu werden.⁶⁰⁰ Jedoch habe die Abhängigkeit der Erblasserin nicht auf dem Betreuungsverhältnis beruht, sondern aufgrund einer mit dem Betreuer seit langem bestehenden Lebensgemeinschaft.⁶⁰¹ Außerdem habe die Erblasserin gerade die Bestellung dieses Betreuers gewünscht, weil er schon lange ihre Vermögensverhältnisse geregelt habe und sie ihm vertraut habe.⁶⁰² Dabei hätte es aber auch in dieser Konstellation nahegelegen, § 138 Abs. 1 BGB anzuwenden: Die erwiesene demenzbedingte Beeinflussbarkeit in Kombination mit der Betreuerbestellung

⁵⁹⁵ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007).

⁵⁹⁶ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007).

⁵⁹⁷ BGH NJW 1985, S. 3006 (3007).

⁵⁹⁸ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 39, die Sittenwidrigkeit im Fall einer bei Errichtung des Testaments dementen Erblasserin bejahend; dem OLG Braunschweig ausdrücklich folgend OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1684) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg* im Fall eines durch einen Hirninfarkt gezeichneten Erblassers, wobei das OLG Celle im Übrigen auch schon die Testierfähigkeit ablehnte. Siehe auch zur Möglichkeit der Sittenwidrigkeit, wenn der Betreuer seine Stellung dazu missbraucht hat, die Entscheidungsfreiheit des Betreuten in rechtlich anstößiger Weise zu beeinträchtigen: BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2371).

⁵⁹⁹ BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2370).

⁶⁰⁰ BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2371).

⁶⁰¹ BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2371).

⁶⁰² BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2371).

des Lebensgefährten legt eine erhebliche Schutzbedürftigkeit der Erblasserin nahe.⁶⁰³

Und schließlich lehnte der BGH auch in folgender Situation eine Sittenwidrigkeit ab: Die Entscheidung betraf die Frage nach der Wirksamkeit verschiedener Zuwendungen, die der Beklagte von der Erblasserin, als diese etwa 90 Jahre alt gewesen war, erhalten hatte. So waren ihm unter anderem eine Forderung in Höhe von 336.000 DM abgetreten worden und er hatte Wertpapiere im Wert von 145.000 DM erhalten. Nach Ansicht der Klägerin sei die Erblasserin zum einen geschäftsunfähig gewesen, zum anderen verstießen diese Geschäfte gegen die guten Sitten.

Davon ausgehend, dass die Erblasserin noch geschäftsfähig gewesen sei – das Gegenteil konnte offensichtlich nicht bewiesen werden – müsse man, so der BGH, ihr im Grundsatz auch die Möglichkeit lassen, Geschäfte dieser Größenordnung zu tätigen. Jede andere Wertung komme einer partiellen Quasi-Entmündigung gleich. Das Annehmen von Zuwendungen einer „exzentrischen alten Dame“ mache die betreffenden Geschäfte noch nicht sittenwidrig.⁶⁰⁴

Im Einzelfall könnten aber, so der BGH, einseitige unentgeltliche Geschäfte der vorliegenden Art jedoch durchaus sittenwidrig sein, wenn auch nicht im konkreten Fall. Maßgeblich seien dabei die Motive des Beklagten, die von ihm verfolgten Zwecke und die Art und Weise seines Vorgehens, insbesondere, wenn aus fremder Bedrängnis Vorteile gezogen würden: Entscheidend sei, „ob die Erblasserin sich etwa den Wünschen des Beklagten nach vermögenswerten Zuwendungen nach ihrer Persönlichkeitsstruktur (ihrem Zustand) seinerzeit nicht (oder kaum) hätte entziehen können, ob der Beklagte dies gewußt (oder sich einer derartigen Erkenntnis leichtfertig verschlossen) hat und ob er eine etwa fehlende (oder geschwächte) Widerstandskraft (gesteigerte Beeinflussbarkeit) der Erblasserin eigensüchtig ausgenutzt (oder es sogar darauf angelegt) hat.“⁶⁰⁵

(d) Sonstige Unterlegenheitsgründe

Die Unterlegenheit einer Vertragspartei kann sich auch aus sonstigen Faktoren ergeben, etwa aus den zum Vertragsschluss führenden Umständen, wenn eine Partei die Vertragsregelungen einseitig bestimmt und die andere Partei keine

⁶⁰³ Röhrl AcP (210) 2010, S. 32 (64); kritisch auch Leipold ZEV 2021, S. 485 (485 Fn. 2): „wenig überzeugend“.

⁶⁰⁴ BGH, Urt. v. 4.7.1990 – IV ZR 121/89, BeckRS 1990, 31065347.

⁶⁰⁵ BGH, Urt. v. 4.7.1990 – IV ZR 121/89, BeckRS 1990, 31065347 Rn. 4; siehe auch BGH NJW 2022, S. 3147 (3149): Sittenwidrigkeit komme in Betracht, wenn ein im Krankenhaus untergebrachter Hochbetagter zwei Grundstücke im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertrage und sich aus seinem Zustand oder aus den Umständen Willensschwäche oder leichte Beeinflussbarkeit ergeben habe und die Begünstigte diesen Zustand gezielt ausgenutzt habe.

ausreichende Gelegenheit hat, den Vertragsabschluss zu überdenken. Insbesondere Haustürgeschäfte können so dem Sittenwidrigkeitsverdikt zum Opfer fallen. Wenn sich eine Person beispielsweise im Rahmen eines Haustürgeschäfts zu einem Kauf von Möbeln zu einem Kaufpreis von 20.000 DM verpflichtet hat, kann Grund für die Sittenwidrigkeit vor allen Dingen die Art und Weise sein, wie ein nicht vorbereiteter Käufer mit einem Vertragsangebot überrascht und zum Abschluss gedrängt wird, ohne dass dieser eine Chance auf Prüfung des Angebots auf Qualität und Preiswürdigkeit hat.⁶⁰⁶ Die Schwäche des Käufers ergibt sich dann nicht aus einer individuellen geistigen Schwäche, sondern aus der konkreten Situation.

Häufig ist es eine Gesamtschau verschiedener Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil rechtfertigen, also solcher, die dem konkreten Setting entspringen, gepaart mit einer persönlichen Unterlegenheit des Schuldners, sei es Unerfahrenheit, sei es eine geistige Beeinträchtigung: Sittenwidrig ist so auch ein Haustürgeschäft, bei dem eine 18-Jährige zum Abschluss eines vorformulierten, in seiner Ausgestaltung im Einzelnen nur sehr schwer überschaubaren Vertrages gedrängt wird, ohne dass sie die Möglichkeit hat, sich zuvor über Art und Qualität der gekauften Ware zu erkundigen, und ohne dass der Handelsvertreter bei Vertragsabschluss Erkundigungen darüber einzieht, ob die offensichtlich vermögenslose Schuldnerin überhaupt zur Vertragserfüllung aus eigenen Mitteln in der Lage sein wird.⁶⁰⁷ Selbiges gilt, wenn ein 81-Jähriger zu Hause ungefragt aufgesucht wird und dort mit einem Werkvertrag überrumpelt wird, wonach er sich verpflichtet, sein Haus streichen zu lassen. Es bestehe, so die Rechtsprechung, generell ein Schutzbedürfnis, insbesondere von sozial schwächeren Personenkreisen, vor unseriöser Beeinflussung im Rahmen von Haustürgeschäften, durch die sich Personen zum unbedachten Abschluss von Verträgen mit weitreichenden und bedrückenden finanziellen Folgen überreden ließen.⁶⁰⁸ Wenn zudem hinzukomme, dass die 81-jährige Person erkennbar an geistigen und körperlichen Ausfällen leide, so sei der Vertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.⁶⁰⁹

Die Unterlegenheit des einen Vertragspartners kann sich im Übrigen auch aus der Überlegenheit des anderen ergeben,⁶¹⁰ insbesondere aus wirtschaftlicher, organisatorischer oder intellektueller Überlegenheit⁶¹¹ oder aus einem Informationsvorsprung.⁶¹² Auch das Bestehen von besonderen Vertrauensverhältnissen, die sich der Begünstigte eines Rechtsgeschäfts zunutze macht, kann Sittenwid-

⁶⁰⁶ BGH NJW 1988, S. 1373 (1374).

⁶⁰⁷ BGH NJW 1982, S. 1457 (1457).

⁶⁰⁸ OLG Frankfurt NJW-RR 1988, S. 501.

⁶⁰⁹ OLG Frankfurt NJW-RR 1988, S. 501.

⁶¹⁰ *Boehm* 2017, S. 107.

⁶¹¹ Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 315.

⁶¹² Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 315.

rigkeit begründen.⁶¹³ Meist tritt neben einer solchen Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses zusätzlich noch ein in der Person des Benachteiligten liegender Unterlegenheitsgrund hinzu, sodass wiederum in der Gesamtschau Sittenwidrigkeit anzunehmen ist: So ist ein Erbvertrag zwischen einem Erblasser und seiner älteren Schwester sittenwidrig, wenn der Erblasser zum einen geistig behindert war und die Tragweite des Vertrags nicht überblickte – was der Schwester bewusst war – und zum anderen die Schwester, die die Pflege ihres Bruders übernommen hatte, ihre Stellung ausnutzte, um ihren Bruder dazu zu veranlassen, sie als Erbin einzusetzen.⁶¹⁴ Insbesondere an diesem Urteil arbeiten sich im Übrigen die Befürworter der relativen Geschäftsunfähigkeit ab: Bei Anerkennung der relativen Geschäftsfähigkeit wäre ein Rückgriff auf § 138 Abs. 1 BGB nicht notwendig gewesen.⁶¹⁵

Auch im folgenden Fall eines ausgenutzten Vertrauensverhältnisses, gepaart mit dem Unvermögen zu erkennen, welche Rechtsfolgen und wirtschaftlichen Folgen das geschlossene Rechtsgeschäft bewirken würde, liegt Sittenwidrigkeit vor.⁶¹⁶ Die 73-jährige Klägerin setzte ihren Hausarzt zum Alleinerben ein und übereignete ihm zwei Grundstücke. Die Übereignung erfolgte, um dem Beklagten im Hinblick auf die Erbschaftssteuer steuerliche Vorteile zu verschaffen. Zwar sei, so die Rechtsprechung, ein zwischen Arzt und Patient geschlossener Vertrag noch nicht deswegen sittenwidrig, weil er für den Arzt vorteilhaft sei.⁶¹⁷ Allerdings kämen im zugrunde liegenden Fall in erheblichem Maße Umstände hinzu: So habe zwischen den Parteien ein besonders ausgeprägtes Vertrauensverhältnis vorgelegen. Der Beklagte habe sowohl die Klägerin als auch ihre Schwester über einen langen Zeitraum hinweg ärztlich betreut und sei in der Regel täglich bei ihnen in der gemeinsamen Wohnung erschienen. Er habe, als sich der Gesundheitszustand der Schwester der Klägerin verschlechterte, diese mehrmals am Tag und auch nachts besucht. Zum Zwecke einer besseren Betreuung habe er sogar eine Wohnung im Anwesen der Schwester angemietet.

Vor diesem Hintergrund gewönnten die Folgen der Eigentumsübertragung auf den Beklagten besonderes Gewicht. Es liege ein unerträgliches Missverhältnis zwischen dem vom Beklagten verfolgten Zweck der Steuerersparnis einerseits und den wirtschaftlichen Folgen für die Klägerin andererseits vor: Die Klägerin habe, was dem Beklagten bewusst gewesen sei, auch weiterhin eine gleichbleibende finanzielle Sicherheit haben wollen. Die Übertragung stelle aber, anders als bei einem Testament, eine vollständige Vermögensverschiebung dar. Über diese nachteiligen Folgen sei die Klägerin nicht belehrt worden.

⁶¹³ *Boehm* 2017, S. 107.

⁶¹⁴ Zu diesem Urteil OLG Karlsruhe NJW 2001, S. 2804 (2805); *Flume* 1992, S. 371 f.; *Staudinger BGB-Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 338; *Boehm* 2017, S. 107.

⁶¹⁵ *Flume* 1992, S. 372.

⁶¹⁶ OLG Karlsruhe NJW 2001, S. 2804 ff.

⁶¹⁷ OLG Karlsruhe NJW 2001, S. 2804 (2805).

Ihr blieben also keine Vermögenswerte. Die vom Beklagten versprochene Gegenleistung sei hingegen wertlos. Insbesondere habe er sich zwar zur honorarfreien Behandlung als Privatarzt verpflichtet, dieses Versprechen sei aber wertlos, da er ohnehin vorgehabt habe, weiterhin seine Leistungen gegenüber der Krankenversicherung abzurechnen. Insgesamt begegne die Verknüpfung ärztlicher Tätigkeit mit dem Bestreben, sich endgültig in den Genuss von Vermögensvorteilen zu bringen, erheblichen Bedenken. Auch wenn sich weder aus ärztlichem Standesrecht noch aus § 14 Abs. 5 HeimG eine entsprechende Bestimmung ergebe, so bedürften „alte und kranke Menschen eines besonderen Schutzes vor der Ausnutzung eines sich aus der Arzt-Patienten-Beziehung entwickelnden Vertrauensverhältnisses“.⁶¹⁸

Sittenwidrig ist auch ein Kaufvertrag über ein Grundstück, zu dem die Verkäuferin von der Käuferin unter „Ausnutzung einer emotionalen Zwangslage und der persönlichen Verstrickung“ sowie unter „Ausnutzung einer Vertrauensstellung, um hieraus in sittenwidriger Weise Vorteile zu ziehen“ veranlasst wurde.⁶¹⁹ Die Beklagte redete der Klägerin, die sich, weil ihr Sohn erst im Koma lag und anschließend verstarb, zusätzlich in einer emotionalen Ausnahmesituation befand, ein, sie habe Karmaschulden zu begleichen und müsse sich von diesen freikaufen. Dies gelänge ihr unter anderem durch den (für die Klägerin nachteiligen) Verkauf eines Grundstücks an die Beklagte.⁶²⁰

Ebenso ist, wie schon an anderer Stelle aufgegriffen,⁶²¹ ein Testament sittenwidrig, durch das ein Betreuer von seinem geistig behinderten Betreuten zum Erben eingesetzt wird, wenn der Betreuer seine Vertrauensstellung und seinen persönlichen Einfluss ausgenutzt hat und der Betreute besonders beeinflussbar oder hilflos war.⁶²² Auch dann, wenn der Betreute im Zustand der Fixierung nach einem Hirninfarkt schon beim Erstkontakt mit seiner Betreuerin äußert, dieser tief zu vertrauen, so ist dies kein Zeichen für eine von Anfang an sehr gute Beziehung, sondern Ausdruck einer von Einsamkeit und Hilflosigkeit geprägten Situation.⁶²³ Bestellt die Betreuerin in der Folge einen Notar ein und lässt diesen den Inhalt eines Testaments aufsetzen, wissend, dass der Betreute dazu nicht mehr in der Lage ist, so ergibt sich die Sittenwidrigkeit aus der Ausnutzung der Stellung als Betreuerin gepaart mit der Hilflosigkeit des Betreuten und der von der Betreuerin selbst initiierten Testamentserrichtung.⁶²⁴

⁶¹⁸ Siehe zum Vorstehenden OLG Karlsruhe NJW 2001, S. 2804 (2805).

⁶¹⁹ OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.12.2006 – 8 U 25/06, BeckRS 2007, 1478.

⁶²⁰ Siehe zu diesem Urteil bereits oben bei Fn. 240. Eine Betreuerbestellung wurde abgelehnt.

⁶²¹ Siehe oben bei Fn. 598.

⁶²² OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 39; OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1684) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*.

⁶²³ OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1685) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*.

⁶²⁴ OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1685 f.) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*, dieser im Übrigen ablehnend (*Graf Wolffskeel von Reichenberg* NJW 2021, S. 1686).

Schließlich ist noch auf die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften einzugehen. Das BVerfG führte in seiner wegweisenden Entscheidung aus dem Jahr 1993 aus, dass es für den einen Vertragspartner unzulässige Fremdbestimmung bedeute, wenn der andere Vertragspartner ein so starkes Übergewicht habe, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen könne.⁶²⁵ Es dürfe zwar aus Gründen der Rechtssicherheit ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Vertragsgleichgewichts in Frage gestellt werden; liege aber eine typisierbare Fallgestaltung vor, die eine strukturelle Unterlegenheit des Vertragspartners erkennen lasse, und seien die Folgen ungewöhnlich belastend, so müsse die Zivilrechtsordnung korrigierend eingreifen.⁶²⁶ Dies folge aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 18 Abs. 1 GG).⁶²⁷

In Anknüpfung an das BVerfG beurteilt der BGH Bürgschaften und Schuldbeiträge zu Verbindlichkeiten besonders nahestehender Personen als per se sittenwidrig, wenn die Bürgschaft oder der Schuldbeitritt zu einer krassen finanziellen Überforderung⁶²⁸ führt.⁶²⁹ Es sei sodann nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, dass der Mithaftende die ihn vielleicht bis an das Lebensende übermäßig finanziell belastende Personalsicherheit allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner gestellt und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt habe.⁶³⁰ Die Vermutung der Sittenwidrigkeit kann nur dadurch widerlegt werden, dass der Gläubiger nachweist, die krasse finanzielle Überforderung bzw. die emotionale Verbundenheit nicht gekannt zu haben, bzw. indem er nachweist, dass der Bürge ein eigenes persönliches oder wirtschaftliches Interesse an der Kreditaufnahme hatte.⁶³¹

Fehlt es an einer *krassen* finanziellen Überforderung und ist der Bürge „nur“ gegenwärtig oder künftig finanziell überfordert, so sind Bürgschaften nur dann sittenwidrig, wenn zusätzlich erschwerende Umstände hinzukommen, die dem Geschäft ein anstößiges Gepräge geben.⁶³² Der Bürge muss durch weitere Umstände in einer dem Gläubiger zurechenbaren Weise zusätzlich belastet worden sein, die zu einem unerträglichen Ungleichgewicht der Vertragspartner führen.⁶³³ Solche Umstände liegen etwa vor, wenn der Gläubiger die geschäftliche

⁶²⁵ BVerfGE 89, S. 214 (232).

⁶²⁶ BVerfGE 89, S. 214 (232).

⁶²⁷ BVerfGE 89, S. 214 (232).

⁶²⁸ Zur Definition oben bei Fn. 533.

⁶²⁹ BGH NJW-RR 2017, S. 241 (243); BGH NJW 2005, S. 971 (972); BGH NJW 1995, S. 592 (593), wobei allerdings Sittenwidrigkeit dann abzulehnen ist, wenn die Bank ein Interesse an der Bürgschaft hat, etwa bei einer Bürgschaft eines Ehepartners, um eine Vermögensverschiebung zu verhindern; vgl. BGH NJW 2001, S. 2466 (2467).

⁶³⁰ BGH NJW-RR 2017, S. 241 (243); BGH NJW 2005, S. 971 (972); BGH NJW 2001, S. 815 (816); BGH NJW 2009, S. 2671 (2672).

⁶³¹ BGH, Urt. v. 25.4.2006 – XI ZR 330/05, BeckRS 2006, 6636 Rn. 13.

⁶³² BGH NJW 1998, S. 2138 (2140).

⁶³³ BGH NJW 1994, S. 1278 (1279); BGH NJW 1995, S. 592 (592).

Unerfahrenheit oder eine seelische Zwangslage ausnutzt oder ihn in sonstiger Weise in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt.⁶³⁴ Selbiges gilt, wenn ein Dritter diese Mittel mit dem Wissen des Gläubigers eingesetzt hat bzw. der Gläubiger dieses Handeln jedenfalls grob fahrlässig außer Acht gelassen hat.⁶³⁵ Auch das Verschweigen der schlechten finanziellen Lage des Hauptschuldners, sodass der Bürge de facto mithaftende Person wird, begründet die Sittenwidrigkeit, wenn sich der Gläubiger zumindest grob fahrlässig der Erkenntnis verschließt, dass der Hauptschuldner bankrott ist.⁶³⁶ Der Gläubiger (oder ein Dritter in einer dem Gläubiger zurechenbaren Weise) darf auch nicht den Umfang und die Tragweite der Haftung verharmlosen, etwa die Unterschrift unter eine Bürgschaft als „reine Formalität“ ausweisen.⁶³⁷

Der Bank als Gläubigerin ist es dabei aber nicht zumutbar, im Einzelnen aufzuklären, ob der Bürge tatsächlich in seiner freien Entscheidung beeinträchtigt war.⁶³⁸ Aber sie darf beispielsweise nicht an ihren Kunden mit dem Ansinnen herantreten, dass dieser sein ersichtlich geschäftlich unerfahrenes und gerade volljährig gewordenen Kind als Bürgen heranziehen soll, obwohl das Kind an der Kreditgewährung kein eigenes Interesse hat und voraussichtlich auf längere Zeit nicht in der Lage sein wird, die gesicherte Verbindlichkeit zu tilgen.⁶³⁹ Denn dann muss sie davon ausgehen, dass das Kind lediglich aus familiärer Verbundenheit dieser Bürgschaft zustimmt.⁶⁴⁰ Bei Eheleuten muss die Bank dann gegebenenfalls von einer Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit ausgehen, wenn ein Ehegatte für eine Verbindlichkeit bürgen soll, die im Wesentlichen nur aus persönlichen Interessen des Hauptschuldners begründet wurde.⁶⁴¹

Soll eine Rentnerin und Hausfrau mit geringem Einkommen für die Schulden des Unternehmens ihres Sohnes bürgen, so müsse die Bank, so der BGH, im Übrigen aber nicht allein aufgrund des Alters der Rentnerin (62 Jahre) von geschäftlicher Unerfahrenheit ausgehen. Aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung müsse ihr das Risiko einer Bürgschaft wenigstens im Allgemeinen bekannt sein. Die Bank müsse auch nicht davon ausgehen, die Rentnerin habe sich bei ihrer Entscheidung nicht von rationalen Erwägungen leiten lassen.⁶⁴² Solange die

⁶³⁴ BGH NJW 1994, S. 1278 (1279); BGH NJW 1995, S. 592 (592); BGH NJW 1996, S. 2088 (2089); MüKo Band 7-*Habersack* 2024, § 765 BGB Rn. 16, 30; MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 160.

⁶³⁵ BGH NJW 1993, S. 322 (323); BGH NJW 1994, S. 1278 (1278, 1280); BGH NJW 1994, S. 1341 (1342f.); BGH NJW 1996, S. 2088 (2089).

⁶³⁶ BGH NJW 2001, S. 2466 (2467); BGH NJW 1996, S. 2088 (2089): Verschweigen von außergewöhnlichen Haftungsrisiken.

⁶³⁷ BGH NJW 1994, S. 1341 (1343); BGH NJW 1996, S. 2088 (2089).

⁶³⁸ BGH NJW 1994, S. 1278 (1280); BGH NJW 1994, S. 1341 (1343).

⁶³⁹ BGH NJW 1994, S. 1278 (1280); BGH NJW 1994, S. 1341 (1343).

⁶⁴⁰ BGH NJW 1994, S. 1341 (1342f.).

⁶⁴¹ BGH NJW 1995, S. 592 (593).

⁶⁴² BGH NJW 2001, S. 2466 (2467).

Bürgschaft daher nicht finanziell krass überfordernd sei, was nicht der Fall sei, wenn zumindest der Eigentumsanteil am Haus, in dem die Bürgin wohne, die Hauptsumme der Bürgschaft abdecke, sei keine Sittenwidrigkeit zu vermuten.⁶⁴³ Denn der Einsatz des letzten vorhandenen Vermögensguts zur Sicherung einer Verbindlichkeit eines nahen Angehörigen sei nicht ohne Weiteres sittlich verwerflich. § 138 Abs. 1 BGB habe nicht den Zweck, das Eigenheim des Bürgen auf Dauer zu erhalten, auch nicht, dem Bürgen die Möglichkeit mietfreien Wohnens zu gewähren.⁶⁴⁴

(3) „Verwerfliche Gesinnung“

Die Rechtsprechung verlangt neben den eben genannten objektiven Voraussetzungen auch einen subjektiven Tatbestand aufseiten des Begünstigten: Dieser müsse in „verwerflicher Gesinnung“ gehandelt haben.⁶⁴⁵ So reiche es nicht aus, wenn lediglich eine günstige Lage ausgenutzt und fremde Interessen gegenüber den eigenen zurückgestellt würden.⁶⁴⁶ Vielmehr liege eine verwerfliche Gesinnung nur dann vor, wenn der eine Vertragspartner die unterlegene Situation – Zwangslage, mangelndes Urteilsvermögen, Willensschwäche etc. – des anderen bewusst zu seinem Vorteil ausnutze oder sich jedenfalls leichtfertig der Einsicht verschließe, dass sich der andere Vertragspartner nur aufgrund einer unterlegenen Position auf den Vertrag einlasse.⁶⁴⁷ Teils heißt es auch, er müsse sich der Situation bewusst oder grob fahrlässig verschlossen haben.⁶⁴⁸ Schädigungsabsicht oder Sittenwidrigkeitsbewusstsein sei aber jedenfalls nicht erforderlich.⁶⁴⁹ Soweit die Rechtsprechung also vom „Ausnutzen“ der Situation des Unterlegenen spricht, ist hierunter keine besondere „Ausbeutungssituation“ zu verstehen,⁶⁵⁰ sondern – mit variierenden Begriffen – Kenntnis bzw. grob fahrlässige bzw. leichtfertige Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände.

⁶⁴³ BGH NJW 2001, S. 2466 (2467).

⁶⁴⁴ BGH NJW 2001, S. 2466 (2467).

⁶⁴⁵ Siehe nur BGH NJW 2002, S. 55 (57); BGH NJW 2002, S. 429 (431).

⁶⁴⁶ BGH, Urt. v. 5.4.1968 – V ZR 18/67 Rn. 60.

⁶⁴⁷ BGH NJW 1981, S. 1206 (1207); BGH NJW 1985, S. 3006 (3007); BGH NJW 2002, S. 429 (430).

⁶⁴⁸ Leichtfertigkeit und grobe Fahrlässigkeit synonym verwendend: BGH NJW 1985, S. 3006 (3007); BGH NJW 2002, S. 429 (430); BGH NJW 2001, S. 1127 (1127). Auf Bewusstsein oder grobe Fahrlässigkeit abstellend: BGH NJW 2010, S. 363 (364). Auf Kenntnis der Umstände abstellend: OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 39: Der als Erbe eingesetzte Betreuer müsse sich der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bewusst sein. Ebenso BGH NJW 1988, S. 1373 (1374): Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bei Überrumpelung des Vertragspartners bei Haustürgeschäften. Aus der Literatur: *Boehm* 2017, S. 108 ff., BeckOK BGB-*Wendtland*, § 138 BGB Rn. 23. Das Kennenmüssen der Umstände fordernd: *Walker* 2020, S. 160 Rn. 12.

⁶⁴⁹ BGH NJW 2001, S. 1127 (1127).

⁶⁵⁰ So BGH NJW 1985, S. 3006 (3007) im Zusammenhang mit § 138 Abs. 2 BGB.

Bei einem besonders groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vermutet die Rechtsprechung die verwerfliche Gesinnung sogar.⁶⁵¹ Denn es ergebe sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung, dass außergewöhnliche Leistungen nicht ohne Not oder andere den Benachteiligten in seiner Entscheidungsfreiheit hemmende Umstände zugestanden würden.⁶⁵² Von einem solchen Rückschluss auf die verwerfliche Gesinnung könne man zumindest dann ausgehen, wenn der Marktwert der Leistung erkennbar gewesen sei.⁶⁵³ Bei Darlehensverträgen von Kreditbanken an Privatpersonen sei dies stets bei Grundstücksgeschäften Privater regelmäßig der Fall.⁶⁵⁴ Bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen hingegen bedürfe es einer Würdigung des Einzelfalls.⁶⁵⁵

Hinsichtlich der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften und Schuldbeitritten von nahen Angehörigen fordert die Rechtsprechung, wie bereits angeklungen, ebenso notwendigerweise ein subjektives Element auf Seiten des Gläubigers, wobei bei krasser finanzieller Überforderung aber ebenso vermutet werden soll, dass der Sicherungsgeber der Sicherung nur aus emotionaler Verbundenheit zugestimmt und der Gläubiger dies grob fahrlässig verkannt hat.⁶⁵⁶ Bei „gewöhnlicher“ wirtschaftlicher Überforderung des Sicherungsgebers bzw. bei einem dem Hauptschuldner nicht nahestehenden Sicherungsgeber muss dieser jedoch nachweisen, dass der Gläubiger entweder selbst die Entscheidung des Sicherungsgebers in unzulässiger Weise beeinflusst hat oder sich aber zumindest grob fahrlässig der Erkenntnis verschlossen hat, dass vom Hauptschuldner eine solche Beeinflussung ausging.⁶⁵⁷

Während die Rechtsprechung durchgehend zumindest grob fahrlässiges bzw. leichtfertiges Verkennen der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände verlangt, ist das Erfordernis einer subjektiven Komponente in der Literatur umstritten. Häufig erfolgt eine Differenzierung danach, ob es sich um eine Inhalts- oder eine Umstandssittenwidrigkeit handelt:

⁶⁵¹ BGH NJW 1979, S. 758 (758); BGH NJW 1981, S. 181 (182); BGH NJW 2002, S. 429 (430); Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 317. Siehe oben zur Definition des besonders groben Missverhältnisses bei Fn. 521.

⁶⁵² BGH NJW 2012, S. 2723 (2723); BGH NJW 2001, S. 1127 (1128); Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 317; Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 86; Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 89; siehe auch *Roth* AcP (208) 2008, S. 451 (472f.): bei Hochbeträgten sei bei grobem Missverhältnis auf ein Ausnutzen von altersbedingter Willensschwäche zu schließen.

⁶⁵³ BGH NJW 2002, S. 55 (57); BGH NJW 2004, S. 3553 (3555).

⁶⁵⁴ BGH NJW 2004, S. 3553 (3555).

⁶⁵⁵ BGH NJW 2002, S. 55 (57).

⁶⁵⁶ Siehe bei Fn. 630.

⁶⁵⁷ Siehe oben bei Fn. 632. Vgl. auch MüKo BGB/Band 7-*Habersack* 2024, § 765 BGB Rn. 30.

Ergebe sich die Sittenwidrigkeit aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, so müsse nicht zusätzlich ein subjektiver Tatbestand erfüllt sein.⁶⁵⁸ Der Verstoß gegen die guten Sitten setze nicht voraus, dass dem Handelnden ein persönlicher Vorwurf zu machen sei; ein solches Erfordernis führe auch zum widersprüchlichen Ergebnis, dass Rechtsgeschäfte mit sittenwidrigem Inhalt in einem Fall erlaubt, im anderen verboten seien.⁶⁵⁹ERGEbe sich die Sittenwidrigkeit jedoch erst aus dem Gesamtcharakter bzw. den Umständen des Rechtsgeschäfts, so sei zusätzlich Voraussetzung, dass der oder die Handelnden die Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergebe, kenne. Es genüge dabei auch vorwerfbare Unkenntnis.⁶⁶⁰

Andere lehnen die Differenzierung zwischen Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit ab und verzichten grundsätzlich gänzlich auf eine subjektive Komponente, auch bei der Umstandssittenwidrigkeit. Die Ansicht, wonach generell Kenntnis der Tatumstände oder jedenfalls grob fahrlässige Unkenntnis erforderlich sei, lasse sich von dem Gedanken leiten, dass § 138 Abs. 1 BGB den am Rechtsgeschäft Beteiligten ihre persönliche Einstellung vorwerfe.⁶⁶¹ Es gehe aber nicht um einen Verstoß „gegen die Sittlichkeit im gesinnungsethischen Sinne“ und auch nicht um eine moralische Beurteilung des Verhaltens der Beteiligten.⁶⁶² § 138 Abs. 1 BGB setze damit kein Verschulden voraus, sondern es gehe allein um eine Einschränkung der Privatautonomie durch Nichtanerkennung von Rechtsgeschäften, die mit der Rechtsordnung nicht vereinbar seien.⁶⁶³

Die subjektive Komponente sei aber deswegen nicht irrelevant, sondern sie könne im Einzelfall im Rahmen der für die Feststellung von Sittenwidrigkeit notwendigen Gesamtwürdigung aller Umstände zu berücksichtigen und ausschlaggebend sein.⁶⁶⁴ Gerade bei wucherähnlichen Geschäften ergebe sich die Sittenwidrigkeit noch nicht allein aus dem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, denn es entspreche dem Prinzip freier Marktwirtschaft,

⁶⁵⁸ Flume 1992, S. 373; Larenz 1967, S. 439; Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 146 ff.; BeckOK BGB-Wendtland, § 138 BGB Rn. 22.

⁶⁵⁹ Soergel BGB/Band 2-Hefermehl 1999, § 138 BGB Rn. 31; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-Baldringer 2023, § 138 BGB Rn. 32.

⁶⁶⁰ Flume 1992, S. 373 f.; BeckOK BGB-Wendtland, § 138 BGB Rn. 23; Larenz fordert das Bewusstsein der Tatumstände: Larenz 1967, S. 439.

⁶⁶¹ Soergel BGB/Band 2-Hefermehl 1999, § 138 BGB Rn. 37; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-Baldringer 2023, § 138 BGB Rn. 38; siehe auch Heber 2022, S. 171, wonach auf ein subjektives Element grundsätzlich verzichtet werden sollte; ebenso die subjektive Komponente jedenfalls als nicht notwendiges Tatbestandsmerkmal bezeichnend MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 257.

⁶⁶² Soergel BGB/Band 2-Hefermehl 1999, § 138 BGB Rn. 37; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-Baldringer 2023, § 138 BGB Rn. 38.

⁶⁶³ Soergel BGB/Band 2-Hefermehl 1999, § 138 BGB Rn. 37; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-Baldringer 2023, § 138 BGB Rn. 38.

⁶⁶⁴ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 257; siehe auch Sack WRP 1985, S. 1 (15).

dass Preise individuell verhandelt werden könnten.⁶⁶⁵ Erst weitere Umstände, wie die Ausbeutung wirtschaftlicher Schwäche, von Rechtsunkundigkeit oder von Geschäftungewandtheit des Vertragspartners oder die missbräuchliche Ausnutzung wirtschaftlicher Macht begründeten die Sittenwidrigkeit.⁶⁶⁶ Auch bei sonstigen vorteilhaften Geschäften sei Sittenwidrigkeit (nur) dann gegeben, wenn der Begünstigte eine Schwächesituation des anderen Teils, etwa Unerfahrenheit oder eine psychische Zwangslage, bewusst zu seinem Vorteil ausnutze.⁶⁶⁷ Dabei genüge, der Rechtsprechung entsprechend, bereits das sich leichtfertige Verschließen vor der Erkenntnis, dass der andere Vertragsteil den Vertrag nur aufgrund des Zwangs der Verhältnisse abgeschlossen habe.⁶⁶⁸

Im Ergebnis ist jedenfalls für die hier zu untersuchenden Konstellationen, die sich durch eine Nachteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts (bzw. Vorteilhaftigkeit für den anderen Vertragspartner) gepaart mit einer Unterlegenheit (bzw. Überlegenheit des anderen Vertragspartners) auszeichnen, auf die subjektive Komponente nicht zu verzichten:

Denn auch der begünstigte Vertragspartner hat schützenswerte Interessen auf seiner Seite. Es ist Teil seiner Privatautonomie, für sich selbst günstige Verträge auszuhandeln, auch mit unterlegenen Vertragsparteien.⁶⁶⁹ Zudem hat er den Vertrauensschutz auf seiner Seite. Ihm ohne Erkennbarkeit der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände die Geltendmachung seiner Ansprüche zu versagen, negierte diesen Vertrauensschutz sehr weitgehend. Zwar ist fraglich, ob der Vertrauensschutz des Vertragspartners per se zwingend gewichtiger sein muss als der Schutz der unterlegenen Partei, er ist es aber zumindest de lege lata in konsequenter Fortführung der in dieser Arbeit zu § 104 Nr. 2 BGB bislang gewonnenen Erkenntnisse: Einseitiger Schutz des geistig Unterlegenen ohne Berücksichtigung von Verkehrsschutzinteressen ist nach herrschender Meinung nur unter den hohen Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB gewollt. Hoch sind die Voraussetzungen deshalb, weil nach Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung der Begriff des „Ausschlusses der freien Willensbestimmung“ i. S. d. § 104 Nr. 2 BGB kein relatives Verständnis der Geschäftsunfähigkeit zulässt: Insbesondere begründen Zustände geistiger Schwäche bzw. Unterlegenheit, wie sie für § 138 Abs. 1 BGB bereits ausreichen, und die nur das

⁶⁶⁵ Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 86; Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 89; siehe auch *Larenz* 1967, S. 435.

⁶⁶⁶ Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 86, 99 (so zum Ratenkreditvertrag bei fehlender Äquivalenz); ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 89, 102.

⁶⁶⁷ Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 83, 160, 160a; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 84, 171, 172.

⁶⁶⁸ Soergel BGB/Band 2-*Hefermehl* 1999, § 138 BGB Rn. 83, 86; ebenso Soergel BGB/Band 2/1-*Baldringer* 2023, § 138 BGB Rn. 85, 89.

⁶⁶⁹ Die Privatautonomie anerkennend auch *Heber* 2022, S. 168, hieraus die restriktive Handhabung von § 138 BGB schließend (dennoch unter Verzicht auf das subjektive Element).

Vermögen, „die Tragweite“ eines Geschäfts zu erfassen, beeinträchtigen, noch keine Geschäftsunfähigkeit.

Entsprechend wäre es nun aber widersprüchlich, wenn bei Vorliegen einer solchen geistigen Schwäche die Anwendbarkeit des § 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB aus Verkehrsschutzgründen verneint, sodann aber die Anwendbarkeit von § 138 Abs. 1 BGB ohne jegliche Berücksichtigung von Verkehrsschutzinteressen wiederum bejaht würde. Denn dann würde die für § 104 Nr. 2 BGB abgelehnte relative Geschäftsunfähigkeit de facto über § 138 Abs. 1 BGB eingeführt. Zugegebenermaßen setzt zwar § 138 Abs. 1 BGB zudem stets auch noch eine inhaltliche Unangemessenheit des Vertrages voraus, da es sich nicht um eine Vorschrift der Abschlusskontrolle handelt. Zumindest aber eben für solche, die unterlegene Partei inhaltlich benachteiligende Verträge, die ja ohnehin die „kritischen“ Rechtsgeschäfte sind, für die der Unterlegene im Nachhinein im Zweifel eine Nichtigkeit herbeiführen will, würde sich ohne entsprechende subjektive Komponente eine relative Geschäftsunfähigkeit „einschleichen“.

cc) Bewertung

(1) Schutz auch bei Geschäftsfähigkeit

Die Sittenwidrigkeitsklausel des § 138 Abs. 1 BGB entfaltet ihre Schutzwirkung dem Grunde nach genau in der Schutzlücke, die § 104 Nr. 2 BGB hinterlässt. Geistige Beeinträchtigungen, die die Einsichtsfähigkeit berühren, ohne sie auszuschließen, begründen als Fall „mangelnden Urteilsvermögens“ eine Unterlegenheit, die den Anwendungsbereich von § 138 Abs. 1 BGB eröffnet. Noch weitreichender genügt sogar Unerfahrenheit, die keinerlei Abweichung geistiger Fähigkeiten von irgendeinem „Normalwert“ voraussetzt. Unerfahrenheit kann für bestimmte Altersgruppen beispielsweise schlicht typisch sein.

Damit ist § 138 Abs. 1 BGB insbesondere für die Personen der Fallgruppen 1 und 3 relevant. Die Sittenwidrigkeitsklausel fordert auch nicht, dass sich eine geistige Beeinträchtigung oder Unerfahrenheit auf das Verstehenkönnen eines bestimmten Aspekts des Rechtsgeschäfts auswirkt: Vielmehr wird im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB in sehr wertungsoffener Weise vom Verständnis der „Tragweite“, der „Folgen“ oder des „Nutzens“ des Rechtsgeschäfts gesprochen. Dies kann im Einzelfall schon der Inhalt des Rechtsgeschäfts im engeren Sinne sein, also die unmittelbare Rechtsfolge des Geschäfts – beispielsweise das Verlieren aller Ansprüche bei Unterzeichnung einer Verzichtserklärung⁶⁷⁰ oder die mit einer Eigentumsübertragung einhergehende Vermögensverschiebung⁶⁷¹ –, aber eben auch nur die Auswirkung und Bedeutung dieser Rechtsfolge. Wie weit sodann der Begriff der „Tragweite“ oder der „Folge“ eines Rechtsgeschäfts

⁶⁷⁰ RGZ 96, S. 91 (92).

⁶⁷¹ OLG Karlsruhe NJW 2001, S. 2804 (2805).

zu verstehen ist, steht nicht vollends fest. Letztlich gehören hierzu all die Aspekte und Folgen, die so bedeutsam oder gewichtig sind, dass der Betroffene sie geistig „gemeistert“ haben muss, weil es sonst nicht gerechtfertigt wäre, ihn an das Rechtsgeschäft zu binden. Aus der Rechtsprechung bekannt ist insbesondere finanzielle Überforderung.⁶⁷² Auch das Nichterkennen einer Äquivalenzstörung gehört hierher. Manchmal belässt es die Rechtsprechung aber auch nur bei der Feststellung, jemand habe die „Tragweite“ nicht überblickt.⁶⁷³

Die Fallgruppe 2 – das Unvermögen, nur einzelvertragliche Regelungen zu verstehen – spielt im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB eine eher untergeordnete Rolle. Nur sofern sich aus den einzelvertraglichen Regelungen in der Folge negative Konsequenzen ergeben, die die betroffene Person mangels Verständnisses der Regelungen nicht überblickt hat, ist § 138 Abs. 1 BGB einschlägig; dies überschneidet sich dann aber wohl ohnehin mit der dritten Fallgruppe.

Und schließlich ist auch die Fallgruppe 4 von § 138 Abs. 1 BGB erfasst: Die Beeinflussbarkeit einer Person, die unterhalb der Schwelle der mangelnden Steuerungsfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB liegt, ist vom Merkmal der erheblichen Willensschwäche erfasst. Der Vertragspartner muss das beeinflussbare Gegenüber noch nicht einmal durch bestimmte unzulässige Methoden beeinflussen haben. Es genügt vielmehr bereits, dass, wie etwa im Fall des wucherähnlichen Geschäfts, diese Person nicht in der Lage ist, sich dem für ihn nachteiligen Vertragsschluss zu widersetzen und sich der Vertragspartner der Erkenntnis, dass der andere Teil den Vertrag lediglich wegen seiner persönlichen Zwangslage abschließt, zumindest grob fahrlässig verschließt.⁶⁷⁴ Erst recht aber liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn unlautere Willensbeeinflussungen entweder vom Gläubiger selbst oder einem Dritten ausgehen, und sich der Gläubiger im letzteren Fall zumindest der Erkenntnis, dass solche Mittel angewendet wurden, grob fahrlässig verschließt. Dabei können insbesondere auch solche Beeinflussungen, die noch nicht den Grad einer rechtswidrigen Drohung erreichen, mit § 138 Abs. 1 BGB erfasst werden.⁶⁷⁵

(2) Schwächen

Gleichzeitig ist der Schutz des § 138 Abs. 1 BGB begrenzt, da er in verschiedenen Situationen, in denen die Schutzwürdigkeit einer an einem Geschäft beteiligten Partei nicht von der Hand zu weisen ist, versagt.

⁶⁷² Beispielsweise im Zusammenhang mit Haustürgeschäften: BGH NJW 1982, S. 1457 (1458); im Zusammenhang mit Bürgschaften beispielsweise BGH NJW-RR 2017, S. 241 (243), weitere Quellen zur Bürgschaft oben bei Fn. 531.

⁶⁷³ Vgl. OLG Karlsruhe, NJW 2001, S. 2804 (2805).

⁶⁷⁴ Siehe etwa BGH NJW 1985, S. 3006 (3007).

⁶⁷⁵ Im Erbrecht eine Korrektur bei eingeschränkter Willensfreiheit, die noch nicht den Grad der Testierunfähigkeit erreicht, aber auch nicht Ergebnis einer rechtswidrigen Drohung ist, über § 138 Abs. 1 BGB befürwortend: *Röthel* AcP (210) 2010, S. 32 (62 ff.).

Positiv hervorzuheben ist zwar die Flexibilität des § 138 Abs. 1 BGB, die sich daraus ergibt, dass sich zum einen die inhaltliche Unangemessenheit eines Geschäfts auch aus außerhalb des Geschäfts liegenden Umständen („Tragweite“) ergeben kann, und dass zum anderen die relevanten Aspekte, die unter die „Tragweite“ zu fassen sind und die für die Prüfung der Unangemessenheit herangezogen werden können, nicht fest vorgegeben sind. Dies ist von Vorteil, da so unterschiedliche Gefahrenquellen eines spezifischen Rechtsgeschäfts berücksichtigt werden können und die Nichtigkeit des Geschäfts dort angeordnet werden kann, wo der Schutz des Unterlegenen dies erfordert, gleich, ob diese Gefahr nun im Geschäft unmittelbar selbst angelegt ist oder eher als Auswirkung des Geschäfts in Erscheinung tritt. Dabei ist der Rechtsprechung auch freie Hand gewährt, in jedem Fall neu festzulegen bzw. stetig weiterzuentwickeln, welche Auswirkungen des Geschäfts berücksichtigt werden sollen, welche also so erheblich und belastend sind, dass der Unterlegene vor ihnen geschützt werden soll. Dies ermöglicht, für jeden Einzelfall durch Wertung angemessene Lösungen zu finden.

Der Schutz des § 138 Abs. 1 BGB ist aber dennoch lückenhaft, insbesondere aufgrund von dogmatischen Hürden: Eine Schutzlücke entsteht etwa dort, wo eine Person nicht nur ein von Äquivalenzstörungen geprägtes Verpflichtungsgeschäft vornimmt, sondern auch das entsprechende Erfüllungsgeschäft. Da an die Sittenwidrigkeit von Übereignungsgeschäften gesonderte Anforderungen zu stellen sind, ist das dingliche Rechtsgeschäft nicht schon deshalb sittenwidrig, nur weil das Verpflichtungsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.⁶⁷⁶ Der Eigentumsverlust selbst ist damit nach Ansicht der Rechtsprechung für sich allein keine ausreichend nachteilige Folge, um die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen, auch dann nicht, wenn die Eigentumsübertragung, nicht anders als das Verpflichtungsgeschäft, beispielsweise im Zustand mangelnden Urteilsvermögens oder erheblicher Willensschwäche vorgenommen wurde und dem anderen Vertragsteil dieser Zustand zumindest aufgrund grober Fahrlässigkeit bekannt war. Damit bleiben dem Betroffenen Ansprüche aus Eigentum (§§ 985 ff. BGB) verwehrt und er ist insbesondere auf bereicherungsrechtliche Herausgabeansprüche (§§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 BGB) mit all ihren Schwächen, wie der Einrede der Entreicherung, verwiesen.

Indem § 138 Abs. 1 BGB zuvörderst Mittel der Inhalts- und nicht der Abschlusskontrolle ist,⁶⁷⁷ versagt diese Vorschrift auch dort, wo der Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts nicht per se oder jedenfalls weniger offensichtlich korrekturebedürftig ist. Dies bedeutet aber nicht, dass ein am Vertrag Beteiligter nicht

⁶⁷⁶ Siehe bereits oben ab Fn. 632. Siehe auch BGH NJW 1985, S. 3006 (3007) zur Übereignung eines Grundstücks. Das Verpflichtungsgeschäft sei aufgrund des auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und des Vorliegens einer Unterlegenheitssituation (Zwangslage etc.) des Verkäufers nichtig, nicht aber das Verfügungsgeschäft.

⁶⁷⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel B.II.1.a)aa)(2).

trotzdem schutzbedürftig sein kann. Zwar gelingt es insbesondere, Schenkungen dann unter § 138 Abs. 1 BGB zu subsumieren, auch wenn diese „nur“ einen Vorteil für den Begünstigten zur Folge haben, solange sich die sittenwidrige Prägung in besonderer Weise aus der Motivlage und dem Ausnutzen der Unterlegenheitssituation durch den Zuwendungsempfänger ergibt. Bei anderen Rechtsgeschäften wird die Voraussetzung der Inhaltssittenwidrigkeit jedoch schwerer gewichtet, wie beispielsweise beim bereits besprochenen Bürgschaftsvertrag: Eine Sittenwidrigkeit kommt nur dann in Betracht, wenn der Vertrag zumindest wirtschaftlich überfordernd wirkt. Ist der Bürge, beispielsweise eine ältere, an Demenz erkrankte Person, aber vermögend und vermag die gesicherte Verbindlichkeit daher zu tilgen, so kann nicht von finanzieller Überforderung die Rede sein. § 138 Abs. 1 BGB versagt also, wenn sich beispielsweise ein Sohn oder eine Tochter die Beeinflussbarkeit dieser Person oder ihre mangelnde Einsichtsfähigkeit zunutze macht, um sie als Bürgin für eine Verbindlichkeit zu gewinnen, die der Sohn oder die Tochter als Hauptschuldner bzw. Hauptschuldnerin voraussichtlich ohnehin nicht begleichen können wird. Dieser Person kann somit das vom Sohn oder von der Tochter benötigte Geld „aus den Rippen geleiert“ werden, ohne dass die Rechtsordnung sie hiervor schütze.

Aufgrund der hohen Anforderungen steht § 138 Abs. 1 BGB in der Kritik: Dem Überlegenen werde hierdurch eine zu große Gestaltungsfreiheit zu Lasten des Unterlegenen eingeräumt.⁶⁷⁸ Diese große Gestaltungsfreiheit sei aber, wenn eine Partei unterlegen und sie damit in ihrer Selbstbestimmung beeinträchtigt sei, gerade nicht durch ihre Zustimmung gerechtfertigt.⁶⁷⁹ Die bei der Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB vorhandene Zurückhaltung solle folglich aufgegeben und § 138 Abs. 1 BGB zu einem wirklichen Instrument richterlicher Abschlusskontrolle ausgebaut werden.⁶⁸⁰ Es ist aber fraglich, ob § 138 Abs. 1 BGB für die Lösung dieses Problems der richtige Ort ist: Geht es primär um den Schutz wegen eingeschränkter Selbstbestimmung und weniger um den Schutz vor bestimmten Vertragsinhalten, so besteht doch eher eine Nähe zur Geschäftsunfähigkeit als zu § 138 Abs. 1 BGB, sodass dort – bei der Geschäftsunfähigkeit – angesetzt werden sollte. Die Sittenwidrigkeitsklausel braucht dann auch nicht systemwidrig zu einer Vorschrift der Abschlusskontrolle umfunktioniert zu werden.

Und schließlich liegt der größte Nachteil des § 138 Abs. 1 BGB im Erfordernis eines subjektiven Tatbestands i. S. e. „verwerflichen Gesinnung“ seitens des begünstigten Vertragspartners, was – *de lege lata* konsequenterweise – zumin-

⁶⁷⁸ Wolf 1970, S. 38.

⁶⁷⁹ Wolf 1970, S. 38.

⁶⁸⁰ Lange 2022, S. 60; siehe auch Heber 2022, S. 171: Es sei ein besserer Schutz älterer Menschen erforderlich, was zunächst durch Verzicht auf das subjektive Element erreicht werden könne. Dennoch sei der Schutz über § 138 BGB nicht ausreichend, da diese Vorschrift, auch ohne subjektives Element, hohen Voraussetzungen unterliege, siehe dort S. 167 ff., 173.

dest grob fahrlässige bzw. leichtfertige Unkenntnis vom geistigen Zustand des Unterlegenen voraussetzt. So ist ein Bürge beispielsweise dann nicht geschützt, wenn die Bürgschaft zwar finanziell überfordernd ist und der Hauptschuldner sich eine geistige Schwäche des Bürgen zunutze macht, die Bank als Gläubigerin dies aber nicht zumindest grob fahrlässig verkannt hat: Insbesondere soll nach der Rechtsprechung dabei auch das Alter einer Person nicht genügen, um bei der Bank den Verdacht der Geschäftsunerfahrenheit aufkommen lassen zu müssen.⁶⁸¹

Generell kann sich bei alten, an Demenz erkrankten Personen die Erkennbarkeit der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände als schwierig gestalten. Elemente wie Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen oder erhebliche Willensschwäche sind einer Person nicht immer anzumerken und können auch, wie gesehen, nicht allein aufgrund des Alters vermutet werden.⁶⁸² Diesen Vorwurf grob fahrlässigen oder leichtfertigen Verkennens der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände wird man daher häufig kaum erheben können, erst recht nicht, wenn es einem beispielsweise Dementen noch gelingt, eine normale Fassade zu wahren. Zwar mag es Konstellationen geben, in denen das Vorliegen dieses subjektiven Tatbestands vermutet wird. Die Voraussetzungen für die Vermutung sind jedoch hoch: Sie kommt in Betracht bei den wucherähnlichen Geschäften oder in Bürgschaftsfällen, in letzteren dann, wenn der Bürge krass finanziell überfordert ist. Eine solche Überforderung ist aber nach der Rechtsprechung nicht einmal dann anzunehmen, wenn der Bürge die Verbindlichkeit nur dadurch tilgen kann, dass er sein Eigenheim veräußert.⁶⁸³

Eine Besonderheit gilt in Bezug auf die subjektive Komponente für Rechtsgeschäfte, die notariell beurkundet werden (müssen). Wie noch an späterer Stelle zu erörtern sein wird,⁶⁸⁴ ist der Notar gehalten, auf die geistige Verfassung der Parteien zu achten, da er nach § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG die Beurkundung verweigern soll, wenn er der Überzeugung ist, einer der Beteiligten sei geschäftsunfähig. Bei Zweifeln soll er diese zumindest nach § 11 Abs. 1 S. 2 BeurkG und § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG in der Niederschrift feststellen. Im Übrigen muss er seine Zweifel hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit nach § 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG mit den Beteiligten erörtern.⁶⁸⁵ Bei Erfüllung dieser Erörterungspflicht werden die Par-

⁶⁸¹ BGH NJW 2001, S. 2466 (2467).

⁶⁸² Die Schutzlücke aufgrund des subjektiven Elements daher gerade bei Dementen hervorhebend *Spickhoff*, in: *Recht der Älteren*, S. 101 (115); *Boehm* 2017, S. 108f.; siehe auch *Rademacher* 2020, S. 132 im Zusammenhang mit Telefonwerbung bei älteren Menschen: Erhebliche Schutzlücke aufgrund des subjektiven Elements; siehe oben unter 3. Kapitel A.I.2.b) allgemein zur Nichterkennbarkeit von Leistungseinbußen bei Dementen; siehe auch *Grziwotz DNotZ* 2020, S. 389 (390f.): keine Vermutung fehlender Handlungsfähigkeit im Alter.

⁶⁸³ BGH NJW 2001, S. 2466 (2467).

⁶⁸⁴ Siehe zu den notariellen Pflichten noch unten unter 3. Kapitel B.V.2.c).

⁶⁸⁵ BeckOGK-Bord, § 11 BeurkG Rn. 27; Staudinger BGB-Hertel 2023, § 17 BeurkG Rn. 456; *Winkler MittBayNot* 2008, S. 495 (495).

teien also darüber informiert, dass aufgrund der Zweifel an der Geschäftsfähigkeit zumindest ein im Fall von erheblicher Willensschwäche oder eingeschränktem Urteilsvermögen vorliegt. Die Erörterungspflicht des Notars kann folglich zum Vorliegen des subjektiven Tatbestands des § 138 Abs. 1 BGB führen, da der Vertragspartner so notwendigerweise Kenntnis von der Schwäche des anderen erlangt.

Im Übrigen soll der Notar nach § 4 BeurkG eine Beurkundung aber ohnehin ablehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbare unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Erkennt der Notar insbesondere, dass ein Rechtsgeschäft nichtig ist, so hat er die Beurkundung abzulehnen. Dies gilt auch für eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB.⁶⁸⁶ Kommt zu den Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit also zudem ein unangemessener Vertragsinhalt hinzu, muss die Beurkundung unterbleiben. Jedenfalls führen Zweifel an der Wirksamkeit immerhin zu einer „Distanzierungspflicht“ i. S. d. § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG,⁶⁸⁷ wenn der Notar die Parteien nicht zu einer anderen Vertragsgestaltung bringen kann.⁶⁸⁸

Gleichzeitig kann aber auch eine notarielle Beurkundung keinen umfassenden Schutz garantieren: Zum einen – und auch dabei ist den schon angekündigten Ausführungen an späterer Stelle vorzugreifen – können dem Notar als Laien Fehler bei der Einschätzung der geistigen Verfassung unterlaufen, insbesondere, wenn der Notar seine Amtspflichten nicht gewissenhaft ausübt, was in der Praxis immer wieder zu beobachten ist. Und zum anderen sind natürlich zahlreiche Geschäfte von vornherein nicht beurkundungsbedürftig.

b) § 138 Abs. 2 BGB

In Kürze ist noch auf Wuchergeschäfte nach § 138 Abs. 2 BGB einzugehen, wo sich dieselben, bereits für § 138 Abs. 1 BGB herausgearbeiteten Nachteile ergeben: Nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig „ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“ Hinsichtlich der Unterlegenheitsgründe ist nach oben zu verweisen. Hinsichtlich der subjektiven Komponente setzt § 138 Abs. 2 BGB zwar keine Absicht des Wucherers voraus, aber doch Kenntnis der Situation und verwerfliche Vorge-

⁶⁸⁶ Staudinger BGB-Hertel 2023, § 17 BeurkG Rn. 449.

⁶⁸⁷ „Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.“

⁶⁸⁸ Münch DNotZ 2004, S. 901 (910, 913).

hensweise.⁶⁸⁹ Der Wucherer muss die Umstände kennen und sich diese vorsätzlich zunutze machen,⁶⁹⁰ wobei dies bei einem besonders groben Missverhältnis wiederum zu vermuten ist.⁶⁹¹ Eine fahrlässige Ausbeutung gibt es nicht.⁶⁹² Dann kann zwar auf die Kategorie der wucherähnlichen Geschäfte des § 138 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden – dort stellt sich aber wiederum die Frage, ob dem Begünstigten ein leichtfertiges Verkennen der Situation vorzuwerfen ist.

2. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, § 134 BGB

a) § 134 BGB i. V. m. § 56 GewO

Jedenfalls punktuellen Schutz erfahren Teilnehmer des Rechtsverkehrs auch dort, wo das Recht über § 134 BGB die Nichtigkeit bestimmter Rechtsgeschäfte vorsieht. Meist wird die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften zwar vor allem aus öffentlichen Interessen oder zum Schutz Dritter angeordnet.⁶⁹³ Allerdings gibt es auch Verbotsnormen, die zum Schutz des Vertragsschließenden selbst die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bestimmen: Diese Vorschriften dienen dann in abstrakter, typisierender Weise dem Schutz vor Selbstgefährdung.⁶⁹⁴

Hierzu gehört insbesondere § 56 Abs. 1 GewO. Hiernach ist der Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte im Reisegewerbe verboten, also solcher Geschäfte, die gewerbsmäßig und ohne vorhergehende Bestellung außerhalb einer gewerblichen Niederlassung und ohne eine solche zu haben, betrieben werden. Als Geschäfte eines Reisegewerbes kommen dabei in Betracht das Feilbieten von Waren, Aufsuchen von Bestellungen für Waren, Ankaufen von Waren, Anbieten von Leistungen oder Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen, § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO.

Insbesondere verbietet § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO im Reisegewerbe den Abschluss sowie die Vermittlung von Rückkaufgeschäften, § 34 Abs. 4 GewO,⁶⁹⁵ und die für den Darlehensnehmer entgeltliche Vermittlung von Darlehensgeschäften. Das Verbot dient in erster Linie dem Verbraucherschutz,⁶⁹⁶ mit den Worten des BGH dem Schutz der unerfahrenen und „[finanziell] minderbemitt-

⁶⁸⁹ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 282.

⁶⁹⁰ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 282; BGH NJW 2017, S. 2403 (2404).

⁶⁹¹ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 282.

⁶⁹² MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 138 BGB Rn. 282; BGH NJW 1985, S. 3006 (3007).

⁶⁹³ Lorenz 1997, S. 115.

⁶⁹⁴ Lorenz 1997, S. 115. Eine solche Vorschrift wäre auch das – bislang nicht existierende – Verbot von Bürgschaften von Eheleuten oder Verwandten untereinander. Diese Idee aufwerfend: Merz ZRP 1991, S. 307 (308); Schneider ZRP 1992, S. 360.

⁶⁹⁵ „Der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts ist verboten.“

⁶⁹⁶ BGH NJW 1978, S. 1970 (1971); BeckOGK-Vossler, § 134 BGB Rn. 206.

telte[n] Bevölkerung vor der Einhegung unüberlegter Verpflichtungen.“⁶⁹⁷ Konkret geht es um den Schutz der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit vor Beeinträchtigungen durch Übereilung, irreführende mündliche Angaben oder zudringliches Verhalten des Reisegewerbetreibenden.⁶⁹⁸ Gleichzeitig sei davon auszugehen, dass sich geschäftliche Unerfahrenheit auch auf die Ausgestaltung des Vertrags auswirke, sodass der Kunde auch vor ihn benachteiligenden Vertragsklauseln geschützt werden müsse.⁶⁹⁹

Die Rechtsprechung zu § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a. F., die neben Darlehensvermittlungsverträgen auch Darlehensverträge erfasste, ordnete diese Vorschrift als ein zur Nichtigkeit der entsprechenden Verträge führendes Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB ein: Zwar richte sich das Verbot nur gegen den Gewerbetreibenden und damit nur gegen einen Vertragspartner, dennoch sei Nichtigkeit von im Reisegewerbe abgeschlossenen Darlehensverträgen und Darlehensvermittlungsverträgen anzunehmen, weil es Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes widerspreche, das Rechtsgeschäft hinzunehmen.⁷⁰⁰ Von Nichtigkeit sei im Anwendungsbereich des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO auch deswegen auszugehen, weil die Betroffenen nicht anders vor Beeinträchtigungen ihrer Entscheidungsfreiheit geschützt werden könnten.⁷⁰¹ Prüfungsmaßstab für die Auslegung von §§ 55 Abs. 1 Nr. 1, 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO, insbesondere für den Begriff des „Reisegewerbes“ und damit im Ergebnis für die Frage, ob die Nichtigkeitsfolge angemessen sei, sei im Übrigen allein, ob das untersuchte Verhalten des Gewerbetreibenden typischerweise zu Situationen eingeschränkter Entscheidungsfreiheit führe⁷⁰²; auf eine tatsächlich vorhandene Schutzbedürftigkeit, also auf die Frage, ob im Einzelfall die Entscheidungsfreiheit überhaupt beeinträchtigt gewesen oder ob ein Vertrag inhaltlich überhaupt problematisch sei, komme es nicht an. Dieser typisierte Schutz sei notwendig, weil die Nichtigkeit eines Geschäfts, das gegen ein Verbotsgesetz verstoße, so der BGH, im Interesse der Rechtssicherheit nicht von einer konkreten Schutzbedürftigkeit des Kunden im Einzelfall abhängig gemacht werden könne. Das Erfordernis einer konkreten Schutzbedürftigkeit trage auch der Beweisnot des Kunden nicht hinreichend Rechnung.⁷⁰³

Dabei sei aber dennoch eine Differenzierung nach Personenkreisen zulässig: Personen mit höherem Einkommen, die sich wegen steuerlicher Vorteile an

⁶⁹⁷ BGH NJW 1978, S. 1070 (1971) [Einschub durch Autorin]; BGH NJW 1985, S. 1020 (1020 f.); OLG Hamburg NJW 1962, S. 1123.

⁶⁹⁸ BGH NJW 1978, S. 1070 (1971).

⁶⁹⁹ BGH NJW 1985, S. 1020 (1021).

⁷⁰⁰ BGH NJW 1978, S. 1070 (1971); BGH NJW 1985, S. 1020 (1020); von Nichtigkeit ausgehend auch BGH NJW 1983, S. 868 (868); BGH NJW 1992, S. 2560 (2561).

⁷⁰¹ BGH NJW 1978, S. 1070 (1971); BGH NJW 1985, S. 1020 (1020).

⁷⁰² Als „Leitbild“ diene der Begriff des Haustürgeschäfts: BGH NJW 1983, S. 868 (868 f.).

⁷⁰³ BGH NJW 1978, S. 1070 (1971); BGH NJW 1983, S. 868 (868 f.); BGH NJW 1985, S. 1020 (1020).

einem durch Darlehen finanzierten Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft interessierten, seien nicht wirtschaftlich und rechtlich unerfahren. Jedenfalls hätten sie die Möglichkeit, zu ihrem Schutz fachlichen Rat einzuholen, wenn sie mit den komplizierten Vertragswerken überfordert seien. Entsprechend sei eine Einschränkung von §§ 134 BGB, 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO vorzunehmen.⁷⁰⁴

Nach Einführung des generellen Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften im Jahr 1986 hat der BGH diese Rechtsprechung, wonach Nichtigkeit stets die angemessene Rechtsfolge sei, zumindest für Darlehensverträge jedoch wieder aufgegeben, selbst dann, als § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a.F. bis 1.1.1991 noch ausdrücklich ein Verbot von im Reisegewerbe abgeschlossenen Darlehensverträgen vorsah.⁷⁰⁵ So trage das Widerrufsrecht der bei Vertragsschluss beeinträchtigten Willensentschließungsfreiheit angemessener Rechnung als eine von seinem Willen unabhängige Nichtigkeit.⁷⁰⁶

An der Nichtigkeit entgeltlicher Darlehensvermittlungsverträge nach § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO hält der BGH jedoch fest. Denn durch die Widerrufsregeln werde nur unzureichend Schutz gewährt, da das Widerrufsrecht in der Regel wegen alsbaldiger Provisionszahlung nach einem weiteren Monat erlösche.⁷⁰⁷ Die unterschiedliche Bewertung von Darlehens- und Darlehensvermittlungsverträgen habe schließlich auch in der mit Wirkung vom 1.1.1991 geänderten Fassung des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden.⁷⁰⁸

Unbestritten ist die Nichtigkeit von entgeltlichen Darlehensvermittlungsverträgen im Reisegewerbe allerdings nicht. Zwar erlösche gemäß § 356 Abs. 4 S. 3 BGB nach wie vor das Widerrufsrecht, wenn der Vertrag auf Wunsch des Verbrauchers erfüllt worden sei.⁷⁰⁹ Allerdings erfahre der Verbraucher dennoch ausreichend Schutz, weil das Widerrufsrecht bei fehlerhafter Belehrung über selbiges erst nach 12 Monaten und 14 Tagen nach dem in § 356 Abs. 2 oder § 355 Abs. 2 S. 2 BGB genannten Zeitpunkt, § 356 Abs. 3 S. 2 BGB, erlösche.⁷¹⁰

Nun überzeugt es zwar nicht, mit einem Schutzmechanismus zu Gunsten des Verbrauchers zu argumentieren, der überhaupt nur durch eine Informationspflichtverletzung des Vermittlers aktiviert wird. Richtig ist aber dennoch, dass die §§ 655a ff. BGB nun einmal spezielle Schutzvorschriften für Darlehensvermittlungsverträge vorsehen,⁷¹¹ so wie im Übrigen auch § 312b ff. BGB für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge sowie sonstige spezifische Vertragsschlusssituationen. Diese gesetzgeberischen Wertungen dürfen nicht

⁷⁰⁴ BGH NJW 1985, S. 1020 (1020 f.).

⁷⁰⁵ BGH NJW 1996, S. 926 (928); BGH NJW 1999, S. 1636 (1637).

⁷⁰⁶ BGH NJW 1996, S. 926 (928); BGH NJW 1999, S. 1636 (1637).

⁷⁰⁷ BGH NJW 1999, S. 1636 (1637); vgl. BeckOGK-Vossler, § 134 BGB Rn. 207.

⁷⁰⁸ BGH NJW 1999, S. 1636 (1637).

⁷⁰⁹ MüKo BGB/Band 6-Weber 2023, § 655a BGB Rn. 36.

⁷¹⁰ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 134 BGB Rn. 134; BeckOGK-Vossler, § 134 BGB Rn. 208; Staudinger BGB-Fischinger und Hengstberger 2021, § 134 BGB Rn. 335c f.

⁷¹¹ BeckOGK-Vossler, § 134 BGB Rn. 208.

durch die Nichtigkeit nach § 134 BGB überspielt werden.⁷¹² Im Übrigen kann es sich bei der Darlehensvermittlung und dem Darlehensvertrag um verbundene Geschäfte handeln, wenn die für die Vermittlung des Kreditvertrages vom Verbraucher geschuldete Provision mitkreditiert wird und zwischen beiden Verträgen eine wirtschaftliche Einheit besteht.⁷¹³ Wird der eine Vertrag widerrufen, gilt auch der andere als widerrufen, § 358 Abs. 1 und 2 BGB, was den Verbraucher zusätzlich schützt.

Zumindest aber der Rechtsprechung zufolge – sofern sie diese Wertung auch heute noch so aufrechterhalten würde – verbleibt § 134 BGB i. V. m. § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO ein Anwendungsbereich für die Vermittlung von Darlehensverträgen. Über § 139 BGB dürfte dann auch der Darlehensvertrag selbst nichtig sein.⁷¹⁴ Diese Wertung kommt den in dieser Arbeit untersuchten Personengruppen damit jedenfalls für diesen spezifischen Vertragstyp zugute, da sie zumindest vor dem Abschluss von Darlehensvermittlungsverträgen in Haustürsituationen geschützt wird. Wer also in einer solchen Situation aufgrund von besonderer Beeinflussbarkeit einen Darlehensvermittlungsvertrag schließt und/oder im Kern oder in den weiteren Auswirkungen nicht versteht, worauf er sich einlässt, ist trotz Geschäftsfähigkeit an den Vertrag nicht gebunden.

b) § 134 BGB i. V. m. § 14 HeimG Bund bzw. die entsprechenden Regelungen der Länder

In § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG befinden sich Zuwendungsverbote im Verhältnis Heimbewohner und Heimträger bzw. Heimpersonal. § 14 HeimG ist als Verbotsgesetz anerkannt und führt somit nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, das den Tatbestand erfüllt.⁷¹⁵

Gem. § 14 Abs. 1 HeimG ist es dem Träger untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern oder den Bewerberinnen und Bewerbern um einen Heimplatz Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 5 HeimG vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Zudem ist es der Leitung, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern des Heims nach § 14 Abs. 5 S. 1 HeimG untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld- oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem

⁷¹² MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 134 BGB Rn. 134; MüKo BGB/Band 6-*Weber* 2023, § 655a BGB Rn. 36; Staudinger BGB-*Fischinger und Hengstberger* 2021, § 134 BGB Rn. 335c f.

⁷¹³ MüKo BGB/Band 3-*Habersack* 2022, § 358 BGB Rn. 15 (siehe auch Rn. 41 ff. zur Verbindung von finanziertem Vertrag und Darlehensvertrag); MüKo BGB/Band 6-*Weber* 2023, § 655b BGB Rn. 12.

⁷¹⁴ *Lorenz* 1997, S. 116 Fn. 158 und 163; offen BGH NJW 1992, S. 425 (426). Darüber hinaus zur Geschäftseinheit zwischen Kaufvertrag und Darlehensvertrag: BGH NJW 1992, S. 2560 (2562).

⁷¹⁵ *Burandt/Rojahn-Müller-Engels* 2022, § 14 HeimG Rn. 10.

Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen. Nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 und § 14 Abs. 5 S. 2 HeimG gilt dies nicht, wenn es sich nur um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt. Im Übrigen kann nach Absatz 6 die Behörde Ausnahmen vom Zuwendungsverbot zulassen, soweit der Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner die Aufrechterhaltung der Verbote nicht erfordert und die Leistung noch nicht versprochen oder gewährt worden ist.

Das HeimG ist seit 2006 außer Kraft, da im Rahmen der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz für das Heimwesen in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder übergegangen ist, jedenfalls soweit Regelungen des Heimrechts betroffen sind, die öffentlich-rechtlicher Natur sind.⁷¹⁶ Dies betrifft insbesondere die Regelungen zu den Zuwendungsverböten.⁷¹⁷ Von dieser Gesetzgebungskompetenz haben inzwischen alle Länder Gebrauch gemacht.⁷¹⁸ In Niedersachsen wurde § 14 HeimG aufrechterhalten.⁷¹⁹ In den anderen Bundesländern gibt es überwiegend wörtlich oder zumindest inhaltlich weitgehend gleichlautende Regelungen.⁷²⁰ Dies bedeutet, dass die zu § 14 HeimG ergangene Rechtsprechung sowie die vorherrschende Auslegung von § 14 HeimG weiterhin maßgeblich bleiben.⁷²¹

Sinn und Zweck des § 14 HeimG ist es, zum einen den Heimfrieden zu sichern, indem durch Gewährung finanzieller Vorteile eine unterschiedliche, also privilegierende oder benachteiligende, Behandlung der Heimbewohner verhindert wird. Die hilf- und arglosen Bewohner sollen zum anderen vor finanzieller Ausbeutung geschützt werden, insbesondere vor einer nochmaligen, gar überhöhten Abgeltung einer Pflegeleistung des Trägers. Außerdem soll die Testierfreiheit der Bewohner vor faktischem oder verstecktem Druck geschützt werden.⁷²² § 14 HeimG gilt also nicht nur für Rechtsgeschäfte unter Lebenden, sondern auch für Verfügungen von Todes wegen.⁷²³ Dort, im Bereich von Verfügungen von Todes wegen, scheint § 14 HeimG in der Praxis seinen größten Anwendungsbereich zu haben.⁷²⁴ Das BVerfG hat § 14 HeimG im Übrigen als

⁷¹⁶ Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, § 14 HeimG Rn. 1 f. Siehe nun Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG: Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf die folgenden Gebiete: die öffentliche Fürsorge (ohne das Heimrecht).

⁷¹⁷ Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, § 14 HeimG Rn. 3.

⁷¹⁸ Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, § 14 HeimG Rn. 4.

⁷¹⁹ § 1 S. 3 Niedersächsisches Gesetz über unterstützende Wohnformen.

⁷²⁰ Siehe die Landesheimgesetze etwa bei Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, Anhang zu § 14 HeimG. Vereinzelt sind aber doch Unterschiede festzustellen. Insbesondere sehen nicht alle Landesheimgesetze für alle, sondern nur für bestimmte Zuwendungsempfänger Genehmigungsmöglichkeit von Zuwendungen vor, so etwa Art. 14 Abs. 2 Nr. 4 Brandenburgisches Pflege- und Betreuungswohngesetz. Dies wirft verfassungsrechtliche Bedenken auf, siehe Karl ZEV 2009, S. 544 (546).

⁷²¹ Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, § 14 HeimG Rn. 5.

⁷²² Zu diesen drei Zielen BT-Drucks. 11/5120, S. 17; BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2370); BVerfG NJW 1998, S. 2964 (2964).

⁷²³ Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, § 14 HeimG Rn. 10.

⁷²⁴ Dort liegt jedenfalls der Schwerpunkt der im Zusammenhang mit § 14 HeimG ergange-

verfassungsmäßig bewertet. Insbesondere stelle sich der Eingriff in die Testierfreiheit aufgrund der Möglichkeit, „stille“ Testamente, von denen der Bedachte nicht wisse, zu errichten und aufgrund der Genehmigungsmöglichkeit des Absatzes 6 als verhältnismäßig dar.⁷²⁵

Der Anwendungsbereich des § 14 HeimG ist allerdings beschränkt auf Heime i. S. v. § 1 Abs. 1 S. 2 HeimG. Hiernach sind Heime „Einrichtungen, die dem Zweck dienen, ältere Menschen oder pflegebedürftige oder behinderte Volljährige aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie Betreuung und Verpflegung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten, und die in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohnerinnen und Bewohner unabhängig sind und entgeltlich betrieben werden“, wobei die teils abweichenden Begriffsbestimmungen der Landesheimgesetze zu berücksichtigen sind.⁷²⁶

Die Rechtsprechung tendiert zwar einerseits zu einer großzügigen Auslegung der Zuwendungsverbote,⁷²⁷ um insbesondere Umgehungsgeschäfte zu verhindern: So gilt das Zuwendungsverbot auch, wenn nicht der Heimleiter selbst, sondern die Kinder des Heimleiters⁷²⁸ oder ein Ehegatte eines Mitarbeiters⁷²⁹ bedacht wird. Das Verbot des § 14 HeimG liefe leer, wenn der missbilligte Erfolg der Zuwendung an den ausdrücklich in § 14 HeimG benannten Adressatenkreis dadurch erreicht werden könnte, indem die verbotene Begünstigung mittelbar oder indirekt über nahestehende Angehörige erfolgt.⁷³⁰

Andererseits geht die großzügige Anwendung der Vorschrift jedoch nicht so weit, dass sie in analoger Form auch auf andere „heimähnliche“ Verhältnisse angewendet würde. Wie schon an anderer Stelle besprochen, gilt § 14 HeimG insbesondere nicht für das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreutem.⁷³¹ Mit Erlass des § 30 BtOG, der zum 1.1.2023 in Kraft getreten ist,⁷³² muss für dieses Verhältnis nun erst recht eine Analogie ausscheiden, da von einer Regelungslücke nun definitiv nicht mehr die Rede sein kann. Die Rechtsprechung lehnt darüber hinaus aus denselben Gründen, aus denen sie eine analoge Anwendung auf Betreuungsverhältnisse ablehnt, auch eine analoge Anwendung des § 14 HeimG auf das Verhältnis Vollmachtgeber und Vorsorgebevollmächtigtem ab,⁷³³ ebenso auf das Verhältnis zwischen Gepflegtem und Angestelltem eines

nen Entscheidungen, siehe nur die umfangreiche Rechtsprechung bei Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, § 14 HeimG Rn. 10 ff.; ebenso bei Röthel AcP (210) 2010, S. 32 (58 Fn. 122).

⁷²⁵ BVerfG NJW 1998, S. 2964 (2965).

⁷²⁶ Burandt/Rojahn-Müller-Engels 2022, § 14 HeimG Rn. 7.

⁷²⁷ So auch Röthel AcP (210) 2010, S. 32 (58).

⁷²⁸ OLG Düsseldorf MittBayNot 1998, S. 264 (265).

⁷²⁹ BayObLG NJW 2000, S. 1875 (1876 f.); OLG Frankfurt NJW 2001, S. 1504 (1505).

⁷³⁰ BayObLG NJW 2000, S. 1875 (1876 f.).

⁷³¹ Siehe oben unter 3. Kapitel B.I.3.b)dd(1).

⁷³² Siehe oben Fn. 415.

⁷³³ BayObLG DnotZ 1994, S. 439 (439).

Pflegedienstes.⁷³⁴ So führt sie aus, zwar könne in Fällen wie einer Pflege im eigenen Haus ebenso die Hilf- und Arglosigkeit alter Menschen zur Erzielung finanzieller Vorteile ausgenutzt werden.⁷³⁵ Jedoch könnten Zuwendungen nicht zu einer Störung des Heimfriedens durch Ungleichbehandlung oder Privilegierung einzelner Heimbewohner führen, was aber eben auch Schutzzweck des § 14 HeimG sei; die Interessenlage von zu Hause Gepflegten sei folglich nicht mit der Situation von Heimbewohnern vergleichbar.⁷³⁶ Ebenso fehle es an einem vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis, selbst dann, wenn der Betroffene dauernder Pflege bedürfe. Das Verhältnis zum Pfleger sei vielmehr das wie zu einem Hausangestellten.⁷³⁷

Gegen eine analoge Anwendung kann zudem auch angeführt werden, dass § 14 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 HeimG nicht unabhängig von § 14 Abs. 6 HeimG gesehen werden kann, welcher wiederum nicht analogiefähig ist: Denn während § 14 Abs. 6 HeimG eine Ausnahme vom Zuwendungsverbot vorsieht, wenn eine Erlaubnis der entsprechenden Behörde vorliegt, kann eine solche Ausnahme für andere Berufsgruppen wie Vorsorgebevollmächtigte nicht begründet werden. Es gibt in diesen Fällen keine Behörde, die zuständig wäre, solche Zuwendungen zu genehmigen.⁷³⁸ Ohne diese Genehmigungsmöglichkeit steht jedoch insbesondere die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Testierfreiheit in Frage.⁷³⁹

Bei Erstreckung des Verbots auf alle Berufsgruppen bestünde zudem die Gefahr, die jeweils betroffenen Berufsgruppen unter Generalverdacht zu stellen.⁷⁴⁰ Außerdem ist der Schutz bei einer rein berufsbezogenen Betrachtung ohnehin ungenügend, da dies unberücksichtigt lässt, dass Druck häufig von anderer Seite komme, nämlich aus dem familiären Umfeld, insbesondere, wenn der Betroffene pflegebedürftig ist und daher im Haushalt des Begünstigten lebt.⁷⁴¹ Dem könnte auch eine analoge Anwendung des § 14 HeimG auf weitere Berufsgruppen nicht abhelfen. Die entstehenden Schutzlücken sollten, so Stimmen in der Literatur, vielmehr statt mit einem pauschalen Verbot durch eine beherztere Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB gefüllt werden.⁷⁴² Aber auch hier stellt sich wiederum die Frage, wie schon im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB erörtert, ob ein Korrektiv nicht bei den §§ 104 ff. BGB besser aufgehoben wäre.

⁷³⁴ OLG Düsseldorf NJW 2001, S. 2338 (2338 f.).

⁷³⁵ OLG Düsseldorf NJW 2001, S. 2338 (2338).

⁷³⁶ OLG Düsseldorf NJW 2001, S. 2338 (2338).

⁷³⁷ OLG Düsseldorf NJW 2001, S. 2338 (2338 f.).

⁷³⁸ Boehm 2017, S. 125 im Zusammenhang mit häuslicher Betreuung und Pflege.

⁷³⁹ Boehm 2017, S. 125; vgl. BVerfG NJW 1998, S. 2964 (2965). Siehe auch Lange 2022, S. 60: übermäßiger Eingriff in die Testierfreiheit bei Erstreckung auf alle Berufsgruppen.

⁷⁴⁰ Röthel AcP (210) 2010, S. 32 (61 f.).

⁷⁴¹ Lange 2022, S. 60; Röthel AcP (210) 2010, S. 32 (62).

⁷⁴² Lange 2022, S. 60.

c) *Bewertung*

Verbotsgesetze können nur punktuell zum Schutz von Personen, die noch als geschäftsfähig anzusehen sind, aber die Schwächen der Fallgruppen 1–4 aufweisen, beitragen. So sind hier allenfalls die GewO sowie das HeimG einschlägig, die zudem einen begrenzten Anwendungsbereich haben. Abgesehen von den genannten Gesetzen spielt § 134 BGB daher für den Schutz der hier untersuchten Personengruppen nur eine untergeordnete Rolle.

Eine Ausweitung von § 14 HeimG ist nicht zielführend, denn eine solche hinterlässe immer noch Schutzlücken. Im Übrigen stellen Verbotsgesetze wie § 14 HeimG auch intensivere Grundrechtseingriffe dar als eine etwaige Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 104 Nr. 2 BGB durch Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit. Denn zwar zielt das HeimG auch unmittelbar auf den Schutz dieser vulnerablen Personengruppe ab. Indem es dabei aber auf ein situatives Kriterium – das Heimverhältnis – abstellt und nicht auf individuelle Eigenschaften oder Schwächen, muss im Einzelfall nicht nachgeprüft werden, welcher Fallgruppe der Betroffene zuzuordnen ist bzw. noch weitergehender: Es ist irrelevant, ob tatsächlich eine geistige Schwäche von solcher Schwere vorliegt, die es rechtfertigt, dem Rechtsgeschäft die Wirksamkeit zu versagen. Wichtig sind vielmehr *alle* im Rahmen eines Heimverhältnisses abgeschlossenen Rechtsgeschäfte i. S. d. § 14 HeimG.

3. *AGB-Kontrolle*a) *Allgemeiner Schutzzweck*

Die Überlegung, das AGB-Recht diene allein dem Schutz des Unerfahrenen und Schwachen gegenüber den Starken und Mächtigen, gilt als überkommen.⁷⁴³ Dies zeigt sich schon daran, dass die Schutzvorschriften des AGB-Rechts unabhängig davon eingreifen, ob im Einzelfall tatsächlich ein wirtschaftliches oder intellektuelles Machtgefälle zwischen AGB-Verwender und Kunde vorliegt.⁷⁴⁴ Außerdem wäre nicht zu erklären, weshalb das AGB-Recht ausweislich des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ausgerechnet die vertragliche Hauptleistung ausspart, denn intellektuelle oder wirtschaftliche Unterlegenheit wirkt sich doch gerade

⁷⁴³ MüKo BGB/Band 2-Fornasier 2022, Vor § 305 BGB Rn. 5; Leuschner AcP (207) 2007, S. 491 (494 f.); kritisch noch Wolf JZ 1974, S. 465 (469 f.): Eine Inhaltskontrolle, die ohne Rücksicht auf Verantwortlichkeiten eingreife, gefährde ohne Not Grundprinzipien der Zivilrechtsordnung und zerstöre die vertragliche Bindung. Schutzbedürftigkeit und Verantwortungsfähigkeit seien daher zwingende Voraussetzung einer Inhaltskontrolle. Siehe auch zur intellektuellen und wirtschaftlichen Unterlegenheit bei der Verwendung von AGB und damit als Grundlage der Inhaltskontrolle: Wolf 1970, S. 14 ff.

⁷⁴⁴ BGH NJW 2010, S. 1131 (1131 f.); Leuschner AcP (207) 2007, S. 491 (495); Staudinger BGB-Mäsch 2022, Vorbem. zu §§ 305 ff. BGB Rn. 6 f.

auf das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung und nicht lediglich auf vertragliche Nebenbedingungen aus.⁷⁴⁵

Wesentlicher Ausgangspunkt ist vielmehr ein Informations- und Motivationsgefälle zwischen Verwender und Kunde.⁷⁴⁶ So sieht der Kunde schon deshalb von einer AGB-Prüfung ab, weil das Verständnis der häufig aus juristischer Fachsprache bestehenden Klauseln ein rechtliches Systemverständnis erfordert, über welches die meisten Kunden nicht verfügen. Das Studieren langer AGB-Texte ist damit voraussichtlich ohnehin nicht von Erfolg gekrönt.⁷⁴⁷ Durch Einschaltung externer Hilfe wie eines Rechtsanwalts vermag der Kunde die AGB zwar theoretisch zu entschlüsseln, allerdings würde dies einen erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand bedeuten.⁷⁴⁸ Die Kosten einer Beurteilung der AGB überstiege für weite Wirtschaftsbereiche den Wert der mit dem gesamten Vertrag verbundenen Vorteile.⁷⁴⁹

Es lohnt sich für den Kunden sodann auch nicht – das Verständnis der AGB unterstellt –, mit dem Verwender in Verhandlungen über den Klauselinhalt einzutreten oder sich gar einen anderen Anbieter zu suchen: So geht es gerade bei Alltagsgeschäften nur um nebensächliche Detailfragen, wie etwa, ob im unwahrscheinlichen Fall einer Vertragsstörung die gegebenenfalls ohnehin geringfügigen Lasten und Kosten dem Verwender oder dem Kunden aufzubürden sind.⁷⁵⁰ Außerdem wird sich der Verwender ohnehin nicht auf ein individuelles Aushandeln einlassen, denn er wird auf die Vorteile, die ihm die Verwendung von AGB bringt, nicht verzichten wollen: AGB vereinfachen die Organisation des Unternehmens, erleichtern die Kalkulation und ersparen auch dem Unternehmer Kosten und Mühen, jeden Vertragspunkt mit jedem Kunden erneut auszuhandeln zu müssen.⁷⁵¹ Der Verwender investiert damit nur einmalig Kosten und Mühen, um ein und dieselben Klauseln sodann stets bei derselben Art von Ge-

⁷⁴⁵ *Leuschner AcP* (207) 2007, S. 491 (495); *Wackerbarth AcP* (200) 2000, S. 45 (57 f.).

⁷⁴⁶ *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, Vor § 305 BGB Rn. 7; *Adams*, in: *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, S. 655 (662 f.); *Staudinger BGB-Mäsch* 2022, Vorbem. zu §§ 305 ff. BGB Rn. 8; *Leyens und Schäfer AcP* (210) 2010, S. 771 (783 ff.); *Kötz JuS* 2003, S. 209 (211); *Leuschner AcP* (207) 2007, S. 491 (494 ff.); *Köndgen NJW* 1989, S. 943 (947): bewusstes Informationsdefizit der Kunden; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs* 2022, Vorbem. zur Inhaltskontrolle Rn. 36.

⁷⁴⁷ *Adams*, in: *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, S. 655 (663); *Behrens* 1986, S. 171: Durch die Verwendung von AGB schiebe der Verwender dem Kunden zusätzliche Informationskosten zu, da der Kunde nun in der Situation sei, die ggfs. von Gesetzesrecht abweichende Risikoverteilung beurteilen zu müssen. Für diese Beurteilung fehle ihm jedoch meist die Kompetenz, da er typischerweise nicht Zugang zu den Informationen habe, die zur Bewertung des eingegangenen Risikos erforderlich seien.

⁷⁴⁸ *Leuschner AcP* (207) 2007, S. 491 (496).

⁷⁴⁹ *Adams*, in: *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, S. 655 (663).

⁷⁵⁰ *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, Vor § 305 BGB Rn. 6 f.; *Adams*, in: *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, S. 655 (662 f.); *Staudinger BGB-Mäsch* 2022, Vorbem. zu §§ 305 ff. BGB Rn. 8.

⁷⁵¹ *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, Vor § 305 BGB Rn. 2; *Behrens* 1986, S. 171 f.

schäft zugrunde zu legen.⁷⁵² Zwar bliebe stets auch die Möglichkeit, auf individuelles Aushandeln zu verzichten, sodass sich die Rechte und Pflichten nach dispositivem Recht richteten. Dieses setzt jedoch vielfach nur unbestimmte Rahmenbedingungen und klammert Einzelfragen aus. Der Unternehmer müsste sich dann im Fall einer Vertragsstörung auf Nachverhandlungen oder langwierige Rechtsstreitigkeiten einlassen.⁷⁵³ In vielen Bereichen fehlt es ohnehin an dispositiven Vorschriften, weil das BGB bestimmte Vertragstypen nicht kennt.⁷⁵⁴

Es sind im Ergebnis daher die „prohibitiv hohen Transaktionskosten“, die den Kunden davon abhalten, sich mit dem Inhalt der AGB zu befassen,⁷⁵⁵ kombiniert mit der Tatsache, dass er, selbst wenn er sich mit dem Klauselinhalt auseinandersetzt, ohnehin keine realistische Möglichkeit hätte, auf den Inhalt einzuwirken.⁷⁵⁶ Damit handelt es sich beim AGB-Recht um Regelungen, die vor allem einer situativen Unterlegenheit des Klauselgegners begegnen sollen: Die Unterlegenheit ist also der konkreten Situation geschuldet, liegt aber nicht in besonderen individuellen Eigenschaften des Klauselgegners begründet.⁷⁵⁷ In diese Richtung sind auch die Ausführungen des BVerfG zu interpretieren: Aus Art. 2 Abs. 1 GG ergebe sich das Gebot, die Teilnehmer des Rechtsverkehrs vor Fremdbestimmung zu schützen, wenn ein Vertragspartner ein solches Gewicht habe, dass er den Vertragsinhalt einseitig bestimmen könne.⁷⁵⁸ Entsprechend sei die Inhaltskontrolle von AGB nötig, weil sie die mangelnde Verhandlungsmacht kompensiere und praktische Konkordanz zwischen der jeweils grundrechtlich geschützten Privatautonomie des Verwenders und der anderen Vertragspartei herstelle.⁷⁵⁹

Diese situative Unterlegenheit geht Hand in Hand mit einer Gefährdung der „Richtigkeitsgewähr“, die ausgehandelten Vertragsinhalten grundsätzlich inne-

⁷⁵² *Leuschner AcP* (207) 2007, S. 491 (507); „Rationalisierungsvorteile“: *Braunfels DNotZ* 1997, S. 356 (375).

⁷⁵³ *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, Vor § 305 BGB Rn. 2.

⁷⁵⁴ *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, Vor § 305 BGB Rn. 2 mit den Beispielen des Automatenaufstellungsvertrags, des Mobilfunkvertrags, der verschiedenen Typen der Bankverträge, des Software-Programmiervetrags und des Bauräger-, Vertragshändler-, Leasing- oder Factoring-Vertrags.

⁷⁵⁵ *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, Vor § 305 BGB Rn. 7; *Adams*, in: *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, S. 655 (662f.); *Leuschner AcP* (207) 2007, S. 491 (496); *Staudinger BGB-Mäsch* 2022, Vorbem. zu §§ 305 ff. Rn. 8.

⁷⁵⁶ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs* 2022, Vorbem. zur Inhaltskontrolle Rn. 34.

⁷⁵⁷ *Leuschner AcP* (207) 2007, S. 491 (496).

⁷⁵⁸ *BVerfG NJW* 2011, S. 1339 (1340).

⁷⁵⁹ *BVerfG NJW* 2011, S. 1339 (1340); kritisch, inwiefern der Verfassung konkrete Vorgaben für die Inhaltskontrolle entnommen werden könnten: *Wackerbarth AcP* (200) 2000, S. 45 (50f.); *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs* 2022, Vorbem. zur Inhaltskontrolle Rn. 31. Beide Autoren weisen darauf hin, der Verfassung lasse sich nur eine Kontrolle von Extremfällen (§§ 138, 242 BGB) entnehmen.

wohnt.⁷⁶⁰ Weil der Kunde den AGB keine Aufmerksamkeit schenkt, nimmt der Verwender die Vertragsgestaltungsfreiheit für sich allein in Anspruch,⁷⁶¹ was die Gefahr nach sich zieht, dass die Klauseln ausschließlich oder zumindest übermäßig die Interessen des Verwenders berücksichtigen.⁷⁶² Es droht damit ein „Vertragsversagen“, da der Kunde einem Vertrag zustimmt, den er bei Durchdringung des „Kleingedruckten“ nicht oder nicht zu diesem Preis gebilligt hätte.⁷⁶³

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, die Unfähigkeit, auf den Vertragsinhalt einzuwirken, werde zumindest durch die negative Vertragsabschlussfreiheit kompensiert.⁷⁶⁴ Denn niemand kann realistischerweise dauerhaft auf Bereiche verzichten, in denen AGB Gang und Gäbe sind.⁷⁶⁵ Der einseitigen Interessenberücksichtigung durch einseitige Vertragsgestaltung kann auch die Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb nichts entgegensetzen, da diese Funktion im Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen versagt.⁷⁶⁶ Denn gerade, weil der Kunde aufgrund der hohen Transaktionskosten den AGB keine Beachtung schenkt und weil der Verwender sich auf keine Verhandlungen über den Inhalt der AGB einlassen wird, entsteht kein Konditionenwettbewerb, sodass der Kunde von vornherein keine Möglichkeit hat, zwischen verschiedenen guten und schlechten Anbietern zu wählen.⁷⁶⁷ Da zudem der Wettbewerb

⁷⁶⁰ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs 2022, Vorbem. zur Inhaltskontrolle Rn. 26, 36; Behrens 1986, S. 171 f.; Braunfels DNotZ 1997, S. 356 (356 ff.); grundlegend zur Richtigkeitsgewähr Schmidt-Rimpler AcP (147) 1941, S. 130 ff. Siehe auch BVerfG NJW 2011, S. 1339 (1340): „Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Freiheitsausübung und wechselseitige Bindung finden so ihre Konkretisierung. Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat.“

⁷⁶¹ BGH NJW 1978, S. 945 (947); BGH NJW 1994, S. 2825 (2826).

⁷⁶² Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs 2022, Vorbem. zur Inhaltskontrolle Rn. 26, 36; Braunfels DNotZ 1997, S. 356 (357 f.).

⁷⁶³ Staudinger BGB-Mäsch 2022, Vorbem. zu §§ 305 ff. BGB Rn. 8.

⁷⁶⁴ So aber Leuschner AcP (207) 2007, S. 491 (498).

⁷⁶⁵ Fastrich 1992, S. 85. Dem „sozialen Verbraucherschutzmodell“ zufolge kann ein Verbraucher schon aufgrund seiner „Konsumabhängigkeit“ von der negativen Vertragsabschlussfreiheit nicht wirklich Gebrauch machen: Dauner-Lieb 1983, S. 109 ff., 113, 117.

⁷⁶⁶ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs 2022, Vorbem. zur Inhaltskontrolle Rn. 32; Wackerbarth AcP (200) 2000, S. 45 (70): „heute kaum noch widersprochene allgemeine Meinung“.

⁷⁶⁷ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs 2022, Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle Rn. 33 f.; MüKo BGB/Band 2-Fornasier 2022, Vor § 305 BGB Rn. 8; Wackerbarth AcP (200) 2000, S. 45 (70); Köndgen NJW 1989, S. 943 (946 f.); Behrens 1986, S. 172; abweichend Leuschner AcP (207) 2007, S. 491 (499 f.): Informationsdefizite hätten mit mangelndem Wettbewerb nichts zu tun. Denn Wettbewerb könne zumindest in den Bereichen stattfinden, wo der Kunde die Wahl habe zwischen Geschäftspartnern, die AGB verwendeten, und solchen, die auf der Grundlage dispositiven Rechts kontrahierten. Denn dann müsse er nicht AGB vergleichen, sondern lediglich die Situation, wonach er entweder einen Vertrag abschließen könne, der

allein über den Preis spielt, weil die Kunden die AGB ignorieren, wird Wettbewerbsdruck dahingehend erzeugt, die eigenen Produktions- bzw. Vertriebskosten durch immer kundenfeindlichere AGB zu drücken, um günstigere Preise als die Wettbewerber anbieten zu können.⁷⁶⁸

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass das Gesetz die Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB somit zumindest zwar auch zum Schutz des einzelnen Kunden vorsieht, um ihn vor ihn benachteiligenden Verträgen zu schützen. Dieser Schutz erfolgt dabei aber unabhängig von bestimmten Eigenschaften des Kunden, also unabhängig von einer besonderen Schutzbedürftigkeit oder geminderter Verantwortungsfähigkeit. Dies bedeutet wiederum, dass es sich bei dem AGB-Schutz der §§ 305 ff. BGB grundsätzlich um keinen Schutz spezifisch für Personen, die Schwächen i. S. d. Fallgruppen 1–4 aufweisen, handelt, wobei solche individuellen Umstände, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, punktuell dennoch berücksichtigt werden können.

Dass der Grundsatz, wonach der Kunde den AGB grundsätzlich keine Aufmerksamkeit widmet, im Übrigen nicht ausnahmslos gilt, beweist das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, welches sonst sinnwidrig wäre. Es erfüllt seinen Sinn dann, wenn sich Klauseln auf Hauptleistungspflichten⁷⁶⁹ sowie auf sonstige Aspekte beziehen, denen der Kunde für seine Abschlussentscheidung Bedeutung beimisst, etwa weil sie durch Werbung herausgestellt wurden, denn dann wird sich der Kunde mit den entsprechenden Klauseln auseinandersetzen: Dann ist es aber auch notwendig, dass diese Klauseln klar und verständlich sind.⁷⁷⁰

Klauseln enthalte, deren Inhalt er nicht beurteilen könne und die seine Interessen mutmaßlich einseitig unberücksichtigt ließen, oder aber einen solchen, der sich solcher Klauseln nicht bediene. Da jedoch dort keine Verdrängung der AGB verwendenden Vertragspartner stattfindet, hänge mangelnder Wettbewerb nicht mit dem Informationsproblem zusammen. Die Kunden zögen aufgrund weiterer, nicht näher benannter Rationalitätsdefizite aus ihrem Informationsdefizit nur nicht die richtigen Schlüsse (S. 501). Die Argumentation von *Leuschner* dürfte sich allerdings im rein Theoretischen abspielen, da es in der Praxis, abgesehen von Bargeschäften über den Kauf von Waren des täglichen Lebens, nur noch selten Verträge geben dürfte, die keine AGB enthalten: MüKo BGB/Band 2-*Fornasier* 2022, Vor § 305 BGB Rn. 1.

⁷⁶⁸ Staudinger BGB-*Mäsch* 2022, Vorbem. zu §§ 305 ff. BGB Rn. 8 („*race to the bottom*“); *Wackerbarth* AcP (200) 2000, S. 45 (70 f.); Ulmer/Brandner/Hensen-*Fuchs* 2022, Vorbem. zur Inhaltskontrolle Rn. 34.

⁷⁶⁹ Anders als die Inhaltskontrolle bezieht sich das Transparenzgebot auch auf Klauseln im Bereich der Hauptleistungspflichten, siehe BeckOK BGB-*Schmidt*, § 307 BGB Rn. 43.

⁷⁷⁰ Ulmer/Brandner/Hensen-*Fuchs* 2022, Vorbem. zur Inhaltskontrolle Rn. 38; *Stoffels* JZ 2001, S. 843 (845 und 847 f.).

*b) Spezieller Schutz intellektuell und kognitiv beeinträchtigter Personen**aa) AGB*

Der Schutz der §§ 305 ff. BGB greift nur dann ein, wenn überhaupt AGB vorliegen, worauf in Kürze eingegangen werden soll, um den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle abzustecken. AGB sind nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB „für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Bedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Partei stellt.“ Ist der Kunde aber Verbraucher und der Verwender Unternehmer, wird der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle sodann in zweifacher Hinsicht durch die Verbraucherschutzvorschrift § 310 Abs. 3 BGB erweitert: Zum einen verzichtet § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, wie auch die zugrunde liegende Klausel-Richtlinie⁷⁷¹ in Art. 3 Abs. 2, auf den Aspekt des „Stellens“ der Klausel, sodass auch solche Klauseln als AGB gelten, die gegenüber einem Verbraucher verwendet werden, gleich, wer sie in den Vertrag eingeführt hat, ob der Unternehmer selbst oder ein Dritter, solange sie nur nicht vom Verbraucher selbst eingeführt wurden.⁷⁷²

Zum anderen bestimmt § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ebenso richtlinienkonform, dass bei Verwendung gegenüber Verbrauchern bestimmte Vorschriften des AGB-Rechts auch auf Einmalbedingungen angewendet werden können, so etwa §§ 307–309 BGB und § 305c Abs. 2 BGB. Darüber hinaus sind aber auch nicht explizit genannte Vorschriften, sofern sie auf Einmalbedingungen Anwendung finden, im Wege richtlinienkonformer Auslegung heranzuziehen, wie etwa das Verbot überraschender Klauseln des § 305c Abs. 1 BGB, um dem in Art. 4 und 5 der Klausel-Richtlinie verankerten Transparenzgebot gerecht zu werden.⁷⁷³ Selbiges gilt für § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, die Notwendigkeit zumutbarer Kenntnisaufnahme.⁷⁷⁴ Die Anwendung dieser Vorschriften ist schon deshalb sinnvoll, um nicht bei AGB einerseits und Einmalbedingungen andererseits unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe anwenden zu müssen.⁷⁷⁵

⁷⁷¹ Richtlinie RL 93/13 EWG vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen („Klausel-Richtlinie“).

⁷⁷² *Heinrichs* NJW 1996, S. 2191 (2192); *Braunfels* DNotZ 1997, S. 356 (357f.) speziell zu vom Notar vorformulierten Klauseln und auf S. 376 ff. zum negativen Merkmal, dass die Klausel nicht vom Verbraucher eingeführt worden sein darf, was *Braunfels* mit dem Kriterium des „Aushandelns“ gleichsetzt. Siehe auch *Erman BGB/Band 1-Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 14f. Siehe dort Rn. 16 zu Einzelfragen, wonach beispielsweise Klauseln als vom Verbraucher eingeführt gelten, wenn diese ihm zuzurechnen sind, etwa weil er einen Notar oder Anwalt mit ihrer Formulierung beauftragt hat.

⁷⁷³ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs* 2022 § 310 BGB Rn. 91; *Erman BGB/Band 1-Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 21.

⁷⁷⁴ *Erman BGB/Band 1-Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 21.

⁷⁷⁵ *Erman BGB/Band 1-Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 21: Die Berücksichtigung des Transparenzgebots gelänge beispielsweise ohne Berücksichtigung von § 305 Abs. 2 BGB und § 305c Abs. 1 BGB nur über § 307 BGB.

AGB liegen zudem nur vor, wenn die Klauseln nicht ausgehandelt wurden, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Ein Aushandeln ist immer dann gegeben, wenn der Verwender den „gesetzesfremden Kerngehalt“, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verbraucher Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.⁷⁷⁶ Eine reale Möglichkeit setzt voraus, dass ein echtes Aushandeln stattgefunden hat: Es kann dann auch der ursprüngliche Text unverändert übernommen werden, solange eine Einzelerörterung des Textes und möglicher Alternativen stattgefunden hat und der Kunde den Text in seinen Gestaltungswillen aufgenommen und nicht nur beispielsweise aus Zeitersparnis zugesagt hat.⁷⁷⁷ Nur eine Information über Inhalt und Tragweite der Klauseln führt daher noch nicht zu einem „Aushandeln“.⁷⁷⁸

Bei gegenüber Verbrauchern verwendeten Einmalbedingungen kommt das Gebot, dass eine Klausel nicht ausgehandelt worden sein darf, dadurch zum Ausdruck, dass eine Inhaltskontrolle nur bei solchen Klauseln durchgeführt wird, auf deren Inhalt der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung „keinen Einfluss nehmen konnte“, § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.⁷⁷⁹ Das Merkmal der mangelnden Einflussmöglichkeit ist dabei nach h.M. mit dem „Aushandeln“ i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB gleichzusetzen.⁷⁸⁰ Dafür spricht schon der Verbraucherschutz.

bb) Einbeziehungskontrolle

§ 305c Abs. 1 BGB bestimmt, dass Klauseln von vornherein nicht Vertragsbestandteil werden, wenn sie so ungewöhnlich sind, dass der Kunde mit ihnen nicht zu rechnen brauchte. Die Norm erfasst dabei auch Klauseln im Bereich

⁷⁷⁶ BGH NJW 1988, S. 410 (410); BGH NJW-RR 1986, S. 54 (54): Kein Aushandeln, wenn der Verbraucher statt der AGB nur die stattdessen eingreifende gesetzliche Regelung „wählen“ könne. Die Möglichkeit des Aushandelns könne sich nur auf die das Gesetz ändernden oder ergänzenden AGB beziehen. Siehe auch BGH NJW 2014, S. 1725 (1727); *Heinrichs* NJW 1996, S. 2191 (2192); *Braunfels* DNotZ 1997, S. 356 (377 f.); Erman BGB/Band 1-*Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 17; vgl. Staudinger BGB-*Piekenbrok* 2022, § 310 BGB Rn. 131.

⁷⁷⁷ Ulmer/Brandner/Hensen-*Habersack* 2022, § 305 BGB Rn. 48.

⁷⁷⁸ *Börner* JZ 1997, S. 595 (596).

⁷⁷⁹ Diese Voraussetzung fehlender Einflussmöglichkeit grenzt die Einmalbedingung vom gewöhnlichen Angebot ab, das ebenso nur mit „Ja“ angenommen werden kann: BeckOK-GK-*Friesen*, § 310 BGB Rn. 171. Die Inhaltskontrolle zudem auf Fälle erweiternd, in denen Klauseln nicht vorformuliert wurden, aber dennoch eine Einflussmöglichkeit nicht gegeben war: *Wolf*, in: Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, S. 299 (308 f.).

⁷⁸⁰ Erman BGB/Band 1-*Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 20; BeckOK BGB-*Becker*, § 310 BGB Rn. 18; *Heinrichs* NJW 1996, S. 2191 (2192); *Braunfels* DNotZ 1997, S. 356 (378); a.A. *Kaufhold* DNotZ 1998, S. 254 (262 f.); Ulmer/Brandner/Hensen-*Schäfer* 2022, § 310 BGB Rn. 85; Staudinger BGB-*Piekenbrok* 2022, § 310 BGB Rn. 131.

der Hauptleistungspflicht und nicht lediglich Nebenabreden.⁷⁸¹ Es liegt nun die Überlegung nahe, dass § 305c Abs. 1 BGB insbesondere den Personen der Fallgruppe 2 zugutekommen könnte, die also aufgrund krankheitsbedingter geistiger Beeinträchtigungen zwar grundsätzlich den Kern des Vertrages nachvollziehen können, aber mit einzelnen Vertragsklauseln überfordert sind. Der Schutz des § 305c Abs. 1 BGB ist jedoch kein solcher, der gerade auf diese Personengruppen ausgerichtet ist:

Denn zum einen bestimmt sich die Ungewöhnlichkeit einer Klausel im Einzelnen nach objektiven Kriterien.⁷⁸² Ungewöhnlich ist etwa eine Entgeltklausel bei üblicherweise unentgeltlich angebotenen Leistungen.⁷⁸³ Maßgeblich dabei aber ist, ob Kunden des angesprochenen Verkehrskreises mit diesen AGB bei diesem Vertragstyp rechnen müssen.⁷⁸⁴ Nur dann, wenn ein Rechtsgeschäft beispielsweise üblicherweise mit älteren Menschen geschlossen wird, kann sich die Ungewöhnlichkeit ausnahmsweise auch an der Erwartungshaltung älterer Menschen bemessen. Dies kann bei Kaffeefahrten relevant sein, wobei auch miteinfließen kann, dass ältere Menschen bei bestimmten Geschäften unerfahren sind.⁷⁸⁵

Zum anderen beurteilt sich auch die Frage, ob die Klausel so ungewöhnlich ist, dass der Kunde mit ihr nicht zu rechnen brauchte, grundsätzlich nach einem generellen Maßstab: Es kommt auf die Erkenntnismöglichkeiten des für derartige Verträge typischerweise zu erwartenden Kundenkreises an.⁷⁸⁶ Somit wird eine Klausel selbst dann Vertragsbestandteil, auch wenn der Kunde einwendet, wegen seiner persönlichen Geschäftsunerfahrenheit sei er von ihr überrascht worden.⁷⁸⁷ Immerhin können aber die individuellen Begleitumstände des Vertragsschlusses miteinbezogen werden, z. B. vorangegangene Werbeaussagen des Verwenders, sodass auch eine objektiv nicht ungewöhnliche Klausel unter Umständen zu einer Überrumpelung führen kann.⁷⁸⁸ Allerdings kommt es auch dann nicht auf die konkreten Erkenntnismöglichkeiten des Kunden an, sondern auf diejenige des bei Verträgen der fraglichen Art zu erwartenden Durchschnittskunden.⁷⁸⁹

⁷⁸¹ BGH NJW 1995, S. 2637 (2638); MüKo BGB/Band 2-Fornasier 2022, § 305c BGB Rn. 2; Ulmer/Brandner/Hensen-Schäfer 2022, § 305c BGB Rn. 26.

⁷⁸² Ulmer/Brandner/Hensen-Schäfer 2022, § 305c BGB Rn. 12. Siehe in der Rechtsprechung nur BGH NJW 1988, S. 558 (560); BGH NJW 1989, S. 222 (224).

⁷⁸³ Ulmer/Brandner/Hensen-Schäfer 2022, § 305c BGB Rn. 26; Heber 2022, S. 211.

⁷⁸⁴ Ulmer/Brandner/Hensen-Schäfer 2022, § 305c BGB Rn. 14.

⁷⁸⁵ Heber 2022, S. 211.

⁷⁸⁶ Ulmer/Brandner/Hensen-Schäfer 2022, § 305c BGB Rn. 13, 22; Erman BGB/Band 1-Looschelders 2023, § 305c BGB Rn. 10.

⁷⁸⁷ Ulmer/Brandner/Hensen-Schäfer 2022, § 305c BGB Rn. 13, 22a.

⁷⁸⁸ Ulmer/Brandner/Hensen-Schäfer 2022, § 305c BGB Rn. 13a, 22a. Aus der Rechtsprechung BGH NJW 1995, S. 2637 (2638).

⁷⁸⁹ Ulmer/Brandner/Hensen-Schäfer 2022, § 305c BGB Rn. 13a; Staudinger BGB-Mäsch

Die Person, die zum Verständnis komplexer einzelvertraglicher Regelungen nicht mehr in der Lage ist, erfährt also vor Klauseln, die sie nicht versteht, nur – aber immerhin auch – dort Schutz, wo auch der „Durchschnittskunde“, weil es auf dessen Erkenntnismöglichkeiten ankommt, Schutz erfährt. Für einen passgenauen Zuschnitt auf Personen mit den genannten Unfähigkeiten wäre aber § 305c Abs. 1 BGB ohnehin kein passendes Instrument: Denn schließlich handelt es sich bei der hier untersuchten Personengruppe nicht lediglich um geschäftsunerfahrene Personen, die nur nicht wissen, dass bestimmte Klauseln in bestimmten Verträgen gewöhnlich sind. Vielmehr sind solche Personen gemeint, die komplexe einzelvertragliche Regelungen generell nicht verstehen und sich zu solchen Detailfragen unter Umständen nicht einmal mehr Gedanken machen können. Dann kann aber auch nicht mehr sinnvoll behauptet werden, eine solche Person sei von einem Inhalt solcher Regelungen, welcher auch immer dies ist, „überrascht“ worden.

Zumindest aber im Fall von Täuschungen ermöglicht § 305c Abs. 1 BGB eine individuelle Überrumpelungsprüfung, was insbesondere in Situationen, in denen Personen besonders täuschungsanfällig sind – Fallgruppe 4 –, schützt: Täuscht der Verwender den Kunden über die Einbeziehung von AGB oder über den Inhalt oder die Bedeutung einzelner Klauseln und entwickelt der Kunde so eine Fehlvorstellung, so werden diese Klauseln nach §§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil.⁷⁹⁰ Dabei ist zudem zu beachten, dass bei einer Täuschung der vorgespiegelte Klauselinhalt sogar schon kraft Individualvereinbarung Vertragsbestandteil werden kann, weil der Verwender dann weiß, wie er die Erklärung seines Vertragspartners zu verstehen hat.⁷⁹¹ Raum für § 305c Abs. 1 BGB besteht bei einer Täuschung über Klauselinhalte also nur dann, wenn eine wirksame Schriftformklausel enthalten ist,⁷⁹² auch dann, wenn ein Dritter die Täuschung verübt.⁷⁹³ Einer Anfechtung der betreffenden Klausel bedarf es dann nicht mehr, allerdings kann trotz Anwendbarkeit von § 305c Abs. 1 BGB, bei nachgewiesener Kausalität, auch der gesamte Vertrag angefochten werden.⁷⁹⁴

2022, § 305c BGB Rn. 25. Aus der Rechtsprechung: BGH NJW 1995, S. 2637 (2638); BGH NJW 1997, S. 3372 (3374).

⁷⁹⁰ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt 2022, § 306 BGB Rn. 18a.

⁷⁹¹ Staudinger BGB-Mäsch 2022, § 306 BGB Rn. 9.

⁷⁹² Vgl. Staudinger BGB-Mäsch 2022, § 306 BGB Rn. 9, wonach in einer solchen Situation die Fehlvorstellung nicht Vertragsinhalt werde.

⁷⁹³ Vgl. Staudinger BGB-Mäsch 2022, § 306 BGB Rn. 9, wonach in einer solchen Situation wiederum die Fehlvorstellung jedenfalls nicht Vertragsbestandteil werde.

⁷⁹⁴ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt 2022, § 306 BGB Rn. 18a; zur Anfechtbarkeit des gesamten Vertrags bei Kausalität der Täuschung auch Staudinger BGB-Mäsch 2022, § 306 BGB Rn. 9.

cc) Inhaltskontrolle

Bei der Inhaltskontrolle ist eine individualisierende Betrachtungsweise ebenso wie im Rahmen von § 305c Abs. 1 BGB grundsätzlich ausgeschlossen: Es kommt bei der Frage, ob eine AGB-Klausel nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen ist, auf die Anschauung der Verkehrskreise an, die den fraglichen Vertragstyp regelmäßig abschließen.⁷⁹⁵ Es sind nicht die konkreten Erwartungen und Interessen der am Vertrag im Einzelfall beteiligten Parteien maßgeblich,⁷⁹⁶ stattdessen findet eine „überindividuell generalisierende Betrachtung unter Berücksichtigung der typischen Interessen der Beteiligten“ statt.⁷⁹⁷ Dies bedeutet also, dass die Personen der hier untersuchten Fallgruppen wiederum nur im selben Umfang vor objektiv unangemessenen Klauseln geschützt werden, wie alle anderen Personen, die mit den entsprechenden Klauseln konfrontiert werden, auch.

Eine Ausnahme hiervon gilt jedoch bei Verträgen von Verbrauchern mit Unternehmen. So wird in § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB der Maßstab für die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB richtlinienkonform modifiziert: Art. 4 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie fordert ausdrücklich, dass bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit der Klausel „alle den Vertragsabschluss begleitenden Umstände“ zu berücksichtigen sind. Entsprechend sind nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB bei Verbraucherverträgen bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB ebenso die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.⁷⁹⁸

Nach herrschender Meinung wirkt § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB dergestalt, dass es grundsätzlich zunächst beim generalisierenden Beurteilungsmaßstab bleibt, im Rahmen von Individualprozessen – im Gegensatz zu Verbandsklagen – die Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses aber zu einer Korrektur führen können, und dies sowohl bei Einmalbedingungen als auch bei Standardverträgen.⁷⁹⁹ Diese Möglichkeit, die Umstände des Vertragsschlusses zu be-

⁷⁹⁵ MüKo BGB/Band 2-Wurmnest 2022, § 307 BGB Rn. 42.

⁷⁹⁶ MüKo BGB/Band 2-Fornasier 2022, § 310 BGB Rn. 108.

⁷⁹⁷ BGH NJW 1987, S. 487 (489); BGH NJW 1992, S. 2626 (2626): Auf die Verhältnisse des konkreten Einzelfalls komme es nicht an. Ebenso Hommelhoff und Wiedenmann ZIP 1993, S. 562 (568); Schmidt-Salzer BB 1995, S. 733 (734, 735).

⁷⁹⁸ MüKo BGB/Band 2-Fornasier 2022, § 310 BGB Rn. 47, 107; Heber 2022, S. 212; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2001, S. 780 (781).

⁷⁹⁹ MüKo BGB/Band 2-Fornasier 2022, § 310 BGB Rn. 114; Erman BGB/Band 1-Looschelders 2023, § 310 BGB Rn. 23; Hommelhoff und Wiedenmann ZIP 1993, S. 562 (571); Heinrichs NJW 1996, S. 2191 (2193 f.); OLG Frankfurt NJW-RR 2001, S. 780 (781); a. A.: Remien ZEuP 1994, S. 34 (57): Ein individueller Prüfungsmaßstab könne nur angelegt werden, wo individuell vorgegangen werde, also im Anwendungsbereich von § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Dies ist jedoch abzulehnen, denn auch wenn es sich um Mehrfachbedingungen handelt, sind an jedem Vertragsschluss zwei konkrete Individuen in einer besonderen individuellen Situation beteiligt. Weshalb dies nicht berücksichtigt werden könnte, ist nicht ersichtlich. Ebenso für eine Beschränkung des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf Fälle der Nr. 2 BeckOK BGB-Becker, § 310 BGB

rücksichtigen, kann sich dabei nun theoretisch in zwei Richtungen auswirken: Sie kann einer Klausel die Wirksamkeit nehmen, die nach generalisierendem Maßstab wirksam wäre, aber auch die nach allgemeinem Maßstab unwirksame Klausel heilen. Dabei ist umstritten, ob beides zulässig ist, also ob § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB die Position des Verbrauchers nicht nur verbessern, sondern auch verschlechtern kann,⁸⁰⁰ was hier aber nicht weiter erörtert werden soll, denn vorliegend geht es ohnehin ausschließlich nur um eine Schutzverstärkung.

Im Übrigen sollte dieser privilegierte Schutz dem Verbraucher auch dann zustehen, wenn ihm ein Widerrufsrecht zugestanden hätte, er die Widerrufsfrist aber versäumt hat⁸⁰¹ oder er aufgrund von Druck oder Täuschung ein Anfechtungsrecht gehabt hätte, dieses aber nicht ausgeübt hat.⁸⁰² Für die Nichtausübung dieser Rechte kann es vielerlei Gründe geben, eben gerade auch geistige Defizite, die dazu führen, dass der Betroffene beispielsweise den Grund der Ausübung des Widerrufsrechts gar nicht erkennt.⁸⁰³ Es wäre nicht sachgerecht, dem Verbraucher sodann auch den nicht fristgebundenen Schutz der §§ 305 ff. BGB zu entziehen.⁸⁰⁴

Zu den sodann zu berücksichtigenden Umständen gehört nach dem 16. Erwägungsgrund der Richtlinie insbesondere auch das Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien.⁸⁰⁵ Ebenso ist nach diesem Erwägungsgrund zu berücksichtigen, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zur Klausel zu geben. Hierunter fällt beispielsweise die Bagatellisierung von Vertragsklauseln gegenüber dem Bürgen im Zusammenhang mit der Unterzeichnung einer Bürgschaftsverpflichtung.⁸⁰⁶ Des Weiteren relevant sind ungewöhnliche Drucksituationen, Überrumpe-

Rn. 21; so wohl auch *Schmidt-Salzer* BB 1995, S. 733 (736); ebenso *Michalski* Der Betrieb 1999, S. 677 (678) in Bezug auf die konkret-individuelle Inhaltskontrolle, die er von der konkret-individuellen Umstandskontrolle unterscheidet. Eine solche Einschränkung enthält Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie jedoch nicht, sodass diese Interpretation sekundärrechtswidrig wäre, siehe *BeckOGK-Friesen*, § 310 BGB Rn. 176; *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, § 310 BGB Rn. 114.

⁸⁰⁰ Für eine Verschlechterungsmöglichkeit *Heinrichs* NJW 1996, S. 2190 (2194); *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, § 310 BGB Rn. 114; dagegen *Michalski* Der Betrieb 1999, S. 677 (679); *Staudinger BGB-Piekenbrok* 2022, § 310 BGB Rn. 139 ff.; *BeckOK BGB-Becker*, § 310 BGB Rn. 21.

⁸⁰¹ A.A. *Erman BGB/Band 1-Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 25.

⁸⁰² A.A. *Erman BGB/Band 1-Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 25.

⁸⁰³ Siehe noch weiter unten zur begrenzten Schutzwirkung von Widerrufsrechten unter 3. Kapitel B.VI.

⁸⁰⁴ Dagegen spricht auch nicht, dass die §§ 134 BGB, 56 GewO durch Widerrufsrechte verdrängt werden können (oder können sollten), siehe oben unter 3. Kapitel B.II.2.a). Denn es macht einen Unterschied, ob der gesamte Vertrag unter Aushöhlung des Widerrufsrechts, welches speziell für diesen Vertrag geschaffen wurde, kassiert wird oder nur eine einzelne Klausel.

⁸⁰⁵ *BeckOGK-Friesen*, § 310 BGB Rn. 175.

⁸⁰⁶ *Schmidt-Salzer* BB 1995, S. 733 (736) mit Verweis auf BGH NJW 1994, S. 1341 (1343 f.), wo es um eine Einwirkung auf den Bürgen im Zusammenhang mit § 138 Abs. 1 BGB ging.

lungssituationen, aber auch das Ausnutzen besonderer geschäftlicher Unerfahrenheit oder intellektueller Unterlegenheit des Verbrauchers.⁸⁰⁷ Wenn also dem Verbraucher unter Ausnutzung bestimmter persönlicher Eigenschaften Abreden „untergejubelt“ oder bestimmte Bedingungen verschleiert werden, ist der Betroffene durch die Inhaltskontrolle geschützt, was den hier untersuchten Personen zugutekommt. Dies betrifft insbesondere diejenigen der Fallgruppen 2, 3 und 4, also jenen, denen gerade das Verständnis einzelvertraglicher Regelungen oder der Auswirkung von Rechtsgeschäften Schwierigkeiten bereitet bzw. die sich durch besondere Beeinflussbarkeit oder Leichtgläubigkeit auszeichnen. Im Übrigen ist wiederum der allgemeine Grundsatz zu beachten, wonach eine dem Verwender bekannte und von ihm gar verursachte Fehlvorstellung des Kunden ohnehin Inhalt einer Individualabrede wird, sodass es auf eine Inhaltskontrolle in dieser Situation nicht mehr ankommt.

Dabei bezieht sich die Inhaltskontrolle aber ausschließlich auf Nebenabreden, was die Schutzwirkung auch dieser besonderen Inhaltskontrolle schwächt. Solche Abreden, die unmittelbar Gegenstand der Hauptleistung („Leistungsbeschreibungen“) sind, werden nicht überprüft, ebenso wenig das vom anderen Teil zu erbringende Entgelt.⁸⁰⁸ Unter den Begriff der Leistungsbeschreibung fallen dabei Bestimmungen über „Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.“⁸⁰⁹

Nicht nur auf Nebenabreden beschränkt ist aber zumindest das Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB: Auch Klauseln, die Leistung und Gegenleistung umschreiben, unterliegen dem Transparenzgebot.⁸¹⁰ Allerdings folgt nach herrschender Meinung nicht aus der Intransparenz allein bereits die Nichtigkeit der Klausel, sondern es muss sich gerade aus der Intransparenz eine unangemessene Benachteiligung ergeben, sodass auf die Komponente einer inhaltlichen Unangemessenheit nicht verzichtet wird.⁸¹¹ Eine hinreichende inhaltliche Benachteiligung kann beispielsweise darin liegen, dass der Kunde wegen der Intransparenz nicht abschätzen kann, ob es sich bei dem Vertrag um einen vorteilhaften oder nachteiligen Vertrag handelt.⁸¹² Klauseln müssen vielmehr so formuliert und gestaltet sein, dass er in die Lage versetzt wird, die wirtschaftliche Bedeutung und die Tragweite des Vertragsschlusses zu erken-

⁸⁰⁷ *Heinrichs* NJW 1996, S. 2190 (2194); *Ermann BGB/Band 1-Looschelders* 2023, § 310 BGB Rn. 25; *BeckOK BGB-Becker*, § 310 BGB Rn. 21; *Heber* 2022, S. 212.

⁸⁰⁸ St. Rspr.: BGH NJW 2001, S. 2635 (2636); BGH NJW 1998, S. 383 (383); BGH NJW 1991, S. 1953 (1953); BGH NJW 1999, S. 2276 (2277).

⁸⁰⁹ BGH NJW 1993, S. 2369 (2369); BGH NJW 2001, S. 2635 (2636).

⁸¹⁰ *BeckOK BGB-Schmidt*, § 307 BGB Rn. 43; siehe auch bereits oben in Fn. 769.

⁸¹¹ *Graf von Westphalen* NJW 2002, S. 12 (17); *MüKo BGB/Band 2-Wurmnest* 2022, § 307 BGB Rn. 60; *Staudinger BGB-Wendland* 2022, § 307 BGB Rn. 174 ff.

⁸¹² *Staudinger BGB-Wendland* 2022, § 307 BGB Rn. 175.

nen.⁸¹³ Der Kunde soll durch die Transparenzkontrolle davor geschützt werden, „infolge falscher Vorstellungen über die angebotene Leistung zu einem unangemessenen Vertragsabschluss verleitet zu werden“.⁸¹⁴ Da jedoch eine Klausel nicht weniger komplex sein kann als der Sachverhalt, den sie regelt, fordert der BGH stets nur Transparenz „im Rahmen des Möglichen“.⁸¹⁵ Sogar eine gewisse „Wirrnis“ ist hinzunehmen, sofern nur der Klauseltext bei gebotener Aufmerksamkeit erschlossen werden kann.⁸¹⁶ Maßstab der Transparenz ist dabei wiederum die Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders, der typischerweise Verträge dieser Art abschließt,⁸¹⁷ bzw. bei Verbrauchern die Erkenntnismöglichkeit des Durchschnittsverbrauchers, der „normal informiert, angemessen aufmerksam und verständig“ ist.⁸¹⁸

Eine am „Durchschnitt“ ausgerichtete Klausel, die gar eine gewisse „Wirrnis“ enthalten darf, wird aber Personen, die mit komplexen Verträgen Schwierigkeiten haben, kaum dabei helfen, einzelvertragliche Regelungen (Fallgruppe 2) zu verstehen, noch dabei, anhand der Klauseln die Auswirkungen des Vertrages zu ermitteln (Fallgruppe 3). Das Transparenzgebot kann also die Personen der Fallgruppen 2 und 3 nicht umfassend schützen.

c) Bewertung

Die §§ 305 ff. BGB schützen Personengruppen mit intellektuellen und kognitiven Einschränkungen allenfalls reflexhaft, indem ihnen lediglich derselbe Schutz zukommt, dem jedermann durch die §§ 305 ff. BGB zur Seite steht. Dem entspricht es auch, dass der AGB-Schutz primär ein Schutz vor einem bei jedermann bestehenden Informationsgefälle ist, da es grundsätzlich von keinem Kunden erwartet wird, dass er die Regelungen zur Kenntnis nimmt oder gar zu verstehen versucht. Der Schutz ist daher als abstrakt-genereller Schutz ausgestaltet; Maßstab ist grundsätzlich nicht der individuelle Kunde mit seinen individuellen Eigenschaften, sondern der durchschnittliche Kunde des jeweiligen Verkehrskreises.

Einzig die Inhaltskontrolle in der Konstellation Verbraucher/Unternehmer ermöglicht die Berücksichtigung individueller Umstände, da bei der Frage nach der Unangemessenheit einer Klausel, gleich, ob es sich um eine Mehrfach- oder

⁸¹³ EuGH EuZW 2014, S. 506 (509); MüKo BGB/Band 2-Wurmnest 2022, § 307 BGB Rn. 69; aus der Rechtsprechung auch BGH NJW-RR 2020, S. 112 (114): Der Kunde müsse die rechtliche Tragweite erkennen können. BGH NJW-RR 2019, S. 942 (943): Der Kunde müsse erkennen können, „was auf ihn zukommt“.

⁸¹⁴ BGH NJW-RR 2020, S. 112 (114).

⁸¹⁵ BGH NJW-RR 2019, S. 942 (943).

⁸¹⁶ BGH NJW-RR 2019, S. 942 (944).

⁸¹⁷ BGH NJW-RR 2011, S. 1144 (1145); BGH NJW-RR 2019, S. 942 (944); BGH NJW-RR 2020, S. 92 (92); MüKo BGB/Band 2-Wurmnest 2022, § 307 BGB Rn. 69.

⁸¹⁸ EuGH EuZW 2014, S. 506 (509); MüKo BGB/Band 2-Wurmnest 2022, § 307 BGB Rn. 69.

Einmalbedingung handelt, auch auf die individuellen Eigenschaften des Verbrauchers bzw. die konkrete Situation ankommt. Dies kommt insbesondere den Personen der Fallgruppen 2 und 4 zugute, die Schwierigkeiten beim Verständnis einzelner Vertragsklauseln haben bzw. die besonders beeinflussbar sind, da in die Wertung einbezogen werden kann, ob der Unternehmer die geistige Unterlegenheit des Betroffenen oder eine Überrumpelungssituation ausnutzt, um Klauselinhalte zu verschleiern oder zu verharmlosen. Im Übrigen kann bei einer Täuschung über den Inhalt von Klauseln dieser Inhalt zum Gegenstand einer Individualabrede werden, was den Kunden zusätzlich schützt, da so seine, vom Verwender gar verursachte, Fehlvorstellung Vertragsinhalt ist.

Der Schutz der AGB-Inhaltskontrolle ist aber dadurch beschränkt – und daran ändert auch eine Verbrauchereigenschaft nichts –, dass sie sich nur auf Nebenabreden bezieht. Die Hauptleistungen unterliegen daher keiner Angemessenheitsprüfung. Allein das Transparenzgebot ist auch im Bereich von Hauptleistungspflichten anwendbar. Es soll den Kunden ermöglichen, den Inhalt von Klauseln verstehen zu können, wenn sie sich für den Inhalt interessieren, was zumindest bei der Hauptleistungspflicht betreffenden Klauseln realistisch ist. Ob das Transparenzgebot eingehalten ist, soll sich dabei aber am Verständnis eines Durchschnittskunden bzw. eines Durchschnittsverbrauchers orientieren. Da aber die Personen der Fallgruppen 2–3 nicht die Verständnisfähigkeiten des Durchschnittskunden besitzen, hilft ihnen das Transparenzgebot nicht.

4. Allgemeine Inhaltskontrolle

Klassischerweise hat § 242 BGB die Funktion einer Ausübungskontrolle, was insbesondere bedeutet, dass aus der Norm nicht die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts folgt, sondern sie den Einwand des Rechtsmissbrauchs ermöglicht.⁸¹⁹ Eine Inhaltskontrolle erfolgt grundsätzlich nur über § 138 BGB und §§ 305 ff. BGB. Dennoch gibt es Bestrebungen, eine solche Kontrolle über diese Vor-

⁸¹⁹ Siehe zum Einwand des Rechtsmissbrauchs unten unter 4. Kapitel A.II.5. Die Ausübungskontrolle ermöglicht auch eine Vertragsanpassung, siehe beispielsweise BGH NJW 2007, S. 2848 (2949f.): „Hält ein Ehevertrag, wie hier, der Wirksamkeitskontrolle stand, so muss der Tatrichter nach der Rechtsprechung des Senats im Rahmen der Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Ehevertrag wirksam abbedungen sei. Dafür ist entscheidend, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zu Grunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht.“

schriften hinaus durchzuführen: So wird eine allgemeine Inhaltskontrolle diskutiert, qualifiziert als Rechtsfortbildung bzw. hergeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.⁸²⁰ Denn § 138 Abs. 1 BGB sei eine auf Einzelfälle, auf „Ausreißer“ angelegte Kontrollregelung mit hohen Voraussetzungen. Diese Regelung versage dort, wo es nicht um das Versagen der Richtigkeitsgewähr im Einzelfall gehe, sondern wenn dieses Versagen vielmehr „konstruktionsbedingt“ und typischerweise und generell anzunehmen sei: Denn es gebe auch außerhalb des Anwendungsbereichs von AGB Bereiche, in denen allgemein zu hohe Anforderungen an die Selbstvorsorge und Selbstverantwortung der Teilnehmer am Rechtsverkehr gestellt würden und in denen es folglich einen der AGB-Kontrolle vergleichbaren Schutzmechanismus brauche.⁸²¹ Ein solcher Bereich seien etwa Eheverträge.⁸²² Diese allgemeine Inhaltskontrolle solle unter vier Voraussetzungen zulässig sein: Es müsse sich ein generelles Versagen der Richtigkeitsgewähr feststellen lassen, es müsse sich um die Beseitigung eines Missstandes handeln, es dürften keine autonomienäheren Lösungsmöglichkeiten, wie etwa Aufklärungspflichten, bestehen und zudem müssten sich klare Fallgruppen bilden lassen.⁸²³ Das Versagen der Richtigkeitsgewähr müsse dabei auf eine Vertragsdisparität zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückzuführen sein.⁸²⁴

Aus der Vertragsdisparität als Legitimation für eine allgemeine Inhaltskontrolle folgt im Übrigen, dass diese Inhaltskontrolle, will man sie anerkennen, anders als das AGB-Recht auch auf Individualverträge anzuwenden sein muss, da das individuelle Aushandeln dieses Ungleichgewicht dann nicht beseitigt.⁸²⁵ Entsprechend sollte sie auch nicht, wiederum anders als das AGB-Recht, nur

⁸²⁰ *Fastrich* 1992, S. 70 ff.

⁸²¹ *Fastrich* 1992, S. 74; siehe im Zusammenhang mit dem Ehe- und Scheidungsfolgenrecht *Schwenzer* AcP (196) 1996, S. 88 (11 f.); die Ungeeignetheit von § 138 BGB im Zusammenhang mit Eheverträgen hervorhebend, da es nicht nur um extrem gelagerte Sonderfälle gehe, sondern um die grundsätzliche Unangemessenheit bestimmter Regelungen: *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (325 f.). *Dauner-Lieb* lehnt eine allgemeine Inhaltskontrolle in Bezug auf Eheverträge aber dennoch ab.

⁸²² *Schwenzer* AcP (196) 1996, S. 88 (11 f.), weil die Frau „strukturell benachteiligt“ sei. Eine Korrekturbedürftigkeit bejahend, aber mit anderer Argumentation und im Übrigen auch nicht über eine allgemeine Inhaltskontrolle: *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (319 ff.). Insbesondere der Unterhaltsverzicht, so *Dauner-Lieb*, könne sich, wenn das Partnerschaftsmodell faktisch anders gelebt werde als geplant, als unangemessen benachteiligend herausstellen. Dies genüge für eine Korrektur, es müsse nicht krampfhaft nach einer Unterlegenheitssituation bei Vertragsschluss gesucht werden bzw. es genüge, dass sich diese Unterlegenheit im Laufe der Zeit entwickeln könne, S. 323 f.

⁸²³ *Fastrich* 1992, S. 73 ff., insbesondere zusammenfassend S. 78.

⁸²⁴ *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (308 f., 326).

⁸²⁵ Anders aber *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (326), wonach Inhaltskontrollen auch außerhalb des AGB-Rechts auf einseitig vorformulierte Regelungen zugeschnitten seien. Dagegen spricht aber, dass die AGB-Inhaltskontrolle mit einem Informationsdefizit gerechtfertigt wird, wonach der Kunde aus seiner Verantwortung entlassen wird, die AGB zur Kenntnis zu nehmen und verstehen zu müssen. Dies ist aber nicht der Grund für die allgemeine Inhalts-

auf Nebenabreden anwendbar sein,⁸²⁶ da Vertragsdisparität eben auch in Bezug auf die Hauptleistungspflichten besteht.⁸²⁷

Tatsächlich erkennt wohl auch die Rechtsprechung eine über § 138 Abs. 1 BGB hinausgehende Inhaltskontrolle an, auch wenn die Ausführungen stellenweise uneindeutig sind. Das BVerfG spricht in allgemeiner Weise meist von einer Inhaltskontrolle über die zivilrechtlichen Generalklauseln, ohne sich festzulegen, ob diese nun über § 138 BGB oder § 242 BGB zu erfolgen hat. So stellt es beispielsweise einerseits fest, § 138 Abs. 1 BGB sei auf Nichtigkeit ausgelegt, während § 242 BGB differenziertere Rechtsfolgen ermögliche.⁸²⁸ Diese Aussage spricht zwar dafür, dass das Gericht § 242 BGB nicht als Mittel der Inhaltskontrolle, sondern in seiner klassischen Rolle als Ausübungskontrolle versteht. Sodann aber verweist das BVerfG andererseits auf Autoren der Zivilrechtswissenschaft, die gerade eine über § 138 BGB hinausgehende Inhaltskontrolle befürworten, und betont, die Zivilrechtswissenschaft sei sich jedenfalls einig, dass der Grundsatz von Treu und Glauben eine immanente Grenze der Vertragsfreiheit bezeichne und eine richterliche Inhaltskontrolle ermögliche.⁸²⁹ Auch der BGH verweist, wenn er eine Inhaltskontrolle durchführt, teils undifferenziert auf § 138 BGB und § 242 BGB.⁸³⁰ In manchen Entscheidungen stützt er eine Inhaltskontrolle sogar ausschließlich auf § 242 BGB.⁸³¹ In den Entscheidungen zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften erfolgt die Inhaltskontrolle hingegen über § 138 Abs. 1 BGB⁸³² und es wird klar zwischen Inhalts- und Ausübungskontrolle differenziert.⁸³³

kontrolle: Es geht hier um ein Verhandlungsungleichgewicht, das natürlich auch bei Individualverträgen korrigiert werden muss.

⁸²⁶ Anders aber *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (326).

⁸²⁷ Anders wiederum im AGB-Recht, wo das die Inhaltskontrolle rechtfertigende Informationsdefizit in Bezug auf die Hauptleistungspflichten grundsätzlich nicht vorliegt.

⁸²⁸ BVerfG NJW 1994, S. 36 (39); ebenso unklar BVerfG NJW 1996, S. 2021, wonach bei strukturell ungleicher Stärke über §§ 138, 242 BGB zu korrigieren sei. Nur von einer Inhaltskontrolle über Generalklauseln, ohne nähere Spezifizierung, wird gesprochen in BVerfG NJW 2001, S. 957 (958) = FamRZ 2001, S. 343 (345f.) m.Anm. *Schwab*. *Schwab* interpretiert den Verweis auf die Generalklauseln im Übrigen so, dass auf der einen Seite die Inhaltskontrolle nach § 138 BGB zu Verfügung stehe und auf der anderen Seite die Einwendung des Rechtsmissbrauchs nach § 242, siehe *Schwab* FamRZ 2001, S. 349 (350). Er entnimmt § 242 BGB folglich keine Inhaltskontrolle, sondern nur eine Ausübungskontrolle.

⁸²⁹ BVerfG NJW 1994, S. 36 (39) mit Verweis auf *Fastrich*.

⁸³⁰ BGH NZA 2002, S. 551 (552).

⁸³¹ BGH NJW 1991, S. 843 (844); ebenso eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB vornehmend BGH NJW 2005, S. 3305 (3309), wo erst betont wird, die Parteien könnten sich bis an die Grenze des § 138 Abs. 1 BGB verpflichten, und sodann festgestellt wird, eine richterliche Kontrolle sei „darüber hinaus erforderlich bei strukturellen Störungen der Vertragsparität“. Dies wiederum wird unter der Überschrift § 242 BGB geprüft (Punkt 2.).

⁸³² BGH NJW-RR 2017, S. 241 (243); BGH NJW 2005, S. 971 (972); dies als voreilig bezeichnend *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (325f.).

⁸³³ BGH NJW 1995, S. 592 (592f.), wonach der Gläubiger aus § 242 BGB gehindert sein

Im Übrigen ist aber fraglich, ob es eine den § 138 Abs. 1 BGB ergänzende Inhaltskontrolle überhaupt braucht, zumal uneindeutig ist, wo sich beide Kontrollinstrumente ergänzen und wo sie sich überschneiden, da die Grenzen vollständig verschwimmen.⁸³⁴ Wird für die allgemeine Inhaltskontrolle eine Vertragsdisparität vorausgesetzt, dürfte es doch in der Regel gelingen, diese unter § 138 Abs. 1 BGB zu subsumieren, der ebenso eine Unterlegenheitsposition des Übervorteilten voraussetzt. Diese Fälle von Unterlegenheit sind auch nicht streng auf die Fallgruppen des § 138 Abs. 2 beschränkt. Dass eine solche Subsumtion unter § 138 Abs. 1 BGB regelmäßig gelingt, zeigt auch die Praxis.⁸³⁵ Allgemein fehlt es für eine aus Treu und Glauben abgeleitete Inhaltskontrolle an einem klaren Maßstab, zumal auch nicht zu vernachlässigen ist, dass es sich bei einer Inhaltskontrolle um einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit und um eine erhebliche Bevormundung handelt.⁸³⁶ Es ist folglich fraglich, ob die Ungleichgewichtssituationen, die die Befürworter einer allgemeinen Inhaltskontrolle beispielsweise im Bereich von Eheverträgen als gegeben sehen, hinreichend gewichtig ist, um die Richtigkeitsgewähr in Frage zu stellen und das Recht, auch unvernünftige Verträge zu schließen, auszuhebeln.⁸³⁷

Zielführend ist eine auf bestimmte Vertragstypen oder Vertragsschlusssituationen bezogene allgemeine Inhaltskontrolle für den hier untersuchten Schutz von Personen mit geistigen und intellektuellen Schwächen im Übrigen sowieso nicht. Ein an typisierten Fallgruppen oder bestimmten Vertragskonstellationen ausgerichteter Schutz ist zwar, nicht anders als die Inhaltskontrolle von AGB, immerhin ein über § 138 BGB hinausgehender und zusätzlicher Schutz vor unangemessenen Inhalten, von dem die untersuchten Personengruppen natürlich auch profitieren, wie alle anderen Personen in derselben Situation. Dieser Vertragsinhalt, wenn er gegen den Angemessenheitsmaßstab verstößt, wäre sodann unwirksam,⁸³⁸ mit den Folgen des § 139 BGB. Über diesen „gleichen Schutz für

könne, gegen den Bürgen gerichtlich vorzugehen. Klar differenziert der BGH auch bei Eheverträgen, so etwa BGH NJW 2007, S. 2484 ff.

⁸³⁴ Fließende Übergänge feststellend auch *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (325 Fn. 177). Zur Abgrenzung grundlegend *Fastrich* 1992, S. 12, 17 ff.: Sittenwidrigkeit sei nicht identisch mit Unangemessenheit, sondern stelle eine Evidenzkontrolle dar. Es bedürfe für Sittenwidrigkeit eines „qualifizierenden Elements“ (z.B. Ausnutzung einer Monopolstellung), woran es in Fällen der Inhaltskontrolle aber fehle.

⁸³⁵ Siehe nur die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Angehörigenbürgschaft bei Fn. 531 sowie bei Fn. 630; *Coester-Waltjen*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, S. 985 (1003 ff.): Die emotionale Situation bei Eheverträgen lasse sich bei § 138 Abs. 1 BGB berücksichtigen. Vgl. auch, allerdings kritisch, *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (325 f.).

⁸³⁶ *Coester-Waltjen*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, S. 985 (1001 f.).

⁸³⁷ *Coester-Waltjen*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, S. 985 (1001 f.): Frauen seien beim Abschluss von Eheverträgen nicht generell unterlegen, sondern es sei prinzipiell von Vertragsparität auszugehen.

⁸³⁸ *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (326).

jedermann“ geht diese allgemeine Inhaltskontrolle jedoch nicht hinaus: Es handelte sich wiederum, wie auch das AGB-Recht, um einen zufälligen und reflexhaften Schutz, der nicht auf die Personengruppen der Fallgruppen 1–4 zugeschnitten ist, sondern der an eine Situation „typischen Versagens“ der Richtigkeitsgewähr anknüpft, in der also die eine Partei regelmäßig aufgrund der Umstände unterlegen ist, unabhängig ihrer individuellen Schwächen und Eigenschaften.

Es finden sich zwar auch Vorschläge, die Inhaltskontrolle nicht nur bei bestimmten Vertragstypen oder in bestimmten Abschlusssituationen, in denen eine Partei typischerweise strukturell unterlegen ist, zur Anwendung kommen zu lassen, sondern sie generell auf bestimmte Personengruppen anzuwenden, bei denen aufgrund bestimmter persönlicher Eigenschaften die Richtigkeitsgewähr versagt. Beispielsweise erfasste dies Personen, bei denen die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts vertretbar erscheint.⁸³⁹ Konkret dieser Vorschlag, der sich an den Voraussetzungen des Einwilligungsvorbehalts orientiert, ist aber schon deswegen problematisch, weil der Einwilligungsvorbehalt selbst nicht gegen den freien Willen des Betroffenen angeordnet werden kann. Es wäre dann aber widersprüchlich und dem Gedanken der Autonomieförderung, der dem Betreuungsrecht zugrunde liegt, zuwiderlaufend, allein aus der Tatsache, dass die Voraussetzungen für einen Einwilligungsvorbehalt grundsätzlich vorliegen, gegen den Willen dann alternativ andere die Handlungsfähigkeit beschneidende Maßnahmen zuzulassen.⁸⁴⁰ Allgemein uferte die Inhaltskontrolle, wenn sie nicht zumindest auch an bestimmte Situationen typisierter Unterlegenheit anknüpfte, sondern generell für einen bestimmten Personenkreis mit bestimmten geistigen Schwächen gälte, vollständig aus, gar unter Umgehung der in § 138 Abs. 1 BGB normierten hohen Voraussetzungen. Der § 242 BGB, dem zunächst einmal eben die Funktion einer Ausübungskontrolle zukommt, kann neben § 138 Abs. 1 BGB nicht eine solch weite Auffangfunktion übernehmen. Ließe man eine so konzipierte Inhaltskontrolle zu, wäre dies auch, jedenfalls von der Stoßrichtung her, nichts anderes als eine relative Geschäftsunfähigkeit durch die Hintertür: Der Person wird die Geschäftsfähigkeit belassen, aber eben doch nicht so ganz, da ihre rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten einer inhaltlichen Überprüfung zugänglich sind und das Rechtsgeschäft, wenn eine gewisse Unangemessenheitsschwelle überschritten wird, kassiert wird.

Methodenehrlicher wäre es folglich, dort anzusetzen, wo der Kern des Problems liegt, nämlich an der Abschlusssituation, nicht erst am Vertragsinhalt. Personen der Konstellationen 1–4 sind nicht nur dann schutzbedürftig, wenn das

⁸³⁹ Vgl. *Roth AcP* (208) 2008, S. 451 (471 f.). Eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB diskutiert *Roth* auch für Rechtsgeschäfte im Anwendungsbereich von § 105a BGB, S. 479 ff. Eine Inhaltskontrolle generell bei alten Personen sowie Personen mit eingeschränkten intellektuellen Fähigkeiten bejahend *Becker* 2003, S. 44 f.

⁸⁴⁰ So wohl auch *Roth AcP* (208) 2008, S. 451 (472).

von ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäft in einem die Inhaltskontrolle auf den Plan rufenden Maße nachteilhaft ist und inhaltlich eine gewisse Toleranzschwelle überschritten hat. Sie sind deswegen schützenswert, weil sie an einen Vertrag gebunden sind, dessen Inhalt oder dessen Auswirkungen ihnen nicht bewusst ist oder den sie nur aufgrund erhöhter Beeinflussbarkeit geschlossen haben, was auch schon dann misslich ist, wenn das Rechtsgeschäft gerade noch so angemessen ist. Ein sachgerechter Schutz muss also vorgelagert die Situation des Vertragsabschlusses in den Blick nehmen, nicht erst das Resultat. So wie von Abschlussfreiheit nicht auf Inhaltsfreiheit zu schließen ist,⁸⁴¹ ist von inhaltlicher Angemessenheit nicht auf (materiale) Selbstbestimmung bei Abschluss zu schließen und nicht von vornherein jegliche Schutzbedürftigkeit abzulehnen.

5. Zwischenergebnis

Instrumente der Inhaltskontrolle sind in gewissem Maße geeignet, Personen mit geistigen Beeinträchtigungen der Fallgruppen 1–4 zu schützen, aber nicht lückenlos: Die Sittenwidrigkeitsklausel des § 138 Abs. 1 BGB erfasst zwar etwa gerade auch solche Personen, die die „Tragweite“ eines Rechtsgeschäfts nicht überblickt haben. Dabei ist recht offen, was unter dieser „Tragweite“ zu verstehen ist, was zwar grundsätzlich einen flexiblen und einzelfallbezogenen Schutz über § 138 Abs. 1 BGB ermöglicht. Allerdings handelt es sich bei dieser Vorschrift zuvörderst um ein Instrument der Inhaltskontrolle, was bedeutet, dass ein Rechtsgeschäft primär deswegen für nichtig zu erklären ist, weil es einen unangemessenen Inhalt hat, und nicht, weil die Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts bzw. die Selbstbestimmungsfähigkeit einer Person im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts eingeschränkt war. Insgesamt unterliegt § 138 Abs. 1 BGB hohen Voraussetzungen, insbesondere in Bezug auf die Unangemessenheit des Vertragsinhalts bzw. die Benachteiligung des Unterlegenen. Es könnte nun zwar, wie teils vorgeschlagen, die Inhaltskontrolle großzügiger angewendet werden, um den Schutzzumfang zu erweitern.⁸⁴² Gleichzeitig stellt sich aber die Frage, ob das hier untersuchte Problem des Schutzes von Personen der Fallgruppen 1–4 bei der Inhaltskontrolle richtig verortet ist: Denn es geht schließlich weniger um den Schutz vor bestimmten Vertragsinhalten, sondern um den Schutz wegen beeinträchtigter Selbstbestimmungsfähigkeit bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts.

Bei Verfügungsgeschäften hat § 138 Abs. 1 BGB zudem eine besonders geringe Bedeutung. Die größte Schutzlücke ergibt sich aber schließlich aus der subjektiven Komponente: Sittenwidrigkeit kann nur angenommen werden, wenn sich der Vertragspartner den die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen zumindest grob fahrlässig bzw. leichtfertig verschlossen hat. Hierzu gehört

⁸⁴¹ *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (319).

⁸⁴² Siehe oben ab Fn. 678 ff.

auch das Erkennenkönnen der Unterlegenheitssituation des Vertragspartners. Gerade bei Demenzzkranken ist diese Erkennbarkeit aber nicht notwendigerweise gegeben.

Die Bedeutung von § 134 BGB ist gering, da es kaum Schutzgesetze gibt, die Personen der Fallgruppen 1–4 spezifisch schützen. Das AGB-Recht schließlich vermag allenfalls reflexartigen Schutz zu bieten, da die AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB anhand eines abstrakt-generellen Maßstabs erfolgt und daher die hier untersuchten Personengruppen (nur) im selben Umfang geschützt werden, wie alle anderen Teilnehmer des Rechtsverkehrs. Nur in besonderen Konstellationen ist ein konkreter Maßstab anzulegen, so im Unternehmer/Verbraucher-Verhältnis. Die Wirkung dieses Maßstabs ist dabei aber begrenzt, da sich die AGB-Kontrolle meist nur auf Nebenabreden bezieht.

Eine über das AGB-Recht hinausgehende allgemeine Inhaltskontrolle ist abzulehnen. Sie hätte zudem vergleichbare Nachteile wie die AGB-Kontrolle, nämlich insbesondere die nur reflexhafte Schutzwirkung: Schutz wird nur dort gewährt, wo sich eine Person zufälligerweise in einer Situation befindet, in der die „Richtigkeitsgewähr generell versagt“. Außerdem fokussierte sich auch diese Inhaltskontrolle wieder mehr auf den Vertragsinhalt und eine zu erreichende Unangemessenheitsgrenze als auf das Hauptproblem der eingeschränkten Selbstbestimmungsfähigkeit bei Abschluss des Rechtsgeschäfts. Wollte man die Anwendbarkeit der allgemeinen Inhaltskontrolle darüber hinaus nicht situativ bestimmen, sondern personell, also pauschal bei Beteiligung einer bestimmten Personengruppe am Vertragsschluss, so handelte es sich nicht nur um eine Aushöhlung des § 138 Abs. 1 BGB, sondern vor allem um eine relative Geschäftsunfähigkeit durch die Hintertür. Statt einer solchen Umgehung des für § 104 Nr. 2 BGB mehrheitlich vertretenen Konzepts der absoluten Geschäftsunfähigkeit wäre es methodenehrlicher, sich schlicht von diesem Konzept zu verabschieden.

III. Schutzinstrumente bei Unkenntnis und Fehlvorstellung

Der Erklärende, dem der Inhalt seiner Erklärung nicht bewusst ist, kann bereits durch die Grundsätze der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre geschützt sein: Denn beispielsweise dann, wenn der Vertragspartner den Irrtum erkennt, richtet sich der Vertragsinhalt ohnehin nach der Vorstellung des Irrenden bzw. ein Vertrag kommt unter Umständen schon gar nicht zustande (1.). In allen anderen Fällen steht dem Irrenden die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 und 2 BGB zur Seite: Die Irrtumsanfechtung schützt die Personen der Fallgruppen 1 bis 3 aber zum einen nur dann, wenn sich die jeweiligen Zustände der „Unwissenheit“ als zur Anfechtung berechtigende Irrtümer darstellen. Zum anderen muss sich der Irrtum, für den Fall, dass die verschiedenen Zustände unter den Irrtumsbegriff zu subsumieren sind, auch auf einen ein Anfechtungsrecht begrün-

denden Umstand beziehen, mit der Folge, dass sich der Irrende vom gesamten Rechtsgeschäft lösen darf (2.).

Unberücksichtigt bleibt in diesem Abschnitt, inwiefern der Vertragspartner verpflichtet ist, eine vorhandene Fehlvorstellung oder Unkenntnis durch Erfüllung von Aufklärungspflichten oder ähnliche Mitteilungspflichten zu beseitigen. Auf das Bestehen von Aufklärungs- und sonstigen Mitteilungspflichten, deren Bedeutung und die Rechtsbehelfe bei Verstoß gegen diese Pflichten wird an anderer Stelle gesondert eingegangen.⁸⁴³ Nicht behandelt werden ebenso die Fälle der Willensbeeinflussung durch den Vertragspartner oder Dritte;⁸⁴⁴ Gegenstand dieses Abschnitts sind allein endogene Irrtümer.

1. Schutz durch Grundsätze der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre

a) Fehlendes Handlungs- und Erklärungsbewusstsein

Der Ausübung eines Gestaltungsrechts bedarf es nur dann, wenn überhaupt eine wirksame Erklärung abgegeben wurde, die wieder beseitigt werden kann. So liegt eine Willenserklärung nur dann vor, wenn eine Erklärung von einem Handlungswillen getragen ist und diese Erklärung dem Erklärenden, so jedenfalls die herrschende Meinung, auch zurechenbar ist: Der Erklärende muss bei gehöriger Sorgfalt zumindest erkannt haben können, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst wird, und er muss in der Lage gewesen sein, eine solche Deutung seines Verhaltens zu verhindern.⁸⁴⁵

Ist dem Erklärenden ein solcher Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen, so bedeutet dies also, dass der Erklärende zum Schutz des Rechtsverkehrs nicht nur an von ihm inhaltlich so nicht gewollte, sondern auch an nicht bewusst in Geltung gesetzte Rechtsfolgen gebunden ist.⁸⁴⁶ Denn der Geltungsgrund von Willenserklärungen ist nicht nur in der Selbstbestimmung des Erklärenden zu finden, sondern auch in dessen Selbstverantwortung und im Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers. Um aber der Selbstbestimmung des Erklärenden dennoch Rechnung zu tragen, wird dem Erklärenden aber zumindest ein Anfechtungsrecht gewährt.⁸⁴⁷

⁸⁴³ Hierzu unten unter 3. Kapitel B.V.

⁸⁴⁴ Hierzu unten unter 3. Kapitel B.IV.

⁸⁴⁵ BGH NJW 1984, S. 2279 (2280); BGH NJW 2002, S. 363 (365); *Flume* 1992, S. 449f.; *Gudian AcP* (169) 1969, S. 232 (235f.); *Bydlinski JZ* 1975, S. 1 (5); *MüKo BGB/Band 1-Armbrüster* 2025, § 119 BGB Rn. 103.

⁸⁴⁶ BGH NJW 1984, S. 2279 (2280).

⁸⁴⁷ BGH NJW 1984, S. 2279 (2280); *Larenz* 1967, S. 338; *Flume* 1992, S. 449f.; *Gudian AcP* (169) 1969, S. 232 (235f.); *Bydlinski JZ* 1975, S. 1 (5); *MüKo BGB/Band 1-Armbrüster* 2025, Vor § 116 BGB Rn. 27. Eine Bindungswirkung zwar ebenso nicht von vornherein ablehnend, aber mit anderer Begründung *Canaris* 1971, S. 427f.: Mit Selbstverantwortung als Geltungsgrund könne nicht argumentiert werden, denn wem das Erklärungsbewusstsein fehle, der gestalte nicht in Selbstbestimmung. Selbstverantwortung könne aber ohne Selbstbestimmung nicht existieren, sondern diese nur ergänzen. Die Bindung an ein Geschäft bei fehlendem Erklä-

Da bei fehlendem Erklärungsbewusstsein folglich die Frage nach der Sorgfaltspflichtverletzung über die Bindung an die Erklärung entscheidet, ist de facto eine Fahrlässigkeits- und damit eine Verschuldensprüfung vorzunehmen. Dies bedeutet zum einen, dass die Grundsätze des potenziellen Erklärungsbewusstseins auf absolut Geschäftsunfähige i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB nicht übertragbar sind.⁸⁴⁸ Denn eine entsprechend dem Konzept der herrschenden Meinung absolut geschäftsunfähige Person ist stets auch verschuldensunfähig.⁸⁴⁹ Daher kann von ihr die Einhaltung eines Sorgfaltsmaßstabs, wie man diesen auch immer bestimmen mag, nicht erwartet werden.

Zum anderen können aber Personen, bei denen entsprechend der Fallgruppen 1–3 zwar intellektuelle oder kognitive Beeinträchtigungen vorliegen, die aber noch geschäftsfähig sind, Erklärungen auch bei mangelndem Erklärungsbewusstsein grundsätzlich zurechenbar sein, wenn ihnen ein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden kann, denn diese sind nicht notwendigerweise verschuldensunfähig. Für die Frage, welche Anforderungen an die „gehörige Sorgfalt“ bzw. die Verantwortung für das Verhalten⁸⁵⁰ zu stellen sind, gilt dabei grundsätzlich für jedermann der im Zivilrecht übliche objektive Sorgfaltsmaßstab. Entsprechend ist eine Willenserklärung dem Erklärenden dann zurechenbar, wenn er unter Anwendung der Aufmerksamkeit, die in einer solchen Situation von einem verständigen Verkehrsteilnehmer erwartet werden kann, bzw. unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst wird.⁸⁵¹ Subjektive Entlastungsgründe, wie etwa auch intellektuelle Schwächen, bleiben unberücksichtigt.⁸⁵² Weil aber dennoch nicht an alle Teilnehmer des Rechtsver-

rungsbewusstsein sei keine Frage der Rechtsgeschäftslehre, sondern der Rechtsscheinlehre. Allerdings ist es nicht richtig, dass die Rechtsfolge völlig losgelöst von der Idee der Selbstbestimmung einträte: Denn schließlich hat der Erklärende immer noch bewusst gehandelt und die Wertung als rechtsgeschäftlich verbindlicher Akt verzichtet auch nicht gänzlich auf Zurechnungskriterien, siehe *Larenz* 1967, S. 339. Zum Anfechtungsrecht auch BGH NJW 2002, S. 363 (365).

⁸⁴⁸ A.A. *Wedemann* AcP (209) 2009, S. 668 (690).

⁸⁴⁹ Zur Deckungsgleichheit von Geschäftsunfähigkeit und Verschuldensunfähigkeit siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)aa) und unten unter 4. Kapitel C.II.1.a).

⁸⁵⁰ Eine Willenserklärung liege vor, wenn dem Erklärenden für seine Erklärung die Verantwortung zukomme: *Flume* 1992, S. 449.

⁸⁵¹ *Larenz* 1967, S. 338; BGH NJW 1984, S. 2279 (2280) und BGH NJW 2002, S. 363 (365). Durch entsprechende Zerstückelung der Bevölkerung in Verkehrskreise läuft die Prüfung aber häufig dennoch auf eine Prüfung anhand der individuellen Fähigkeit hinaus bzw. es wird unendlich, inwiefern individuelle Eigenschaften berücksichtigt werden, vgl. *Caemmerer* *RabelsZ* 1978, S. 5 (16 f.). Faktisch jedenfalls prüfen die Gerichte häufig doch, ob die konkrete Person einen bestimmten Schaden vorhersehen und vermeiden konnte, so etwa in OLG Hamm, Hinweisbeschl. v. 30.4.2019 – 7 U 57/18, BeckRS 2019, 16123 Rn. 44 ff.: Das OLG Hamm bildet den „Verkehrskreis Behinderter“ und prüft sodann, ob der *Beklagte* den Schaden hätte vorhersehen und vermeiden können.

⁸⁵² MüKo BGB/Band 2-*Grundmann* 2022, § 276 BGB Rn. 56.

kehrs gleichermaßen dieselben Sorgfaltsanforderungen gestellt werden können, erkennt zumindest die Rechtsprechung für Kranke und Behinderte einen eigenen Sorgfaltsmaßstab an.⁸⁵³ Entsprechend ist – jedenfalls in der Theorie – nicht ausgeschlossen, dass die hier untersuchten Personengruppen bei Verstoß gegen Verhaltenspflichten ihres jeweiligen Verkehrskreises auch für nicht bewusst abgegebene Erklärungen einstehen müssen. Praktisch dürfte dies jedoch meist ausgeschlossen sein: Wenn ein beispielsweise Dementer nicht erkennen kann, dass er etwas Rechtserhebliches erklärt, dann wird sich auch keine verkehrskreispezifische Verhaltenspflicht dahingehend konstruieren lassen, Demente müssten solche Erklärungen unterlassen.

Von dieser Einstandspflicht ist ohnehin eine Ausnahme zu machen, wenn der Erklärungsempfänger selbst nicht schutzwürdig ist, nämlich dann, wenn dieser aus dem Verhalten des Erklärenden erkennt oder bei objektiver Wertung zumindest erkennen könnte, dass der Erklärende die rechtserhebliche Bedeutung seiner Handlung nicht erfasst.⁸⁵⁴ Es bedarf dann auch keiner Anfechtung mehr. Der Erklärende ist in dieser Situation folglich vor ungewollter Bindung geschützt, allerdings versagt dieser Schutz, wenn geistige Beeinträchtigungen, die erkennen lassen, dass der Betroffene nicht weiß, was er tut, nicht nach außen treten, wie es bei Demenzen zu beobachten ist.⁸⁵⁵

b) Erkannter und ausgenutzter Irrtum

Häufig wird sich der Sachverhalt aber ohnehin so darstellen, dass eine Person erkennt, dass das, was sie erklärt oder unterzeichnet, rechtserheblich ist; es verschließt sich ihr aber, worum es inhaltlich konkret geht. Auch hier bestehen unter Umständen Anfechtungsrechte, auf die der Erklärende aber wiederum dann nicht angewiesen ist, wenn es sich um einen Fall des „erkannten und ausgenutzten Irrtums“ handelt.⁸⁵⁶ Irrt ein Vertragspartner über den Inhalt des Rechtsgeschäfts und hat der andere Vertragspartner Kenntnis vom wirklich Gewollten, so gilt das Rechtsgeschäft mit dem Inhalt, der nach Auslegung dem tatsächlichen Verständnis entspricht.⁸⁵⁷ Der Vertragspartner, der den Irrtum kennt, kann also keine Vorteile daraus ziehen, dass das Gegenüber eine falsche Vorstellung vom Vertragsinhalt hat.

⁸⁵³ OLG Hamm, Hinweisbeschl. v. 30.4.2019 – 7 U 57/18, BeckRS 2019, 16123 Rn. 44; ebenso BeckOGK-Schaub, § 276 BGB Rn. 74; MüKo BGB/Band 2-Grundmann 2022, § 276 BGB Rn. 66.

⁸⁵⁴ ArbG Heilbronn v. 26. 11. 68 Ca 308/68, FHZivR 15 Nr. 114; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 56; Spellenberger, in: Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 1. April 1988, S. 463 (470).

⁸⁵⁵ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.2.b).

⁸⁵⁶ Begriff bei MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 66.

⁸⁵⁷ BGH NJW-RR 1995, S. 859 (859); BGH NJW 1959, S. 1363; BGH, Urt. v. 5.11.1982 – V ZR 166/81, BeckRS 1982, 31073188; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 66; Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 39, 41; Singer 1995, S. 208 f.; Flume 1992, S. 301.

Nicht nur setzt dies aber wiederum die Erkennbarkeit des Irrtums für den Erklärungsempfänger voraus. Diese Anpassung des Vertragsinhalts an die Vorstellung des Irrenden kann zudem auch nur dann funktionieren, wenn sich der Irrtum auf Umstände bezieht, die überhaupt dem Vertragsinhalt zuzuordnen sind. Liegt der Irrtum hingegen in außerhalb des Vertrages liegenden Umständen begründet, insbesondere im Bereich der Motivbildung, ist dieser Irrtum für den Inhalt der Erklärung irrelevant, ebenso, wie noch zu zeigen sein wird, für ein etwaiges Anfechtungsrecht. Dass der Erklärende mit dem Vertrag seine Erwartungen nicht erfüllen kann, bleibt folglich seiner Risikosphäre zugeordnet. Damit können zwar jedenfalls Personen der Fallgruppe 1 über diese Grundsätze des „erkannten und ausgenutzten Irrtums“ geschützt sein, keinesfalls aber die Personen der Fallgruppe 3. Wie der Vertragsinhalt einerseits und der Bereich der Motive andererseits im Einzelnen abzugrenzen ist, soll sogleich im Zusammenhang mit der Irrtumsanfechtung behandelt werden.

c) *Fehlender Konsens*

Eines Anfechtungsrechts bedarf es auch nicht, wenn es von vornherein an einem hinreichenden Konsens fehlt. Ein Vertrag kommt nur zustande, wenn sich die Parteien zumindest über so viele Eckpunkte einig geworden sind, dass sich verbleibende Lücken nachträglich schließen lassen, sei es durch dispositives Recht, sei es durch ergänzende Vertragsauslegung.⁸⁵⁸ Damit fehlt es an einem Vertragsschluss jedenfalls dann, wenn nicht einmal über die *essentialia negotii* eine Einigung getroffen wurde.⁸⁵⁹ Dies bedeutet, dass nicht nur bei erkennbarer Fehlvorstellung nicht mehr auf das Anfechtungsrecht zurückgegriffen werden muss, weil dann der Vertrag so gilt, wie er dem erkennbaren Irrtum entspricht. Auch dann, wenn ein Vertragspartner zu *essentialia negotii* erkennbar keinerlei Vorstellung ausgebildet hat, braucht es schon mangels Zustandekommens des Vertrages keiner Anfechtung, was wiederum insbesondere Personen, die der Fallgruppe 1 zuzuordnen sind, schützen kann.

2. *Schutz durch Anfechtungsrecht*

a) *Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB*

aa) *Irrtum: unbewusste Fehlvorstellung oder Unkenntnis*

Unter einem Irrtum ist „die unbewusste Fehlvorstellung oder Unkenntnis über einen tatsächlichen Sachverhalt“ zu verstehen.⁸⁶⁰ Wenn sich nun also eine Per-

⁸⁵⁸ BeckOGK-Möslein, § 154 BGB Rn. 16.

⁸⁵⁹ Leenen AcP (188) 1988, S. 381 (411); Rödl AcP (215) 2015, S. 683 (702).

⁸⁶⁰ BeckOK BGB-Wendtland, § 119 BGB Rn. 21; BGH NJW 2017, S. 1660 (1664); siehe zur unbewussten Unkenntnis BAG NJW 1960, S. 2211 (2211): Eine „Lücke in der Vorstellung“ entspricht einer Fehlvorstellung.

son auf einen Vertrag einlässt, dessen Kern (Fallgruppe 1) oder einzelvertragliche Regelungen (Fallgruppe 2) sie aufgrund krankheitsbedingter Defizite inhaltlich nicht verstanden oder wahrgenommen hat bzw. wenn sie außerhalb des Rechtsgeschäfts liegende Faktoren nicht kennt (Fallgruppe 3), stellt sich die Frage, ob sie gleichzeitig einem Irrtum unterliegt. Dies kann in vielen Fällen zumindest uneindeutig sein, sodass schon aus diesem Grund die Anfechtungsregeln für die hier untersuchten Fallkonstellationen nur ein sehr unzuverlässiges Schutzinstrument sind:

Der Annahme eines Irrtums steht dabei aber zunächst nicht im Wege, dass die betreffende Person nicht nur bestimmte Tatsachen nicht weiß oder sich diese falsch vorstellt, sondern diese Unwissenheit bzw. Fehlvorstellung darauf zurückzuführen ist, dass sie generell unfähig ist, diese Tatsachen richtig zu erfassen oder sich zu vergegenwärtigen. Zwar sollen die Irrtumsanfechtungsregeln primär ein mehr oder weniger zufälliges Versagen bei der Willensbildung und damit einen einzelfallbezogenen Störfaktor im Blick haben, der nichts über den allgemeinen intellektuellen Zustand einer Person aussagt.⁸⁶¹ Richtigerweise kann es aber keinen Unterschied machen, worauf eine Fehlvorstellung oder Unkenntnis zurückzuführen ist. Es ist schon in der Irrtumsdefinition, die nur ein unbewusstes Auseinanderfallen von Realität und Vorstellung fordert, nicht angelegt, dass dieses Auseinanderfallen auf eine vorgegebene Ursache, also beispielsweise reine Unaufmerksamkeit, zurückzuführen sein müsste. Spräche man das Anfechtungsrecht zudem nur den „Gesunden“ zu, wären Personen mit geistigen Schwächen trotz erhöhter Schutzbedürftigkeit gar schlechter gestellt: Der „Gesunde“, der aufgrund vermeidbarer Unaufmerksamkeit einem Irrtum unterliegt, dürfte anfechten, derjenige, bei dem die Fehlvorstellung oder Unkenntnis aufgrund eines krankheitsbedingten Zustands unkorrigierbar war,

⁸⁶¹ So *Hausheer* ZSR (95) 1976, S. 225 (272) im Schweizer Recht zur Unterscheidung zwischen den Anfechtungsregeln einerseits und der Vertragsunwirksamkeit wegen Übervorteilung nach Art. 21 Abs. 1 OR andererseits. Übervorteilung kann dabei aufgrund von Unerfahrenheit gegeben sein, eine Eigenschaft, die sich ebenso auf den allgemeinen Zustand einer Person bezieht. In ähnlicher Weise den Unterschied zwischen Geschäftsunfähigkeit und Irrtum hervorhebend *Brandt* 1936, S. 62f.: Sowohl beim Wahn als auch beim Irrtum liege der Erklärung eine gefälschte Vorstellung zugrunde, wobei der Wahn, anders als der Irrtum, durch die „Unkorrigierbarkeit der gefälschten Vorstellung“ gekennzeichnet sei. *Brandt* beschäftigt sich mit einer möglichen Schadensersatzpflicht analog § 122 BGB des Geschäftsunfähigen für die Verursachung der Vertragsnichtigkeit nach §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB und kommt zu dem Schluss, dass eine Haftung nicht gerechtfertigt sei, weil § 122 BGB Erklärungen voraussetze, die einem ungestörten Willen entsprungen seien und die wegen anderer Mängel als solchen, die in der Natur des betreffenden Willens lägen, nichtig seien. Siehe aber *Kuhlenbeck* Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung 1907, S. 271 (287 mit Fn. 1), wonach gerade das Anfechtungsrecht besondere Bedeutung habe, wenn eine Person geschäftsfähig, aber in einer bestimmten Situation überfordert sei, insbesondere weil auch das Nichtwissen, also die mangelnde Einsicht, dem positiven Irrtum in Form der Fehlvorstellung gleichgestellt sei. Das BGB unterscheide nicht zwischen physiologischem und pathologischem Irrtum.

jedoch nicht. Dem steht auch die dann eintretende Schadensersatzpflicht gemäß § 122 BGB nicht im Wege, die, da auf den Vertrauensschaden begrenzt, in der Regel immer noch weniger belastend ist als die Vertragserfüllung und im Übrigen voraussetzt, dass überhaupt ein Schaden entstanden ist. In Übereinstimmung mit diesen Überlegungen geht auch der BGH bei Vorliegen intellektueller oder kognitiver Schwächen von der Möglichkeit des Vorliegens eines zur Anfechtung berechtigenden Irrtums aus, indem er ein Anfechtungsrecht jedenfalls dann ins Spiel bringt, wenn eine Person, deren geistiger Zustand ihre Fähigkeit der Aufnahme oder Verarbeitung (nur) für komplizierte Vorgänge des Rechtslebens beeinträchtigt, die „Tragweite ihrer Erklärung“ nicht übersah.⁸⁶²

Dennoch ist die Subsumtion unter den Irrtumsbegriff in bestimmten Fällen mit Schwierigkeiten behaftet, je nachdem, wie sich die geistige Schwäche im Detail auswirkt: Eindeutig ist ein Irrtum zwar zunächst zu bejahen, wenn beispielsweise eine Person der Fallgruppe 1 in Bezug auf den Vertragsinhalt einer konkreten Fehlvorstellung unterliegt, wenn sie also von einem konkreten anderen Vertragsinhalt ausgeht. Dasselbe gilt, wenn der Betroffene sich nur punktuelle Aspekte nicht vergegenwärtigt hat, er sich aber ansonsten unter der Erklärung das Richtige oder zumindest irgendetwas vorstellen kann. Dann handelt er in Bezug auf diese punktuellen Aspekte in Unkenntnis und unterliegt folglich ebenso einem Irrtum.

Nicht mehr so eindeutig lässt sich jedoch von einem Irrtum sprechen, wenn sich die Unkenntnis nicht auf bloßes punktuelles Übersehen oder Nichtwissen beschränkt, während vom Geschäft an sich eine Vorstellung besteht, sondern wenn sich der Betroffene zum Inhalt des Geschäfts gar keine oder keine konkret fassbaren Gedanken gemacht hat.⁸⁶³ Grundsätzlich ist anerkannt, dass dann kein Irrtum vorliegt, wenn eine Person bewusst „blind“ eine Urkunde unterzeichnet und ihr der Inhalt damit bewusst gleichgültig ist.⁸⁶⁴ Der Erklä-

⁸⁶² BGH NJW 2016, S. 261: „Wenn die Beklagte die Tragweite ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärung nicht rechtzeitig übersah, kam [...] deren Anfechtung wegen Irrtums über ihren Inhalt in Betracht (§ 119 Abs. 1 BGB) [...]“. In diese Richtung auch LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 30.4.2008 – 2 Ta 79/08, BeckRS 2008, 55420 Rn. 13 ff., wo zunächst die Geschäftsunfähigkeit einer an einer Hirnleistungsschwäche leidenden Person geprüft und unter Ablehnung des Konzepts der relativen Geschäftsunfähigkeit verneint und sodann die Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung in Betracht gezogen wird; ebenso andeutungsweise BGH NJW 2023, S. 846 (846), wo ein Anfechtungsrecht in einer Situation in Betracht gezogen wird, in der möglicherweise gleichzeitig eine Bedrängungslage i. S. d. § 138 BGB vorlag; auf das Irrtumsrecht bei Personen die geschäftsfähig, aber bestimmten Situationen nicht gewachsen sind, hinweisend auch *Kuhlenbeck* Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung 1907, S. 271 (287 mit Fn. 1); ebenso ein Anfechtungsrecht bejahend bei intellektueller Unterlegenheit, beispielsweise aufgrund des jungen Alters, *Dahm* 2019, S. 108 ff., 264 f.

⁸⁶³ Vgl. BeckOGK-*Rehberg*, § 119 BGB Rn. 8, 87: ohne subjektive Vorstellung kein Irrtum, Nichtwissen sei kein Irrtumsproblem.

⁸⁶⁴ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 119 BGB Rn. 54 (zum Zitat der „bewussten Gleichgültigkeit“: AG Coburg NJW 1993, S. 938 (939)); BAG NJW 1971, S. 639 (640); BGH

rende will in diesem Fall die Urkunde „tel quel“⁸⁶⁵ und nimmt i. S. e. „Risikoerklärung“⁸⁶⁶ ungewollte rechtliche Bindungen in Kauf; es liegt in dieser Situation auch kein Fall fehlenden Erklärungsbewusstseins vor.⁸⁶⁷ Bei sprachbedingten Verständnisschwierigkeiten gilt dasselbe: Wer ein Dokument unterzeichnet, dessen Inhalt er mangels ausreichender Sprachkenntnisse nicht verstanden hat, und wer entsprechend auch weiß, dass er den Inhalt nicht kennt, ist nicht zur Anfechtung berechtigt.⁸⁶⁸ Eine Anfechtung ist nur dann möglich, wenn der Unterzeichnende darlegen kann, dass er, selbst wenn er das Schriftstück gar nicht gelesen hat oder mangels hinreichender Sprachkenntnisse nicht verstehen konnte, eine konkrete und bestimmte falsche Vorstellung vom Inhalt des unterzeichneten Schriftstücks hatte, also beispielsweise glaubte, es enthalte die vorangegangenen mündlichen Abreden.⁸⁶⁹ Eine Irrtumsanfechtung ist nicht einmal dann zwingend ausgeschlossen, wenn eine Urkunde verlesen wurde: Der Betroffene muss dann aber beweisen, den Inhalt trotzdem nicht wahrgenommen zu haben.⁸⁷⁰ Im Ergebnis hindert so die bewusste vollständige Unkenntnis vom unterzeichneten Schriftstück das Anfechtungsrecht, aber nicht ausschließlich: Auch wer sich auf bloße Mutmaßungen und Schätzungen verlässt, ohne sich den Inhalt notfalls erklären zu lassen, kann sich nicht auf einen Irrtum über die rechtlichen oder wirtschaftlichen Auswirkungen seiner Erklärung berufen.⁸⁷¹

Nun hat in den hier untersuchten Fällen der Betroffene aber nicht aufgrund von Gleichgültigkeit keine oder keine klare Vorstellung vom Inhalt des Rechtsgeschäfts, sondern mangels Fähigkeit hierzu. Zumindest dann, wenn nach den eben dargestellten Grundsätzen für das Bestehen eines Anfechtungsrechts gera-

NJW 1995, S. 190 (191); OLG Köln NJWE-FER 2001, S. 278 (278); BGH NJW 2014, S. 1242 (1242f.).

⁸⁶⁵ Begriff bei Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 11.

⁸⁶⁶ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 54.

⁸⁶⁷ BGH NJW 2014, S. 1242 (1242): Es liege vielmehr gerade das Bewusstsein vor, den Inhalt nicht zu verstehen.

⁸⁶⁸ BGH NJW 1995, S. 190 (191); BGH NJW 2014, S. 1242 (1242); Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 24; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 55.

⁸⁶⁹ RGZ 88, S. 278 (283); BGH, Urt. v. 2.11.1955 – IV ZR 100/55, FHZivR 5 Nr. 1510; BGH NJW 1995, S. 190 (191): Die Unterzeichnende, die der deutschen Sprache nicht mächtig war, ging davon aus, sie unterzeichne eine Erklärung hinsichtlich ihres Sparguthabens, stattdessen handelte es sich um eine Bürgschaft. BGH NJW 2014, 1242 (1242); Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 10ff.

⁸⁷⁰ BGH NJW 1978, S. 1480 (1481). Dies kann sich aber schwierig gestalten, siehe OLG Brandenburg NJOZ 2003, S. 3104 (3107): nicht nachvollziehbar dargelegt, aus welchen Gründen die Beklagte nicht wahrgenommen haben will, dass dieser Vertrag „etwas mit einer möglichen Scheidung zu tun haben könnte“ und dass „sie auf irgendwelche Ansprüche verzichte“, wenn doch sowohl das Wort „Scheidung“ als auch das Wort „verzichten“ ausdrücklich im Text auftauchten.

⁸⁷¹ BGH NJW 1951, S. 705 (705); BGH NJW 1962, S. 1907 (1907); BGH NJW 2014, S. 1242 (1242).

de maßgeblich sein soll, ob eine Person auf Selbstbestimmung und damit auf Kenntnisnahme oder die Möglichkeit korrekten Verständnisses bewusst verzichtet hat oder nicht,⁸⁷² lässt sich für eine Subsumtion unter den Irrtumsbegriff argumentieren, dass dem Betroffenen seine vollständige Unkenntnis krankheitsbedingt eben nicht ins Bewusstsein dringen konnte.⁸⁷³ Auch der Problematik, dass die Unkenntnis auf eine im Wesentlichen gänzlich fehlende Denkkaktivität in Bezug auf den gesamten Vertragsinhalt zurückzuführen ist, ließe sich mit der eingangs genannten Irrtumsdefinition begegnen: Aus dieser Definition ergibt sich zumindest nicht ausdrücklich, dass nur eine nur teilweise lückenhafte Vorstellung, was zumindest einen Rest an Denkkaktivität voraussetzt, als Irrtum anzuerkennen ist, nicht aber das Vorliegen einer „umfassenden Lücke“ in der Vorstellung. Sofern es stellenweise heißt, es genüge für den Irrtumsbegriff nicht, dass sich jemand gar keine Vorstellung mache,⁸⁷⁴ bzw. dass nicht irre, wer nicht denke,⁸⁷⁵ so sind diese Zitate im Kontext zu sehen: Sie beziehen sich auf die Situation der bewusst fehlenden Vorstellung vom Inhalt einer Urkunde bzw. auf die vorgelagerte und von der herrschenden Meinung aber bejahte Frage, ob Unkenntnis überhaupt als Irrtum anerkannt werden sollte. Dennoch ist nicht zu leugnen, dass bei Bejahung eines Irrtums in Situationen, in denen keinerlei klare Vorstellung vom Inhalt des Rechtsgeschäfts vorliegt, der Begriff des Irrtums, wie er auch dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, zumindest sehr strapaziert würde.

Zudem stellt sich die Frage, was gelten soll, wenn eine Person zwar erkennt, dass sie ganz oder teilweise nicht versteht, sie dies aber hinnimmt, weil sie nicht reflektieren kann, dass dies kein normaler Zustand ist. Dann stellt sich die Frage, ob ihre Unkenntnis sodann noch bewusst oder schon unbewusst ist. Für letzteres spricht jedenfalls, dass es sich auch dann nicht mehr um eine „Risikoerklärung“ handelt, die der Erklärende sehenden Auges abgegeben hat: Es kann nicht von bewusstem Verzicht auf Kenntnisnahme gesprochen werden, wenn der Betroffene nicht versteht, dass Kenntnisnahme vor Vertragsabschluss zu seinem eigenen Schutz eigentlich erforderlich wäre. Aber jedenfalls spätestens dann, wenn ein Demenzkranker, zu dessen Krankheitsbild es gehört, seine Krankheit verbergen zu wollen,⁸⁷⁶ den Vertrag nur deshalb abschließt, um seine Defizite zu verbergen, wird es schwierig, noch von unbewusster Unkenntnis zu sprechen. Dies wäre nur dann möglich, wenn man der unbewussten Unkennt-

⁸⁷² *Spellenberger*, in: Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 1. April 1988, S. 463 (472).

⁸⁷³ Wobei sich in einem solchen Fall, wenn eine Person den Inhalt des Rechtsgeschäfts nicht versteht und sich dessen nicht einmal mehr bewusst ist, unter Umständen auch schon die Schwelle des § 104 Nr. 2 BGB genommen ist.

⁸⁷⁴ BAG NJW 1971, S. 639 (640): Keine Anfechtung, wenn jemand keine bestimmte Vorstellung habe.

⁸⁷⁵ *Brox* 1960, S. 18.

⁸⁷⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.2.b).

nis die krankheitsbedingte Unfähigkeit, dem Vertragsschluss zu entsagen, gleichsetzte. Auch damit überdehnte man den Irrtumsbegriff aber stark.

bb) Relevanter Irrtum

(1) Irrtum über Erklärungsinhalt

(a) Erklärungsinhalt vs. Motiv

Eine zur Anfechtung berechtigende Abweichung von Gewolltem und Realität erkennt der Gesetzgeber bekanntermaßen in den Fällen des Erklärungsirrtums sowie des Inhaltsirrtums an. Beim für diese Untersuchung weniger relevanten Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB nutzt der Erklärende nicht das Erklärungszeichen, das er eigentlich nutzen wollte: Er vergreift, verspricht oder verschreibt sich.⁸⁷⁷ Bedeutsam ist vielmehr der in § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB geregelte Inhaltsirrtum: Beim Inhaltsirrtum nutzt eine Person ein Erklärungszeichen, das sie auch nutzen will, misst diesem Zeichen jedoch einen falschen Inhalt bei. Der Bedeutungsgehalt des Erklärungszeichens weicht folglich vom Willen des Erklärenden ab.⁸⁷⁸ Diese Situation ist etwa dann gegeben, wenn eine Person ein Rechtsgeschäft abschließt, das sie falsch oder nicht versteht, wobei nun im Detail bestimmt werden muss, welche Fehlvorstellung bzw. Unkenntnis konkret bezogen auf welche Aspekte einen anfechtungsrelevanten Irrtum darstellt.

Abgesehen vom Sonderfall des fehlenden Erklärungsbewusstseins geht es bei den Anfechtungsregeln des § 119 Abs. 1 BGB um das Recht, sich bei fehlerhaftem Geschäftswillen vom Vertrag zu lösen: Der Geschäftswille bezeichnet den Willen, bestimmte Rechtsfolgen herbeizuführen,⁸⁷⁹ und wird daher auch als Rechtsfolgewille bezeichnet.⁸⁸⁰ Der Geschäfts- bzw. Rechtsfolgewille ist „die auf den konkreten Inhalt eines Rechtsgeschäfts gerichtete, subjektive Parteivorstellung“.⁸⁸¹ Dieser Inhalt wiederum bestimmt sich über den angestrebten „wirtschaftlichen Erfolg“, wobei der Erklärende keine ins Einzelne gehende Vorstellung über die rechtstechnische Herbeiführung dieses Erfolges zu haben braucht. Vielmehr genügt, dass dieser Erfolg als rechtlich gesichert und anerkannt gewollt ist.⁸⁸² Ein Inhaltsirrtum liegt folglich vor, wenn eine Person einen anderen wirtschaftlichen Erfolg rechtlich gesichert und anerkannt wissen woll-

⁸⁷⁷ Statt aller MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 46.

⁸⁷⁸ Statt aller MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 60.

⁸⁷⁹ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, Vor § 116 BGB Rn. 28.

⁸⁸⁰ BeckOGK-Rehberg, § 116 BGB Rn. 52.

⁸⁸¹ BeckOGK-Rehberg, § 116 BGB Rn. 52, § 119 BGB Rn. 35.2.

⁸⁸² BGH NJW 1993, S. 2100 (2100); MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, Vor § 116 BGB Rn. 28; anders Flume 1992, S. 51 f.: Es gelte, den Begriff des „Erfolgs“ zu vermeiden, da nicht das Wollen irgendwelcher Erfolge oder Zwecke Inhalt des Rechtsgeschäfts sei, sondern „dass etwas gelten soll“. Anders sei dies nur dann, wenn diese Zwecke zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemacht würden.

te als den tatsächlich eingetretenen bzw. wenn der eingetretene wirtschaftliche Erfolg nicht von ihrem Willen erfasst war. Diesen „wirtschaftlichen Erfolg“ gilt es nun zu konkretisieren.

Untauglich ist zunächst die häufig vorzufindende Formulierung, anfechten dürfe, wer über die „wirtschaftliche bzw. rechtliche Bedeutung oder Tragweite“ seiner Erklärung irre.⁸⁸³ Denn aufgrund der Weite dieser Begriffe verschwimmt die Unterscheidung zwischen beachtlichem Irrtum und unbeachtlichem Motivirrtum vollständig: Ein unbeachtlicher Motivirrtum liegt dann vor, wenn der Irrtum allein der der Erklärung vorausliegenden Willensbildung und daher nicht mehr dem Inhalt der Erklärung selbst zuzuordnen ist.⁸⁸⁴ Hat eine Person beispielsweise vergessen, dass sie einen bestimmten Vertrag schon einmal abgeschlossen hat und ist die erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts daher wirtschaftlich unsinnig, liegt ein Irrtum im Bereich der Motivbildung vor.⁸⁸⁵ Nicht Inhalt einer Erklärung ist auch die falsche Vorstellung darüber, die eigenen Mittel reichten zur Vertragserfüllung aus,⁸⁸⁶ auch nicht die unrichtige Vorstellung, durch einen Vertragsschluss Gewinne erzielen zu können.⁸⁸⁷ Ebenso stellt die Vorstellung bei Abschluss eines Fernlehrgangs, man sei für den erteilten Unterricht geeignet, nur einen Motivirrtum dar.⁸⁸⁸

Auch der mit einem Rechtsgeschäft verfolgte wirtschaftliche Zweck gehört nicht zum Erklärungsinhalt: Damit ist eine Fehlvorstellung beim Bürgen darüber, welchem Zweck die Forderung dient, die er mit seiner Bürgschaftserklärung sichert, unerheblich.⁸⁸⁹ Unerheblich ist auch die Erwartung des Bürgen, nicht in Anspruch genommen zu werden.⁸⁹⁰ Lediglich ein Irrtum über den wirtschaftlichen Vorteil eines Geschäfts und damit über den Beweggrund liegt zudem vor, wenn eine Person eine Eigentumswohnung erwirbt, zur Finanzierung ein Darlehen aufnimmt und dabei gleichzeitig davon ausgeht, der Kauf sei aufgrund steuerlicher Vorteile und Mieteinnahmen ohne finanzielle Belastung. Der BGH nimmt hier lediglich dann, wenn der Vertragspartner oder ein diesem

⁸⁸³ BGH NJW 1951, S. 705 (705); vgl. auch Erman BGB/Band 1-Arnold 2023, § 119 BGB Rn. 18; allgemein von Bedeutung und Tragweite sprechend: BGH NJW 1999, S. 2664 (2665); BGH NJW 2008, S. 2442 (2443); OLG Hamm OLGZ 1972, S. 250 (251); OLG Köln VersR 2000, S. 243 ff., unter II.1.

⁸⁸⁴ Lorenz 1997, S. 265.

⁸⁸⁵ Heber 2022, S. 175.

⁸⁸⁶ Schumacher 1979, S. 49.

⁸⁸⁷ Schumacher 1979, S. 49.

⁸⁸⁸ Schumacher 1979, S. 49, basierend auf LG Frankfurt BB 1970, S. 43 f.: Vor Abschluss eines Fernlehrgangs muss der Kunde darüber aufgeklärt werden, dass gewisse Fähigkeiten erforderlich sind, um am Lehrgang teilzunehmen, wenn der Kunde dies nicht selbst beurteilen kann.

⁸⁸⁹ Im Umkehrschluss zu BGH NJW 1962, S. 1907 (1907): Der BGH betont, dass bei einer arglistigen Täuschung ein Irrtum nicht über den Erklärungsinhalt, sondern über den mit der Erklärung verfolgten wirtschaftlichen Zweck ausreiche.

⁸⁹⁰ BGH NJW 1988, S. 3205 (3206).

zurechenbarer Dritter diese nicht zutreffenden Aussagen vor Vertragsschluss tätigt, einen Anspruch auf Vertragslösung etwa aus c.i.c. an.⁸⁹¹

Es ist für das Anfechtungsrecht stets unerheblich, dass das Rechtsgeschäft lediglich nicht geeignet ist, den Interessen und Zielen des Erklärenden zu dienen.⁸⁹² Weil jedoch auch dann die Formulierung, der Erklärende habe „Bedeutung und Tragweite“ des Geschäfts verkannt, zuträfe,⁸⁹³ verleitet diese zu falschen Ergebnissen.

Konkreter ist daher die Feststellung, Irrtümer über den Erklärungsinhalt und damit über den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg seien gegeben bei einem Irrtum über den Geschäftstyp, den Geschäftsgegenstand oder die Rechtsfolgen der Erklärung,⁸⁹⁴ wobei Irrtümer über Geschäftstyp und Geschäftsgegenstand stets auch Irrtümer über Rechtsfolgen jedenfalls im weiteren Sinne darstellen, da sich die jeweilige Rechtsfolge gerade über die ersten beiden Elemente bestimmt.⁸⁹⁵ Es ist folglich auch kein Problem eines speziell zu problematisierenden Rechtsfolgenirrtums, wenn ein „Käufer“ über den Eintritt einer Zahlungspflicht irrt: Denn ganz offensichtlich geht dieser „Käufer“ dann gerade nicht von einem Kaufvertrag, sondern von einem anderen Geschäftstypus aus, nämlich einer Schenkung, sodass ein klassischer Inhaltsirrtum vorliegt.⁸⁹⁶ Auch im Fall, in dem eine Person einen Leihvertrag abschließen will, die Erklärung aber objektiv ausgelegt auf Abschluss eines Mietvertrags gerichtet ist, werden Probleme suggeriert, wo keine sind, wenn es in der Literatur distanzierend heißt, in diesem Fall „soll“ von einem beachtlichen Inhaltsirrtum auszugehen sein.⁸⁹⁷ Selbstverständlich ist ein Inhaltsirrtum gegeben, wenn der Erklärende meint, die von ihm abgegebene Willenserklärung zielen auf einen Leihvertrag, wenn dies jedoch nicht der Fall ist.

(b) Rechtsfolgenirrtum i. e. S.: unmittelbare vs. mittelbare Folgen

Problematisch ist jedoch die Kategorie der „Rechtsfolgeirrtümer im engeren Sinne“.⁸⁹⁸ Hier muss wiederum eine Abgrenzung zwischen Inhaltsirrtum und bloßem Motivirrtum gefunden werden, also zwischen Fehlvorstellungen in Be-

⁸⁹¹ BGH NJW 1998, S. 302 ff. Siehe aber sogleich noch unten zum fremdverschuldeten Motivirrtum ab Fn. 936.

⁸⁹² BeckOGK-Rehberg, § 119 BGB Rn. 35.2.

⁸⁹³ Daher auch die divergierenden Entscheidungen BGH NJW 2008, S. 2442 (2443) und OLG Hamm OLGZ 1972, S. 250 (251): Das OLG bejahte einen Inhaltsirrtum wegen Verkennens der rechtlichen Tragweite, der BGH verneinte ihn.

⁸⁹⁴ OLG Brandenburg, Urt. v. 15.12.2010 – 4 U 156/09, BeckRS 2010, 31099.

⁸⁹⁵ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 85; so auch Flume 1992, S. 465 ff.

⁸⁹⁶ So bereits Lorenz 1997, S. 268 Fn. 110 in Bezug auf das Beispiel von Mayer-Maly AcP (170) 1970, S. 133 (171), wonach eine Irrtumsanfechtung im Fall des Käufers, der nicht gewusst haben will, dass man gekaufte Sachen bezahlen muss, offensichtlich sinnlos sei.

⁸⁹⁷ Cziupka JuS 2009, S. 887 (889).

⁸⁹⁸ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 85.

zug auf einerseits beachtliche und andererseits unbeachtliche Rechtsfolgen. Dabei können naturgemäß Abgrenzungsschwierigkeiten nicht verhindert werden. Die Begrenzung des Anfechtungsrechts ist aber, trotz aller Differenzierungsschwierigkeiten, dennoch sachgerecht, da eine Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums in Bezug auf jede erdenkliche Rechtsfolge die Sicherheit im Rechtsverkehr gefährdete.⁸⁹⁹

In der Literatur wird teils vorgeschlagen, beachtliche und unbeachtliche Rechtsfolgen eines Vertrages mit Haupt- und Nebenfolgen gleichzusetzen, also mit den *essentialia* und den *naturalia negotii*⁹⁰⁰. So werde die Abgrenzung objektivierbar.⁹⁰¹ Da jedoch die *essentialia negotii* die Punkte sind, die ohnehin Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Regelung sein müssen, damit überhaupt einer der von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsgeschäftstypen vorliegt,⁹⁰² gäbe es dieser Ansicht zufolge de facto keine relevanten Rechtsfolgenirrtümer i. e. S.: Denn ein Irrtum über die *essentialia negotii* ist stets schon ein Irrtum über Geschäftstyp bzw. Geschäftsgegenstand, was ohnehin unstreitig zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB berechtigt.⁹⁰³

Der herrschenden Literaturmeinung zufolge ist ein Irrtum über Rechtsfolgen, die Inhalt der Erklärung sind, also über autonom gesetzte Rechtsfolgen, stets beachtlich, hiervon abzugrenzende Irrtümer über Rechtsfolgen, die per Gesetz eintreten oder die einem Rechtsgeschäft im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung entnommen werden, also heteronome Rechtsfolgen, hingegen nicht.⁹⁰⁴ Denn eine Rechtsfolge, die per Gesetz eintrete, sei per se richtig, sodass ein Irrtum über eine richtige Rechtsfolge konsequenterweise unbeachtlich sein müsse.⁹⁰⁵

Die Rechtsprechung, der hier gefolgt werden soll, wählt im Detail eine etwas andere Abgrenzung und fasst den Inhaltsirrtum tendenziell weiter:⁹⁰⁶ So begründet nach der inzwischen fest verankerten Formel des Reichsgerichts ein Rechtsfolgenirrtum dann ein Anfechtungsrecht, wenn ein Rechtsgeschäft „wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt“.⁹⁰⁷ Synonym mit dem

⁸⁹⁹ Larenz 1967, S. 379; Köhler 2021, S. 79; Medicus 2010, S. 311; vgl. Lorenz 1997, S. 268.

⁹⁰⁰ Dies sind Regelungen, die in Ergänzung zu den rechtsgeschäftlichen Regelungen bestehen, siehe Flume 1992, S. 80.

⁹⁰¹ Neuffer 1991, S. 125.

⁹⁰² Flume 1992, S. 80.

⁹⁰³ Siehe oben unter 3. Kapitel B.III.2.a)bb)(1)(a).

⁹⁰⁴ Statt vieler Flume 1992, S. 465 f.; Singer 1995, S. 229 f.; Cziupka JuS 2009, S. 887 (889 f.); Neuner 2023, S. 493; Köhler 2021, S. 79; Larenz 1967, S. 379; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 87; Medicus 2010, S. 310 f.

⁹⁰⁵ Flume 1992, S. 465; Medicus 2010, S. 310 f.

⁹⁰⁶ So auch die Wertung bei MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 90.

⁹⁰⁷ RGZ 88, S. 278 (284); BGH NJW 2016, S. 2954 (2955); BGH NJW 2006, S. 3353 (3355); OLG München NJW 2010, S. 687; OLG Schleswig, Urt. v. 26.6.2018 – 3 U 20/17, BeckRS 2018, 48260 Rn. 26; OLG Köln VersR 2000, S. 243 ff., unter II.1.; Grüneberg-Ellenberger 2024, § 119 BGB Rn. 15; vgl. Mayer-Maly AcP (170) 1970, S. 133 (170).

Begriff der „beabsichtigten“ Wirkung verwendet die Rechtsprechung dabei den der „unmittelbaren und wesentlichen“ Wirkung.⁹⁰⁸ Nicht zur Anfechtung berechnete dagegen der nicht erkannte Eintritt „zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten“; dabei handle es sich nicht um einen Irrtum über den Erklärungsinhalt, sondern lediglich um einen unbeachtlichen Motivirrtum.⁹⁰⁹

Welcher Kategorie ein Irrtum entsprechend der Einteilung der Rechtsprechung zuzuordnen ist, ist dabei wertend zu entscheiden und nicht aufgrund der strengen Unterteilung in heteronome und autonome Rechtsfolgen. So kann eine Rechtswirkung nach der Rechtsprechung selbst dann „beabsichtigt“ und „unmittelbar und wesentlich“ sein, wenn sie per Gesetz eintritt.⁹¹⁰ Von einem relevanten Inhaltsirrtum geht der BGH etwa aus, wenn ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter, der i. S. d. § 2306 Abs. 1 BGB beschränkt oder beschwert ist, annimmt, er dürfe das Erbe nicht ausschlagen, um seinen Pflichtteil nicht zu verlieren. Zu den unmittelbaren Wirkungen der Annahme der Erbschaft gehöre eben nicht nur, dass der Erbe die ihm zugedachte Rechtsstellung einnehme, sondern auch, dass er sein Wahlrecht, den Pflichtteil zu verlangen, verliere.⁹¹¹ Diese Folge präge den Charakter der Annahme der Erbschaft nicht weniger als das Einrücken in die Rechtsstellung; beide Folgen seien zwei Seiten derselben Medaille.⁹¹²

Mittelbare und unbeachtliche Rechtsfolgen sind demgegenüber zwar sicherlich häufig gerade solche, die per Gesetz eintreten, aber eben auch nicht ausschließlich. Klassisches Beispiel für einen unbeachtlichen Irrtum in Bezug auf gesetzliche Rechtsfolgen ist zunächst der Irrtum über das Bestehen von Gewährleistungsrechten nach Abschluss eines Kaufvertrags.⁹¹³ Ebenso ist der Wegfall mutterschutzrechtlicher Leistungen nach Aufhebung eines Arbeitsvertrags nur eine mittelbare Auswirkung der unmittelbar gewollten Vertragsaufhebung, sodass kein Anfechtungsrecht besteht.⁹¹⁴ Nur eine mittelbare Folge ist auch bei einer Fehlvorstellung, wem im Falle des Ausschlagens einer Erbschaft

⁹⁰⁸ BGH NJW 2006, S. 3353 (3355 f.); OLG Stuttgart JZ 1987, S. 570 (571) m. Anm. *Flume*.

⁹⁰⁹ RGZ 88, S. 278 (284); BGH NJW 2016, S. 2954 (2955); BGH NJW 1997, S. 653 (653); BGH NJW 1997, S. 3353 (3355); OLG München NJW 2010, S. 687; OLG Schleswig, Urt. v. 26.6.2018 – 3 U 20/17, BeckRS 2018, 48260 Rn. 26; siehe auch BeckOK BGB-*Wendtland*, § 119 Rn. 32; *Neuner* 2023, S. 493; *Larenz* 1967, S. 379.

⁹¹⁰ So ausdrücklich BGH NJW 2008, S. 2442 (2443): Der Umstand, dass sich eine Fehlvorstellung auf eine per Gesetz eintretende Rechtsfolge beziehe, schließe eine Anfechtung nicht in jedem Fall aus.

⁹¹¹ BGH NJW 2006, S. 3353 (3355) zu § 2306 BGB a. F.; so auch BGH NJW 2016, S. 2954 (2956) zu § 2306 BGB n. F.

⁹¹² BGH NJW 2006, S. 3353 (3355) zu § 2306 BGB a. F.; so auch BGH NJW 2016, S. 2954 (2956) zu § 2306 BGB n. F.

⁹¹³ BeckOK BGB-*Wendtland*, § 119 BGB Rn. 32.

⁹¹⁴ BAG NJW 1983, S. 2958 (2958).

per Gesetz das Erbe zufällt, betroffen.⁹¹⁵ Auch bei Unkenntnis darüber, dass beim Erwerb eines Grundstücks im Rahmen einer Grundstücksversteigerung dingliche Belastungen bestehen bleiben, lehnt der BGH ein Anfechtungsrecht ab.⁹¹⁶ Ebenso sind im Bebauungsplan enthaltene Festsetzungen, die eine Enteignungsmöglichkeit vorsehen, keine unmittelbaren Rechtsfolgen des Grundstückskaufs, die zur Anfechtung berechtigten.⁹¹⁷

Aber auch ein Irrtum über eine ursprünglich per Rechtsgeschäft gesetzte Rechtsfolge kann unbeachtlich sein: So liegt nach der Rechtsprechung kein relevanter Inhaltsirrtum vor, wenn der Übernehmer eines Leasingvertrages fälschlicherweise davon ausgehe, es handle sich um einen solchen ohne Restwertgarantie, weil dies nur einen Irrtum über die nähere Ausgestaltung des übernommenen Vertrags darstelle.⁹¹⁸ Relevant sei nur der (fehlerfreie) Wille in Bezug auf die Erklärung, den existierenden Vertrag zu übernehmen.⁹¹⁹ Auch in folgendem Fall hat die Rechtsprechung den Irrtum als einen solchen über eine reine Nebenfolge qualifiziert und ein Anfechtungsrecht ausgeschlossen: Ist in einem Pool-Vertrag zwischen Aktionären bei Verkauf von Aktien an Dritte ein Vorkaufsrecht der anderen Aktionäre vereinbart, so ist der Veräußernde nicht zur Anfechtung seines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags berechtigt, wenn einer der Aktionäre sein Vorkaufsrecht ausübt und damit ein Kaufvertrag nicht mit dem Dritten, sondern mit diesem Aktionär entsteht. Der Veräußernde kann sich nicht deswegen auf einen Inhaltsirrtum berufen, weil er über die Auslösung des Vorkaufsrechts im Irrtum gewesen sei.⁹²⁰ Gewollt gewesen seien vielmehr Verkauf und Übereignung an den Dritten und verkannt worden waren nur mittelbare Nebenwirkungen.⁹²¹ Die Verhinderung des Vorkaufsrechts sei nicht Inhalt und gewollte unmittelbare Wirkung der Verkaufserklärung, vielmehr sei der Eintritt des Vorkaufsfalls eine fernerliegende Rechtsfolge.⁹²²

Der Differenzierung der Rechtsprechung ist der Vorzug zu geben, da sie starre Abgrenzungskriterien zu vermeiden versucht, was flexible und sachgerechte Lösungen ermöglicht. Außerdem gelingt eine wirklich trennscharfe Unterscheidung zwischen heteronom oder autonom gesetzten Rechtsfolgen ohnehin

⁹¹⁵ OLG München NJW 2010, S. 687.

⁹¹⁶ Von der Unbeachtlichkeit ausgehend, allerdings ganz allgemein deswegen, weil die Rechtsfolge eine gesetzliche sei: BGH NJW 2008, S. 2442 (2443); von einem Inhaltsirrtum ausgehend, da ein Irrtum über die „rechtliche Tragweite der Erklärung vorliege, hingegen: OLG Hamm OLGZ 1972, S. 250 (251); vgl. auch Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 69.

⁹¹⁷ OLG Köln VersR 2000, S. 243 ff., unter II.1.

⁹¹⁸ BGH NJW 1999, S. 2664 (2665).

⁹¹⁹ BGH NJW 1999, S. 2664 (2665).

⁹²⁰ OLG Stuttgart JZ 1987, S. 570 (571) m. Anm. Flume.

⁹²¹ OLG Stuttgart JZ 1987, S. 570 (571) m. Anm. Flume.

⁹²² OLG Stuttgart JZ 1987, S. 570 (571) m. Anm. Flume.

nicht: So sind schließlich auch autonom gesetzte Rechtsfolgen in dem Sinne heteronom, als sie nur deswegen eintreten, weil das Gesetz ihnen Geltung verleiht. Somit lässt sich jede autonom gesetzte Rechtsfolge auch in eine heteronom gesetzte Rechtsfolge übersetzen: Dass ein Kaufvertrag eine Übereignungspflicht nach sich zieht, ist natürlich zum einen Folge eines hierauf gerichteten Parteiwillens, zum anderen aber auch Folge davon, dass das Gesetz diesen Willen überhaupt anerkennt, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB.

(c) In Erklärung enthaltene bzw. erkennbar angestrebte Folgen und Motive

Zusätzlich wird die Auffassung vertreten, eine Anfechtung müsse darüber hinaus jedenfalls immer dann möglich sein, wenn der Irrende glaube, einen bestimmten Zweck, also eine bestimmte Rechtsfolge, mit dem Geschäft herbeiführen zu können. Dann seien die dem Zweck des Rechtsgeschäfts entsprechenden Rechtsfolgen ebenso Inhalt der Erklärung, was sich aus einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ergebe.⁹²³ Um dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen, ist das Anfechtungsrecht aber auf die Fälle zu beschränken – dann aber auch anzuerkennen –, in denen bestimmte (Neben-) Folgen ausdrücklich oder konkludent in die Erklärung mitaufgenommen wurden,⁹²⁴ konkreter, wenn die angestrebte Folge Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Einigung ist.⁹²⁵ Hiervon ging beispielsweise auch das Reichsgericht in einem Fall aus, in dem der Eigentümer die Löschung seiner Eigentümergrundschuld beantragte und glaubte, durch diese Löschung der nur an dritter Stelle eingetragenen Hypothek den „unbedingten Vorrang“ vor der an zweiter Stelle stehenden Hypothek einzuräumen. Der Eigentümer glaubte, die Löschungserklärung enthalte die Einräumung des gewünschten Ranges; der Inhalt seiner Erklärung war folglich nicht auf die bloße Aufgabe der Eigentümergrundschuld beschränkt.⁹²⁶ Darüber hinaus war im Vertragstext von dieser Vorrangseinräumung sogar ausdrücklich die Rede.⁹²⁷ Allgemein führt das Reichsgericht aus, Motivirrtümer seien nicht grundsätzlich unbeachtlich: Ein Irrtum im Beweggrund sei vielmehr beachtlich, wenn er sich auf einen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbe-

⁹²³ Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 68.

⁹²⁴ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.4.2016 – 3 Sa 511/15, BeckRS 2016, 71063 Rn.38; Neuffer 1991, S. 123, 124, 126; vgl. auch Cziupka JuS 2009, S. 887 (890): Eine Schwangere könne den Aufhebungsvertrag ihres Arbeitsverhältnisses nicht anfechten, wenn sie nicht gewusst habe, dass sie sodann auch mutterschutzrechtliche Ansprüche verlieren würde (BAG NJW 1983, S. 2958). Ein Anfechtungsgrund bestehe aber, wenn ein Verzicht auf mutterschutzrechtliche Ansprüche zum Inhalt der Erklärung der Schwangeren, das Arbeitsverhältnis zu beenden, gemacht worden wäre.

⁹²⁵ In Bezug auf Motivirrtümer Lorenz 1997, S. 282.

⁹²⁶ RGZ 88, S. 278 (283, 286).

⁹²⁷ RGZ 88, S. 278 (286).

stands beziehe und nicht nur auf außerhalb des Tatbestands liegende Umstände.⁹²⁸

Für diesen Ansatz spricht, dass es gerade zum Inhalt der Privatautonomie gehört, auch Motive – Rechtsfolgen, aber auch sonstige Zwecke – zum Bestandteil des Rechtsgeschäfts zu machen. Dann ist es nur folgerichtig, denjenigen zu schützen, der von dieser Möglichkeit Gebrauch macht.⁹²⁹ Teils wird bei selber Grundprämisse statt der Anfechtung eine andere Lösung bevorzugt: Bei Irrtümern über die Erreichbarkeit einer Rechtsfolge, die in die Erklärung mit aufgenommen wurde, handle es sich um sog. Rechtsfolgemotivirrtümer, nicht um Inhaltsirrtümer. Diese stellten keine Diskrepanz zwischen Gewolltem und Erklärtem dar, sondern vielmehr zwischen Gewolltem und Erfolg. Da der Erklärende den gewollten Erfolg aber durch seine Erklärung gar nicht herbeiführen könne, sei die auf diesen Erfolg gerichtete Erklärung unwirksam, was wiederum über § 139 BGB auch die Unwirksamkeit der weiteren Erklärungen erwirke, im genannten Beispiel also die Unwirksamkeit der Löschungsbewilligung.⁹³⁰ Eine solche Unterscheidung zieht jedoch nur weitere Abgrenzungsschwierigkeiten nach sich, da auch eine falsche Vorstellung vom Erklärten stets auch in einem nicht gewollten Erfolg mündet.

Das Anfechtungsrecht ist aber nicht noch weiter auf solche Rechtsfolgen zu erstrecken, die der Erklärende, wenn er gewollt hätte, nur einseitig hätte ausschließen können⁹³¹ oder die bei entsprechendem Einvernehmen der Parteien unter Vornahme dieses Rechtsgeschäfts zumindest hätten erreicht bzw. vermieden werden können.⁹³² Letzteres bedeutete, dass auch ein Irrtum über dispositive Rechtsfolgen zur Anfechtung berechtige.⁹³³ Für diese Erweiterung wird zwar angeführt, dass ansonsten derjenige belohnt würde, der möglichst viele Rechtsfolgen in seine Erklärung aufnimmt.⁹³⁴ Es ist aber fraglich, ob eine solche Erweiterung mit dem Verkehrsschutz, dem bei der Abgrenzung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Rechtsfolgeirrtümern genüge getan werden soll, vereinbar ist. Diesem Verkehrsschutz entspricht es doch vielmehr, nur solche grundsätzlich unwesentlichen Rechtsfolgen ausnahmsweise zu berücksichtigen, die für den Vertragspartner auch erkennbar Erklärungsinhalt waren. Auch aus Sicht des Erklärenden ist es angemessen, dass nur solche mittelbaren Rechtsfolgen zur Anfechtung berechtigen sollen, die für ihn von solch entscheidender

⁹²⁸ RGZ 88, S. 278 (283).

⁹²⁹ *Singer* 1995, S. 234; kritisch *Medicus* 2010, S. 311, wonach dann derjenige geschützt werde, der möglichst viele Rechtsfolgen in seine Erklärung aufnehme.

⁹³⁰ *Singer* 1995, S. 231 f.

⁹³¹ *Faust* 2021, S. 177 f.

⁹³² *Lorenz* 1997, S. 269.

⁹³³ *Lorenz* 1997, S. 269; *Cziupka* JuS 2009, S. 887 (890), sich zwar auf *Faust* beziehend, inhaltlich aber von der Bedeutung dispositiver Rechtsfolgen sprechend. Auf dispositives Recht bezieht sich *Faust* aber gerade nicht, so ausdrücklich: *Faust* 2021, S. 177 Fn. 23.

⁹³⁴ *Medicus* 2010, S. 311.

Bedeutung sind, dass er sie eben ausdrücklich zum Gegenstand seiner Erklärung macht.⁹³⁵

Ebenso ist das Anfechtungsrecht nicht noch weiter auch auf solche Irrtümer über Rechtsfolgen oder Motive auszudehnen, die vom Vertragspartner entweder veranlasst wurden oder ihm zumindest erkennbar waren.⁹³⁶ Hiernach bestünde ein Anfechtungsrecht auch dann, wenn der Betroffene seine Motive lediglich mitteilte, bzw. auch dann, wenn die eine Partei der anderen Partei bei Vertragsschluss versehentlich falsche Informationen zu einer Folge vermittelt, beispielsweise zur Kündbarkeit des Dienstverhältnisses, weil sie eine in Bezug auf jene Kündbarkeit kürzlich ergangene Gesetzesänderung übersehen hat.⁹³⁷ Als Argument für diese Erweiterung des Anfechtungsrechts wird angeführt, dass Grund für die Unbeachtlichkeit von Motivirrtümern, wonach aus Gründen des Verkehrsschutzes jeder selbst für Fehler im Bereich der Motivbildung verantwortlich sei, hier nicht mehr trage: Dieses Argument greife dort nicht mehr, wo dieser Fehler fremdverantwortlich entstanden oder fremdverantwortlich nicht korrigiert worden sei.⁹³⁸

Befürworter eines solchen erweiterten Anfechtungsrechts argumentieren insbesondere auch damit, dass § 123 BGB nicht abschließend das Recht, sich bei Willensbeeinflussungen vom Vertrag zu lösen, regle. Denn es sei inzwischen insbesondere auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 123 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Vertragsauflösung durch c.i.c. weitgehend anerkannt.⁹³⁹ Eine eindeutige gesetzliche Wertung dahingehend, nur im Fall vorsätzlicher Täuschung und rechtswidriger Drohung könne ein Lösungsrecht bestehen, gebe es daher nicht.⁹⁴⁰ Ob das Anfechtungsrecht sodann auf eine Analogie zu § 119 Abs. 1, Abs. 2 oder zu §§ 123, 124 BGB gestützt werden sollte, ist wiederum umstritten. Weil der Irrtum auf Fremdbeeinflussung zurückgeht, wird überwiegend eine Analogie zu §§ 123, 124 BGB befürwortet.⁹⁴¹ Jedenfalls soll die

⁹³⁵ Im Ergebnis daher zwar ein Anfechtungsrecht beim Irrtum über dispositive Rechtsfolgen dem Grunde nach bejahend, in der Praxis das Anfechtungsrecht aber am Kausalitätserfordernis scheitern sehend: *Lorenz* 1997, S. 270.

⁹³⁶ So aber *Sack* 1974, S. 16 ff.; *Singer* 1995, S. 234 ff.; MüKo BGB/Band 1–*Armbrüster* 2025, § 119 BGB Rn. 132 ff.; *Staudinger BGB–Singer* 2021, § 119 BGB Rn. 62 zu Kalkulationsirrtümern, Rn. 68 zu Rechtsirrtümern und Rn. 78 allgemein zu Motivirrtümern; *Grigoleit* 1997, S. 150 f.: Rechtsfolgenanalogie zu § 123 Abs. 1 BGB bei fahrlässiger Informationspflichtverletzung.

⁹³⁷ Ein Anfechtungsrecht ablehnend OVG NRW NZWehrr 1987, S. 217 (217 f.). Der Lösung des OVG NRW entgegentretend und ein Anfechtungsrecht bejahend aber *Neuffer* 1991, S. 54 f.

⁹³⁸ *Singer* 1995, S. 234.

⁹³⁹ Siehe noch ausführlich unten unter 3. Kapitel B.IV.2.a)aa)(1) und bb)(1).

⁹⁴⁰ *Singer* 1995, S. 238.

⁹⁴¹ *Singer* 1995, S. 238; *Grigoleit* 1997, S. 150 f.; für eine Anwendung von §§ 119, 121 BGB aber *Staudinger BGB–Singer* 2021, § 119 BGB Rn. 59.

Anfechtungserweiterung neben Rechtsfolgenirrtümern auch sonstige Motivirrtümer erfassen, da dort dieselben Argumente anzubringen seien.⁹⁴²

Die Befürworter dieses erweiterten Anfechtungsrechts vermögen aber zum einen nicht zu erklären, weshalb ausschließlich kraft Kenntnis die Motive des einen Vertragspartners zur Angelegenheit des anderen Vertragspartners werden. Selbst dann, wenn der eine über die irrig angenommenen Motive des anderen Bescheid weiß, gibt es keinen zwingenden Grund, von der sonst für Motivirrtümer geltenden Risikoverteilung abzuweichen.⁹⁴³ Richtig ist zwar, dass die c.i.c. eine Vertragsauflösung auch dort ermöglichen kann, wo die Voraussetzungen von § 123 BGB nicht erfüllt sind. Aber auch die c.i.c. setzt eine Pflichtverletzung voraus, die nicht schon im Erkennen eines Motivirrtums liegt, sondern vielmehr in der Verletzung einer Aufklärungspflicht. Und Aufklärungspflichten werden nicht schon allein durch Kenntnis von einem Motivirrtum begründet.⁹⁴⁴ Es ist daher keineswegs so, dass dem Gesetz über die §§ 119 ff. BGB hinaus die grundsätzliche Erheblichkeit erkannter Motivirrtümer entnommen werden könnte. In Bezug auf fremdverursachte Motivirrtümer ermöglicht die c.i.c., sofern sich die Fremdverursachung als vorvertragliche Pflichtverletzung darstellt, zum anderen zwar tatsächlich eine Vertragsauflösung.⁹⁴⁵ Gerade weil die c.i.c. aber ohnehin schon ergänzend als Schutzinstrument greift, gibt es keinen Anlass, unter vollständiger Missachtung des Wortlauts von § 123 Abs. 1 BGB, der nun einmal auf die Fälle arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung beschränkt ist, das Anfechtungsrecht analog anzuwenden. Jedenfalls im Bereich des Kalkulationsirrtums lehnt die Rechtsprechung entsprechend ein Anfechtungsrecht ab und verweist für den erkennbaren internen Kalkulationsirrtum auf § 242 BGB.⁹⁴⁶

Im Ergebnis berechtigt also Irrtum über solche Rechtsfolgen zur Anfechtung, die als „unmittelbar und wesentlich“ anzusehen sind, was wertend beurteilt werden muss und jedenfalls nicht strikt davon abhängt, ob eine Rechtsfolge per Gesetz eintritt oder sich aus dem Rechtsgeschäft ergibt. Jedenfalls sind Rechtsfolgen dann „unmittelbar und wesentlich“, wenn sie ausdrücklich oder konkludent miterklärt werden. Dieser letzte Grundsatz gilt für alle Motive.

⁹⁴² Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 62 zum Kalkulationsirrtum, Rn. 68 zum Rechtsfolgenirrtum und Rn. 78 allgemein zu Motivirrtümern; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 132 ff.; allgemein auch Singer 1995, S. 234.

⁹⁴³ Lorenz 1997, S. 282 ff.

⁹⁴⁴ Lorenz 1997, S. 283.

⁹⁴⁵ Siehe unten zu c.i.c. und Täuschung bzw. unlauterer Willensbeeinflussung unter 3. Kapitel B.IV.2.

⁹⁴⁶ BGH NJW 1998, S. 3192 (3194): Unzulässige Rechtsausübung dann, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annahme und auf der Durchführung des Vertrages bestehe, obwohl er gewusst habe (oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzogen habe), dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruhte. Offen, ob zumindest beim externen Kalkulationsirrtum ein Anfechtungsrecht bestehen soll, wenn also die Berechnungsgrundlage Teil der Vertragsverhandlungen war: BGH NJW-RR 1986, S. 569 (570).

(2) Gesamtnichtigkeit vs. Teilnichtigkeit

Häufig wird es so sein, dass der Irrtum auf einen bestimmten Teil der Erklärung bzw. des Rechtsgeschäfts beschränkt ist. Die Frage, die sich sodann stellt, lautet, ob durch Anfechtung sodann auch nur dieser Teil vernichtet werden kann oder ob der Irrende zur Beseitigung der gesamten Erklärung bzw. des gesamten Rechtsgeschäfts berechtigt ist.

Teils heißt es, es entspreche „allgemeinen Grundsätzen“, dass die Nichtigkeit auf den irrtumsbehafteten Teil des Vertrags beschränkt sei.⁹⁴⁷ Dem Wortlaut des § 142 BGB, wo die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts ausgesprochen wird, ist dies jedoch nicht zu entnehmen.⁹⁴⁸ Gegenstand der Anfechtung ist daher grundsätzlich die fehlerhafte Willenserklärung im Ganzen.⁹⁴⁹

Daher muss die Anfechtung bei einem aus mehreren Klauseln bestehenden Vertrag auch nicht auf nur die Klauseln beschränkt werden, auf die sich der Willensmangel bezieht. So führt der BGH ausdrücklich im Zusammenhang mit der Arglistanfechtung aus: Der Anfechtende habe stets das Recht, sich vollständig vom Vertrag zu lösen; die Teilanfechtung sei als Mittelweg zwar unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, aber keine Pflicht.⁹⁵⁰ Nichts anderes kann für die Irrtumsanfechtung gelten: Auch hier gilt § 142 Abs. 1 BGB, sodass die Teilanfechtung allenfalls eine Option sein kann.⁹⁵¹ Die Anfechtung ist nicht einmal dann notwendigerweise auf nur einen Teil des Rechtsgeschäfts beschränkt, wenn ein Rechtsgeschäft mehrere Vertragsgegenstände umfasst und nur in Bezug auf einen ein Willensmangel vorliegt.⁹⁵²

Es ist eine Teilanfechtung also unter bestimmten Voraussetzungen nur eine zusätzliche Möglichkeit neben der Gesamtanfechtung, konkret dann, wenn das

⁹⁴⁷ Staudinger BGB-Wendland 2022, § 307 BGB Rn. 24. Ebenso Raiser 1961, S. 249: Die Anfechtung beziehe sich immer nur auf „dasjenige Stück der Erklärung, bei dem der Willensmangel aufgetreten ist.“ Dies könne auch nur eine einzelne Bestimmung aus dem Erklärungsinhalt sein. Wie Raiser auch Schroeder 1983, S. 40.

⁹⁴⁸ So wohl auch Loewenheim AcP (180) 1980, S. 433 (456), wonach der Grundsatz des § 142 BGB durch die Zulässigkeit der Teilanfechtung relativiert werde.

⁹⁴⁹ BeckOK BGB-Wendland, § 142 BGB Rn. 3: „die fehlerhafte Willenserklärung“.

⁹⁵⁰ BGH NJW 2010, S. 289 (290).

⁹⁵¹ Vgl. BAG, Urt. v. 22.1.1981 – 3 AZR 541/78, BeckRS 1981, 4471, prüfend, ob eine Anfechtung des gesamten Arbeitsvertrags oder nur der irrtumsbehafteten Klausel vorliege; vgl. auch BGH, Urt. v. 5.11.1982 – V ZR 166/81, BeckRS 1982, 31073188: Teilanfechtung, wenn der Irrende eine Teilanfechtung erkläre; im Umkehrschluss also vollständige Anfechtung, wenn eine solche Beschränkung nicht erfolgt. So auch Dahm 2019, S. 294 in Bezug auf Eheverträge: Teilanfechtung, wenn der irrende Ehegatte dies wünsche. Ebenso MüKo BGB/Band 1-Busche 2025, § 142 BGB Rn. 10: Teilbares Rechtsgeschäft sei der Teilanfechtung zugänglich, wenn nur ein Teil des Rechtsgeschäfts vom Anfechtungsgrund erfasst sei.

⁹⁵² Vgl. auch RGZ 146, S. 234 (237) im Falle von zwei Verkaufsgegenständen und dem Versuch des Anfechtenden, die Anfechtung nur auf den einen Kaufgegenstand zu beschränken. Aus dem Urteil ergibt sich, dass der Anfechtende bei einem nicht teilbaren Rechtsgeschäft das ganze Geschäft anfechten muss, bei einem teilbaren hingegen seine Anfechtung beschränken kann, gewissermaßen als zusätzliche Option. Er muss jedoch offensichtlich nicht.

Geschäft teilbar ist, wenn also der nach Wegfall des angefochtenen Teils verbleibende Rest bei objektiver, vom Willen der Beteiligten ausgehender Betrachtung als selbstständiges, unabhängig von den anderen Teilen bestehendes Rechtsgeschäft denkbar ist.⁹⁵³ Auch bei einem Vertrag, der aus mehreren Klauseln besteht, kann eine Anfechtung unter dieser Voraussetzung nur auf einzelne Klauseln beschränkt werden: Die Anfechtbarkeit nur einzelner Vertragsklauseln hat das BAG beispielsweise für den Fall einer arglistigen Täuschung ausdrücklich bejaht, wenn sich die Täuschung nur auf einzelne Arbeitsbedingungen bezieht.⁹⁵⁴ Ein Irrtum über eine einzelne Klausel eines Gesellschafterbeschlusses berechtigt ebenso zur Anfechtung nur dieser Klausel, wenn dieser Beschluss objektiv zerlegbar ist,⁹⁵⁵ nicht so aber die Anfechtung einzelner Klauseln eines Vergleichs, wenn „dieser Vergleich ein in allen Punkten ausgehandeltes gegenseitiges Nachgeben (und Nicht-Nachgeben) enthält“ und nicht einzelne Klauseln einfach „herausgebrochen“ werden können.⁹⁵⁶ Ist die Zerlegbarkeit eines Rechtsgeschäfts zu bejahen, so bestimmen sich die Folgen der Teilanfechtung bei einheitlichen Rechtsgeschäften, beispielsweise also bei aus mehreren Klauseln bestehenden Verträgen,⁹⁵⁷ gem. § 139 BGB danach, ob die Beteiligten das Rechtsgeschäft auch ohne den angefochtenen Teil vorgenommen hätten.⁹⁵⁸

Das Recht, ein Rechtsgeschäft vollständig anzufechten, setzt auch keine „Mindestreichweite“ des jeweiligen Irrtums voraus: Auch der Irrtum, der sich nur auf eine Nebensächlichkeit regelnde Vertragsklausel bezieht, berechtigt, vorbehaltlich des Nachweises der Kausalität zwischen Irrtum und Abgabe der Willenserklärung, grundsätzlich zur Anfechtung des gesamten Rechtsgeschäfts mit der Folge der Gesamtnichtigkeit. Je nebensächlicher die fragliche Klausel dabei ist, desto schwieriger dürfte allerdings der Kausalitätsnachweis sein.⁹⁵⁹

Umstrittener ist die Rechtslage bei Irrtümern in Bezug auf AGB-Klauseln. Irrt der Kunde über die Einbeziehung der AGB, ist eine Anfechtungsmöglichkeit weitgehend anerkannt, wobei bei branchenüblichen Klauseln die Kausalität

⁹⁵³ BGH, Urt. v. 5.4.1973 – II ZR 45/71, BeckRS 1973, 106860 Rn.15; BGH, Urt. v. 5.11.1982 – V ZR 166/81, BeckRS 1982, 31073188; siehe auch *Dahm* 2019, S.294 in Bezug auf Eheverträge: Teilbarkeit als Voraussetzung der Teilanfechtung; so auch bei Teilanfechtung wegen Täuschung bereits RGZ 146, S.234 (236 f.).

⁹⁵⁴ BAG NJW 1970, S.1941 (1943); vgl. auch vgl. auch BGH, Urt. v. 5.11.1982 – V ZR 166/81, BeckRS 1982, 31073188.

⁹⁵⁵ BGH, Urt. v. 5.4.1973 – II ZR 45/71, BeckRS 1973, 106860 Rn. 15.

⁹⁵⁶ OLG Stuttgart NJW-RR 2000, S.1035 (1036). Ebenso keine Teilanfechtung bei BGH NJW-RR 2002, S.380 (381).

⁹⁵⁷ Siehe zum aus mehreren Klauseln bestehenden Vertrag als einheitliches Rechtsgeschäft MüKo BGB/Band 1-*Busche* 2025, § 139 BGB Rn. 15.

⁹⁵⁸ RGZ 62, S.184 (186); BGH, Urt. v. 5.4.1973 – II ZR 45/71, BeckRS 1973, 106860 Rn. 16; BGH NJW 1969, S.1759 (1760); OLG Saarbrücken, Urt. v. 19.5.1993 – 5 U 56/92 Rn.59ff.; BGH NJOZ 2006, S.1859 (1864); Staudinger BGB-*Roth* 2021, § 142 BGB Rn.26; *Raiser* 1961, S.248, siehe auch *Dahm* 2019, S.294 in Bezug auf Eheverträge.

⁹⁵⁹ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 119 BGB Rn.152; BeckOGK-*Rehberg*, § 119 BGB Rn.471.

aber meist fehlen dürfte.⁹⁶⁰ Umstritten ist das Anfechtungsrecht beim Irrtum über den Inhalt einzelner AGB-Klauseln, wenn der Kunde entweder „Bedeutung und Rechtsfolgen“ erkennt⁹⁶¹ oder glaubt, die Klauseln von früher zu kennen, obwohl der Verwender sie zwischenzeitlich geändert hat. Teils wird im ersten Fall ein Anfechtungsrecht unter Verweis auf die Irrelevanz von Rechtsfolgenirrtümern verneint, im zweiten Fall jedoch bejaht.⁹⁶² Richtigerweise muss nach den oben dargelegten Grundsätzen aber in beiden Fällen ein Anfechtungsrecht in Betracht kommen: AGB-Klauseln sind nicht nur dem autonomen Recht zuzuordnen,⁹⁶³ da sie aufgrund der Einbeziehungsvoraussetzungen von § 305 Abs. 2 BGB gelten, sie sind vor allem, da in den Vertrag einbezogen, Inhalt der Willenserklärung.⁹⁶⁴ Daher begründet auch ein Irrtum über Bedeutung und Folgen einzelner Klauseln als inhaltliche Fehlinterpretation der Willenserklärung ein Anfechtungsrecht, sofern tatsächlich eine konkrete Fehlvorstellung oder unbewusste Unkenntnis dargelegt werden kann. Dabei dürfte aber auch hier der Kausalitätsnachweis umso schwieriger sein, je nebensächlicher die Klausel ist.⁹⁶⁵ Jedenfalls ist bezüglich des Anfechtungsrechts nicht danach zu unterscheiden, ob die fragliche Klausel eine Haupt- oder Nebenwirkung des Vertrags betrifft.⁹⁶⁶

Der Anfechtende kann seine Anfechtung sodann auch im AGB-Recht auf die fraglichen Klauseln begrenzen, muss dies aber nicht⁹⁶⁷; insofern kann nichts

⁹⁶⁰ Ulmer/Brandner/Hensen-Habersack 2022, § 305 BGB Rn. 162, wobei im Einzelnen umstritten ist, ob sich die Anfechtung nur auf die Einbeziehungserklärung bezieht. Die Anfechtung auf die Einbeziehungserklärung beziehend etwa *Schroeder* 1983, S. 10, 38 ff. Von einem Irrtum kann im Übrigen wiederum nur die Rede sein, wenn der Betroffene sich vorstellt, die Erklärung enthalte keine AGB. Gar keine Vorstellung zu haben genügt nicht, siehe *Loewenheim* AcP (180) 1980, S. 433 (441 f.). Teils wird auch vertreten, es genüge, um von einem Irrtum sprechen zu können, die falsche Annahme des Kunden, die AGB enthielten „das Übliche“; *Raiser* 1961, S. 245 ff.

⁹⁶¹ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt 2022, § 306 BGB Rn. 18.

⁹⁶² *Loewenheim* AcP (180) 1980, S. 433 (445 f.); Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt 2022, § 306 BGB Rn. 18: keine Anfechtung bei Irrtum über „Bedeutung oder Rechtsfolgen einzelner Bestimmungen“; Staudinger BGB-Wendland 2022, § 307 BGB Rn. 22: Keine Anfechtung bei Irrtum über die Rechtsfolgen einer inhaltlich bekannten Klausel.

⁹⁶³ Zur Ansicht, wonach nur der Irrtum über eine autonom gesetzte Rechtsfolge zur Anfechtung berechtige, oben unter 3. Kapitel B.III.2.b)bb)(1)(b).

⁹⁶⁴ Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 26. Und was zum Inhalt einer Erklärung gemacht wurde, berechtigt zur Anfechtung, siehe oben unter 3. Kapitel B.III.2.b)bb)(1)(c).

⁹⁶⁵ *Neuner* 2023, S. 495 Rn. 101.

⁹⁶⁶ Vgl. aber *Loewenheim* AcP (180) 1980, S. 433 (445 f.). Dem liege die falsche Vorstellung zugrunde, es handle sich bei AGB um heteronomes Recht: Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 26.

⁹⁶⁷ *Loewenheim* AcP (180) 1980, S. 433 (445 ff.), die Möglichkeit der Teilanfechtung nur als zusätzliche Frage aufwerfend; von beiden Möglichkeiten ausgehend auch BeckOGK-Lehmann-Richter, § 305 BGB Rn. 248 f.; ebenso beide Anfechtungsmöglichkeiten im Fall einer arglistigen Täuschung ansprechend: Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt 2022, § 306 BGB Rn. 18a; bei Irrtum über den Inhalt nur einzelner AGB-Klauseln hingegen grundsätzlich nur Teilanfechtung vorsehend: *Raiser* 1961, S. 246 f.; ebenso Staudinger BGB-Wendland 2022,

anderes gelten als bei einem Irrtum über einzelne Klauseln eines Individualvertrags. Umstritten ist bei einer Teilanfechtung allerdings, ob sich die Rechtsfolgen nach § 306 BGB (Wirksamkeit des restlichen Vertrags) oder wie bei Individualverträgen nach § 139 BGB (im Zweifel Unwirksamkeit des restlichen Vertrags) richten.⁹⁶⁸ Der Wortlaut des § 306 BGB steht einer Anwendung dieser Vorschrift auch auf den Fall der Anfechtung einzelner Klauseln jedenfalls nicht im Weg.⁹⁶⁹

cc) Bewertung

(1) Fallgruppenbetrachtung

Das Anfechtungsrecht hat allenfalls Relevanz für die Personen der Fallgruppen 1 und 2: Wer in Bezug auf den Kern des Rechtsgeschäfts i. S. d. Geschäftstyps, des Geschäftsgegenstands oder der unmittelbaren und wesentlichen Rechtsfolge bzw. in Bezug auf einzelne Vertragsklauseln einem unbewussten Irrtum unterliegt, kann anfechten. Die Unsicherheit besteht im Rahmen der Fallgruppe 1 dabei darin, festzustellen, welche Rechtsfolgen unmittelbar und wesentlich sind. Dies ist im Ergebnis eine Wertungsfrage, jedenfalls aber dann der Fall, wenn die Rechtsfolgen in die Erklärung selbst mitaufgenommen wurden und daher Gegenstand der Einigung sind. Einzelvertragliche Klauseln sind stets Gegenstand der Einigung, was den Personen der Fallgruppe 2, die über den Kern des Vertrags hinaus vertragliche Regelwerke nicht mehr oder nur noch schwer durchdringen, grundsätzlich zugutekommt: In dieser Fallgruppe bereiten aber insbesondere der Kausalitätsnachweis sowie die damit zusammenhängende Frage, ob ein Irrtum über vereinzelte oder mehrere Klauseln eine Loslösung vom gesamten Vertrag rechtfertigen können soll, Schwierigkeiten. Sofern

§ 307 BGB Rn. 24; so wohl auch, da ein Wahlrecht nur zwischen §§ 142, 139 und § 306 BGB annehmend und da sowohl § 139 BGB und 306 BGB die Anfechtung nur eines Teils eines Rechtsgeschäfts voraussetzen: *Neuner* 2023, S. 495 Rn. 101. Eine ganz andere Lösung bei *Schmidt-Salzer* 1967, S. 262 f.: Keine Anfechtung einzelner Klauseln, Anfechtung nur der Einbeziehungserklärung. Ebenso grundsätzlich die Anfechtung auf die Einbeziehungserklärung beziehend, allerdings auch die Anfechtung nur einzelner Klauseln für möglich haltend: *Schroeder* 1983, S. 10, 39 f.

⁹⁶⁸ Die Anwendung von § 306 Abs. 1 BGB für den Fall der Anfechtung einzelner AGB-Klauseln wegen Irrtumsanfechtung bejahend: *Loewenheim* AcP (180) 1980, S. 433 (456 ff.). Der Verwender habe sodann nach § 122 BGB die Möglichkeit, die Befreiung von der vertraglichen Verpflichtung zu verlangen. Für eine Anwendung von § 306 Abs. 1 BGB bei der Irrtumsanfechtung bezogen auf einzelne Klauseln auch: *MüKo BGB/Band 2-Fornasier* 2022, § 306 BGB Rn. 13; *Staudinger BGB-Mäsch* 2022, § 305 BGB Rn. 181; a. A. *Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt* 2022, § 306 BGB Rn. 18a: Die Rechtsfolge der Teilanfechtung richte sich nur dann nach § 306 Abs. 1 BGB, wenn der Anfechtungsgrund aus dem Verantwortungsbereich des Verwenders stamme, wie etwa im Fall der arglistigen Täuschung, wobei die Klausel dann schon wegen § 305c Abs. 2 BGB nicht Vertragsbestandteil werde. Für eine Anwendung von § 139 BGB auch *BeckOGK-Lehmann-Richter*, § 305 BGB Rn. 249.

⁹⁶⁹ *Erman BGB/Band 1-Looschelders* 2023, § 306 BGB Rn. 4.

das Verständnis für die vertragliche Ausgestaltung in ihrer Gesamtheit im Wesentlichen gänzlich fehlt, ist die Unkenntnis zwar sicherlich gewichtig, allerdings bleiben auch dann Fragen in Bezug auf die Führbarkeit des Kausalitätsbeweises bestehen.⁹⁷⁰

In der Fallgruppe 3 hingegen scheidet ein Anfechtungsrecht grundsätzlich aus, worin aus Perspektive dieser Untersuchung der größte Nachteil des Anfechtungsrechts liegt:⁹⁷¹ Weder der Zweck, den sich der Betroffene fälschlicherweise erhofft oder vorstellt, noch die Auswirkungen, die er wünscht oder hingegen gar nicht erst kennt, noch eine falsche Vorstellung oder Unkenntnis von den Bedürfnissen und Umständen seiner aktuellen oder künftigen Lebenssituation sind Erklärungsinhalt; es handelt sich insoweit um unbeachtliche Motivirrtümer. Auch bei falsch vorgestellten oder nicht erkannten Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts, die nicht als unmittelbare und wesentliche Rechtsfolgen ohnehin Inhalt der Erklärung sind, scheidet ein Anfechtungsrecht aus.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unbeachtlichkeit von Motivirrtümern liegt nur dann vor, wenn der Betroffene seine falsche Vorstellung im Beweggrund zum Inhalt seiner Erklärung macht. Es ist allerdings kaum vorstellbar, dass beispielsweise ein Dementer so strategisch vorgeht und all seine Absichten, wenn er denn überhaupt welche hat, bei Abschluss des Rechtsgeschäfts formuliert. Häufig wird sich sein Motivirrtum darauf beschränken, dass er bestimmte für ihn ungünstige Folgen nicht kennt oder von seinen Lebensumständen, die er für eine sinnvolle Einordnung des Rechtsgeschäfts vor Augen haben müsste oder bewerten können müsste, keine Vorstellung hat. Das Irrtumsanfechtungsrecht hilft hier nicht weiter.

Darüber hinaus ist in allen drei Fallgruppen problematisch, dass eine Anfechtung wegen Irrtums eine unbewusste Fehlvorstellung bzw. unbewusste Unkenntnis vom Inhalt der Erklärung voraussetzt. Unterliegt der Betroffene nicht gerade einer konkreten Fehlvorstellung, so kann sich bei bloßer Nichtkenntnis bestimmter Umstände die Frage stellen, ob dies tatsächlich einen Irrtum begründet: Zwar setzt der Irrtumsbegriff keine grundsätzliche Korrigierbarkeit des Nichtwissens voraus, sondern ein Irrtum kann auch vorliegen, wenn das fehlende Wissen in den individuellen Schwächen der Person begründet ist und damit eine „Unfähigkeit zu wissen“ vorliegt. Allerdings bereitet das Kriterium der Unbewusstheit Probleme: Liest der Betroffene ein Dokument beispielsweise nicht oder unterzeichnet er es, obwohl er es trotz Lesens oder Vorlesens nicht verstanden hat, so kann von „unbewusster Unkenntnis“ vom Inhalt nur die Rede sein, wenn es nicht einmal mehr in sein Bewusstsein vordringen konnte, dass er nicht weiß, was er unterzeichnet. Kann er seinen Zustand der Unkennt-

⁹⁷⁰ Siehe zum Problem des Kausalitätsnachweises auch sogleich unter 3. Kapitel B.III.2.a) cc)(2).

⁹⁷¹ Zur Schutzlücke bei älteren Menschen, weil es häufig an einem Anfechtungsgrund fehle, auch *Heber* 2022, S. 178.

nis nur nicht mehr als ungewöhnlich reflektieren, wird die Subsumtion bereits uneindeutig. Jedenfalls aber dann, wenn einer Person ihre unzureichende Vorstellung von dem, was sie tut, noch bewusst ist, handelt sie in „Kenntnis der Unkenntnis“, sodass ein Anfechtungsrecht ausscheidet. Dies gilt auch, obwohl Demente ihre Defizite häufig verbergen wollen und können, sodass sie trotz möglichen Bewusstseins, überfordert zu sein, nicht die richtigen Konsequenzen ziehen können. Alles andere sprengte den Irrtumsbegriff.

Der Schutz, den das Irrtumsanfechtungsrecht den hier untersuchten Personengruppen bietet, ist äußerst lückenhaft, sodass das Anfechtungsrecht in Situationen, in denen eine Person insbesondere nur nicht in der Lage ist, „Bedeutung und Tragweite“ einer Erklärung zu verstehen und daher als geschäftsfähig gilt, nur eine untergeordnete Rolle spielt. Dafür spricht auch, dass lediglich in einer höchstrichterlichen Entscheidung auf das Anfechtungsrecht als Ergänzung zu § 104 Nr. 2 BGB verwiesen wird.⁹⁷²

(2) Anfechtungsrecht als ungeeignetes Schutzinstrument

Neben den genannten Subsumtionsproblemen ist das System des Anfechtungsrechts ohnehin nicht geeignet, den Besonderheiten der Personen der Fallgruppen 1–3 Rechnung zu tragen: Denn es fußt auf der grundsätzlichen Überlegung, dass jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs in gleichem Maße Selbstverantwortung zuzumuten ist.

So rechtfertigt der Gedanke der Selbstverantwortung als Gegenstück zur Privatautonomie zum einen die Einschränkungen des Anfechtungsrechts.⁹⁷³ Die Anfechtung der eigenen Erklärung muss die Ausnahme sein.⁹⁷⁴ Der Gesetzgeber hat sodann die Wertung getroffen, dass diese Selbstverantwortung nur für die Äußerung der Entscheidung – Erklärungs- und Inhaltsirrtümer –, nicht aber für den inneren Willen – Motivirrtümer – gemindert wird.⁹⁷⁵ Nun ist aber nicht zu übersehen, dass in den hier untersuchten Konstellationen bei einem zwischen zwei Personen geschlossenen Vertrag stets einer Person mehr Selbstverantwortung zuzumuten ist als der anderen. Dennoch werden beide Parteien gleichbehandelt: Für beide sind Irrtümer im Beweggrund irrelevant.

Zum anderen sind auch die Folgen der Anfechtung durch den Gedanken der Selbstverantwortung zu erklären: Denn als Ausgleich für das Recht, sich von der Erklärung zu lösen, macht sich der Anfechtende nach § 122 BGB schadensersatzpflichtig. Wenn nun aber diese Schadensersatzpflicht auf dem Gedanken beruht, dass der Irrtum aus der Sphäre des Anfechtenden stammt, da grundsätzlich er allein den Irrtum und damit auch die Gefahr der Vertrauenserwe-

⁹⁷² BGH NJW 1961, S. 261.

⁹⁷³ Larenz 1967, S. 375.

⁹⁷⁴ Lorenz 1997, S. 262, 361.

⁹⁷⁵ Lorenz 1997, S. 361.

ckung „beherrschen“ kann,⁹⁷⁶ so hat dieses Argument aber nur noch rein theoretische Bedeutung, wenn aufgrund krankheitsbedingter geistiger Defizite von „beherrschen“ keine Rede sein kann.

Und schließlich ist auch die Ausgestaltung des Anfechtungsrechts wenig geeignet, Personen mit intellektuellen und kognitiven Schwächen zuverlässig Schutz zu gewähren: Das Rechtsgeschäft wird erst durch Anfechtungserklärung innerhalb der Anfechtungsfrist, § 121 BGB, unwirksam.⁹⁷⁷ So muss die Anfechtung „unverzüglich“, also ohne schuldhaftes Zögern, erfolgen. Das Zuhalten von zwei Wochen wird dabei teils schon als zu lang betrachtet.⁹⁷⁸ Die Frist beginnt zu laufen, sobald der Anfechtungsberechtigte tatsächliche Kenntnis vom Anfechtungsgrund hat, also Kenntnis davon, dass die Erklärung nicht seinem Willen entspricht.⁹⁷⁹

Tritt beim Betroffenen diese Kenntnis tatsächlich irgendwann ein, so setzt aber die fristgerechte Erklärung der Anfechtung, zu der er dann berechtigt ist, voraus, dass er aus seiner Kenntnis die richtigen Schlüsse zieht. Er muss also erkennen, dass ihm dieses Gestaltungsrecht zusteht. Hierfür benötigt der Betroffene zum einen die richtige Rechtskenntnis,⁹⁸⁰ zum anderen die Fähigkeit zu erkennen, dass ihm dieses Gestaltungsrecht in genau dieser Situation hilft. Bleibt er, aus welchen Gründen auch immer, tatenlos, wird er nach Ablauf der Frist an den Vertrag gebunden bleiben, denn es ist für den Fristbeginn unbeachtlich, ob der Anfechtungsberechtigte das Bestehen eines Anfechtungsrechts und das Erfordernis einer Anfechtungserklärung kennt.⁹⁸¹ Dass eine Anfechtung unterbleibt, ist vor allem dann zu befürchten, wenn der Betroffene allein lebt und Familienangehörige nicht rechtzeitig vom Geschäft erfahren, sodass ihn niemand zur Anfechtung berät. Gegebenenfalls erfolgt das Rechtsgeschäft aber gar ohnehin mit Familienangehörigen, die eine entsprechende Beratung bewusst unterlassen werden.

Zudem ist auch nicht auszuschließen, dass dem Betroffenen der Anfechtungsgrund überhaupt nie zur Kenntnis gelangt, weil er, wenn er den Vertrag oder dessen Folgen schon bei Vertragsabschluss nicht überblickt, möglicherweise auch nachträglich nicht erkennt, dass er einen solchen Vertrag nicht gewollt hat oder er für ihn nachteilig ist. Dann beginnt einerseits zwar die Anfechtungsfrist

⁹⁷⁶ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 122 BGB Rn. 3; Flume 1992, S. 422 f.; Canaris 1971, S. 532 ff.

⁹⁷⁷ So war etwa die Anfechtung verfristet in BGH NJW 1961, S. 261; zum Nachteil der Anfechtungsfrist bei Rechtsgeschäften mit älteren Menschen Rademacher 2020, S. 134.

⁹⁷⁸ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 121 BGB Rn. 7.

⁹⁷⁹ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 121 BGB Rn. 5.

⁹⁸⁰ Rechtsunkenntnis liege gerade bei älteren Menschen vor Rademacher 2020, S. 137, 186 im Zusammenhang mit Widerrufsrechten; Heber 2022, S. 227 im Zusammenhang mit Anfechtungsrechten.

⁹⁸¹ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 121 BGB Rn. 5; Staudinger BGB-Singer 2021, § 121 BGB Rn. 7; Rademacher 2020, S. 134.

nicht zu laufen, andererseits läuft so aber das gesamte Anfechtungsrecht ins Leere, weil der Betroffene schon nicht das Bedürfnis zur Anfechtung hat. Allenfalls dann, wenn ihm für den Aufgabenbereich, in den das Rechtsgeschäft fällt, ein Betreuer bestellt wurde, kann auf die Kenntnis des zur Anfechtung berechtigenden Betreuers abgestellt werden, § 166 Abs. 1 BGB,⁹⁸² der sodann die Anfechtung erklären kann.

Und schließlich zeigt auch das Kausalitätserfordernis, dass das Anfechtungsrecht zwar tatbestandlich einschlägig sein kann, aber letztlich nicht darauf ausgerichtet ist, solche Personen zu schützen, deren Irrtum aus einer Unfähigkeit, bestimmte Tatsachen zu verstehen, resultiert: Denn eine Anfechtung ist nur zulässig, wenn der Irrende „sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.“ Das Anfechtungsrecht scheidet also aus, wenn der Betroffene in Kenntnis der Sachlage die Erklärung so abgegeben hätte, wie er sie eben abgegeben hat.⁹⁸³

Wie diese Voraussetzung der Kausalität bei der hier untersuchten Personengruppe aber sinnvoll geprüft werden soll, ist aber gerade fraglich: Denn ihre Unfähigkeit, bestimmte Sachverhalte zu verstehen, steht einem sinnvollen Vergleich, *diese* Person habe Kenntnis der Sachlage gehabt, entgegen. Dieser Vergleich kann nur unter der zusätzlichen Voraussetzung angestellt werden, die Person sei zudem zur Kenntnis der Sachlage hypothetisch in der Lage. Dies mag der Fall sein, wenn zumindest eine Aufklärung und Beratung der Person ein solches Verständnis noch herbeigeführt hätte. Häufig wird es aber so sein, dass ein komplizierter Sachverhalt auch durch Erklärungen nicht verständlich gemacht werden kann. Dann ist die Kausalitätsprüfung in doppelter Hinsicht hypothetisch: Der Betroffene, der hypothetisch zur Kenntnis in der Lage ist, dürfte die Erklärung so hypothetisch nicht abgegeben haben.

b) Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

aa) Begriffsbestimmung

Ergänzend soll noch auf den besonderen Anfechtungstatbestand von § 119 Abs. 2 BGB eingegangen werden. Eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB kommt in Betracht, wenn ein Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache vorliegt, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Die dogmatische Einordnung der Vorschrift ist umstritten. Die wohl herrschende Meinung

⁹⁸² Staudinger BGB-Singer 2021, § 121 BGB Rn. 4. Dies kann sinnvollerweise nicht nur gelten, wenn der Vertreter selbst ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, sondern auch dann, wenn der Vertretene dies getan hat, aber der Vertreter, also der Betreuer, selbst zur Anfechtung berechtigt ist. Siehe zur Berechtigung zur Anfechtung durch den Betreuer, wenn die Voraussetzungen der §§ 119 ff. BGB vorliegen: MüKo BGB/Band 10-Schneider 2020, § 1902 BGB a.F. Rn. 24.

⁹⁸³ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 150.

begreift § 119 Abs. 2 BGB als Fall eines ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums.⁹⁸⁴

Nach der Rechtsprechung kommen als verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache bzw. weiter gefasst eines Gegenstands⁹⁸⁵ zum einen die natürliche Beschaffenheit, zum anderen die vorhandenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse in Betracht, die infolge der Beschaffenheit und Dauer auf die Brauchbarkeit und den Wert von Einfluss sind.⁹⁸⁶ Einschränkend sollen dabei nur solche Eigenschaften berücksichtigungsfähig sein, die vom Erklärenden in irgendeiner Weise erkennbar dem Vertrag zugrunde gelegt wurden, ohne dass die Eigenschaft geradezu Inhalt der Erklärung sein müsse.⁹⁸⁷ Es genüge dabei aber, wenn es sich „von selbst verstehe“, dass eine Vertragspartei auf eine bestimmte Eigenschaft Wert lege.⁹⁸⁸ Mit dieser Voraussetzung, wonach die betreffende Eigenschaft entweder selbstverständlich oder erkennbar der Erklärung zugrunde liegen muss, soll zur Abwehr von Missbräuchen sichergestellt werden, dass die Abgabe der Willenserklärung wirklich auf einem Mangel an materialer Selbstbestimmung beruht.⁹⁸⁹

Gleichzeitig dürften, um den Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB nicht „ins Ungewisse zerfließen zu lassen“ und das Anfechtungsrecht nicht über Gebühr auszudehnen, nur solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse erfasst sein, die den Gegenstand selbst kennzeichneten, nicht hingegen solche Umstände, die sich nur mittelbar auf seine Bewertung auswirkten.⁹⁹⁰ Zwar könnten auch die tatsächlichen, wirtschaftlichen, sozialen und rechtlichen Beziehungen des Kaufgegenstands zu seiner Umwelt Eigenschaften sein, die auf Brauchbarkeit und Wert von Einfluss sind. Allerdings müssten diese Beziehungen in der Beschaffenheit des Kaufgegenstands selbst begründet sein und dürften sich nicht erst unter Berücksichtigung von außerhalb des Kaufgegenstandes liegenden Verhältnissen oder Umständen ergeben.⁹⁹¹

Einer anderen Ansicht zufolge liegt ein beachtlicher Eigenschaftsirrtum vor, wenn der Gegenstand hinsichtlich einer Eigenschaft nicht dem Rechtsgeschäft entspricht.⁹⁹² Es muss sich also gerade um eine Eigenschaft handeln, auf die

⁹⁸⁴ Larenz 1967, S. 380f.; Neuner 2023, S. 485; Lorenz 1997, S. 294ff.; Singer 1995, S. 214.; Leenen 2021, S. 394.

⁹⁸⁵ Worunter auch Forderungen und Rechte fallen, siehe Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 95.

⁹⁸⁶ BGH NJW 1961, S. 772 (775); BGH NJW 1984, S. 230 (231) in Bezug auf verkehrswesentliche Eigenschaften einer Person; RGZ 61, S. 84 (86).

⁹⁸⁷ BGH NJW 1984, S. 230 (231); BGH, Urt. v. 11.7.1068 – IX ZR 218/66, BeckRS 1968, 31395425; kritisch Neuner 2023, S. 488.

⁹⁸⁸ BGH NJW 1979, S. 160 (161) beim Irrtum eines Käufers über das Alter eines Gebrauchtwagens.

⁹⁸⁹ Singer 1995, S. 219.

⁹⁹⁰ RGZ 149, S. 135 (138); OLG Hamm NJW 1966, S. 1080 (1081); vgl. Flume 1992, S. 476.

⁹⁹¹ BGH NJW 1978, S. 370 (370).

⁹⁹² Flume 1992, S. 478.

„sich das Rechtsgeschäft kraft besonderer Bestimmung oder nach der Art des Geschäftstypus bezieht.“⁹⁹³ Nach dieser Ansicht wird gewissermaßen das Merkmal der „Verkehrswesentlichkeit“ durch das der „Vertragswesentlichkeit“ ersetzt.⁹⁹⁴ Ein Irrtum über Eigenschaften ist folglich nur dann verkehrswesentlich, wenn die betreffende Eigenschaft zu der vereinbarten oder üblichen Soll-Beschaffenheit gehört.⁹⁹⁵

Diese Ansicht ist damit enger als die der Rechtsprechung.⁹⁹⁶ Dies zeigt sich an solchen Entscheidungen, in denen ein Mängelgewährleistungsanspruch ausgeschlossen wurde, da das Fehlen der Eigenschaft die Eignung der Sache zum gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch nicht einschränke, gleichzeitig aber ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB bejaht wurde: So sei ein Irrtum über das Alter eines Gebrauchtwagens ein solcher über eine verkehrswesentliche Eigenschaft, da die Wertschätzung des Fahrzeugs wesentlich vom Alter des Wagens abhängt.⁹⁹⁷ Nicht aber wirke sich das Alter auf die Eignung des Fahrzeugs zum gewöhnlichen bzw. vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aus.⁹⁹⁸

An dieser letztgenannten Ansicht wird zu Recht kritisiert, dass es sich somit bei § 119 Abs. 2 BGB nicht mehr um eine Vorschrift über die Beachtlichkeit von Willensmängeln, sondern um Leistungsstörungsrecht handelte.⁹⁹⁹ Zudem reduziert diese Ansicht den wegen des Vorrangs des Gewährleistungsrechts¹⁰⁰⁰ ohnehin schon beschränkten Anwendungsbereich des § 119 Abs. 2 BGB noch weiter, da kaum eine bestimmte Eigenschaft Gegenstand des Rechtsgeschäfts, aber nicht zugleich Sachmangel sein kann.¹⁰⁰¹ Eine Anfechtung durch den Gläubiger ist damit ausgeschlossen. So wird der Anwendungsbereich von § 119 Abs. 2 BGB bei Schuldverträgen faktisch auf Irrtümer des zur Leistung Verpflichteten reduziert: Dieser kann anfechten, wenn dem Leistungsgegenstand eine nicht vereinbarte Eigenschaft anhaftet, für die ihn keine Haftung trifft. Der Schuldner würde mit der entsprechenden Eigenschaft etwas leisten, wozu er nicht verpflichtet ist. Von dieser Leistungspflicht muss er sich durch Anfechtung lösen können.¹⁰⁰²

⁹⁹³ *Flume* 1992, S. 481.

⁹⁹⁴ *Medicus* 2010, S. 317, sich der Ansicht *Flumes* anschließend.

⁹⁹⁵ Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 83f.; a. A. und die Ansicht *Flumes* ausdrücklich ablehnend *Neuner* 2023, S. 488.

⁹⁹⁶ So auch bereits *Medicus* 2010, S. 316; Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 95.

⁹⁹⁷ BGH NJW 1979, S. 160 (161).

⁹⁹⁸ BGH NJW 1979, S. 160 (161).

⁹⁹⁹ *Lorenz* 1997, S. 300; *Neuner* 2023, S. 488.

¹⁰⁰⁰ Siehe nur *Neuner* 2023, S. 489. Siehe zum Vorrang des Gewährleistungsrechts auch sogleich unter 3. Kapitel B.III.2.b)bb).

¹⁰⁰¹ *Lorenz* 1997, S. 300ff.

¹⁰⁰² *Flume* 1992, S. 488; kritisch *Lorenz* 1997, S. 301, da sich der Schuldner der Gewährleistungshaftung entziehen könne.

Tendenziell weiter als die Rechtsprechung ist hingegen die Ansicht, die rein objektiv bestimmen will, was im Verkehr für ein jeweiliges Geschäft als „wesentliche Eigenschaft“ einer Person oder Sache anzusehen ist.¹⁰⁰³ Entscheidend ist hiernach der typische wirtschaftliche Zweck eines Vertrags und unbeachtlich ist dabei, ob die Bedeutung einer Eigenschaft für den Vertragspartner irgendwie erkennbar war.¹⁰⁰⁴ Für diese Ansicht spricht, dass die mangelnde Erkennbarkeit gerade durch die Schadensersatzpflicht des § 122 BGB ausgeglichen wird bzw. Fragen der Erkennbarkeit auch nur für die Schadensersatzpflicht eine Rolle spielen, § 122 Abs. 2 BGB.¹⁰⁰⁵ Die Rechtsprechung tendiert aber ohnehin selbst dazu, der Anfechtbarkeit wegen Eigenschaftsirrtums einen weiten Anwendungsbereich zu geben, indem es sich in verschiedenen Konstellationen auch „von selbst verstehen“ könne, dass einer bestimmten Eigenschaft besondere Bedeutung beigemessen werde.¹⁰⁰⁶ Im Ergebnis dürften sich beide Ansichten daher entsprechen.

bb) Motivirrtümer als Eigenschaftsirrtümer

Besonders interessant ist nun insbesondere, ob gerade Personen der Fallgruppe 3 – Fehlvorstellung und Unkenntnis im Bereich der Beweggründe – vom Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB profitieren. Im Ergebnis greift § 119 Abs. 2 BGB dort ein, wo sich die Fehlvorstellung über einen mit dem Geschäft zusammenhängenden Aspekt, wie eine Folge oder den Nutzen, in eine verkehrswesentliche Eigenschaft übersetzen lässt. Punktuell gelingt dies: So schützt § 119 Abs. 2 BGB jedermann vor dem Abschluss ungünstiger Geschäfte, der beispielsweise einen Gegenstand erwirbt, den er für antik und wertvoll hält, obwohl der Gegenstand diese Kriterien nicht erfüllt.¹⁰⁰⁷ Auch der Schuldner einer Leistung, etwa der Verkäufer, ist zur Anfechtung berechtigt, wenn er sich z. B. über die Urheberschaft eines von ihm verkauften Gemäldes irrt. Ein Anfechtungsrecht des Verkäufers ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Anfechtung zur Folge hätte, dass er sich seiner Gewährleistungspflicht entzöge, die der Käufer im konkreten Fall aber gern in Anspruch nehmen würde.¹⁰⁰⁸

Ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft kann aber auch bei Fehlvorstellungen über angebliche rechtliche Wirkungen vorliegen: So kann bei Erwerb eines Grundstücks das Bestehen einer Wegelast über angrenzende Grundstücke dann zur Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums berechtigen,

¹⁰⁰³ Neuner 2023, S. 488.

¹⁰⁰⁴ Neuner 2023, S. 487; Köhler 2021, S. 76 f.

¹⁰⁰⁵ Neuner 2023, S. 488; Köhler 2021, S. 77.

¹⁰⁰⁶ Siehe oben bei Fn. 988.

¹⁰⁰⁷ Vgl. RGZ 124, S. 115 (116 f.); MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 119 BGB Rn. 143; so auch zur Urheberschaft eines Gemäldes als verkehrswesentliche Eigenschaft: BGH NJW 1988, S. 2597 (2599).

¹⁰⁰⁸ BGH NJW 1988, S. 2597 (2598).

wenn ein Irrtum über die rechtliche Bedeutung dieser Wegelast vorliegt, weil der Käufer glaubt, damit eine Bebauung anderer Grundstücke verhindern zu können.¹⁰⁰⁹ Gerade bei Grundstückserwerben lassen sich zahlreiche Fälle verkehrswesentlicher Eigenschaften aufzählen, da bei Immobilien die Beziehung zur Umwelt von besonderer Bedeutung ist.¹⁰¹⁰ Genannt seien beispielsweise auch die gewerbliche Verwendbarkeit eines Grundstücks¹⁰¹¹ oder auch die Lage des Grundstücks.¹⁰¹² Ebenso stellt die Bebaubarkeit von Grundstücken eine verkehrswesentliche Eigenschaft dar,¹⁰¹³ des Weiteren Festlegungen des Bebauungsplans, aus denen sich ergibt, dass Teile des Grundstücks enteignet werden können.¹⁰¹⁴

Beim Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften handelt es sich demnach um Fehlvorstellungen über teils sehr spezifische Elemente bei sehr spezifischen Verträgen, wie die erwähnte Bedeutung einer Wegelast oder die Bebaubarkeit eines Grundstücks, was die Relevanz dieses Anfechtungsgrundes für diese Untersuchung schmälert. Denn es ist sehr zweifelhaft, ob Personen des hier untersuchten Personenkreises zur Ausbildung solcher häufig doch sehr komplexer Irrtümer überhaupt in der Lage sind. Auszuschließen ist es natürlich nicht, insbesondere dort nicht, wo es sich bei der verkehrswesentlichen Eigenschaft um eine rudimentärere Eigenschaft handelt: Die hier untersuchten Personengruppen mögen gar besonders gefährdet sein, solchen Irrtümern zu unterliegen, wie etwa in Bezug auf wertbildende Faktoren eines Gegenstands.

In den meisten Fällen werden sich Fehlvorstellungen, für die Personen der Fallgruppe 3 anfällig sind oder denen sie häufig unterliegen, aber auf andere Aspekte als auf verkehrswesentliche Eigenschaften beziehen. So ist schon nicht jede falsch vorgestellte Nutzbarkeit eines erworbenen Gegenstandes eine solche Eigenschaft: Zumindest zeichnet sich in der Rechtsprechung zu den Irrtümern über den wirtschaftlichen Nutzen beim Unternehmenskauf und beim Erwerb von Grundstücken diesbezüglich keine klare Linie ab. So soll sich ein Irrtum über Ertrag, Umsatz oder Rentabilität, also die Verwertbarkeit eines Unternehmens oder Grundstücks, gerade nicht auf eine der Sache anhaftende Eigenschaft beziehen, jedenfalls dann nicht, wenn der fragliche Aspekt nicht vertraglich zu-

¹⁰⁰⁹ RGZ 61, S. 84ff.: Das aus der Wegelast angeblich folgende Recht, eine Bebauung zu verbieten, besitze Geldwert und erhöhe die Brauchbarkeit des Grundstücks. Auch die aus dem angeblichen Verbotungsrechts entspringenden einzelnen Folgen der besseren Zugänglichkeit des Grundstücks und der Aussicht vom und auf das Grundstück seien Eigenschaften des Grundstücks, deren Fehlen sich in einem verringerten Kauf- oder Mietwert niederschläge. Zu diesem Urteil auch bereits *Neuffer* 1991, S. 46f.

¹⁰¹⁰ Mit zahlreichen Beispielen Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 97.

¹⁰¹¹ RGZ 61, S. 84 (86).

¹⁰¹² Staudinger BGB-Singer 2021, § 119 BGB Rn. 97.

¹⁰¹³ BGH NJW 1961, S. 772 (775); BGH, Urt. v. 15.10.1076 – V ZR 245/74, BeckRS 1976, 31117097; RGZ 61, S. 84 (86).

¹⁰¹⁴ OLG Köln VersR 2000, S. 243 ff., unter II.2. Eine Anfechtung wegen Rechtsfolgenirrtums schloss das OLG Köln hingegen ausdrücklich aus, siehe oben bei Fn. 917.

gesichert wurde.¹⁰¹⁵ In anderen Entscheidungen hingegen wird die Ertragsfähigkeit eines Grundstücks oder Unternehmens ohne Einschränkungen als verkehrswesentliche Eigenschaft eingeordnet.¹⁰¹⁶

Jedenfalls aber soll die Weiterverkaufsmöglichkeit eines Gegenstands wie eines Fahrzeugs, sofern nicht vertraglich zugesichert, keine verkehrswesentliche Eigenschaft sein. Die Verwendungs- und Weiterverkaufsmöglichkeit sei ein Risiko des Käufers. Es gehe zu seinen Lasten, wenn er von einer falschen Vorstellung hinsichtlich der Verwendbarkeit ausgehe und dadurch Verluste erleide.¹⁰¹⁷ Bei spekulativen Geschäften wie Aktienkäufen scheidet ein Anfechtungsrecht ebenso aus, weil der Käufer bewusst das Risiko eingeht, dass seine Vorstellungen über bestimmte Eigenschaften eines Unternehmens nicht der Wirklichkeit entsprechen.¹⁰¹⁸

Schon gar nicht stellt mangelnde Geschäftstüchtigkeit, also das Vereinbaren eines nicht angemessenen Kaufpreises, einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft dar: So berechtigen Irrtümer über Wert bzw. Marktpreis nicht zur Anfechtung.¹⁰¹⁹ Grund hierfür ist die Funktionsweise des marktwirtschaftlichen Systems der freien Preisbildung und die dadurch vorgegebene Risikoverteilung.¹⁰²⁰ So trägt jeder Marktteilnehmer das Risiko, dass er sich mit einem geringeren als dem erzielbaren Verkaufspreis genügt bzw. als Käufer mehr zahlt, als es dem Marktwert entspricht.¹⁰²¹

Der wirtschaftliche Zweck eines Rechtsgeschäfts schließlich haftet dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts ebenso nicht als verkehrswesentliche Eigenschaft an. So ist der Irrtum des Bürgen über die Verwendung des Kredits beispielsweise unbeachtlich.¹⁰²² Auch Risiken, die vom Geschäftspartner oder von Dritten ausgehen, werden nicht uneingeschränkt von § 119 Abs. 2 BGB erfasst. Nicht zur Anfechtung berechtigt etwa der Irrtum des Bürgen über die Solvenz des Hauptschuldners, da der Bürge nach Sinn und Zweck des Bürgschaftsvertrags für das Risiko einer solchen Fehleinschätzung einstehen soll.¹⁰²³

In Kürze soll noch angemerkt werden, dass der Anwendungsbereich von § 119 Abs. 2 BGB ohnehin durch den Vorrang kaufrechtlicher Gewährleistungs-

¹⁰¹⁵ Siehe MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 119 BGB Rn. 145 mit Verweis auf BGH NJW 1977, S. 1538 (1539); BGH NJW 1990, S. 1658 (1659).

¹⁰¹⁶ BGH NJW 1959, S. 1684 (1585); vgl. RGZ 61, S. 84 (86).

¹⁰¹⁷ OLG Frankfurt BB 1974, S. 1093 (1904).

¹⁰¹⁸ Staudinger BGB-*Singer* 2021, § 119 BGB Rn. 96.

¹⁰¹⁹ BeckOK BGB-*Wendtländ*, § 119 BGB Rn. 44.1.; siehe bereits RGZ 61, S. 84 (86).

¹⁰²⁰ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 119 BGB Rn. 143.

¹⁰²¹ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 119 BGB Rn. 143; Staudinger BGB-*Singer* 2021, § 119 BGB Rn. 100; *Neuner* 2023, S. 486; *Köhler* 2021, S. 75f.

¹⁰²² Staudinger BGB-*Singer* 2021, § 119 BGB Rn. 89; Erman BGB/Band 1-*Arnold* 2023, § 119 BGB Rn. 39.

¹⁰²³ Staudinger BGB-*Singer* 2021, § 119 BGB Rn. 89; Erman BGB/Band 1-*Arnold* 2023, § 119 BGB Rn. 39; *Flume* 1992, S. 490; BGH NJW 1988, S. 3205 (3206); OLG Brandenburg, Urt. v. 1.3.2007 – 5 U 72/06, BeckRS 2009, 7255.

rechte beschränkt ist. Häufig werden dem Käufer bei einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gleichzeitig Gewährleistungsrechte zustehen, weil beispielsweise die vereinbarte Beschaffenheit nicht vorliegt (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) oder weil die Sache zumindest nicht für die gewöhnliche Verwendung geeignet ist (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB) bzw. weil sie nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB). Um die kaufrechtlichen Besonderheiten wie das Recht zur zweiten Andienung, die Verjährungsfristen des § 438 BGB und den Haftungsausschluss bei Kenntnis und grober Fahrlässigkeit nach § 442 BGB nicht zu umgehen, ist das Anfechtungsrecht unstreitig ausgeschlossen, wenn gleichzeitig Gewährleistungsrechte nach § 434 ff. BGB einschlägig sind.¹⁰²⁴ Die Rechtsprechung jedenfalls entnimmt den § 434 ff. BGB aber zumindest keine negative Sperrwirkung, wonach ein Anfechtungsrecht auch dann ausgeschlossen wäre, wenn gerade *kein* Sachmangel i. S. v. § 434 BGB gegeben ist.¹⁰²⁵

Ob § 119 Abs. 2 BGB oder spezialvertragliche Gewährleistungsrechte: Keines dieser Institute gewährt spezifischen Schutz für die in dieser Arbeit untersuchten Personengruppen, sie schützen vielmehr in denselben Situationen, in denen auch alle anderen Personen geschützt wären. Daher erweist sich insbesondere auch der Schutz über § 119 Abs. 2 BGB als lückenhaft, weil ein Anfechtungsrecht davon abhängt, dass sich eine Fehlvorstellung zufälligerweise als Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft darstellt, was häufig aber nicht der Fall ist. Im Übrigen ist die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB mit denselben Nachteilen behaftet, die schon für § 119 Abs. 1 BGB aufgezeigt wurden.¹⁰²⁶

3. Zwischenergebnis

Ist eine geistige Beeinträchtigung so weit fortgeschritten, dass es schon am Handlungswillen fehlt, gibt der Erklärende schon keine Willenserklärung ab. Bei potenziellem Erklärungsbewusstsein wird sie ihm jedoch zunächst zugerechnet, allerdings ergänzt um ein Anfechtungsrecht. Diese Zurechnung wird bei den hier untersuchten Personengruppen aber bereits häufig scheitern, da dem jeweiligen Verkehrskreis wohl kein Verstoß gegen Verhaltenspflichten vorgeworfen werden kann. Erkennt der Erklärungsadressat ohnehin, dass der Er-

¹⁰²⁴ *Neuner* 2023, S. 489; *Staudinger BGB-Singer* 2021, § 119 BGB Rn. 85; BGH NJW-RR 2008, S. 222 (223); BGH NJW 1973, S. 1234 (1234).

¹⁰²⁵ BGH NJW 1981, S. 224 (225); BGH NJW 1979, S. 160 (161); so wohl auch *Singer* 1995, S. 218: Die Nahtstelle zwischen Gewährleistungsrecht und Anfechtungsrecht verlaufe dort, wo keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen worden sei und der veräußerten Sache Eigenschaften fehlten, die ihr nur nach der Vorstellung des Anfechtenden, aber nicht „gewöhnlich“ zukommen sollten. a. A. *Staudinger BGB-Singer* 2021, § 119 BGB Rn. 85 f.; *Lorenz* 1997, S. 305 ff.

¹⁰²⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel B.III.2.b)bb).

klärende nicht weiß, dass er etwas Rechtserhebliches erklärt, bzw. erkennt er, dass der Erklärende mit der Erklärung einen falschen Inhalt verbindet, so kommt eine Einigung nicht zustande bzw. diese entspricht gegebenenfalls der erkennbaren Fehlvorstellung. Dann braucht es keine Anfechtung. Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Erkennbarkeit häufig gegeben sein wird.

Bei Unkenntnis oder Fehlvorstellung vom Inhalt der Erklärung ist der Erklärende – von der Fallgruppe des „erkannten und ausgenutzten Irrtums“ abgesehen – meist auf das Anfechtungsrecht angewiesen. Insgesamt können die Irrtumsanfechtungsregeln Personen der Fallgruppen 1–3 aber nur punktuell erfassen. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass schon die Subsumtion unter den Begriff des Irrtums ein mühsames und mit Unklarheiten behaftetes Unterfangen ist: Das erste Problem besteht darin, dass die Fehlvorstellung oder Unkenntnis unkorrigierbar in einer intellektuellen Schwäche begründet liegt und nicht in einem momentanen Versagen, das nichts mit den individuellen Eigenschaften der Person zu tun hat. Je nachdem, wie die geistige Schwäche so dann ausgestaltet ist, ist zudem uneindeutig, ob eine Unkenntnis tatsächlich unbewusst ist. Und selbst wenn eine solche Subsumtion gelingt, so ist die Reichweite der Anfechtungsregeln begrenzt und insbesondere sind diese Regeln meist nicht in der Lage, sog. Motivirrtümer zu erfassen, also Irrtümer über Umstände, die nicht dem Inhalt des Rechtsgeschäfts zuzuordnen sind. Allenfalls dann, wenn sich ein solcher Irrtum als relevanter Rechtsfolgenirrtum oder Eigenschaftsirrtum darstellt, was meist aber nicht der Fall ist, stünde dem Irrenden ein Anfechtungsrecht zu.

Allgemein ist das Anfechtungsrecht nicht auf den Schutz der hier untersuchten Personengruppen zugeschnitten: So basiert das Anfechtungsrecht auf dem Grundsatz der Selbstverantwortung, die aber den Personen der Fallgruppen 1–3 gerade nicht uneingeschränkt zugewiesen werden kann. Entsprechend ist es fraglich, ob es gerechtfertigt ist, sie mit der Anfechtung einhergehenden Schadensersatzpflicht des § 122 BGB zu belasten. Zudem setzt die Anfechtung als Gestaltungsrecht voraus, dass es überhaupt von jemandem ausgeübt wird. Ist dies nicht der Fall, bleibt der Betroffene an das Rechtsgeschäft gebunden.

IV. Schutzinstrumente bei unlauterer Willensbeeinflussung durch aktives Tun

Ein Irrtum über bestimmte Umstände kann auch durch externe Einflüsse entstehen, etwa durch Einflüsse des Vertragspartners. Ist die entsprechende Fehlvorstellung oder Unkenntnis durch Fremdeinflüsse entstanden, hat die irrende Person gegebenenfalls die Möglichkeit, sich durch Anfechtung (1.) und Schadensersatzansprüche (2. und 3.) vom Vertrag zu lösen. Jedenfalls die Schadensersatzansprüche sind teils neben der Täuschung und Drohung zudem auch auf

andere Formen der Willensbeeinflussung anwendbar. Sie sind also relevant für Personen, die aufgrund von Beeinflussbarkeit oder sonstigen kognitiven und intellektuellen Einschränkungen besonders täuschungsanfällig oder willensschwach sind, also für Personen der Fallgruppe 4.¹⁰²⁷ Diese Personengruppe ist folglich primär Untersuchungsgegenstand in diesem Abschnitt, sofern nicht punktuell anders gekennzeichnet.

Die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB widmet sich dabei den schwerwiegendsten Einflüssen im Bereich der Willensbildung in Form von arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung, wobei zusätzlich noch danach unterschieden werden kann, ob die Willensbeeinflussung vom Vertragspartner selbst oder von einem Dritten ausgeht (1.b) und c)). Täuschungen können aber auch fahrlässig erfolgen oder bzw. der Betroffene kann durch Mittel beeinflusst werden, die unterhalb der Schwelle der Drohung liegen. Solchen Einwirkungen auf die Willensentschlussfreiheit tritt die culpa in contrahendo (c.i.c.) entgegen (2). Und schließlich können in eng umgrenzten Fällen auch das allgemeine sowie im Unternehmer/Verbraucher-Verhältnis das besondere Deliktsrecht einschlägig sein (3.).

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Willensbeeinflussungen durch aktives Tun. Auf Täuschungen durch Unterlassen soll im Rahmen der noch zu behandelnden vorvertraglichen Mitteilungspflichten eingegangen werden.¹⁰²⁸

1. Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB: arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung

a) Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung

aa) Arglistige Täuschung durch aktives Tun

Die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB setzt eine arglistige Täuschung voraus. Dies meint zunächst vorsätzliche Täuschungen¹⁰²⁹ und unter einer Täuschung ist die Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums durch Vorspiegelung falscher oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen zu verstehen.¹⁰³⁰ Vorsatz bedeutet, dass der Täuschende das Bewusstsein und den Willen haben muss, durch das Vorspiegeln falscher Tatsachen einen Irrtum zu erregen und

¹⁰²⁷ Siehe auch *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (727): Geistige Beeinträchtigungen favorisierten die Entstehung von Irrtümern. Ebenso *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 22.

¹⁰²⁸ Siehe unter 3. Kapitel B.V.

¹⁰²⁹ BGH NJW 2007, S. 3057 (3059); MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 18.

¹⁰³⁰ BeckOK BGB-Wendtland, § 123 BGB Rn. 7.

den Getäuschten dadurch zur Abgabe einer Willenserklärung zu bewegen, wobei dolus eventualis genügt.¹⁰³¹

Dabei gilt für krankheitsbedingt beeinflussbare Menschen zunächst dasselbe wie für jedermann: Jeden Verhandlungspartner trifft in gewissem Umfang eine „Wahrheitspflicht“, in besonderem Maße für aktive Äußerungen. Macht ein Verhandlungspartner entweder erfragte oder auch spontan geäußerte objektiv nachprüfbare Angaben über gegenwärtige oder zukünftige Tatsachen,¹⁰³² so müssen diese richtig sein. Sind sie irreführend oder falsch, erregt er einen Irrtum.¹⁰³³ Dabei sind jegliche durch Täuschung erregte Irrtümer anfechtungsrechtlich beachtlich: Zum einen sind dies Irrtümer i. S. v. § 119 Abs. 1 BGB.¹⁰³⁴ Dabei kann sich bei inhaltsbezogenen Irrtümern unter Umständen zwar schon durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ergeben, dass die Fehlvorstellung des Getäuschten Vertragsinhalt geworden ist.¹⁰³⁵ Dennoch soll sich der Getäuschte auch auf denjenigen Inhalt berufen dürfen, der ohne Täuschung gälte, bzw. er soll stets auch anfechten dürfen.¹⁰³⁶ Zum anderen berechtigen auch durch Täuschung erzeugte Motivirrtümer zur Anfechtung.¹⁰³⁷

Zur Anfechtung berechtigt so beispielsweise ein Irrtum bzw. eine Täuschung über den mit der Erklärung verfolgten wirtschaftlichen Zweck.¹⁰³⁸ Ein durch Täuschung erzeugter und zur Anfechtung berechtigender Irrtum liegt auch dann vor, wenn Risiken, die ein Geschäft birgt, verharmlost werden¹⁰³⁹ oder wenn jemand eine Urkunde in vollem Bewusstsein ihres Inhalts unterzeichnet und sich aber auf die falsche Aussage verlässt, der Vertragspartner werde sich

¹⁰³¹ Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 50; BGH NJW 1957, S. 988 (988); BGH NJW 1953, S. 141 (142).

¹⁰³² MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 29, dort auch der Begriff der „Wahrheitspflicht“. Auf die „Vertragswesentlichkeit“ der Tatsache komme es dabei nicht an. Siehe zur Täuschung über Tatsachen im genannten Sinne auch BGH NJW 2007, S. 357 (358).

¹⁰³³ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 29; Miettinen 2005, S. 11; Böhme 1964, S. 3f.

¹⁰³⁴ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 27.

¹⁰³⁵ Siehe oben unter 3. Kapitel B.III.1.b); BeckOGK-Rehberg, § 123 BGB Rn. 16.8.

¹⁰³⁶ BeckOGK-Rehberg, § 123 BGB Rn. 16.8.; Soergel BGB/Band 2/1-Martens 2023, § 123 BGB Rn. 28: Der Getäuschte befinde sich zumindest im Irrtum darüber, dass der Vertragspartner redlich handeln würde.

¹⁰³⁷ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 27; Singer 1995, S. 209.

¹⁰³⁸ BGH NJW 1962, S. 1907 (1907).

¹⁰³⁹ BGH NJW 2006, S. 845 (847): Die Klägerin solle die Verpfändungserklärung unterschreiben, „dann wäre es gut“. BGH NJW 1969, S. 1625 (1626): Unterzeichnung eines „Alleinauftrags“ für einen Makler, nachdem dieser erklärt hatte, es handle sich nur um eine „Formsache“.

nicht darauf berufen,¹⁰⁴⁰ auch wenn dieser Glaube auf Fahrlässigkeit beruht.¹⁰⁴¹ Und schließlich wird auch arglistig getäuscht, wenn Schreiben bewusst irreführend formuliert sind, um beim Betroffenen einen falschen Inhalt zu suggerieren und ihn zur Unterschrift zu bewegen: Ist also beispielsweise nicht erkennbar, dass mit der Unterschrift ein kostenpflichtiger Vertrag unterzeichnet wird, kommt eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB in Betracht.¹⁰⁴² Auch hier gilt, dass ein Anfechtungsrecht nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der Betroffene bei größerer Sorgfalt den wahren Inhalt hätte erkennen können. Dies gilt selbst dann, wenn der Betroffene die wahre Sachlage grob fahrlässig verkannt hat.¹⁰⁴³ Denn es soll gerade auch der anfechten können, der dem Täuschenden die Täuschung leicht gemacht hat.¹⁰⁴⁴

Das Anfechtungsrecht des § 123 Abs. 1 BGB hat damit einerseits den Vorzug, Irrtümer auf allen Ebenen zu erfassen, sowohl inhaltlicher Natur als auch im Bereich des Beweggrundes. Dabei steht das Anfechtungsrecht auch gerade denjenigen zur Verfügung, die besonders irrtums- und täuschungsanfällig sind und bei denen die Täuschung daher besonders wirksam ist. Andererseits stößt dieses Gestaltungsrecht aber naturgemäß insofern an seine Grenzen, als § 123 BGB weniger auf das Ergebnis der Willensbeeinflussung abstellt, sondern vielmehr auf die Art und Weise dieser Beeinflussung: Eine Anfechtung setzt insbesondere zwingend Vorsatz voraus; lässt sich den Umständen nicht mindestens *dolus eventualis* entnehmen, scheitert ein Anfechtungsrecht. Auch erfüllt nicht jedes Verhalten, das eine Person irrtümlich für bare Münze nimmt, den Tatbestand einer Täuschung: So sind bloße subjektive Werturteile oder marktschreierische Anpreisungen keine Täuschung.¹⁰⁴⁵

Es ist an dieser Stelle nochmals in Kürze auf die Situation der Anfechtung von AGB einzugehen. Denn wird der Betroffene über den Inhalt von Klauseln getäuscht, können zum einen die Schutzmechanismen der §§ 305 ff. BGB einschlägig sein, zum anderen kann aber auch ein Anfechtungsrecht bestehen. Die §§ 305 ff. BGB verdrängen das Anfechtungsrecht nicht.¹⁰⁴⁶ Denn während die

¹⁰⁴⁰ BGH NJW 1969, S. 1625 (1625 f.): Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, wenn der Erklärende bei Durchlesen einer Urkunde zwar „das Bewußtsein erlangt hätte, daß die darin enthaltenen Klauseln Vertragsinhalt werden sollten, aber gleichwohl die Bedeutung der Unterzeichnung verkannt oder sich darauf verlassen hatte, der Kläger werde die Bestimmungen nicht zur Geltung bringen.“

¹⁰⁴¹ BGH NJW 1962, S. 1907 (1907).

¹⁰⁴² LG Bonn, Urt. v. 22.8.2012 – 5 S 82/12, BeckRS 2012, 21228; BGH NJW-RR 2005, S. 1082 (1083); MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 31; BeckOGK-Rehberg, § 123 BGB Rn. 14.3.

¹⁰⁴³ LG Bonn, Urt. v. 22.8.2012 – 5 S 82/12, BeckRS 2012, 21228; BGH NJW-RR 2005, S. 1082 (1083).

¹⁰⁴⁴ BGH NJW-RR 2005, S. 1082 (1083).

¹⁰⁴⁵ BGH NJW 2007, S. 357 (358); diese Graubereiche hervorhebend auch Heber 2022, S. 177.

¹⁰⁴⁶ H.M.: BeckOGK-Rehberg, § 119 BGB Rn. 118.2.; Loewenheim AcP (180) 1980, S. 433

Nichtigkeit einzelner Klauseln etwa nach § 307 BGB den Rest des Vertrages gem. § 306 Abs. 1 BGB unberührt lässt, besteht nach §§ 123, 142 Abs. 1 BGB die Möglichkeit, sich mit der Wirkung des § 142 BGB vom gesamten Vertrag zu lösen, wenn die Täuschung kausal für die Abgabe der Willenserklärung war. Es ist nicht einzusehen, weshalb dem Getäuschten dieses Recht genommen werden sollte, nur weil sich die Täuschung zufälligerweise auf AGB bezog.¹⁰⁴⁷ Im Übrigen kann der Getäuschte seine Anfechtung auch wieder nur auf die Klausel beziehen, über die getäuscht wurde. In diesem Fall soll sich die Rechtsfolge nach § 306 Abs. 1 BGB richten.¹⁰⁴⁸ Dafür spricht im Fall der arglistigen Täuschung und widerrechtlichen Drohung, dass die Aufrechterhaltung des restlichen Vertrags dem Verwender zuzumuten ist, da ihm der Anfechtungsgrund zuzurechnen ist.¹⁰⁴⁹

bb) Widerrechtliche Drohung

Ist eine Person besonders beeinflussbar und daher besonders gefährdet, einer Willensbeeinflussung nachzugeben, ist sie über ein Anfechtungsrecht geschützt, allerdings nur dann, wenn diese Willensbeeinflussung die Voraussetzungen einer Drohung im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB erfüllt: Unter einer Drohung ist das „vom Gegner ernst genommene Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt oder Nichteintritt der Drohende einwirken zu können behauptet und das verwirklicht werden soll, wenn der Bedrohte nicht die von dem Drohenden gewünschte Willenserklärung abgibt.“¹⁰⁵⁰ Die Drohung ist dann widerrechtlich, wenn der mit der Drohung verfolgte Zweck oder das angedrohte Mittel rechtswidrig ist.¹⁰⁵¹ Die Widerrechtlichkeit kann sich aber auch daraus ergeben, dass die Anwendung eines bestimmten Druckmittels zur Herbeiführung eines bestimmten Zwecks von der Rechtsordnung als gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten verstoßend missbilligt wird.¹⁰⁵² Die

(449 ff.). Siehe zur Anfechtung von AGB beim Irrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB oben ab Fn. 960.

¹⁰⁴⁷ Staudinger *BGB-Wendland* 2022, § 307 BGB Rn. 26; für ein Anfechtungsrecht auch *Heinrichs* NJW 1997, S. 1407 (1413); Staudinger *BGB-Mäsch* 2022, § 306 BGB Rn. 9; Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt 2022, § 306 BGB Rn. 18 f.

¹⁰⁴⁸ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt 2022, § 306 BGB Rn. 18 a.

¹⁰⁴⁹ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt 2022, § 306 BGB Rn. 18 a: Die Rechtsfolge der Anfechtung richte sich nur dann nach § 306 Abs. 1 BGB, wenn der Anfechtungsgrund im Verantwortungsbereich des Verwenders liege, wie etwa bei einer arglistigen Täuschung. In allen anderen Fällen der Teilanfechtung sei § 139 BGB maßgeblich.

¹⁰⁵⁰ BGH NJW 1988, S. 2599 (2601); BGH NJW 1951, S. 643 (643); Staudinger *BGB-Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 69.

¹⁰⁵¹ BGH NJW 1951, S. 643 (643); Staudinger *BGB-Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 75 ff.

¹⁰⁵² BGH NJW 1951, S. 643 (643); Staudinger *BGB-Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 78 ff.

Widerrechtlichkeit ist nur ausgeschlossen, wenn das angedrohte Übel ein angemessenes Mittel zur Zweckerreichung ist.¹⁰⁵³

Der Drohende muss, mindestens mit *dolus eventualis*, den Zweck verfolgen, den Bedrohten zur Abgabe einer bestimmten Willenserklärung zu bewegen.¹⁰⁵⁴ Die Rechtsprechung verlangt zudem, dass dem Drohenden jedenfalls die Umstände, die seine Drohung als widerrechtlich erscheinen lassen, bekannt oder jedenfalls fahrlässig verkannt werden.¹⁰⁵⁵

Gleichzeitig ist damit auch gesagt, dass eine Person immer dann nicht über Anfechtungsrechte verfügt, wo sich eine Beeinflussung unterhalb der Schwelle der widerrechtlichen Drohung bewegt.¹⁰⁵⁶ Keine Drohung ist etwa gegeben, wenn der Vertragspartner lediglich eine Zwangslage ausnutzt oder der Betroffene ein Übel befürchtet, ohne dass der Vertragspartner ein solches in Aussicht gestellt hat.¹⁰⁵⁷ Es genügt nicht einmal, dass der Vertragspartner darauf hinweist, die bestehenden Verhältnisse ließen unabhängig vom Willen des Vertragspartners ein künftiges Übel erwarten, entscheide sich der Betroffene nicht dazu, zu kontrahieren.¹⁰⁵⁸ Ebenso fehlt es an einer Drohung, wenn der Vertragspartner ohne Inaussichtstellen eines Übels schlicht auf einen Vertragsschluss drängt oder den Betroffenen in sonstiger Weise beeinflusst: Gibt ein beispielsweise Demenzkranker schließlich nach, ist er an den Vertrag gebunden.¹⁰⁵⁹ Keine Drohung ist daher gegeben, wenn jemand bei geschwächter oder fehlender Widerstandskraft eine Schenkung vornimmt, nachdem er über einen längeren Zeitpunkt zur Vornahme dieser Schenkung „bearbeitet“ wurde, um der als Überwachung und Isolation empfundenen Situation zu entgehen, die ihren Höhepunkt sodann in einem dem Schenker nicht angekündigten Notartermin fand.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵³ BGH NJW 1951, S. 643 (643).

¹⁰⁵⁴ Staudinger BGB-Singer und Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 85.

¹⁰⁵⁵ BGH NJW 1957, S. 1796 (1798); krit. Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 86 ff.; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 126.

¹⁰⁵⁶ Röthel AcP (210) 2010, S. 32 (56): Schutz lediglich vor „harter Beeinflussung“ durch widerrechtliche Drohung; ebenso Röthel, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, S. A 5 (A86); Heber 2022, S. 177.

¹⁰⁵⁷ BGH NJW 1988, S. 2599 (2601); MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 113; Boehm 2017, S. 130.

¹⁰⁵⁸ BGH NJW 1952, S. 1094 (1095); MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 113; Boehm 2017, S. 130 f.

¹⁰⁵⁹ Röthel AcP (210) 2010, S. 32 (57); Röthel, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, S. A 5 (A86); siehe auch Leipold ZEV 2021, S. 485 (486): Bei Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen oder der physisch oder psychisch hilflosen Lage bleibe nur der Weg über § 138 BGB.

¹⁰⁶⁰ Vgl. BGH NJW 2023, S. 846 (847), wobei dann allerdings § 138 BGB bejaht wurde.

b) Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung durch einen Dritten

Dass es beim Anfechtungsrecht weniger oder jedenfalls nicht nur auf das Ergebnis einer Willensbeeinflussung ankommt, sondern vor allem auch auf die Art und Weise, wie sich diese Beeinflussung vollzieht, zeigt sich auch daran, dass Besonderheiten gelten, wenn nicht der Vertragspartner selbst, sondern ein Dritter die Täuschung verübt: Gemäß § 123 Abs. 2 BGB ist bei Täuschung durch einen Dritten die Willenserklärung nur anfechtbar, wenn der Erklärungsempfänger die Täuschung kannte oder kennen musste. Dies bedeutet zwar im Umkehrschluss, dass zumindest eine widerrechtliche Drohung durch einen Dritten stets zur Anfechtung berechtigt.¹⁰⁶¹ Der Gesetzgeber wertet damit die widerrechtliche Drohung als noch schwerwiegenderen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht als die arglistige Täuschung.¹⁰⁶² Bei der durch einen Dritten verübten arglistigen Täuschung hält der Gesetzgeber aber das Vertrauen des Erklärungsempfängers für schutzwürdiger als das Selbstbestimmungsrecht des Getäuschten.¹⁰⁶³

Bei der nicht vom Vertragspartner selbst verübten arglistigen Täuschung hängt das Anfechtungsrecht also insbesondere maßgeblich davon ab, ob eine Person schon Dritter oder noch dem Vertragspartner zuzuordnen ist: Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein am Zustandekommen eines Vertrags Beteiligter dann nicht „Dritter“ – sodass ein Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB besteht –, wenn sein Verhalten dem des Anfechtungsgegners gleichzusetzen ist.¹⁰⁶⁴ Dies bejaht der BGH über den Bereich der gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretung hinaus auch bei einem vom Erklärungsempfänger beauftragten Verhandlungsführer oder -gehilfen sowie bei einem Beteiligten, „der wegen seiner engen Beziehungen zum Erklärungsempfänger als dessen Vertrauensperson erscheine“.¹⁰⁶⁵ Die Eigenschaft als Dritter sei aber auch dann zu verneinen, „wenn der Erklärungsempfänger sich die Täuschung durch eine andere Person nach Billigkeitsgesichtspunkten unter Berücksichtigung der Interessenlage zurechnen lassen müsse.“¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶¹ MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 130.

¹⁰⁶² MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 109. Siehe auch *Mugdan* 1899, S. 466.

¹⁰⁶³ Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 51. Siehe auch *Mugdan* 1899, S. 466: „Ist die Freiheit der Willensentscheidung Voraussetzung für die Gültigkeit der Willenserklärung, so kann es an sich keinen Unterschied machen, ob die rechtswidrige Beeinflussung von einem bei dem Rechtsgeschäft Beteiligten oder Unbeteiligten ausgeübt worden ist. Die strenge Durchführung dieses Grundsatzes führt indessen zu Härten, weil [...] die Beeinflussung von einem Dritten ausging, während der Empfänger der Erklärung bei der Beeinflussung nicht beteiligt war, sie weder kannte noch kennen musste.“

¹⁰⁶⁴ BGH NJW 1990, S. 1661 (1662); BGH NJW-RR 1987, S. 59 (60); BGH NJW-RR 2005, S. 1277 (1278).

¹⁰⁶⁵ BGH NJW 1990, S. 1661 (1662); BGH NJW-RR 1987, S. 59 (60).

¹⁰⁶⁶ BGH NJW 1990, S. 1661 (1662); BGH NJW-RR 1987, S. 59 (60); BGH NJW 1996, S. 451 (452); BGH NJW-RR 2005, S. 1277 (1278); auf das Kriterium der „Zurechnung“ gar

Das Kriterium der Zurechenbarkeit entspricht dabei auch dem Rechtsgedanken des § 278 BGB.¹⁰⁶⁷ Dieses liegt aber nicht nur vor, wenn der Täuschende die Funktion eines Erfüllungsgehilfen innehat, sondern eine Zurechnung kann darüber hinaus auch bei Stellvertretertätigkeiten aufgrund von Duldungs- oder Anscheinsvollmachten oder durch Übernahme der Verhandlungsergebnisse eines falsus procurator erfolgen.¹⁰⁶⁸ Alles in allem soll der Begriff des Dritten eng auszulegen sein, da das Anfechtungsrecht nur deswegen beschränkt ist, um Härten für den Anfechtungsgegner zu vermeiden.¹⁰⁶⁹ Dritte sind daher nur solche Personen, „die unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt dem Kreis des Erklärungsgegners zurechenbar sind.“¹⁰⁷⁰

Nicht in allen Situationen, in denen eine geistig unterlegene Person droht, ausgenutzt zu werden, lässt sich der eine Täuschung Verübende jedoch als „Nicht-Dritter“ charakterisieren. Dies ist insbesondere in der Situation der Gewährung von Sicherheiten der Fall, wo aufgrund der Beteiligung mehrerer Personen eine Zurechnung von Täuschungen und damit ein Anfechtungsrecht häufig scheitert: Der BGH hat zwar in der Vergangenheit einen Hauptschuldner, der zur Sicherung eigener Schulden gegenüber der Bank auf die Abtretung einer Grundsuld des Sicherungsgebers hingewirkt hat, als „Nicht-Dritter“ im Verhältnis zur Bank charakterisiert.¹⁰⁷¹ Allerdings hat der BGH selbst auf die besonderen Umstände des Einzelfalls hingewiesen: Die Bank habe, wissend um die Geschäftsunerfahrenheit des Sicherungsgebers, die Verhandlungen ganz dem Schuldner überlassen. Außerdem habe die Bank um die finanzielle Lage des Schuldners gewusst und anderen daher von der Gabe von Sicherheiten abgesehen; dennoch habe die Bank nachdrücklich darauf hingewirkt, dass der Siche-

verzichtend, dieses jedenfalls nicht ausdrücklich benennend: BGH NJW 1978, S. 2144 (2145 f.); BGH NJW 1979, S. 1593 (1594). In den Begründungen beider Urteile stellt der BGH jedoch im Ergebnis fest, der Anfechtungsgegner habe zumindest den Anschein erweckt, dass er das Tun des Verhandlungsvertreters bei Vertragsanbahnung billige. Damit stützt sich der BGH jedenfalls in der Begründung doch auf ein Kriterium der Zurechenbarkeit. Ausdrücklich aber die Umstände und Billigkeit Gesichtspunkte betonend, sodass eine Zurechnung nicht auf Fälle der Scheinvertretung oder des Handelns von Vertrauenspersonen beschränkt sei: BGH NJW 1962, S. 1907 (1908), der die Täuschung des Hauptschuldners gegenüber dem Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer zurechnet. Von dieser Rechtsprechung ist der BGH aber inzwischen abgekehrt: Der Hauptschuldner ist im Verhältnis zum Sicherungsnehmer ein Dritter, siehe etwa BGH NJW-RR 1992, S. 1005 (1006); BGH, Urt. v. 5.4.1965 – VIII ZR 182/63, BeckRS 1965, 31178467; zu diesem Wandel in der Rechtsprechung: Lorenz 1997, S. 326 f.; Flume 1992, S. 545. Siehe auch sogleich ab Fn. 1071.

¹⁰⁶⁷ Lorenz 1997, S. 324 f.; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 76.

¹⁰⁶⁸ Lorenz 1997, S. 325; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 76.

¹⁰⁶⁹ Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 53; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 123 BGB Rn. 76; siehe Mugdan 1899, S. 466: Ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht bei Täuschungen durch Dritte führte zu „Härten“.

¹⁰⁷⁰ Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 53.

¹⁰⁷¹ BGH NJW 1962, S. 1907 (1907 f.).

rungsgeber diesem Rat zuwiderhandle.¹⁰⁷² Der BGH betont, keinen Grundsatz dahingehend aufstellen zu wollen, dass sich Banken den Erklärungen ihrer Schuldner zurechnen lassen müssten. Ein solches Einstehenmüssen müsse vielmehr die Ausnahme bleiben.¹⁰⁷³

Entsprechend hat der BGH in späteren Entscheidungen eine solche Zurechnung wiederum abgelehnt.¹⁰⁷⁴ Der Hauptschuldner sei nicht schon deshalb Verhandlungsbeauftragter des Gläubigers, weil der Gläubiger ihn zu Bürgschaftsverhandlungen veranlasst habe oder weil der Gläubiger nicht weniger als der Schuldner ein Interesse daran habe, dass der Bürge die Bürgschaft übernehme.¹⁰⁷⁵ In einer Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner liege auch nicht ohne weiteres der Auftrag, für den Gläubiger mit dem in Aussicht genommenen Bürgen zu verhandeln. Dem Gläubiger, der von seinem notleidend werdenden Schuldner eine Bürgschaft verlange, „liegt in der Regel nichts ferner“ als den Schuldner mit einem Verhandlungsauftrag auszustatten und ihn gegenüber dem Bürgen in diesem Zuge als „Vertrauensperson“ zu bezeichnen; er wolle vielmehr lediglich von seinem Schuldner eine Sicherung in Form einer Bürgschaft.¹⁰⁷⁶ Diese Abgrenzung entspreche auch dem abstrakten Charakter der Bürgschaft als einem vom Innenverhältnis zwischen Schuldner und Bürgen unabhängigem Geschäft. Dieser abstrakte Charakter würde verwischt, wäre es dem Bürgen erlaubt, sich dem Gläubiger gegenüber auf eine arglistige Täuschung durch den Schuldner zu berufen.¹⁰⁷⁷ Der Hauptschuldner ist im Verhältnis zur Bank damit nur ein Dritter, sodass eine Anfechtung gegenüber der Bank nach § 123 Abs. 2 BGB nur in Betracht kommt, wenn die Bank die Täuschung kannte oder kennen musste.¹⁰⁷⁸

Nach der Rechtsprechung ist fahrlässige Unkenntnis aber nur dann zu bejahen, wenn die Umstände des Einzelfalles den Vertragspartner veranlassen mussten, sich danach zu erkundigen, ob die ihm übermittelte Willenserklärung auf einer Täuschung beruht oder nicht.¹⁰⁷⁹ Nur wenn tatsächliche Anhaltspunkte gegeben seien, die Zweifel weckten, ob eine Willenserklärung einwandfrei zustande gekommen sei, dann gebiete es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, dass der Erklärungsempfänger diesen Zweifeln nachgehe.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷² BGH NJW 1962, S. 1907 (1908).

¹⁰⁷³ BGH NJW 1962, S. 1907 (1908).

¹⁰⁷⁴ Und ist damit, mit den Worten *Flumes*, „auf den Pfad der Tugend“ zurückgekehrt: *Flume* 1992, S. 545 Fn. 19a.

¹⁰⁷⁵ BGH, Urt. v. 5.4.1965 – VIII ZR 182/63, BeckRS 1965, 31178467; BGH NJW-RR 1992, S. 1005 (1006).

¹⁰⁷⁶ BGH, Urt. v. 5.4.1965 – VIII ZR 182/63, BeckRS 1965, 31178467.

¹⁰⁷⁷ BGH, Urt. v. 5.4.1965 – VIII ZR 182/63, BeckRS 1965, 31178467.

¹⁰⁷⁸ BGH NJW-RR 1992, S. 1005 (1006); BGH, Urt. v. 5.4.1965 – VIII ZR 182/63, BeckRS 1965, 31178467; dieser Rechtsprechung zustimmend: *Lorenz* 1997, S. 326 f.; *Flume* 1992, S. 545; *MüKo BGB/Band 1-Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 79.

¹⁰⁷⁹ BGH NJW-RR 1992, S. 1005 (1006).

¹⁰⁸⁰ BGH NJW-RR 1992, S. 1005 (1006).

c) Bewertung

§ 123 Abs. 1 und 2 BGB gewähren Schutz vor exogenen Willensbeeinflussungen in Form von arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung, wovon selbstverständlich – möglicherweise gar erst recht – auch die Personengruppen profitieren, die den wahren Vertragsinhalt oder die wahren Umstände des Vertragsschlusses ohnehin nicht oder nur schwer erfassen können und bei denen Täuschungen daher leicht gelingen, bzw. die aufgrund krankhafter geistiger Beeinträchtigungen besonders anfällig für Willensbeeinflussungen sind. Damit ist aber auch gleichzeitig die Lückenhaftigkeit des Schutzes aufgezeigt: Relevant sind eben nur Irrtümer und Willensbeeinflussungen, die auf die in § 123 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB beschriebene Art und Weise hervorgerufen wurden bzw. stattgefunden haben.¹⁰⁸¹

Folglich versagt das Anfechtungsrecht dort, wo der Irrtum nicht auf eine vorsätzliche Täuschung zurückgeht, also nicht mindestens mit *dolus eventualis* eine Fehlvorstellung erzeugt wird, ebenso dort, wo die Willensbeeinflussung des Vertragspartners keine widerrechtliche Drohung darstellt, sondern die Beeinflussung subtiler oder durch solche Mittel, die nicht der Definition einer Drohung entsprechen, erfolgt.¹⁰⁸² Und schließlich besteht auch dann kein Schutz, wenn die Täuschung von einem Dritten ausgeht und der Vertragspartner diese Beeinflussung nicht zumindest fahrlässig verkannt hat.

Wie auch schon zur Irrtumsanfechtung festgestellt, ist es für die hier untersuchte Personengruppe zudem auch generell mit Nachteilen verbunden, sie auf Anfechtungsrechte zu verweisen: Nun muss zum einen der Betroffene natürlich die Täuschung oder Drohung überhaupt erst erkennen können, damit er sich je veranlasst sieht, eine Anfechtung auszuüben. Zum anderen setzt die fristgerechte Erklärung der Anfechtung nach § 124 Abs. 1 BGB voraus, dass der Betroffene die Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, überhaupt kennt und in Betracht zieht. Beides kann nun gerade wieder davon abhängen, dass Familienangehörige vom Rechtsgeschäft Kenntnis erlangen und den Betroffenen zur Anfechtung bewegen können; dies wird aber wiederum gerade dann nicht erfolgen, wenn die Willensbeeinflussung von Familienangehörigen selbst ausgeht. Allgemein ist nicht ausgeschlossen, dass der Betroffene, selbst wenn er sich gern wieder vom Vertrag lösen würde, je nach Verhältnis zum Vertragspartner hiervon absieht.

Schließlich sind auch Schwierigkeiten der Beweisführung nicht zu unterschätzen. Der Betroffene muss beweisen, durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zum Vertragsschluss verleitet worden zu sein, was

¹⁰⁸¹ Anfechtungsrecht setzt zwingend Unredlichkeit voraus, wodurch sich Schutzlücken ergeben: *Heber* 2022, S. 176 ff.

¹⁰⁸² Siehe etwa die Quellen in Fn. 1056.

grundsätzlich schwierig ist.¹⁰⁸³ Schon die Täuschung selbst kann unter Umständen schwer nachzuweisen sein, wenn diese in einer Unterredung zwischen beiden Vertragspartnern stattgefunden hat.

Zugebenermaßen bedient sich die Rechtsprechung teilweise Beweiserleichterungen, so etwa beim Merkmal der „Arglist“: So ist allgemein Wissen und Wollen des Anfechtungsgegners aus den objektiv feststellbaren Umständen zu schließen, da innere Vorgänge dem unmittelbaren Beweis nicht zugänglich sind.¹⁰⁸⁴ Bei erkennbar sinnlosen Geschäften kann sodann der Schluss gerechtfertigt sein, dass dieses nicht ohne „manipulative Eingriffe in die Willensbildung“ stattgefunden haben kann.¹⁰⁸⁵ Nach allgemeiner Lebenserfahrung kann auch dann auf den subjektiven Tatbestand geschlossen werden, wenn ein Schreiben objektiv unrichtige Angaben enthält,¹⁰⁸⁶ bei Aufmachung eines Schreibens in Art einer Rechnung, bei dem kleingedruckte Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten sowie beim Verschweigen von Umständen, die für den Adressaten erkennbar wichtig sind.¹⁰⁸⁷ Bei lediglich irreführender Darstellung eines Schreibens kommt es darauf an, wie stark die maßgeblichen Punkte verzerrt oder entstellt dargestellt werden und ob der Absender erwarten konnte, der Empfänger bzw. eine Person wie der Empfänger lasse sich in die Irre führen.¹⁰⁸⁸ Auch beim Kausalitätsnachweis kann dem Getäuschten im Einzelfall der Anscheinsweis zugutekommen.¹⁰⁸⁹

Im Übrigen ist an dieser Stelle anzumerken, dass die genannten Schwächen des Anfechtungsrechts nicht ohne Weiteres durch § 138 Abs. 1 BGB aufgefangen werden: Denn ein Rechtsgeschäft, das infolge arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung geschlossen wurde, ist zunächst eben nur nach § 123 BGB anfechtbar.¹⁰⁹⁰ Nur wenn darüber hinausgehende Umstände vorliegen, die die inhaltliche Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts begründen, ist § 138 Abs. 1 BGB einschlägig.¹⁰⁹¹ Zugebenermaßen muss aber jedenfalls bei einseitigen Rechtsgeschäften wie Schenkungen, wo maßgeblich die Motive des Zuwen-

¹⁰⁸³ BT-Drucks. 10/2876, S. 1, 7 („kaum erfüllbare Beweislast“); BGH NJW 1978, S. 261 (261): Der Beweis des bedingten Vorsatzes aufseiten des Täuschenden sei erfahrungsgemäß schwierig.

¹⁰⁸⁴ BGH NJW-RR 2005, S. 1082 (1083).

¹⁰⁸⁵ AG Ibbenbüren NJW 2005, S. 2464 (2465).

¹⁰⁸⁶ BGH NJW-RR 1998, S. 904 (906), nicht aber, wenn nicht auszuschließen sei, der Anfechtungsgegner habe sich nur ungeschickt ausgedrückt; BGH NJW-RR 2005, S. 1082 (1083).

¹⁰⁸⁷ BGH NJW-RR 2005, S. 1082 (1083).

¹⁰⁸⁸ BGH NJW-RR 2005, S. 1082 (1083): ein unaufmerksamer Leser, wie es der Empfänger sei, lasse sich in die Irre führen.

¹⁰⁸⁹ Siehe m. w. N. BeckOK BGB-Wendtland, § 123 BGB Rn. 41.

¹⁰⁹⁰ Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 29.

¹⁰⁹¹ Staudinger BGB-Fischinger 2021, § 138 BGB Rn. 29f.; Erman BGB/Band 1-Schmidt-Räntsch 2023, § 138 BGB Rn. 6; BGH NJW-RR 1990, S. 1521 (1522). Zur Sittenwidrigkeitsklausel als Inhaltskontrolle und nicht Abschlusskontrolle oben unter 3. Kapitel B.II.1.a)aa)(2).

dungsempfängers die Sittenwidrigkeit begründen, nicht viel mehr zum Tatbestand von § 123 BGB hinzutreten.

2. *Culpa in contrahendo: Schutz vor Täuschung und unlauterer Willensbeeinflussung*

a) *Täuschung und unlautere Willensbeeinflussung durch den Vertragspartner*

aa) *Täuschung*

(1) *Voraussetzungen und Verhältnis zu § 123 BGB*

Ein weiteres Instrument, um exogenen Willensbeeinträchtigungen zu begegnen, ist die culpa in contrahendo (c.i.c.), §§ 311 Abs. 2 BGB, 241 Abs. 2 BGB, 280 Abs. 1, 3, 282 BGB. Diese tritt neben die §§ 119, 123 BGB,¹⁰⁹² ist also auch im Falle der arglistigen Täuschung anwendbar. Die Täuschung wird dabei so definiert wie im Rahmen von § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB,¹⁰⁹³ was insbesondere dazu führt, dass bei besonders täuschungsanfälligen Personen – also solchen der Fallgruppe 4 – eine Täuschung i. S. d. c.i.c. schon dann vorliegen kann, wo bei anderen Personen noch keine Irrtumserregung gegeben wäre.

Die c.i.c. geht aber auch über das Anfechtungsrecht hinaus: Während § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB die Anfechtung nur bei arglistiger, also mindestens bedingt vorsätzlicher Täuschung zulässt, und zudem die Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB gewahrt werden muss, ist die culpa in contrahendo, jedenfalls nach der Rechtsprechung des BGH, auch bei fahrlässiger Täuschung innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB möglich.¹⁰⁹⁴

Diese Rechtsprechung hat zunächst viel Kritik erfahren: So hieß es, mit ihr werde das Anfechtungsrecht umgangen.¹⁰⁹⁵ Ein Lösungsrecht nur bei fahrlässiger Täuschung verkenne, dass der Gesetzgeber im Interesse der Vertragsfreiheit nur unter engen Voraussetzungen die Wirksamkeit von Verträgen in Frage stellen dürfe. So zeige der Gesetzgeber nicht nur mit § 123 BGB, sondern auch mit § 826 BGB und §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, dass er die Rückgängigmachung von Verträgen nur bei vorsätzlicher Willensbeeinflussung habe ermöglichen

¹⁰⁹² BGH NJW 1979, S. 1983 (1983 f.); BGH NJW 2006, S. 845 (847); BGH NJW-RR 2002, S. 308 (309). Insofern zustimmend, aber eine Anwendung der c.i.c. bei nur fahrlässiger Täuschung ablehnend: *Schumacher* 1979, S. 23 ff. Nach *Schumacher* könne die c.i.c. nur im speziellen Fall zur Anwendung kommen, dass fahrlässig Aufklärungspflichten gegenüber geschäftlich Unerfahrenen verletzt würden, siehe *Schumacher* 1979, S. 115 ff. Siehe auch noch unten zur Verletzung auf Aufklärungspflichten unter 3. Kapitel B.V.4.

¹⁰⁹³ *Lorenz* 1997, S. 416.

¹⁰⁹⁴ BGH NJW 1962, S. 1196 (1198); BGH NJW 1979, 1983 (1983 f.); BGH NJW 1998, 302 (303); so auch *Grüneberg-Grüneberg* 2024, § 311 BGB Rn. 13; *Looschelders* 2021, S. 66 Rn. 16; *Lorenz* ZIP 1998, S. 1503 (1504); *Fleischer* AcP (200) 2000, S. 91 ff., allerdings eine Übertragung der Frist des § 124 BGB befürwortend.

¹⁰⁹⁵ *Medicus* JuS 1965, S. 209 (212 ff.).

wollen.¹⁰⁹⁶ Außerdem gehe mit der Aushebelung der Frist des § 124 BGB eine Gefahr für die Rechtssicherheit einher.¹⁰⁹⁷

Der BGH hält dieser Kritik entgegen, Anfechtungsrecht und Schadensersatzrecht ließen sich sowohl auf Rechtsfolgenseite als auch auf Tatbestandsseite voneinander abgrenzen, sodass dem Anfechtungsrecht nicht der Charakter von Spezialvorschriften zukomme.¹⁰⁹⁸ Denn Anfechtung und Schadensersatz hätten zum einen unterschiedliche Rechtsfolgen: Die Anfechtung wirke „dinglich“ (i. S. e. unmittelbaren Nichtigkeit des Vertrages nach § 142 BGB mit Wirkung auch gegenüber Dritten), während der Schadensersatzanspruch nur inter partes die Verpflichtung zur Rückgängigmachung zur Folge habe.¹⁰⁹⁹ Zum anderen hätten Anfechtung und c.i.c. unterschiedliche Voraussetzungen: Die Anfechtung schütze die freie Selbstbestimmung gegen unerlaubte Mittel der Willensbeeinflussung unabhängig vom Eintritt eines Schadens; die Rückgängigmachung auf Grundlage der c.i.c. verlange auf Tatbestandsseite aber stets einen solchen Schaden,¹¹⁰⁰ konkret einen Vermögensschaden.¹¹⁰¹

Die c.i.c. setze also voraus, dass bei einem Vergleich der Vermögenslagen mit und ohne haftungsbegründendem Ereignis ein rechnerisches Minus verbleibe und sich der Vertrag wirtschaftlich nachteilig auswirke.¹¹⁰² Dieser wirtschaftliche Nachteil könne sich daraus ergeben, dass sich Leistung und Gegenleistung nicht entsprächen, aber auch daraus, dass trotz Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung die mit dem Vertrag verbundenen Verpflichtungen und sonstigen Nachteile durch die Vorteile nicht ausgeglichen würden.¹¹⁰³ Bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung könne ein Vermögensschaden im Übrigen auch schlicht darin liegen, dass die Leistung für die Zwecke des Leistungsempfängers nicht voll brauchbar sei.¹¹⁰⁴ Es dürfe aber die erlangte Leistung nicht nur aus subjektiver willkürlicher Sicht als Schaden angesehen werden können, sondern auch die Verkehrsanschauung müsse „bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluß als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig“ an-

¹⁰⁹⁶ Schumacher 1979, S. 31 ff.; vgl. BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 239 ff.

¹⁰⁹⁷ Vgl. BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 240.

¹⁰⁹⁸ BGH NJW 1962, S. 1196 (1198).

¹⁰⁹⁹ BGH NJW 1998, S. 302 (304); BGH NJW 1962, S. 1196 (1198). Der BGH gibt jedoch zu, dass diese Drittwirkung auch bei einem auf Vertragsaufhebung gerichteten Schadensersatzanspruch über § 404 BGB erzeugt werden kann. Siehe auch *Medicus* JuS 1965, S. 209 (212).

¹¹⁰⁰ BGH NJW 1979, S. 1983 (1984).

¹¹⁰¹ BGH NJW 1998, S. 302 (304); ebenso *Dauner-Lieb* 1983, S. 79 f.

¹¹⁰² BGH NJW 1998, S. 302 (304).

¹¹⁰³ BGH NJW 1998, S. 302 (304).

¹¹⁰⁴ BGH NJW 1998, S. 302 (304), einen Vergleich mit dem „persönlichen Schadenseinschlag“ beim Betrugstatbestand ziehend, vgl. auch *Lorenz* ZIP 1998, S. 1053 (1055). Dieser Schadensbegriff auch bei OLG Hamm, Urt. v. 17.3.2020 – 7 U 92/19, BeckRS 2020, 5808 Rn. 38; BGH NJW 2005, S. 1579 (1580); BGH NJW-RR 2015, S. 275 (276).

sehen.¹¹⁰⁵ So sei ein Käufer beim Kauf einer Immobilie, ohne dass der objektive Wert von Leistung und Gegenleistung ermittelt werden müsse, beispielsweise schon dann geschädigt, wenn der Kauf subjektiv nicht sinnvoll sei, weil sich dadurch nachhaltige Beeinträchtigungen der sonstigen Lebensführung ergeben bzw. mit dem Erwerb Belastungen einhergingen, die „offenkundig“ ein sinnvolles Geschäft ausschließen.¹¹⁰⁶ An der Voraussetzung des Vermögensschadens müsse im Ergebnis festgehalten werden, um die Unterschiede zum Anfechtungsrecht nicht zu verwischen und die für Schadensersatzansprüche anerkannten Grundsätze nicht aufzugeben.¹¹⁰⁷

Zunächst ist richtig, dass sich aus § 123 BGB keine Beschränkung von Ansprüchen auf Vertragsaufhebung nur bei vorsätzlicher Täuschung entnehmen lässt, da § 123 BGB sogar selbst in seinem Absatz 2 Fahrlässigkeit als Zurechnungsform genügen lässt.¹¹⁰⁸ Da dem Gesetzgeber diese Diskussion bei Schaffung des § 311 Abs. 2 BGB zudem bekannt gewesen ist, er aber dennoch eine Haftung auf Vertragsaufhebung bei Fahrlässigkeit weder untersagt noch eingeschränkt hat, ist der § 311 Abs. 2 BGB als neuere Vorschrift auch vorrangig zu berücksichtigen.¹¹⁰⁹ Die Rechtsprechung findet so, insbesondere seit der Schuldrechtsreform 2002, dem Grunde nach daher auch in der Literatur Gefolgschaft, allerdings wird das zusätzliche Erfordernis eines Vermögensschadens zu Recht mehrheitlich abgelehnt.¹¹¹⁰ Vielmehr kann über die c.i.c. auch die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit als solche, die sich im Vertragsschluss manifestiert, durch Aufhebung dieses Vertrages ausgeglichen werden, gleich, ob die Täuschung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte:

Die c.i.c. schützt eben nicht allein das Vermögen, sondern vielmehr gerade auch die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit selbst.¹¹¹¹ Der Schutzbereich der c.i.c. erfasst jedes anerkannte rechtliche Interesse des Verhandelnden: Dass die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit ein solches rechtlich anerkanntes

¹¹⁰⁵ BGH NJW 1998, S. 302 (304).

¹¹⁰⁶ BGH NJW 2003, S. 1811 (1813 f.).

¹¹⁰⁷ BGH NJW 1998, S. 302 (304).

¹¹⁰⁸ Lorenz 1997, S. 342; *Fleischer AcP* (200) 2000, S. 91 (99).

¹¹⁰⁹ BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 243.

¹¹¹⁰ Lorenz 1997, S. 67 ff.; Lorenz ZIP 1998, S. 1053 (1055 f.); *Fleischer AcP* (200) 2000, S. 91 (108 ff.), allerdings eine Anwendung der Frist des § 124 BGB befürwortend (S. 119); BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 242 f.; *Looschelders* 2021, S. 66 Rn. 16; *Grüneberg-Grüneberg* 2024, § 311 BGB Rn. 13; a. A. *Grigoleit* NJW 1999, S. 900 (903 f.), für eine Erweiterung des Anfechtungsrechts im Wege der Rechtsfortbildung plädierend.

¹¹¹¹ *Looschelders* 2021, S. 66 Rn. 16; *Grüneberg-Grüneberg* 2024, § 311 BGB Rn. 13; Lorenz 1997, S. 388; BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 242 f.; *Stoll*, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, S. 435 (467 f.): Schutz der eigenverantwortlichen Entscheidung (siehe aber *Stoll*, in: *Ius Inter Nationes*. Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlass seines 75. Geburtstages, S. 275 (281 ff.): Bezweckt sei nicht der Schutz der Willensfreiheit, der Schaden liege folglich nicht im Vertragsschluss selbst und es gebe auch keinen Anspruch auf Vertragsaufhebung); a. A. *Lieb*, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, S. 251 (259, 261).

Interesse ist, zeigen sowohl die bloße Existenz von § 123 BGB¹¹¹² als auch der Wortlaut des § 241 Abs. 2 BGB, wo von einem Vermögensschaden nicht die Rede ist.¹¹¹³ Im Übrigen bezeichnet der BGH selbst § 123 BGB als gesetzlich geregelten Sonderfall der c.i.c.¹¹¹⁴ und benennt im Übrigen auch selbst das Recht der freien Willensbestimmung als Schutzgut der c.i.c.¹¹¹⁵

Es überzeugt auch nicht, fahrlässige Beeinträchtigungen von Rechtsgütern und Interessen im Rahmen der c.i.c. grundsätzlich genügen zu lassen und hier- von nur bei Beeinträchtigungen der Entschließungsfreiheit durch das zusätzliche Erfordernis eines Vermögensschadens eine Ausnahme zu machen, und dies nur, weil an anderer Stelle im Gesetz ein Gestaltungsrecht für vorsätzliche Täuschungen vorgesehen ist.¹¹¹⁶

Und schließlich wirkt die Bildung eines Vermögensschadens mehr als konstruiert, insbesondere in den Fällen, in denen Leistung und Gegenleistung wert- haltig sind: Wenn dann ein Vermögensschaden anzunehmen sein soll, wenn die Leistung für die Zwecke des Geschädigten nicht voll brauchbar ist und diese Bewertung i. S. e. Korrekturmechanismus auch der Verkehrsanschauung ent- sprechen muss, so ist dies nicht mehr als eine Scheinbegründung.¹¹¹⁷ Denn es wird versucht, mit aller Macht die Verletzung der Entscheidungsfreiheit, um die es doch im Kern geht, in einen Vermögensschaden zu übersetzen.¹¹¹⁸ Letztlich hat die Rechtsprechung selbst mit der Begründung des subjektiven Schadensbe- griffs die Trennung zwischen Vermögens- und Selbstbestimmungsschutz fak- tisch aufgegeben.¹¹¹⁹ Dies wird besonders in solchen Urteilen deutlich, in denen die Rechtsprechung ausdrücklich „bereits [...] den schuldrechtlichen Erwerb der Kapitalanlage“ als Schaden genügen lässt.¹¹²⁰

(2) Rechtsfolge

Im Ergebnis ermöglicht jede fahrlässige oder vorsätzliche Täuschung aufgrund der damit einhergehenden Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit einen Anspruch auf Vertragsaufhebung, ohne dass zusätzlich ein Vermögens-

¹¹¹² Lorenz ZIP 1998, S. 1053 (1056); so auch *Grigoleit* NJW 1999, S. 900 (902), wenn auch im Ergebnis für einen Vorrang des Anfechtungsrechts plädierend; *Fleischer* AcP (200) 2000, S. 91 (113).

¹¹¹³ BeckOGK-*Herresthal*, § 311 BGB Rn. 242f.; so ausdrücklich BT-Drucks. 14/6040, S. 126.

¹¹¹⁴ *Fleischer* AcP (200) 2000, S. 91 (113) mit Verweis auf BGH NJW-RR 1987, S. 59 (60).

¹¹¹⁵ BGH NJW 1979, S. 1983 (1983); BGH NJW-RR 2009, S. 308 (309).

¹¹¹⁶ BeckOGK-*Herresthal*, § 311 BGB Rn. 243.

¹¹¹⁷ Lorenz ZIP 1998, S. 1053 (1055).

¹¹¹⁸ Lorenz ZIP 1998, S. 1053 (1055).

¹¹¹⁹ *Fleischer* AcP (200) 2000, S. 91 (113); siehe auch MüKo BGB/Band 3-*Emmerich* 2022, § 311 BGB Rn. 80, wonach der BGH „gelegentlich“ seine Rechtsprechung durch das Erfordernis eines Vermögensschadens einschränke, wobei das Erfordernis durch die geringen Anforderungen an den Vermögensschaden aber de facto ohnehin aufgegeben werde.

¹¹²⁰ BGH NJW 2019, S. 1739 (1739).

schaden nachgewiesen werden müsste. Vielmehr stellt die beeinträchtigte Entschließungsfreiheit für sich bereits den Schaden dar, der durch Vertragsaufhebung ausgeglichen werden kann. Anders als § 138 Abs. 1 BGB ermöglicht die c.i.c. also eine reine Abschlusskontrolle.¹¹²¹

Der Getäuschte hat im Übrigen aber auch die Möglichkeit, am Vertrag festzuhalten und trotzdem den Anspruch aus c.i.c. geltend zu machen: Hält der Getäuschte am Vertrag fest, so unterscheidet die Rechtsprechung zwischen dem Ersatz des Vertrauensschadens einerseits und dem Ersatz des Erfüllungsinteresses andererseits. So könne der Geschädigte den verbliebenen Vertrauensschaden liquidieren, der beispielsweise beim Kaufvertrag in dem Betrag bestehe, um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben habe.¹¹²² Der Getäuschte sei so zu behandeln, als wäre es ihm bei Kenntnis der Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen, ohne dass er dabei beweisen müsse, dass sich der Vertragspartner auf diesen Vertrag auch eingelassen hätte.¹¹²³

Derjenige, der infolge einer Täuschung eine zu geringe Vergütung erhalten habe, könne seinen Erfüllungsschaden hingegen nicht ohne weiteres geltend machen: Er müsse nachweisen, dass der günstigere Vertrag auch dann zustande gekommen wäre, wenn von vornherein der höhere Preis verlangt worden wäre.¹¹²⁴ Schon weil diese Ungleichbehandlung nicht einleuchtet, da in beiden Fällen doch letztlich die Situation des hypothetischen günstigeren Vertrags hergestellt werden soll,¹¹²⁵ sollte aber schlicht nach der für § 249 BGB relevanten Differenzhypothese vorgegangen werden: Eine Vertragsanpassung als Inhalt des Schadensersatzanspruchs setzt also stets und in jeder Situation den Nachweis voraus, dass sich der Täuschende auf den für den Getäuschten günstigeren Vertrag eingelassen hätte.¹¹²⁶ Ein Anspruch auf Rückzahlung des zu viel Gezahlten ohne einen solchen Nachweis führte sonst zu einem Minderungsrecht über den Umweg des § 249 BGB, ohne dass, wie für eine Minderung Vorausset-

¹¹²¹ Lorenz 1997, S. 447 f.

¹¹²² BGH NJW 2006, S. 3139 (3141).

¹¹²³ BGH NJW 1977, S. 1536 (1538); BGH NJW 2001, S. 2875 (2876 f.); BGH NJW 2006, S. 3139 (3141); Böhme 1964, S. 216 f. für den Fall verschuldeter Aufklärungspflichtverletzung; Erman BGB/Band 1-Dieckmann 2023, § 311 BGB Rn. 80; MüKo BGB/Band 3-Emmerich 2022, § 311 BGB Rn. 235; offen noch BT-Drucks. 14/6040, S. 162 f.

¹¹²⁴ Zum Ersatz des Erfüllungsinteresses, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Täuschende den Vertrag auch zu für den Getäuschten günstigeren Konditionen geschlossen hätte: BGH NJW 1988, S. 2900 (2901); BGH NJW 2006, S. 3139 (3141). Der Getäuschte kann also nicht ohne weiteres einen höheren Kaufpreis fordern, denn dabei handelt es sich um das Erfüllungsinteresse. Er muss vielmehr nachweisen, dass auch bei einem höheren Kaufpreis ein Vertrag zustande gekommen wäre, insbesondere, dass die aufklärungspflichtige Partei (Täuschender) auch dann dem Vertragsschluss zugestimmt hätte. Siehe auch Erman BGB/Band 1-Dieckmann 2023, § 311 BGB Rn. 81.

¹¹²⁵ Kersting JZ 2008, S. 714 (718).

¹¹²⁶ Lorenz NJW 1999, S. 1001 (1001).

zung, zwingend ein Leistungsversprechen gebrochen worden wäre. Außerdem führte dies zu einer nicht gerechtfertigten, da dem Grundsatz der Privatautonomie widersprechenden Vermutung, der Täuschende hätte sich zu einem für ihn ungünstigeren Vertragsschluss eingelassen.¹¹²⁷

bb) Unlautere Willensbeeinflussung

(1) Verhältnis von culpa in contrahendo und § 123 BGB

Die c.i.c. ist dabei nicht nur im Falle arglistiger Täuschungen neben den Anfechtungsregeln anwendbar, sondern auch im Falle widerrechtlicher Drohung.¹¹²⁸ Zudem kann sie auch bei sonstigen Willensbeeinflussungen als Ergänzung mit dem Ziel der Vertragsaufhebung herangezogen werden – wiederum ohne zusätzliche Voraussetzung eines Vermögensschadens¹¹²⁹ –, wenn eine Anfechtung ausscheidet, weil nur eine unterhalb der Drohung liegende Form der unlauteren Willensbeeinflussung gegeben ist.¹¹³⁰ Dabei geht es um einen Schutz vor jeglicher unzulässiger Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit, unabhängig von der Art des geschlossenen Vertrags, auch dann wenn sie vom Opfer nicht als Zwang, sondern als Gelegenheit empfunden wird.¹¹³¹

Nicht anders als die Arglistanfechtung hat also auch die Anfechtung wegen Drohung keinen abschließenden Charakter, der dazu führte, dass die Rechtsordnung unterhalb der Schwelle der Drohung keinen Schutz gewährte.¹¹³² Die Konstellationen unlauterer Willensbeeinflussung sind zu vielfältig, als dass davon ausgegangen werden könnte, der Gesetzgeber habe Opferschutz allein in Fällen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung gewähren wollen.¹¹³³ Das Recht auf Vertragsaufhebung im Wege der c.i.c. ist auch nicht durch die Regelungen zum Widerrufsrecht etwa bei „Haustürgeschäften“ ausgeschlossen, da es sich bei diesen Sondervorschriften nicht um abschließende Regelungen zum „Überrumpelungsschutz“ handelt.¹¹³⁴

Nichtsdestoweniger spielt der Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit durch c.i.c. in der Praxis kaum eine Rolle.¹¹³⁵ Allenfalls in Fällen rechtswidriger Drohung, in denen eine Anfechtung z. B. an der Frist des § 124 BGB scheitert, befasst sich die Rechtsprechung mit einer Haftung aus c.i.c., die

¹¹²⁷ Siehe ausführlich im Zusammenhang mit der Verletzung von Aufklärungspflichten Kersting JZ 2008, S. 714 (716 f.).

¹¹²⁸ BGH NJW-RR 2009, S. 308 (309).

¹¹²⁹ Siehe zur Begründung unter 3. Kapitel B.IV.2.a)aa)(1).

¹¹³⁰ Lorenz 1997, S. 445 ff.

¹¹³¹ Lorenz 1997, S. 445.

¹¹³² Lorenz 1997, S. 359.

¹¹³³ Lorenz 1997, S. 359.

¹¹³⁴ Lorenz 1997, S. 448 f.; MüKo BGB/Band 3-Fritzsche 2022, § 355 BGB Rn. 42.

¹¹³⁵ So bereits Lorenz 1997, S. 450.

sie im Übrigen bejaht.¹¹³⁶ Mit anderen Worten wird das Potential der c.i.c. in der Praxis nicht ausgeschöpft. Da der Schutz durch die Rechtsfigur der c.i.c. aber grundsätzlich zur Verfügung steht, soll im Folgenden untersucht werden, wann eine solche unlautere Willensbeeinflussung vorliegt, die Ansprüche aus c.i.c. auch unterhalb der Schwelle der rechtswidrigen Drohung auslösen kann.

(2) Erfasste Verhaltensweisen

Ein die Haftung aus c.i.c. auslösendes aktives Tun liegt zunächst bei all solchen Handlungen vor, die „von der Rechtsordnung im Rahmen der allgemeinen Redlichkeitserwartung als unzulässige Willensbeeinflussung“ angesehen werden.¹¹³⁷ Zur Bestimmung, um welche Handlung es sich dabei im Einzelnen handelt, kann auf die Wertungen des Wettbewerbsrechts zurückgegriffen werden, jedenfalls sofern die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften nicht nur auf den Schutz der Mitbewerber untereinander, sondern zumindest auch auf den Schutz des Verbrauchers abzielen.¹¹³⁸ Dies gilt umso mehr, als mit Wirkung vom 28.5.2022 erstmals ein Schadensersatzanspruch des Verbrauchers gegen den unlauter handelnden Unternehmer ins UWG eingefügt wurde, § 9 Abs. 2 S. 1 UWG.¹¹³⁹ Damit sind jedenfalls auch die den Willen beeinflussenden Handlungsweisen, die den Tatbestand des § 9 Abs. 2 UWG erfüllen,¹¹⁴⁰ als gegen das vorvertragliche Pflichtenprogramm verstoßend zu bewerten.

Dies betrifft insbesondere die aggressiven geschäftlichen Handlungen nach § 4a UWG: Eine geschäftliche Handlung ist nach § 4a Abs. 1 S. 2 UWG aggressiv, wenn sie geeignet ist, „die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen durch Belästigung (Nr. 1), Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt (Nr. 2) oder unzulässige Beeinflussung (Nr. 3)“. Während die Nötigung im Wesentlichen der Drohung entspricht,¹¹⁴¹ die ohnehin von der c.i.c. erfasst ist, können aber zumindest die anderen beiden Kategorien auch außerhalb des Unternehmer/Verbraucher-Verhältnisses herangezogen werden, um das vorvertragliche Pflichtenprogramm näher zu definieren. Beiden Fallgruppen ist gemein, dass es sich um Willensbeeinträchtigungen handeln muss, die dazu führen, dass der Betroffene keine andere Entscheidung mehr fällen kann als die vom Beeinflussenden gewollte (§ 4 Abs. 1 S. 1 UWG: „erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit“).¹¹⁴²

¹¹³⁶ BGH NJW 1979, S. 1983 (1983); BGH NJW-RR 2009, S. 308 (309).

¹¹³⁷ Lorenz 1997, S. 497.

¹¹³⁸ Lorenz 1997, S. 491.

¹¹³⁹ BGBl. 2021 I 3504.

¹¹⁴⁰ Zum UWG noch unten unter 3. Kapitel B.IV.3.b).

¹¹⁴¹ Köhler und Lettl WRP 2003, S. 1019 (1045).

¹¹⁴² Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 1.33.

Eine Belästigung setzt voraus, dass eine Person einer geschäftlichen Handlung ausgesetzt wird, die bereits aufgrund ihrer Art und Weise und unabhängig ihres Inhalts als störend empfunden wird.¹¹⁴³ Belästigendes Verhalten ist dadurch gekennzeichnet, dass der Betroffene dem Vertragsschluss nur deswegen zustimmt, um sich dem Vertragspartner zu entziehen.¹¹⁴⁴ Der so vermittelte Zwang muss dabei einen Grad erreichen, dass dem Betroffenen, um der Situation zu entkommen, keine andere zumutbare Möglichkeit mehr bleibt, als den Vertrag abzuschließen.¹¹⁴⁵ Dies gilt insbesondere für die im Anhang des UWG aufgezählten Handlungsweisen, wie das Erwecken des Eindrucks, der Verbraucher könne die Räumlichkeiten nicht ohne vorherigen Vertragsschluss verlassen (Nr. 25).¹¹⁴⁶ Belästigend ist sicherlich auch das unbestellte Zusenden von Waren mit Zahlungsaufforderung (Nr. 29),¹¹⁴⁷ wobei einem Anspruch aus c.i.c. in diesem Zusammenhang entgegengehalten wird, dass im Zeitpunkt der Zusendung mit Zahlungsaufforderung noch keine Sonderbeziehung zwischen den Parteien bestand, die sodann verletzt werden könnte.¹¹⁴⁸ Dagegen spricht jedoch, dass auch die Pflicht zur nichtbelästigenden Aufnahme der Sonderbeziehung zum vorvertraglichen Pflichtenkreis gehören muss.

Eine unzulässige Beeinflussung liegt nach § 4a Abs. 1 S. 3 UWG vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition zur Ausübung von Druck ausnutzt, sodass die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich eingeschränkt wird. Eine solche Machtposition kann sich aus beruflichen, familiären oder vergleichbaren Strukturen oder aus intellektueller Überlegenheit ergeben.¹¹⁴⁹ Der Begriff ist weit zu fassen und als Chance, den eigenen Willen durchzusetzen, zu verstehen.¹¹⁵⁰ Druck meint das Inaussichtstellen eines Nachteils oder das Entziehen eines bereits gewährten Vorteils, sodass der Betreffende mit einer Schlechterstellung seiner derzeitigen Position rechnen muss.¹¹⁵¹ Auch dies ist weit zu verstehen und meint nicht nur das Androhen eines Übels i.S.e. Drohung im klassischen Sinne, die ohnehin von der c.i.c. erfasst ist, sondern

¹¹⁴³ BGH GRUR 2011, S. 747 (748) – Kreditkartenübersendung; Ohly/Sosnitza-Sosnitza 2023, § 4a UWG Rn. 11.

¹¹⁴⁴ Lorenz 1997, S. 499; Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 1.39.

¹¹⁴⁵ Lorenz 1997, S. 500.

¹¹⁴⁶ Dies als belästigendes Verhalten einordnend Ohly/Sosnitza-Sosnitza 2023, § 4a UWG Rn. 11.

¹¹⁴⁷ Dies als belästigendes Verhalten einordnend Ohly/Sosnitza-Sosnitza 2023, § 4a UWG Rn. 11.

¹¹⁴⁸ BeckOGK-Fritzsche, § 241a BGB Rn. 118; a.A. Czeguhn und Dickmann JA 2005, S. 587 (589f.).

¹¹⁴⁹ Köhler und Lettl WRP 2003, S. 1019 (1046); BeckOK UWG-Fritzsche, § 4a UWG Rn. 69.

¹¹⁵⁰ Köhler und Lettl WRP 2003, S. 1019 (1046).

¹¹⁵¹ Fezer/Büscher/Obergfell/Band 2-Scherer 2016, § 4a UWG Rn. 136; Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 1.59.

auch sonstige bedrängende oder auch beleidigende Mittel.¹¹⁵² Der Nachteil kann auch emotionaler Natur sein,¹¹⁵³ sodass diese Fallgruppe auch moralischen Zwang erfasst,¹¹⁵⁴ wenn dem Betroffenen vom Vertragspartner das Gefühl vermittelt wird, er handle undankbar, wenn er ein bestimmtes Geschäft nicht abschließe.¹¹⁵⁵ Maßgeblich ist, ob durch die Ausübung von Druck die Fähigkeit zur informierten Entscheidung wesentlich eingeschränkt wird, § 4a Abs. 1 S. 3 a. E. UWG, was dann der Fall ist, wenn der Betroffene die Vor- und Nachteile des Geschäfts nicht mehr hinreichend wahrnehmen und gegeneinander abwägen kann.¹¹⁵⁶ Diese Fallgruppe erfasst folglich den Einsatz sachfremder Mittel, etwa durch Instrumentalisierung von Abhängigkeitsverhältnissen, um den Betroffenen unter Handlungszwang zu setzen, gegebenenfalls verstärkt durch ein Überraschungsmoment oder Zeitdruck.¹¹⁵⁷

Anders steht es grundsätzlich bei Verkaufsförderungsmaßnahmen. Eine Verkaufsförderungsmaßnahme ist das über das reine Anpreisen mit Worten hinausgehende Verknüpfen eines Angebots mit bestimmten Vergünstigungen oder Anreizen, wie mit Gewinnspielen oder sonstigen Zugaben.¹¹⁵⁸ Ist ein Angebot nur um eine Verkaufsfördermaßnahme ergänzt, ist dies grundsätzlich unbedenklich und nicht aggressiv, da mit dieser Maßnahme kein Nachteil verbunden ist, sondern sie nur einen Anreiz darstellt und es grundsätzlich jedermann zuzumuten ist, Anreizen zu widerstehen.¹¹⁵⁹ Wettbewerbsrechtlich bedenklich können solche Maßnahmen allerdings insbesondere dann sein, wenn sie gegenüber besonders schutzbedürftigen Personen wahrgenommen werden, wie etwa Kindern oder auch Erwachsenen, die aufgrund geistiger Beeinträchtigungen gegenüber solchen Geschäftspraktiken eines besonderen Schutzes bedürfen, weil sie

¹¹⁵² Fezer/Büscher/Obergfell/Band 2-Scherer 2016, § 4a Rn. 136.

¹¹⁵³ Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a Rn. 1.59.

¹¹⁵⁴ Lorenz 1997, S. 500; Köhler und Lettl WRP 2003, S. 1019 (1046).

¹¹⁵⁵ Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 1.81; siehe auch OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2018, S. 197 (198): „psychischer Kaufzwang“, wenn ein Gefühl der „Peinlichkeit“, nichts zu kaufen, erzeugt werde oder ein Gefühl, aus „Dankbarkeit“ etwas kaufen zu müssen, in gesondert gelagerten Ausnahmefällen wettbewerbswidrig.

¹¹⁵⁶ BGH GRUR 2018, S. 1251 (1258) – Werbeblocker II; siehe auch BGH NJW-RR 2018, S. 1442 (1443) – Zahlungsaufforderung: „jedenfalls dann, wenn die beanstandete geschäftliche Handlung geeignet ist, die Rationalität der Entscheidung der angesprochenen Verbraucher vollständig in den Hintergrund treten zu lassen.“

¹¹⁵⁷ Lorenz 1997, S. 500.

¹¹⁵⁸ MüKo UWG/Band 1-Sosnitzer 2020, § 3 UWG Rn. 167.

¹¹⁵⁹ Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 1.60; Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler 2024, § 3 UWG Rn. 3.31; Scherer WRP 2016, S. 1441 (1443): nur attraktive, anlockende, anspornende oder informierende Maßnahmen grundsätzlich nicht aggressiv. Eine Ausnahme gilt dann, wenn eine so starke Anlockwirkung besteht, „dass auch bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt“, siehe BGH WRP 2002, S. 1259 (1262) – Kopplungsangebot II; BGH GRUR 2011, S. 532 (535) – Millionen-Chance II, dies allerdings offenlassend.

nicht in der Lage sind, Verkaufsfördermaßnahmen kritisch zu hinterfragen.¹¹⁶⁰ Es darf nicht ihre Unfähigkeit zur informierten Entscheidung ausgenutzt werden.¹¹⁶¹ Wird beispielsweise der Absatz einer Ware durch die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel gefördert, ist für die Frage, ob diese Koppelung zulässig ist, die wirtschaftliche Bedeutung des Produkts sowie die entstehende Gesamtbelastung bei Teilnahme am Gewinnspiel maßgeblich, ebenso aber auch die Tatsache, ob gerade die schutzwürdige Personengruppe zu einer Gegenüberstellung von Preis und Gegenwert und damit zu einer rationalen Entscheidung in der Lage ist.¹¹⁶² Bedenklich ist auch das Anpreisen von Leistungen oder Waren auf eine Weise, durch die nicht hinreichend deutlich wird, welche Kosten auf den Kunden zukommen,¹¹⁶³ wobei man sich hierbei wohl ohnehin in den Bereich der Täuschung begibt. Dabei ist aber im Zusammenhang mit verkaufsfördernden Maßnahmen zu beachten, dass eine vorvertragliche Pflicht i. S. d. c.i.c. aber nur dann verletzt wird, wenn das Angebot inklusive der Verkaufsfördermaßnahme unmittelbar an den Kunden herangetragen wird und durch diesen geschäftlichen Kontakt ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet wird.

Das vorvertragliche Pflichtenprogramm wird aber natürlich nicht abschließend durch das UWG bestimmt. Vielmehr können auch über das UWG gegebenenfalls hinausgehende Verhaltensweisen eine vorvertragliche Pflichtverletzung darstellen. Pflichtwidrig ist so auch das Herbeiführen von Vertragsschlüssen durch Überrumpelung, ohne dass dieses als belästigend empfunden wird: Der Betroffene darf nicht etwa durch Erzeugung einer euphorieähnlichen Stimmung unter plötzlichen Entscheidungszwang zu voreiligen Entschlüssen, durch die er seinen eigenen Bedarf oder die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung falsch einschätzt, verleitet werden.¹¹⁶⁴ Diese Fallgruppe betrifft insbesondere den nicht durch Täuschung herbeigeführten Motivirrtum, etwa die Fehleinschätzung der eigenen Leistungsfähigkeit.¹¹⁶⁵ In dieser Fallgruppe ist sich

¹¹⁶⁰ Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 1.61, dies allerdings nicht als aggressive Handlung qualifizierend, sondern unter § 3 Abs. 2 UWG, die Verbrauchergeneralklausel, subsumierend. Siehe zu dieser Einordnung auch noch unten bei Fn. 1272.

¹¹⁶¹ Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler 2024, § 3 UWG Rn. 3.31.

¹¹⁶² BGH NJW 2014, S. 2279 (2281) – Goldbärenbarren; Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler 2024, § 3 UWG Rn. 3.33; OLG Frankfurt a.M. WRP 2005, S. 1305 (1306) – Milchtaler-Sammelaktion, dort aber die Wettbewerbswidrigkeit im Einzelfall verneint

¹¹⁶³ BGH GRUR 2006, S. 776 (777) – Werbung für Klingeltöne.

¹¹⁶⁴ Lorenz 1997, S. 498, dies aus dem Gedanken des Haustürwiderrufgesetzes ableitend, S. 493 ff. Siehe auch zur unangemessenen zeitlichen Begrenzung von Verkaufsförderungsangeboten, die zu einer vorschnellen Entscheidung verleiten sollen und die wettbewerbswidrig sind: Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler 2024, § 3 UWG Rn. 3.32.

¹¹⁶⁵ Lorenz 1997, S. 498 Fn. 1603, 499.

der Betroffene, anders als bei der Ausübung psychologischen Drucks, der Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit nicht bewusst.¹¹⁶⁶

Im Übrigen ist zu beobachten, dass die Rechtsprechung jedenfalls stellenweise auch über die Situation der Verkaufsförderungsmaßnahmen hinaus die wirtschaftliche Bedeutung des Rechtsgeschäfts in die Abwägung, ob ein Verhalten die Willensentscheidung auf unzulässige Art und Weise beeinflusst, mit eingestellt hat.¹¹⁶⁷ Dabei darf die c.i.c. aber nicht zu einer Vorschrift der Inhaltskontrolle umfunktioniert werden, sie ist und bleibt ein Mittel der Abschlusskontrolle: Bei der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung handelt es sich folglich grundsätzlich um ein rein negatives Kriterium mit niedriger Eingriffsschwelle.¹¹⁶⁸

Der so definierte Pflichtenmaßstab im Rahmen der c.i.c. ist sodann auch nicht nur wie beschrieben bei Verkaufsfördermaßnahmen, sondern stets variabel: Dies bedeutet, dass immer auf die jeweiligen Fähigkeiten derjenigen Person, die beeinflusst wird, in der jeweiligen Situation abzustellen ist.¹¹⁶⁹ Es kommt folglich auf die individuell bestimmbare Zumutbarkeit eigenverantwortlicher Abwehr der Beeinflussung an.¹¹⁷⁰ So kann beispielsweise schon Zeitdruck bei besonders manipulierbaren Personen eine vorvertragliche Pflichtverletzung darstellen.¹¹⁷¹ Damit werden im Ergebnis insbesondere geschäftlich und intellektuell Unterlegene stärker geschützt, was dem Schutz der Personen der Fallgruppe 4 grundsätzlich förderlich ist.

Dieser besondere Schutz, also die an den Fähigkeiten des Betroffenen ausgerichtete Verhaltenspflicht, kann dem Betroffenen dabei aber denklogisch nur zuteilwerden, wenn die geistige Beeinträchtigung überhaupt nach außen erkennbar ist. Dies ist nicht zwingend der Fall, da, wie schon mehrfach erwähnt, bestimmte Erkrankungen beinhalten, dass Personen ihre Defizite geschickt verbergen können.¹¹⁷² Ist nach außen nicht erkennbar, dass der Betroffene besonders beeinflussbar ist oder seine Entscheidungsfreiheit schneller beeinträchtigt ist als bei anderen, weil er schneller überfordert ist und damit in einer be-

¹¹⁶⁶ Lorenz 1997, S. 500.

¹¹⁶⁷ LG Oldenburg MDR 1969, S. 392, die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts hervorhebend; ebenso LG Landau MDR 1974, S. 41 (42), wonach ein umfangreiches Geschäft auf dem Spiel gestanden habe; siehe zu diesen Urteilen sowie zur Feststellung, dass die wirtschaftliche Bedeutung zu berücksichtigen sei, bereits Lorenz 1997, S. 502f. Siehe zu den Verkaufsfördermaßnahmen und der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung bereits bei Fn. 1162.

¹¹⁶⁸ Lorenz 1997, S. 503.

¹¹⁶⁹ Lorenz 1997, S. 502.

¹¹⁷⁰ Lorenz 1997, S. 502.

¹¹⁷¹ Lorenz 1997, S. 502f. mit Verweis auf BGH NJW 1988, S. 2599ff., wo der Gläubiger auf den sofortigen Abschluss des Bürgschaftsvertrags bestand. Laut BGH genügt zeitlicher Druck für sich allein noch nicht, um von Sittenwidrigkeit sprechen zu können (S. 2602). Dies können aber, so Lorenz, für eine vorvertragliche Pflichtverletzung genügen.

¹¹⁷² Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.2.b).

stimmten Situation keine sinnvolle Entscheidung für oder gegen ein Geschäft treffen kann, trifft den Vertragspartner zumindest kein Verschulden, wenn er den Abschluss des Rechtsgeschäfts nach Schaffung einer entsprechenden Situation trotzdem herbeiführt. Damit wird der Anspruch auf Vertragsaufhebung im Ergebnis meist nur – aber immerhin auch – dann bestehen, wenn solche Verhaltenspflichten verletzt werden, die gegenüber jedermann bestehen, weil jedermanns Entscheidungsfreiheit in der fraglichen Situation beeinträchtigt wäre.

(3) *Objektiv neutrales Verhalten*

(a) *Beeinflussung durch neutral formuliertes Vertragsangebot*

Da nun aber fast jede Handlung und jede Aussage den Adressaten in irgendeiner Weise beeinflussen kann und dies umso mehr, je beeinflussbarer der Adressat ist, stellt sich die schwierige Frage, wie festzustellen ist, ab welchem Punkt die Schwelle der noch zulässigen Einflussnahme überschritten und der Bereich der Belästigung, unzulässigen Beeinflussung oder Überrumpelung erreicht ist. Hierfür sind, neben den jeweiligen individuellen (Abwehr-)Fähigkeiten des Adressaten der Beeinflussung, Maß und Funktion der Einflussnahme in den Blick zu nehmen.¹¹⁷³ Dabei ist notwendigerweise im Einzelfall wertend zu entscheiden.¹¹⁷⁴

Die Grenze des Zulässigen ist aber jedenfalls dann nicht überschritten, wenn das zu bewertende Handeln objektiv völlig neutral ist. Das bloße Anbieten eines Vertragsschlusses oder der bloße Vorschlag, ein bestimmtes Geschäft abzuschließen, kann schon als Ausdruck der Privatautonomie keinen Verstoß gegen vorvertragliche Rücksichtnahmepflichten darstellen.¹¹⁷⁵ Dies gilt auch dann, wenn dies aufgrund erheblicher Beeinflussbarkeit im Einzelfall tatsächlich schon genügen sollte, um den Betroffenen in einen Zustand von Unsicherheit und des Gefühls, nicht ablehnen zu können, zu versetzen, der ihn zur Vornahme des Geschäfts bewegt. Pflichtwidrig ist ein Verhalten nur dann, wenn irgendein über das bloße Angebot hinausgehendes Verhalten, irgendein Trick angewendet wird, welches bzw. welcher sich als Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht darstellt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine unzulässige „Anlockung“ vorliegt, keine Frist zur Überlegung gewährt wird¹¹⁷⁶ oder weil auf sonstige Weise durch Überredung eine „Defensivsituation“¹¹⁷⁷ entsteht oder

¹¹⁷³ OLG Frankfurt a.M. WRP 2005, S. 1305 (1307) – Milchtaler-Sammelaktion.

¹¹⁷⁴ OLG Frankfurt a.M. WRP 2005, S. 1305 (1307) – Milchtaler-Sammelaktion.

¹¹⁷⁵ Siehe auch Lorenz 1997, S. 497f.: In der Vertragsinitiative selbst liege noch kein vorwerfbares aktives Tun, da das vorvertragliche Pflichtenprogramm nicht enthalte, von rechtsgeschäftlichen Kontakten gänzlich abzusehen zu müssen.

¹¹⁷⁶ Gottwald JuS 1982, S. 877 (882).

¹¹⁷⁷ LG Landau MDR 1974, S. 41 (41): Überredung einer in einfachen Verhältnissen lebenden Frau im Rahmen eines Haustürgeschäfts, den Vertrag gleich abzuschließen, als Vertragsverletzung.

weil eine Person dem Redeschwall des Antragenden nicht gewachsen ist und dadurch ihren Willen nur undeutlich oder gar nicht zum Ausdruck bringen kann¹¹⁷⁸.

Objektiv neutrales Verhalten ist dabei auch unabhängig vom Verhältnis der Parteien zueinander nicht pflichtwidrig: So wird zwar im Zusammenhang mit der Ausnutzung nicht selbst geschaffener, sondern von Dritten verursachten Zwangslagen, die sogleich noch gesondert besprochen werden,¹¹⁷⁹ ausgeführt, eine Pflicht, einen Vertragsschluss dann zu unterlassen, solle jedenfalls bei Vorliegen besonderer vertraglicher oder gesetzlicher Rücksichtnahme- oder Beistandspflichten oder aus einem zwischen den Parteien vorliegenden besonderen Vertrauensverhältnis entstehen.¹¹⁸⁰ Eine gesetzliche Beistandspflicht ergebe sich unter Ehegatten etwa aus § 1353 BGB,¹¹⁸¹ für Eltern und Kinder aus § 1618a BGB,¹¹⁸² ein besonderes Vertrauensverhältnis „aus naher persönlicher Bindung, aber auch aus der Vertrauensprägung einer bestehenden oder anzubahnenden Geschäftsbeziehung sowie aus einer Funktionsübernahme“.¹¹⁸³ Auch der BGH führt im Zusammenhang mit § 1618a BGB aus, dass es die Verpflichtung zur Rücksichtnahme gebieten könne, eigene Wünsche zurückzustellen, wenn dies bei vernünftiger Abwägung mit den Interessen des anderen sachlich geboten sei.¹¹⁸⁴

Ob diese Beschränkung bei von Dritten auf unlautere Weise verursachten Zwangslagen tatsächlich gerechtfertigt ist, wird noch zu prüfen sein, sie ist es jedenfalls nicht, wenn es um die neutrale Formulierung eines Angebots geht und bereits dies den Betroffenen beeinflusst. Denn in diesem neutralen Verhalten eine zu Schadensersatz führende Pflichtverletzung zu sehen, führte zumindest in diesen Sonderkonstellationen – stets unter der Voraussetzung, dass nicht ohnehin schon ein vollständiger Ausschluss der Steuerungsfähigkeit und damit Geschäftsunfähigkeit vorliegt – zu einer de facto Geschäftsunfähigkeit im Fall verstärkter Beeinflussbarkeit, was unter Geltung von § 104 Nr. 2 BGB aber gerade nicht anerkannt wird. Denn mit dem Betroffenen dürfte dann faktisch kein Vertrag geschlossen werden; jedenfalls aber wären sie an die von ihnen geschlossenen Verträge nicht gebunden. Eine (mittelbare) Pflicht, den Vertragsschluss zu

¹¹⁷⁸ LG Oldenburg MDR 1969, S. 392.

¹¹⁷⁹ Siehe unten unter 3. Kapitel B.IV.2.b).

¹¹⁸⁰ Lorenz 1997, S. 508.

¹¹⁸¹ Lorenz 1997, S. 508.

¹¹⁸² Lorenz 1997, S. 508. Siehe auch BGH NJW 1994, S. 1278 (1280) zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft von Kindern für Verbindlichkeiten ihrer Eltern, wonach die Eltern die Entscheidung der Kinder in rechtlich zu missbilligender Weise unter Verstoß gegen § 1618a BGB beeinflusst hatten. Schon das Herantreten an ein geschäftlich unerfahrenes und vermögensloses Kind sah der BGH als gegen diese Rücksichtnahmepflicht verstoßend an, da die Eltern durch diese Bitte, der das Kind aus familiärer Verbundenheit nachkomme, auf unabsehbare Zeit oder gar lebenslang hohe Zahlungen an den Gläubiger leisten müsse.

¹¹⁸³ Lorenz 1997, S. 509.

¹¹⁸⁴ BGH NJW 1994, S. 1278 (1280).

unterlassen, besteht daher nur dann, wenn die Voraussetzungen von § 138 Abs. 1 BGB erfüllt sind, wenn sich also der Vertragsinhalt zudem als unangemessen erweist und daher nichtig ist.

(b) Neutral formuliertes Vertragsangebot bzw. neutral formulierte Vertragsannahme bei intellektueller Überforderung

Dasselbe gilt, wenn die geistige Schwäche einer Person sich nicht in erhöhter Beeinflussbarkeit äußert, sondern wenn die Willensentschlussfreiheit i. S. d. Fallgruppen 1–3 gestört ist, weil der Betroffene in irgendeiner Form intellektuell überfordert ist: Nicht nur stellt das Formulieren eines Angebots als neutrale Handlung keine unzulässige Beeinflussung dar. Es ist auch nicht per se pflichtwidrig, sich wiederum im Wege eines neutral formulierten Vertragsangebots oder im Wege einer neutral formulierten Vertragsannahme einen intellektuell unterlegenen Geschäftspartner auszusuchen, sofern den intellektuell Überlegenen in einer solchen Situation keine Aufklärungspflichten treffen.¹¹⁸⁵ Abgesehen von der Sondersituation der Aufklärungspflichten trifft den intellektuell Überlegenen daher weder eine Unterlassenspflicht noch muss er, wenn es zum Vertragsschluss kommt, eine Vertragsaufhebung fürchten:

Denn es entspricht, von externen unlauteren Einflüssen abgesehen, der vom BGB-Gesetzgeber gewünschten Risikoverteilung, dass jeder für seine eigene falsche oder lückenhafte Willensbildung einzustehen hat. Liegt ein Irrtum nach § 119 BGB vor, kann der Irrende allenfalls anfechten, macht sich aber auch dann schadensersatzpflichtig nach § 122 BGB.¹¹⁸⁶ Eine Unterlassenspflicht bzw. spiegelbildlich ein Vertragsaufhebungsrecht anzunehmen, führte zudem auch hier de facto zu einer relativen Geschäftsunfähigkeit entgegen der Wertung des als absolute Geschäftsunfähigkeit verstandenen § 104 Nr. 2 BGB: Mit Personen, die ein Vertrag intellektuell überfordert, dürfte nicht kontrahiert werden, jedenfalls aber könnten sie sich mittels ihres Schadensersatzanspruchs vom Geschäft wieder lösen.

Eine solche de facto relative Geschäftsunfähigkeit gibt es zwar im Wettbewerbsrecht im Verhältnis Verbraucher/Unternehmer: Dem Unternehmer ist es untersagt, eine geistige Beeinträchtigung des Verbrauchers auszunutzen, will er sich nicht nach § 9 Abs. 2 UWG schadensersatzpflichtig machen. Dieses Verbot wird dabei wohl so weit verstanden, dass Unternehmer mit Verbrauchern der Fallgruppe 1–3 keine Verträge abschließen dürfen bzw. dass die jeweiligen Verbraucher aufgrund des Schadensersatzanspruchs zumindest nicht an solche Verträge gebunden sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Unternehmer Kenntnis vom Schwächezustand hatte.¹¹⁸⁷ Diese Grundsätze können aber nicht

¹¹⁸⁵ Siehe zu Aufklärungspflichten unten unter 3. Kapitel B.V.2.).

¹¹⁸⁶ Siehe zur Problematik, ob ein Irrtum vorliegt, oben unter 3. Kapitel B.III.2.a)aa).

¹¹⁸⁷ Siehe unten unter 3. Kapitel B.IV.3.b)dd)(2).

auf Vertragsschlüsse im Allgemeinen übertragen werden, da sonst in Gänze die Wertung des § 104 Nr. 2 BGB ausgehöhlt würde.

Eine Fürsorgepflicht, den Vertragsschluss zu unterlassen bzw. das Zugestehen eines Vertragslösungsrechts kommt aus diesem Grund daher wiederum auch nicht für die bereits genannten Sonderfälle besonderer Rücksichtnahme- oder Beistandspflichten in Betracht,¹¹⁸⁸ da nicht einzusehen ist, weshalb es (nur) im Rahmen bestimmter persönlicher Verhältnisse eine relative Geschäftsunfähigkeit geben sollte. Eine Pflicht, den Vertragsschluss zu unterlassen, besteht also bei den Personen der Fallgruppen 1–3 ebenso nur dann, wenn zusätzlich die Voraussetzungen von § 138 Abs. 1 BGB erfüllt sind.

b) Ausnutzung nicht selbst verursachter Situationen eingeschränkter Willensentschließungsfreiheit

Hat ein Dritter getäuscht bzw. den Willen des Betroffenen unlauter beeinflusst, muss sich der Vertragspartner dies gegebenenfalls bereits über § 278 BGB zu-rechnen lassen. Nach Rechtsprechung des BGH ist dabei der Personenkreis, für den der Schuldner im Rahmen der c.i.c. einzustehen hat, derselbe wie der des „Nicht-Dritten“ i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB, da es sich bei § 123 Abs. 2 BGB um eine Sonderregelung der c.i.c. handle.¹¹⁸⁹ Eine Zurechnung des Verhaltens im Rahmen der c.i.c. ist demnach über den Begriff des Erfüllungsgehilfen hinaus auch dann möglich, „wenn der Erklärungsempfänger sich die Täuschung durch eine andere Person nach Billigkeitsgesichtspunkten unter Berücksichtigung der Interessenlage zurechnen lassen müsse.“¹¹⁹⁰ Gleichzeitig betont der BGH aber, dass die Konzeption des § 278 BGB stets Ausgangspunkt der Überlegungen bleiben müsse, wonach die Zurechnung davon abhängig sei, dass jemand mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn zur Erfüllung von Pflichten tätig werde, die dem Geschäftsherrn obliegen. Der Täuschende müsse also – von der Vertragspartei zurechenbar veranlasst – Aufgaben übernommen haben, die dem Pflichtenkreis dieser Partei zuzuordnen seien.¹¹⁹¹ Es müsse also konkret festgestellt werden, ob eine Person in die Erfüllung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten eingeschaltet worden sei.¹¹⁹²

Ist es nicht möglich, dem Vertragspartner die unlautere Beeinflussung, die von einem anderen ausging, zuzurechnen, stellt sich die Frage, ob dem Vertrags-

¹¹⁸⁸ Siehe zu diesen besonderen Vertrauensverhältnissen bereits oben bei Fn. 1180.

¹¹⁸⁹ BGH NJW 1990, S. 1661 (1662); BGH NJW-RR 1987, S. 59 (60); BGH NJW 1996, S. 451 (452).

¹¹⁹⁰ BGH NJW 1990, S. 1661 (1662); BGH NJW-RR 1987, S. 59 (60); siehe zudem bereits oben Fn. 1066. a. A. Lorenz 1997, S. 506 f., wonach eine Ausdehnung des § 278 BGB im Bereich der c.i.c. nicht in Betracht komme. Es sei hingegen am Begriff des Erfüllungsgehilfen festzuhalten.

¹¹⁹¹ BGH NJW 1996, S. 451 (452).

¹¹⁹² BGH NJW 1996, S. 451 (452).

partner hieraus dennoch Unterlassenspflichten erwachsen. Insbesondere ist die Frage, ob, will er sich nicht schadensersatzpflichtig machen, die vorvertragliche Pflicht besteht, den Vertragsschluss zu unterlassen und die nicht selbst herbeigeführte und nicht zurechenbare Zwangslage oder Täuschung nicht auszunutzen.¹¹⁹³ So wird vertreten, eine Pflicht, den Abschluss des Rechtsgeschäfts zu unterlassen, bestehe wiederum zumindest bei Vorliegen besonderer vertraglicher oder gesetzlicher Rücksichtnahme- oder Beistandspflichten oder aus einem zwischen den Parteien vorliegenden besonderen Vertrauensverhältnis.¹¹⁹⁴

Allerdings ist an dieser Stelle fraglich, ob es sachgerecht ist, diese Pflicht auf besondere vertragliche oder gesetzliche Verhältnisse zu begrenzen. Denn sofern die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit auf unlauterem Verhalten eines Dritten beruht und der Vertragspartner hiervon Kenntnis hat oder davon Kenntnis haben könnte, entspricht es zumindest dem Gedanken des § 123 Abs. 2 BGB, denjenigen zu schützen, der Opfer einer unlauteren Willensbeeinflussung geworden ist. Wenn schließlich die c.i.c. den Tatbestand des § 123 Abs. 1 BGB um sonstige Beeinträchtigungen der Willensentschließungsfreiheit erweitert, so ist es nur konsequent, die Erweiterung zu vervollständigen und in Anlehnung an § 123 Abs. 2 BGB auch die Haftung für eine zumindest erkennbare unlautere Willensbeeinflussungen durch Dritte anzuerkennen.

Einschränkungen der Willensentschließungsfreiheit sind auch dann nicht vom Vertragspartner selbst verursacht, wenn beim anderen eine Schwächesituation i. S. d. der Fallgruppen 1–3 vorliegt, die endogener Natur ist. Diese Situation wurde bereits besprochen: Es werden keine vorvertraglichen Pflichten verletzt, wenn, abgesehen vom Sonderfall des Bestehens von Aufklärungspflichten, mit einer intellektuell unterlegenen Person Rechtsgeschäfte geschlossen werden und keine unlautere Willensbeeinflussung festzustellen ist.¹¹⁹⁵

c) Bewertung

Personen der Fallgruppe 4 erhalten über die c.i.c. grundsätzlich ergänzend zum Anfechtungsrecht Schutz. Scheitert eine Anfechtung nach § 123 BGB, weil es an einer vorsätzlichen Täuschung oder einer widerrechtlichen Drohung fehlt, kann der Anspruch auf Vertragsauflösung auf c.i.c. gestützt werden, wenn die Täuschung zumindest fahrlässig erfolgt oder in sonstiger Weise unlauter auf die Willensentschließungsfreiheit eingewirkt wurde, durch Belästigung, unzulässige Beeinflussung oder Überrumpelung. Dabei kommt es insbesondere für die Frage, ob eine Person getäuscht oder unlauter beeinflusst wurde, auf ihre individuellen Schwächen und Eigenschaften an, sodass sich die c.i.c. als besonders

¹¹⁹³ Lorenz 1997, S. 508.

¹¹⁹⁴ Lorenz 1997, S. 508. Siehe zu diesen besonderen Vertrauensverhältnissen bereits oben bei Fn. 1180.

¹¹⁹⁵ Siehe oben 3. Kapitel B.IV.2.a)bb)(3)(b).

passendes Schutzinstrument für die Personen der Fallgruppe 4 erweist. Es kann so beispielsweise bei einer demenzkranken Person eine unlautere Willensbeeinflussung bereits früher angenommen werden als bei sonstigen Personen: Denn ist eine Person krankheitsbedingt besonders beeinflussbar, so entsteht schneller psychischer Druck als bei anderen Menschen.

Dennoch ergeben sich Schutzlücken: So ist dieser individuelle Schutz natürlich nur dann effektiv, wenn dem Vertragspartner die geistige Schwäche auch erkennbar war. Treten jedoch keine Auffälligkeiten nach außen, die auf krankheitsbedingte Beeinträchtigungen hinweisen würden, so kann der Vertragspartner nicht erkennen, dass er eine Situation geschaffen hat, in der sich das Gegenüber beispielsweise besonders unter Druck gesetzt fühlt. Dann trifft ihn jedenfalls kein Verschulden, wenn er trotzdem einen Vertragsschluss herbeiführt und eine Vertragsauflösung auf der Grundlage einer c.i.c. scheidet aus. Auch objektiv neutrale Handlungen stellen keine vorvertragliche Pflichtverletzung dar, also etwa das bloße Antragen eines Vertragsschlusses, mag sich der Adressat auch bereits dadurch beeinflusst fühlen.

Abgesehen von der noch zu besprechenden Verletzung von Aufklärungspflichten setzt ein Anspruch aus c.i.c. zudem im Ergebnis stets eine als unlauter zu bewertende Einwirkung des einen Vertragspartners auf den anderen voraus. Dabei ist bereits uneindeutig ist, ob eine Haftung aus c.i.c. auch dann in Betracht kommt, wenn die Willensbeeinflussung von einem Dritten ausging und dem Vertragspartner nur erkennbar war. Jedenfalls aber dann, wenn der Betroffene „einfach nur“ einer falschen Vorstellung unterliegt oder er gar keine Vorstellung bezüglich bestimmter Umstände hat, also wenn er den Fallgruppen 1–3 angehört, verletzt der Vertragspartner nicht per se eine vorvertragliche Pflicht, wenn er trotzdem einen Vertragsschluss mittels einer neutralen Handlung – Formulieren eines Angebots oder Annahme eines solchen – herbeiführt.

Im Übrigen kommt es, nicht anders als bei der Anfechtung, überhaupt nur dann zu einer Vertragsauflösung, wenn der Getäuschte oder Beeinflusste sein Schadensersatzrecht ausübt. Dies setzt zum einen voraus, dass der Betroffene den Grund, weswegen eine Loslösung vom Vertrag gerechtfertigt ist, überhaupt erkennt, zum anderen, dass er sodann auch den Schluss aus dieser Erkenntnis zieht, seinen Anspruch aus c.i.c. auch geltend zu machen.¹¹⁹⁶ Zudem unterliegt auch der Anspruch aus c.i.c. der Verjährung. Zwar gilt nicht die Frist des § 124 BGB,¹¹⁹⁷ jedoch aber die dreijährige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB.

¹¹⁹⁶ Siehe bereits oben zur Problematik, ob der Betroffene sein ihm zustehendes Gestaltungsrecht überhaupt ausübt: 3. Kapitel B.III.2.a)cc)(2) und 3. Kapitel B.IV.1.c).

¹¹⁹⁷ So aber *Fleischer AcP* (200) 2000, S. 91 (120); ebenso *Schumacher* 1979, S. 30 f.

3. Deliktsrecht: Schutz vor Täuschung, Drohung und unlauteren Geschäftspraktiken

a) Allgemeines Deliktsrecht des BGB

aa) Voraussetzungen, insbesondere § 826 BGB

Der Schutz der Entscheidungsfreiheit fällt nicht unter § 823 Abs. 1 BGB, insbesondere nicht unter den Freiheitsbegriff.¹¹⁹⁸ Eine gegenteilige Annahme ließe sich nicht mit der Entscheidung, keine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung für Vermögensschäden oder allgemeinen Persönlichkeitsinteressen zuzulassen, vereinbaren.¹¹⁹⁹ Sind aber durch die Täuschung oder Willensbeeinflussung Straftatbestände erfüllt, wie etwa § 263 StGB oder § 240 StGB, kommen Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Betracht.¹²⁰⁰

Schließt eine Person einen Vertrag, zu dem sie durch Einwirkung auf ihre Entscheidungsfreiheit bewogen wurde, kann sie ihr auf Vertragsaufhebung gerichtetes Begehren unter bestimmten Umständen zudem auf § 826 BGB und damit auf den Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung stützen.¹²⁰¹ Nach der Rechtsprechung bestimmt sich die Sittenwidrigkeit nach der Gesamtschau aller Umstände: Sittenwidrig sei damit ein Verhalten, „das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.“¹²⁰² Eine bloße Vertrags- oder Gesetzesverletzung genüge dabei nicht, sondern es müsse eine „besondere Verwerflichkeit“ des Verhaltens hinzutreten. Diese „besondere Verwerflichkeit“ könne sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben.¹²⁰³

Letztlich sind, schon allein wegen derselben Begrifflichkeiten, dieselben Maßstäbe wie bei § 138 Abs. 1 BGB anzulegen,¹²⁰⁴ sodass sich Sittenwidrigkeit aus einer objektiven sowie einer subjektiven Komponente zusammensetzt. Für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit ist wiederum grundsätzlich Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände erforderlich¹²⁰⁵; der Kenntnis

¹¹⁹⁸ Siehe ausführlich Lorenz 1997, S. 380ff.; ebenso Larenz und Canaris 1994, § 76 II S. 385f.; Wandt 2022, § 16 Rn. 12; MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 823 BGB Rn. 278.

¹¹⁹⁹ MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 823 BGB Rn. 278.

¹²⁰⁰ Lorenz 1997, S. 383f.

¹²⁰¹ Zur Rechtsfolge der Vertragsaufhebung im Rahmen von § 826 BGB: BGH NJW-RR 2005, S. 611 (612); BGH NJW 2014, S. 383 (386).

¹²⁰² BGH NJW 2014, S. 383 (384) m.z.N.

¹²⁰³ BGH NJW 2014, S. 383 (384) m.z.N.

¹²⁰⁴ Die Deckungsgleichheit feststellend auch Lorenz 1997, S. 384.

¹²⁰⁵ BGH NZG 2015, S. 559 (560); MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 826 BGB Rn. 28; Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 78; Lehmann 1981, S. 289.

gleichgesetzt ist aber das bewusste Sich-Verschließen dieser Umstände.¹²⁰⁶ Ein bewusstes Sich-Verschließen vor der Kenntnis von Tatumständen ist nach der Rechtsprechung dann anzunehmen, „wenn die Unkenntnis auf einem gewissenlosen oder grob fahrlässigen (leichtfertigen) Handeln beruht.“¹²⁰⁷ Hinsichtlich der objektiven Seite ist aber zu beachten, dass, weil § 826 BGB anders als § 138 Abs. 1 BGB der Abschlusskontrolle und nicht vorrangig der Inhaltskontrolle dient, bereits bei nur sittenwidrigem Handeln ein Schadensersatzanspruch bestehen kann, ohne dass das Rechtsgeschäft zwingend auch wegen seines Inhalts nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein müsste.¹²⁰⁸

So stellt beispielsweise bereits eine arglistige Täuschung einen Verstoß gegen die guten Sitten dar,¹²⁰⁹ da sich der Täuschende so auf sittenwidrige Weise einen Vertrag erschleicht.¹²¹⁰ Selbiges gilt für Drohungen.¹²¹¹ Es decken sich insoweit die Tatbestände von § 123 Abs. 1 BGB und § 826 BGB.¹²¹² Wie auch für § 123 Abs. 1 BGB genügt auch für § 826 BGB eine Täuschung in Bezug auf sämtliche Umstände; diese müssen weder wesentlich noch von besonderer Bedeutung sein.¹²¹³

Im Übrigen ist § 826 BGB aber nicht auf die Fälle von § 123 Abs. 1 BGB beschränkt.¹²¹⁴ Insgesamt handelt es sich bei der Sittenwidrigkeit um einen ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff, durch den Grundrechte im Wege mittelbarer Drittwirkung Einfluss nehmen können.¹²¹⁵ § 826 BGB erfasst daher über die Fälle von § 123 Abs. 1 BGB hinaus – sofern Vorsatz vorliegt – jegliche „rücksichtslose Ausnutzung der Überlegenheit“ gegenüber schwächerer Vertragspartner, „die unsachliche und manipulative Einwirkung auf die Entschließungsfreiheit anderer“ und – worauf an späterer Stelle noch zurückzukommen sein wird – die Verletzung von Aufklärungspflichten.¹²¹⁶ Es handelt sich dabei insbesondere um diejenigen Einwirkungen auf die Willensentschließung unterhalb der Schwelle zur Drohung, die bei der c.i.c. als vorvertragliche Pflichtverletzungen definiert wurden.¹²¹⁷

Der für den Schadensersatz nach § 826 BGB erforderliche Schaden im Fall der Vertragserschleichung setzt im Übrigen auch nicht voraus, dass dem Geschädigten i.S.d. Differenzhypothese tatsächlich ein rechnerisches Minus entstan-

¹²⁰⁶ BGH NJW 2008, S. 2245 (2249); BGH NZG 2010, S. 550 (552); BGH NJW 2014, S. 1098 (1100).

¹²⁰⁷ BGH NJW 1995, S. 1739 (1749); BGH NJW 2014, S. 1098 (1100).

¹²⁰⁸ Lorenz 1997, S. 384 f.

¹²⁰⁹ BGH NJW-RR 2005, S. 611 (612); BGH NJW 2020, S. 1962 (1963).

¹²¹⁰ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 228.

¹²¹¹ Lorenz 1997, S. 384.

¹²¹² Lorenz 1997, S. 384.

¹²¹³ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 230.

¹²¹⁴ Lorenz 1997, S. 386; BeckOGK-Voigt, § 826 BGB Rn. 32.

¹²¹⁵ Lorenz 1997, S. 386.

¹²¹⁶ Lorenz 1997, S. 386.

¹²¹⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)bb)(2).

den ist.¹²¹⁸ Es muss generell kein Vermögensschaden entstanden sein.¹²¹⁹ Der BGH erkennt in diesem Zusammenhang an, dass der Schadensersatzanspruch nicht nur dem Ausgleich einer nachteiligen Einwirkung auf das Vermögen diene, sondern auch dazu, dass sich der Geschädigte von der Belastung mit einer „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien könne.¹²²⁰ Insofern bewirke die Norm einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit.¹²²¹

Irreführend ist es dabei, wenn sich der BGH teilweise zusätzlich des im Rahmen der c.i.c. entwickelten subjektiven Schadensbegriffs bedient, den er dort, in Abgrenzung zur reinen Beeinträchtigung der Willensfreiheit, ausdrücklich für „Vermögensschaden“ entwickelt hat.¹²²² So führt der BGH auch zu § 826 BGB aus, wie es dem subjektiven Schadensbegriff zum Vermögensschaden entspricht, dass ein Schaden auch dann vorliegen könne, wenn sich Leistung und Gegenleistung zwar wertmäßig entsprächen, der Käufer aber die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchen könne.¹²²³ Dabei dürfe die erlangte Leistung auch nicht nur subjektiv willkürlich als Schaden betrachtet werden, sondern auch die Verkehrsauffassung müsse den Vertragsschluss unter Berücksichtigung aller Umstände als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und daher als nachteilig ansehen.¹²²⁴ Auch bei anderen Vertragstypen wie Darlehensverträgen stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob bei der Leistung des Getäuschten eine Zweckverfehlung vorliege.¹²²⁵ Wenn aber, wie der BGH selbst anerkennt, § 826 BGB die allgemeine Handlungsfreiheit schützt, ist eine Definition, wie sie explizit für Vermögensschäden entwickelt wurde, nicht angebracht. Vielmehr bleibt es bei der bereits im Rahmen der c.i.c. geäußerten Kritik¹²²⁶ und damit bei dem Ergebnis, dass der Schaden bereits in der beeinträchtigten Willensentschließungsfreiheit bzw. im Abschluss des nicht gewollten Vertrags liegt.

¹²¹⁸ BGH NJW 2020, S. 1962 (1967).

¹²¹⁹ Lorenz 1997, S. 384.

¹²²⁰ BGH NJW-RR 2005, S. 611 (612); ebenso BGH NJW 2004, S. 2971 (2972); BGH NJW 2014, S. 383 (386); BGH NJW 2020, S. 1962 (1968); ebenso Lorenz 1997, S. 384.

¹²²¹ BGH NJW-RR 2005, S. 611 (612); BGH NJW 2014, S. 383 (386).

¹²²² Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)aa)(1).

¹²²³ BGH NJW 2020, S. 1962 (1967f.); zu diesem Urteil aus dem Jahr 2020 auch *Abrens* VersR 2020, S. 933 (935f.): *Abrens* zufolge weiche der BGH unzulässigerweise von der Voraussetzung eines Vermögensschadens ab und lasse, was m.E. nicht richtig sei, den Vertragsschluss allein als Schaden gelten. Diese Interpretation des Urteils ist jedoch m.E. nicht richtig, da der BGH ausdrücklich nur eine Lösung von einer „ungewollten“ Verpflichtung über § 826 BGB „unter den darlegten Voraussetzungen“ (Vorliegen eines zumindest dem subjektiven Schadensbegriffs entsprechenden Schadens) zulässt. Auf diesen subjektiven Schadensbegriff im Rahmen von § 826 BGB abstellend auch: BGH NJW-RR 2005, S. 611 (612); BGH NJW-RR 2015, S. 275 (276).

¹²²⁴ BGH NJW 2020, S. 1962 (1968).

¹²²⁵ BGH NJW-RR 2015, S. 275 (276).

¹²²⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)aa)(1).

Ein sittenwidriges Verhalten und das ungewollte Eingehen einer Verpflichtung genügen für sich allein aber für einen Anspruch auf Vertragsaufhebung noch nicht. Denn § 826 BGB ist nur erfüllt, wenn der Schädiger auch mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat. Dieser Vorsatz setzt zwar keine Schädigungsabsicht voraus, aber doch bedingten Vorsatz „hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei dieser nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens erfassen muss“.¹²²⁷

Dabei sind Schädigungsvorsatz und subjektive Voraussetzung der Sittenwidrigkeit¹²²⁸ grundsätzlich zu trennen,¹²²⁹ wobei aber wie gesehen auch die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit bereits zumindest ein bewusstes Sich-Verschließen vor den die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen voraussetzt, sodass ein gewisser Zusammenhang besteht. Aus Art und Weise des sittenwidrigen Handelns soll jedenfalls auf den Schädigungsvorsatz geschlossen werden können, etwa weil der Schädiger besonders leichtfertig handelte, sodass er die Schädigung billigend in Kauf genommen haben muss.¹²³⁰

Es ist zudem für den Schädigungsvorsatz – entgegen der im Zivilrecht vorherrschenden Vorsatztheorie, wonach eine Vorsatzhaftung voraussetzt, dass der Schädiger auch die Rechtswidrigkeit seines Tuns kennt¹²³¹ – nicht erforderlich, dass dem Handelnden auch die Sittenwidrigkeit seines Handelns bewusst ist.¹²³² Der Vorsatz ist daher nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Handelnde meint, sein Handeln sei erlaubt.¹²³³ Grund für die Abweichung von der Vorsatztheorie ist, dass sich weder der einem einfachen Irrtum über die guten Sitten unterliegende Schädiger entlasten können soll¹²³⁴ noch derjenige, der wegen

¹²²⁷ BGH NJW 2014, S. 383 (386); ebenso BGH NJW 2004, S. 3706 (3710); BGH NJW-RR 2009, S. 1207 (1210).

¹²²⁸ Siehe zur subjektiven Seite der Sittenwidrigkeit, insbesondere zur Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände, bereits oben bei Fn. 1205.

¹²²⁹ BGH NJW-RR 2009, S. 1207 (1210).

¹²³⁰ BGH NJW 2008, S. 2245 (2249); BGH NZG 2010, S. 550 (552); BGH NJW 2014, S. 1098 (1100). Einschränkung MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 826 BGB Rn. 32: Dies bedeute nicht, dass die Sittenwidrigkeit Rückschlüsse auf den Vorsatz zulasse – beide Aspekte seien getrennt zu behandeln –, sondern vielmehr, dass die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründeten, auch zur Feststellung des Vorsatzes herangezogen werden könnten. Siehe auch Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 89 ff.: Aus der Schwere des Pflichtenverstößes und dem Gefährdungsgrad von Drittinteressen könne auf Schädigungsvorsatz geschlossen werden.

¹²³¹ Deutsch 1996, S. 220 Rn. 339, S. 231 Rn. 353 f.; MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 826 BGB Rn. 37 f.; Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 68.

¹²³² BGH NJW 1986, S. 1751 (1754); BGH NJW 1987, S. 3256 (3258); Deutsch 1996, S. 232 f. Rn. 359; Lehmann 1981, S. 289; MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 826 BGB Rn. 37 ff.; Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 67 f., mit dem Wortlaut des § 826 BGB argumentierend (Rn. 68).

¹²³³ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 69.

¹²³⁴ BeckOGK-Voigt, § 826 BGB Rn. 19.

besonderer Skrupellosigkeit oder Gedankenlosigkeit das Unrecht seines Tuns erkennt.¹²³⁵

In Annäherung an die Schuldtheorie, wonach für Vorsatzhaftung kein Unrechtsbewusstsein erforderlich ist, entfällt eine Haftung wegen Vorsatz erst dann, wenn sich der Handelnde in einem unvermeidbaren Irrtum über die Rechtswidrigkeit bzw. die Sittenwidrigkeit befand.¹²³⁶ Die Anforderungen an selbigen sind im Zivilrecht geringer als im Strafrecht.¹²³⁷ Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum kommt etwa dann in Betracht, wenn die Rechtsprechung für die konkret vorliegende Situation noch keine festen Rechtsgrundsätze entwickelt hat.¹²³⁸ An solchen fehlt es, wenn zu der den Kern des Rechtsstreits bildenden Streitfrage noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt.¹²³⁹ Dann kann von einem Verbotsirrtum gesprochen werden, wenn der Handelnde „sein Vorgehen ohne einen auf Gewissenlosigkeit beruhenden Irrtum für erlaubt oder gar für geboten gehalten hat“.¹²⁴⁰

bb) Bewertung

Insofern ist fraglich, was § 826 BGB noch ergänzend zur hier untersuchten Frage beitragen kann. Einerseits ist § 826 BGB vom Tatbestand her weiter als § 123 Abs. 1 BGB und nähert sich insofern, als auch über Täuschung und Drohung hinausgehende Handlungsweisen erfasst sind, der c.i.c. an. Andererseits schränkt das Erfordernis der Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände die Effektivität dieser Schadensersatznorm wiederum ein, nicht anders als schon für § 138 Abs. 1 BGB sowie den Schadensersatzanspruch aus c.i.c. festgestellt: Der Schädigende muss Kenntnis von der intellektuellen und kognitiven Beeinträchtigung oder von der besonderen Beeinflussbarkeit des Gegenübers haben oder sich der Erkenntnis bewusst verschließen, und zudem i.S.d. Schädigungsvorsatzes zumindest billigend in Kauf nehmen, dass sein Verhalten das Gegenüber beeinflussen oder in die Irre führen wird.

¹²³⁵ MüKo BGB/Band 7-Wagner, § 823 BGB Rn. 49.

¹²³⁶ MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 826 BGB Rn. 38 zur Schuldtheorie, § 823 BGB Rn. 48; Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 71; BGH NJW 1986, S. 1751 (1754) und BGH NJW 1987, S. 3256 (3258): Habe der Schädiger die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände gekannt, sei er nur entschuldigt, wenn er der „redlichen Überzeugung“ gewesen sei, sein Handeln sei erlaubt. Zur Schuldtheorie und dem Ausschluss des Vorsatzes nur beim unvermeidbaren Irrtum: *Deutsch* 1996, S. 231 Rn. 353.

¹²³⁷ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 72.

¹²³⁸ BGH GRUR 1958, S. 549 (553).

¹²³⁹ BGH GRUR 1958, S. 549 (553).

¹²⁴⁰ Zitat aus BGH NJW 1963, S. 1872 (1873), bei Vorliegen dieser Voraussetzung die Sittenwidrigkeit verneinend. Richtigerweise geht es aber um eine Frage des Verschuldens. Zur Anwendbarkeit dieser Definition bei fehlender fester Rechtsprechung Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 72.

Selbst wenn die Umstände bekannt sind, so ist auch ein unvermeidbarer Verbotsirrtum nicht auszuschließen: Zur Frage der Sittenwidrigkeit von rechtsgeschäftlichem Verhalten gegenüber geschäftsfähigen, aber intellektuell oder kognitiv beeinträchtigten bzw. beeinflussbaren Personen gibt es zwar natürlich Rechtsprechung. Allerdings ist diese Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB ohne Erkennbarkeit einer klaren Linie durch eine eher zurückhaltende Fall-zu-Fall-Entscheidung geprägt.¹²⁴¹ Zur Haftung aus c.i.c. hat sich in Bezug auf die hier untersuchten Personengruppen fast keine Rechtsprechung herausgebildet. In Zweifelsfällen wird der Handelnde daher davon ausgehen dürfen, von seiner Privatautonomie und daher seinem Recht, einen für ihn günstigen Vertragsschluss zu bewirken, Gebrauch gemacht zu haben. Die Möglichkeit, sich auf einen Verbotsirrtum zu berufen, die jedenfalls nicht auszuschließen ist, schwächt die Effektivität von § 826 BGB daher noch weiter. Und schließlich kann sich auch der Nachweis des Schädigungsvorsatzes als schwierig gestalten, wenn er nicht bereits aus besonders leichtfertigem Handeln geschlossen werden kann. Der Vertragsschluss mit einer Person, die intellektuelle oder kognitive Schwächen aufweist, die möglicherweise nicht mal nach außen erkennbar sind, kann aber kaum als leichtfertig bezeichnet werden.

Im Übrigen sind die bereits benannten Bedenken anzumelden, insbesondere dass der Schutz des § 826 BGB dann nicht greift, wenn der Betroffene nicht klagt. Dass er klagt, setzt wiederum voraus, dass der Betroffene den Klagebedarf überhaupt erkennt, und wenn er ihn erkennt, dass er auch tätig wird.¹²⁴²

b) Sonderdeliktsrecht des UWG

aa) Unlautere geschäftliche Handlung: Definition und Maßstab

Verbraucher sind über § 9 Abs. 2 UWG¹²⁴³ zudem in besonderem Maße vor unlauteren geschäftlichen Handlungen geschützt, indem sie zu Schadensersatz berechtigt sind, wenn ein Unternehmer vorsätzlich oder fahrlässig eine unlautere geschäftliche Handlung vornimmt und den Verbraucher hierdurch zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst. Dieser Schadensersatz berechtigt zur Rückabwicklung, auch dann, wenn der Vertrag sich als vorteilhaft erweist.¹²⁴⁴

¹²⁴¹ Siehe oben unter 3. Kapitel A.II.1.a)bb)(2). Die Zurückhaltung bemängelnd *Lange* 2022, S. 60.

¹²⁴² Siehe zu vergleichbaren Problemen bei der Anfechtung oben unter 3. Kapitel B.III.2.a) cc)(2) und IV.1.c) und zur c.i.c. oben unter 3. Kapitel B.IV.2.c).

¹²⁴³ Zur Umsetzung von Art. 11a der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG): Schadensersatz für Verbraucher, „die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden.“ Art. 11a wiederum wurde durch Art. 3 der Omnibus-Richtlinie (RL (EU) 2019/2161) eingefügt.

¹²⁴⁴ *Köhler* WRP 2021, S. 129 (132); *Büscher* WRP 2021, S. 132 (136f.); a. A. *Alexander* WRP 2021, S. 136 (143), der im Abschluss eines Vertrages keinen Schaden sieht. Siehe im Übrigen zur Frage des Verhältnisses von § 9 Abs. 2 UWG zum Anfechtungsrecht *Büscher* WRP

Es bedarf also keines gesondert festzustellenden Vermögensschadens; es gelten hinsichtlich des Schadensbegriffs die zur c.i.c. erarbeiteten Grundsätze.¹²⁴⁵

Erfasst sind alle Handlungen nach der Generalklausel des § 3 Abs. 2 UWG, wonach geschäftliche Handlungen dann unlauter sind, „wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.“ Was zur unternehmerischen Sorgfalt gehört, wird durch § 2 Nr. 9 UWG definiert: Hierzu gehört „der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält.“ Konkretisierend benennt das Gesetz explizit Handlungen, die als unlauter gelten: Als spezielle unlautere Handlungen erfasst der Schadensersatzanspruch zum einen nach § 3 Abs. 3 UWG die im Anhang zum UWG aufgezählten Handlungen der Nr. 1–31, zum anderen die schon erwähnten sog. „aggressiven geschäftlichen Handlungen“¹²⁴⁶ nach § 4a UWG sowie die nach § 5 UWG sog. „irreführenden geschäftlichen Handlungen“, die auch durch Unterlassen begangen werden können, § 5a UWG.

All diese Normen, die sich mit dem Begriff der unlauteren geschäftlichen Handlung befassen, sind im Zusammenhang mit § 3 Abs. 4 S. 2 UWG¹²⁴⁷ zu lesen, wonach die Unlauterkeit bei Handlungen, die vorhersehbar nur solche Verbrauchergruppen wesentlich beeinflussen, die aufgrund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter¹²⁴⁸ oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftig sind, aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen ist.¹²⁴⁹ Zur Anwendbarkeit von § 3 Abs. 4 S. 2 UWG ist dabei nicht erforderlich, dass sich eine Handlung an diese Personengruppe wendet oder auf diese abzielt, sondern es genügt, dass sie vorhersehbar allein i. S. v. ausschließlich deren Verhalten wesentlich beeinflussen wird.¹²⁵⁰ Wenn aber eine Handlung sogar auf diese Personengruppe abzielt, wenn sich beispielsweise eine geschäftliche Handlung individuell an eine Person dieser Personengruppe richtet, gilt dieser von der Perspektive des Durchschnittsverbrauchers abweichende

2021, S. 132 (136 f.). Es sollten hier dieselben Grundsätze Anwendung finden wie im Verhältnis c.i.c. und Anfechtungsrecht, siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)aa)(1) und IV.2.a)bb)(1).

¹²⁴⁵ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)aa)(1).

¹²⁴⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)bb)(2).

¹²⁴⁷ Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG).

¹²⁴⁸ Gemeint sind nur Kinder und Jugendliche, so *Heber* 2022, S. 187 im Zusammenhang mit § 4a Abs. 2 S. 2 UWG. Dieselbe Auslegung muss jedoch dann auch für § 3 Abs. 4 S. 2 UWG gelten.

¹²⁴⁹ Anwendbar auf die Generalklausel und die Spezialtatbestände: BT-Drucks. 18/4535, S. 13; Ohly/Sosnitza-Sosnitza 2023, § 3 UWG Rn. 95.

¹²⁵⁰ BGH GRUR 2014, S. 686 (687) – Goldbärenbarren: Werbung richte sich nicht an Kinder, wenn sie die ganze Familie anspreche; BGH GRUR 2021, S. 1400 (1410) – Influencer I; MüKo UWG/Band 1-Sosnitza 2020, § 3 UWG Rn. 141; *Heber* 2022, S. 188.

individuelle Beurteilungsmaßstab natürlich erst recht. Allerdings muss die geistige Beeinträchtigung erkennbar nach außen treten, da die Beeinflussung nur dann vorhersehbar ist.¹²⁵¹

Von einer geistigen Beeinträchtigung i.S.d. § 3 Abs. 4 S. 2 UWG ist dabei dann auszugehen, „wenn die Fähigkeit der Betroffenen, eine informierte geschäftliche Entscheidung im Hinblick auf die betreffende geschäftliche Handlung oder die ihr zugrunde liegende Ware oder Dienstleistung zu treffen, hinter der eines angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers zurückbleibt, und sie aufgrund dessen für bestimmte unlautere geschäftliche Handlungen anfällig sind.“¹²⁵² Hierzu gehören auffällige intellektuelle Defizite, wie etwa Minderbegabung und Demenz,¹²⁵³ aber auch hohes Alter, wenn es zu entsprechenden Einschränkungen führt.¹²⁵⁴

bb) Irreführungen

Anhand dieses gegebenenfalls konkretisierten Maßstabs, wenn sich also eine Handlung vorhersehbar oder gezielt an eine bestimmte Personengruppe richtet, beurteilt sich folglich, ob etwa eine Irreführung vorliegt. Vom Irreführungsverbot können daher insbesondere besonders beeinflussbare und entsprechend auch täuschungsanfällige Personen der Fallgruppe 4 profitieren.¹²⁵⁵ Die Irreführung setzt dabei stets die Täuschungsgeeignetheit von Handlungen voraus: Irreführung liegt vor, wenn eine Angabe mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt.¹²⁵⁶ Zu den irreführenden geschäftlichen Angaben gehören unwahre Angaben über insbesondere die in § 5 Abs. 2 Nr. 1–7 genannten Umstände, wie z. B. über wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung wie Verfügbarkeit, Art und Vorteile (Nr. 1). Irreführend ist auch das Suggestieren besonderer Preiswürdigkeit eines Angebots (Nr. 2), während die weiteren Preisbestandteile in sehr kleiner Schrift angegeben werden, was einem Verschweigen dieser Bestandteile gleichkommt.¹²⁵⁷

Das Gesetz benennt zudem ausdrücklich bestimmte Handlungen, die stets als irreführend und damit unlauter anzusehen sind und daher stets zu Schadensersatzansprüchen führen. Erfasst ist beispielsweise die unwahre Angabe i. S. d. Nr. 7 des Anhangs, bestimmte Waren oder Dienstleistungen seien nur für

¹²⁵¹ *Heber* nennt als Beispiel Kaffeefahrten, die naturgemäß nur mit hochbetagtem Publikum stattfinden: *Heber* 2022, S. 188.

¹²⁵² Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler 2024, § 3 UWG Rn. 5.20.

¹²⁵³ Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler 2024, § 3 UWG Rn. 5.21.

¹²⁵⁴ *Heber* 2022, S. 187.

¹²⁵⁵ So auch *Heber* 2022, S. 191 f. in Bezug auf alte Menschen.

¹²⁵⁶ Siehe nur BGH GRUR 2013, S. 1254 (1255) – Matratzen Factory Outlet.

¹²⁵⁷ BGH GRUR 2009, S. 1180 (1182 f.). Dies erfülle auch den Tatbestand des Vorenthaltes wesentlicher Informationen i. S. v. § 5a Abs. 1 UWG. Siehe auch *Heber* 2022, S. 191.

einen begrenzten Zeitraum verfügbar, um den Verbraucher zu einer sofortigen geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen. Unlauter ist auch das Bewerben einer Ware als kostenlos nach Nr. 20, wenn für die Ware oder die Dienstleistung gleichwohl Kosten zu tragen sind, ebenso das Irreführen über das Vorliegen einer Bestellung nach Nr. 21, also das Zusenden von Werbematerial unter Beifügung einer Zahlungsaufforderung, wenn damit der unzutreffende Eindruck vermittelt wird, die beworbene Ware oder Dienstleistung sei bereits bestellt worden.

Und schließlich ist auch im Vorenthalten wesentlicher Informationen eine Irreführung zu sehen. Erfasst sind solche Informationen, die der Verbraucher nach den jeweiligen Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthalten dazu geeignet ist, den Verbraucher oder den sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, § 5a Abs. 1 Nr. 1 und 2 UWG. Hierzu gehören nach § 5b Abs. 1 UWG insbesondere der Gesamtpreis (Nr. 3) und das Bestehen des Rechts auf Rücktritt oder Widerruf (Nr. 5). Hierbei ist zu beachten, dass der Unternehmer durch diese Vorschrift insbesondere dazu angehalten werden soll, diese Informationen zu liefern: Primär soll also die Informationspflicht erfüllt werden, diese ist das primäre Schutzinstrument, die Schadensersatznorm soll nur ergänzend greifen. Dass die Erteilung von Informationen Personen der Fallgruppe 4 aber nur bedingt schützt, wird im Folgenden noch besprochen.¹²⁵⁸ Im Zweifel entfaltet die Informationspflicht ihre Schutzwirkung daher erst auf sekundärer Ebene, also in Form einer Schadensersatzpflicht bei Nichteinhaltung.

cc) Unlautere Willensbeeinflussungen als aggressive geschäftliche Handlungen

Dass eine aggressive geschäftliche Handlung § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 1–3 UWG dann vorliegt, wenn sie geeignet ist, durch Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erheblich zu beeinflussen,¹²⁵⁹ wurde bereits erwähnt. Die Definition der unzulässigen Beeinflussung als Ausnutzung einer Machtposition des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt, ergibt sich aus § 4a Abs. 1 S. 3 UWG. Diese Fallgruppen wurden bereits im Rahmen

¹²⁵⁸ Siehe unten unter 3. Kapitel B.V.2.a)cc)(1).

¹²⁵⁹ Erhebliche Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit meint, dass die Beeinträchtigung so intensiv ist, dass der Verbraucher keine andere Möglichkeit mehr hat, als sich für die vom Unternehmer gewollte Handlung zu entscheiden, Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 1.33. Es genügt die Eignung hierzu, siehe Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 1.32 mit Verweis auf Art. 8 UGP-RL (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, RL 2005/29/EG).

der c.i.c. besprochen, sodass auf diese Ausführungen verwiesen wird.¹²⁶⁰ Sind die dort behandelten Voraussetzungen einer Belästigung, Nötigung oder unzulässigen Beeinflussung gegeben, wirkt auch der Schutz des UWG, was wiederum Personen der Fallgruppe 4 zugutekommt.¹²⁶¹

dd) Objektiv neutrale Handlungen

(1) Vertragsschluss bei geistiger Schwäche des Verbrauchers: Verortung im UWG

Bei der c.i.c. standen solche Handlungen im Fokus, durch die von außen auf die Entscheidungsfreiheit eingewirkt wird, durch den Vertragspartner selbst oder durch einen Dritten. Das reine Antragen eines Vertragsschlusses ohne sonstige darüberhinausgehende Beeinflussung der Willensentschlussfreiheit stellte sich im Rahmen der c.i.c. als zulässige Handlung dar, die keine Schadensersatzansprüche begründen konnte, selbst wenn sich eine Person der Fallgruppe 4 schon von dieser Handlung allein beeinflusst fühlen sollte.¹²⁶² Entsprechend bildete auch das reine Ausnutzen eines endogenen geistigen Schwächezustands i.S.d. Fallgruppe 1–3 ohne hinzutretende Beeinflussungshandlung durch den Vertragspartner oder einen Dritten keinen Verstoß gegen das vorvertragliche Pflichtenprogramm, unter der Voraussetzung, das nicht zeitgleich eine Aufklärungspflichtverletzung vorliegt.¹²⁶³ Wesentliches Argument war, dass eine Pflicht, einen Vertragsschluss in einer solchen Situation zu unterlassen, zum einen die Privatautonomie zu sehr einschränkte und zum anderen auf eine relative Geschäftsunfähigkeit hinausliefe. Ob das bloße Antragen eines Rechtsgeschäfts bzw. das Ausnutzen geistiger Schwäche ohne weitere Beeinflussungshandlung allerdings auch wettbewerbsrechtlich irrelevant ist, ist eine andere Frage.

Neben der Frage, welche Ausnutzungshandlungen im Einzelnen vom UWG erfasst sind, ob nur solche, die mit einer in irgendeiner Form als unlauter zu qualifizierenden Beeinflussung einhergehen, oder auch neutrale Handlungen, besteht in einem ersten Schritt schon die Unklarheit, welchem Tatbestand die Ausnutzung von Schwächezuständen überhaupt zuzuordnen ist. Ausgangspunkt ist zunächst, dass § 4a Abs. 2 UWG bestimmte Kriterien aufzählt, nach denen sich bestimmt, ob eine aggressive Handlung vorliegt. Zu diesen Kriterien gehört dabei „die bewusste Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen des Ver-

¹²⁶⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)bb)(2).

¹²⁶¹ Siehe zur Schutzwirkung des Verbots von aggressiven Handlungen insbesondere gegenüber älteren Menschen auch Heber 2022, S. 188 f.

¹²⁶² Siehe bereits oben zu objektiv neutralem Verhalten unter 3. Kapitel B.IV.2.a)bb)(3). Dabei ist natürlich im Blick zu behalten, ob nicht ohnehin bereits wegen fehlender Steuerungsfähigkeit die Voraussetzungen von § 104 Nr. 2 BGB erfüllt sind.

¹²⁶³ Siehe zum Ausnutzen nicht selbst verursachter Situationen eingeschränkter Willensentschlussfreiheit bereits oben unter 3. Kapitel B.IV.2.b).

brauchers [...] beeinträchtigen, um dessen Entscheidung zu beeinflussen,“ § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UWG.¹²⁶⁴ Diese dort genannten Umstände wiederum erfassen insbesondere geistige und körperliche Beeinträchtigungen, das Alter,¹²⁶⁵ die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst und die Zwangslage von Verbrauchern, § 4a Abs. 2 S. 2 UWG. Für ein bewusstes Ausnutzen i. S. v. § 4a Abs. 2 Nr. 3 UWG genügt Kenntnis der Umstände.¹²⁶⁶

Nun wird zwar eingewendet, trotz dieser Aufzählung könne das Ausnutzen geistiger Schwächezustände nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen von § 4a Abs. 1 UWG als aggressive geschäftliche Handlung angesehen werden: Das Ausnutzen müsse sich also stets zusätzlich als Belästigung, Nötigung oder als unzulässige Beeinflussung darstellen und diese Kategorien seien wiederum durch die Zufügung oder dem Inaussichtstellen eines Nachteils charakterisiert.¹²⁶⁷

Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass das UWG selbst vom Erfordernis, es müsse stets auch § 4a Abs. 1 UWG erfüllt sein, gerade für schutzwürdige Verbrauchergruppen eine Ausnahme macht: So zeige insbesondere Nr. 28 des Anhangs, dass bereits „die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben [...]“ eine aggressive geschäftliche Handlung darstellen könne. Entsprechend müsse § 4a UWG „im Lichte ihrer [der schutzwürdigen Verbraucher] besonderen Schutzbedürftigkeit“ interpretiert werden.¹²⁶⁸ Daher sei bereits aggressiv und damit unlauter, wenn der Unternehmer durch Werbung oder eine sonstige geschäftliche Handlung eine Machtposition gewinne, weil der Verbraucher aufgrund einer der genannten individuellen Eigenschaften zur kritischen Würdigung der Handlung nicht in der Lage sei, sodass der Unternehmer letztlich seinen Willen an die Stelle des Willens des Verbrauchers setze.¹²⁶⁹

¹²⁶⁴ Umsetzung von Art. 9 lit. c) der Richtlinie über unlautere Praktiken, RL 2005/29/EG.

¹²⁶⁵ Gemeint sind hier Kinder und Jugendliche, siehe *Heber* 2022, S. 187.

¹²⁶⁶ *Fezer/Büscher/Obergfell/Band 2-Scherer* 2016, § 4a UWG Rn. 477; *Ohly/Sosnitz-Sosnitz* 2023, § 4a UWG Nr. 189.

¹²⁶⁷ *Scherer* WRP 2016, S. 1441 (1443); siehe auch *Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander* 2024, § 4a UWG Rn. 1.59 und 1.61: z.B. die Aussage, ohne das Produkt habe der Verbraucher Nachteile zu erwarten. Siehe auch oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)bb)(2).

¹²⁶⁸ *Scherer* WRP 2016, S. 1441 (1444f.) [Einschub durch Autorin].

¹²⁶⁹ *Scherer* WRP 2016, S. 1441 (1444f.); *Fezer/Büscher/Obergfell/Band 2-Scherer* 2016, § 4a UWG Rn. 477: Werde ein Verbraucher, der an einer geistigen Beeinträchtigung leide, gezielt von einem Wettbewerber angesprochen, beispielsweise im Rahmen einer Verkaufsveranstaltung in einem Wohnheim für psychisch Kranke, so liege hierin ein Verstoß gegen § 4a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3; so jedenfalls im Ergebnis auch *Ohly/Sosnitz-Sosnitz* 2023, § 4a UWG Rn. 164: Werde einer der in § 4a Abs. 2 S. 2 UWG genannten Zustände ausgenutzt, sei dies i.d.R. als unlauter zu qualifizieren, da dies dem Ausnutzen einer Machtposition gleichkomme. Grundsätzlich seien aber stets die Voraussetzungen von § 4a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 UWG noch gesondert zu prüfen.

Unumstritten ist die Anwendbarkeit von § 4a UWG auf das Ausnutzen von geistigen Schwachzuständen jedoch dennoch nicht. So heißt es, § 4a Abs. 2 S. 2 UWG sei mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, RL 2005/29/EG, inkompatibel, da diese in Art. 9 lit. c) bei der Frage, welche Umstände die Aggressivität begründeten, gerade nicht auf persönliche Eigenschaften, sondern aufgrund des Begriffs „Umstände“ nur auf situative Aspekte abstelle.¹²⁷⁰ § 4a Abs. 2 S. 2 UWG müsse daher teleologisch reduziert werden und sei nicht anwendbar auf „geistige und körperliche Beeinträchtigungen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit ... von Verbrauchern“.¹²⁷¹ Die Berücksichtigung dieser Umstände falle allein unter § 3 Abs. 4 S. 2 UWG. Hiernach ist das Ausnutzen einer der persönlichen Eigenschaft des Verbrauchers, wenn keine darüberhinausgehende Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung festgestellt werden kann, wie etwa bei Verkaufsfördermaßnahmen, zwar nicht von § 4a UWG erfasst, aber die Unlauterkeit kann sich dann zumindest aus der Generalklausel des § 3 Abs. 2 i. V. m. Abs. 4 S. 2 UWG ergeben.¹²⁷²

Im Ergebnis ist jedenfalls unstrittig, dass das UWG das Ausnutzen persönlicher Schwächen erfasst, wenn auch fraglich ist, konkret unter welcher Vorschrift. Für den Schadensersatzanspruch des Verbrauchers ist dies aber ohnehin irrelevant, da § 9 Abs. 2 UWG sowohl auf aggressive geschäftliche Handlungen nach § 4a UWG als auch auf die Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG anwendbar ist.¹²⁷³

(2) Vertragsschluss bei geistiger Schwäche des Verbrauchers als wettbewerbsrechtlich unzulässige Handlung

Kernfrage bleibt, ob, unabhängig von der konkreten Verortung im UWG, eine Handlung nur dann unzulässig ist, wenn, wie bei der c.i.c., irgendeine über das Antragen des Vertragsschlusses an eine intellektuell überforderte Person hinausgehende Beeinflussung stattfindet. Eine solche darüberhinausgehende Beeinflussung liegt jedenfalls beim Einsatz der bereits besprochenen Verkaufsfördermaßnahmen vor,¹²⁷⁴ sodass diese als Anreizschaffung unlauter sind, wenn sie beim schutzwürdigen Verbraucher die Rationalität von Nachfrageentscheidungen beeinflussen, weil beispielsweise eine Gegenüberstellung von Preis und Gegenwert erschwert wird, wenn eine Zugabe ab einer bestimmten Menge ab-

¹²⁷⁰ Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 2.9 ff.

¹²⁷¹ Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 2.11.

¹²⁷² Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler und Alexander 2024, § 4a UWG Rn. 2.11 und 2.20., insbesondere im Zusammenhang mit der Nordjob-Messe-Entscheidung (BGH GRUR 2014, S. 682 ff.): Diese könne über § 3 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 4 S. 2 UWG gelöst werden.

¹²⁷³ Büscher WRP 2021, S. 132 (135).

¹²⁷⁴ Siehe oben zur c.i.c. ab Fn. 1158 ff.

genommener Waren versprochen wird¹²⁷⁵ oder der Ware ein Geschenk beigelegt wird¹²⁷⁶.

Weitergehend genügte aber unter Geltung von § 4 Nr. 2 UWG a.F.¹²⁷⁷ auch, dass überhaupt ein Vertrag mit einem schutzwürdigen Verbraucher abgeschlossen wurde, wenn dieser nur nicht in der Lage war, die wirtschaftliche Tragweite und die rechtliche Auswirkung eines Angebots abzuschätzen, ohne dass es bestimmter Anlockmaßnahmen bedurfte.¹²⁷⁸ Maßgeblich war, so die Ausführungen der Rechtsprechung, lediglich, ob sich die Unfähigkeit einer Person, beispielsweise eines Minderjährigen, Waren und Dienstleistungsangebote kritisch zu beurteilen, auf die Entscheidung für eine unterbreitetes Angebot auswirken konnte,¹²⁷⁹ bzw. ob der Schutzwürdige in der Lage war, das Angebot in Bezug auf Bedarf, wirtschaftliche Bedeutung, Preiswürdigkeit und finanzielle Belastungen zu bewerten.¹²⁸⁰ Diese Kriterien galten dabei natürlich für in Werbung eingekleidete Angebote, zumal Werbung schon für sich als manipulativ angesehen werden darf, lässt sich dem Grunde nach aber auf Vertragsangebote jeder Art erstrecken, auch solche, wo sich manipulative Tricks nicht mehr ohne Weiteres ausmachen lassen oder möglicherweise auch gar nicht benötigt werden.¹²⁸¹ Für eine Übernahme dieser Rechtsprechung spricht, dass § 4a Abs. 2 S. 2 UWG klarstellen sollte, dass die bisher in § 4 Nr. 2 UWG a.F. geschützten Verbraucher nun angemessen in § 4a geschützt werden.¹²⁸²

Eine solch großzügige Auslegung des UWG führt aber natürlich dazu, dass im UWG und damit zumindest im Verbraucher/Unternehmer-Verhältnis in

¹²⁷⁵ Vgl. OLG Frankfurt a.M. WRP 2005, S. 1305 (1306) – Milchtaler-Sammelaktion, dort aber die Wettbewerbswidrigkeit im Einzelfall verneint. Siehe auch BGH GRUR 2014, S. 682 (685) – Nordjob-Messe: Minderjährige nicht in der Lage, Tragweite einer Einwilligung in die Verarbeitung ihrer Daten zu Werbezwecken bei Teilnahme an einem Gewinnspiel zu überblicken.

¹²⁷⁶ So der Fall BGH WRP 2006, S. 69 ff. – Zeitschrift mit Sonnenbrille, allerdings die Unlauterkeit ebenso verneinend.

¹²⁷⁷ „Unlauter handelt insbesondere, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen.“ § 4 UWG a.F. wurde abgeschafft durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2.12.2015, BGBl. 2015 I 2185. § 4 UWG und § 4a UWG in aktueller Fassung wurden durch eben jenes Gesetz eingeführt und sind seit 10.12.2015 in Kraft.

¹²⁷⁸ So etwa BGH GRUR 1998, S. 1041 (1042) – Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheim.

¹²⁷⁹ Vgl. BGH WRP 2006, S. 885 (887) – Werbung für Klingeltöne.

¹²⁸⁰ Vgl. BGH WRP 2006, S. 69 (71) – Zeitschrift mit Sonnenbrille; BGH WRP 2006, S. 885 (884) – Werbung für Klingeltöne.

¹²⁸¹ Zur Werbung als öffentliche Anzeige etwa im Fall BGH WRP 2006, S. 885 (887) – Werbung für Klingeltöne. Im Fall BGH GRUR 1998, S. 1041 (1042) – Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheim – stellte der BGH aber allein darauf ab, dass die angesprochene Personengruppe nicht in der Lage war, das Angebot kritisch zu bewerten. Auf sonstige Willensbeeinflussungen kam es nicht an.

¹²⁸² BT-Drucks. 18/6571, S. 16.

Ansätzen eine relative Geschäftsunfähigkeit angelegt ist: Ganz individuell von Fall zu Fall und abhängig von der jeweiligen geschäftlichen Handlung und vom jeweiligen Produkt ist zu prüfen, ob der einer schutzwürdigen Personengruppe angehörende Verbraucher im Hinblick auf die Tragweite des Geschäfts kritikfähig ist.¹²⁸³ Mit anderen Worten darf bei mangelnder Kritikfähigkeit ein Vertrag mit einem Verbraucher nicht geschlossen werden bzw. es ist ein solcher Verbraucher an sein Rechtsgeschäft aufgrund des ihm zustehenden Vertragsaufhebungsanspruchs zumindest nicht gebunden, mag dies einschränkend auch zusätzlich die Kenntnis des Unternehmers vom Schwächezustand voraussetzen („bewusstes Ausnutzen“, § 4a Abs. 2 Nr. 3 UWG). Dies steht zwar in Widerspruch zum absoluten Verständnis des § 104 Nr. 2 BGB, dieser Widerspruch lässt sich aber an dieser Stelle dadurch auflösen, dass im Verbraucher/Unternehmer-Verhältnis die materiale Selbstbestimmung von vornherein von größerem Gewicht ist als im sonstigen Privatrecht, wie etwa die Regelungen zum Widerruf belegen.

Wenn nun im Übrigen in Bezug auf die Unlauterkeit von geschäftlichen Handlungen vom Verständnis der „wirtschaftlichen Tragweite“ und der „rechtlichen Auswirkungen“ die Rede ist, so klingt hier insbesondere auch nicht nur der Schutz solcher Personen an, die besonders beeinflussbar sind und sich daher gegebenenfalls auch einem neutralen Angebot nicht entziehen können – Fallgruppe 4 – oder die schon die wesentlichen Vertragsinhalte nicht verstehen – Fallgruppe 1 – an, sondern vor allem auch der Schutz von Personen der Fallgruppe 3, die sich motivbildende Umstände nicht vergegenwärtigen oder diese angemessen bewerten können, wenn sich der Unternehmer dies zunutze macht. Verbleiben beim Verbraucher nur Verständnisschwierigkeiten hinsichtlich der einzelvertraglichen Ausgestaltung i. S. d. Fallgruppe 2, so muss der Abschluss des Geschäfts noch nicht notwendigerweise als unlauter gewertet werden.

ee) Bewertung

Im Verbraucher/Unternehmer-Verhältnis kann bei als unlauter zu wertenden Geschäftspraktiken des Unternehmers über § 9 Abs. 2 UWG eine Vertragsaufhebung bewirkt werden. Hiervon profitieren wiederum insbesondere die Personen der Fallgruppe 4, da zahlreiche der vom UWG erfassten Handlungen mit einer Täuschung oder Willensbeeinflussung einhergehen, sodass damit besonderen Schutz erhält, wer für solche Praktiken besonders anfällig ist: Denn jedenfalls dann – aber wiederum auch nur dann –, wenn von einer Maßnahme voraussichtlich eine besonders schützenswerte Personengruppe betroffen sein wird, bestimmt sich die Lauterkeit einer Handlung nach einem durchschnittlichen Angehörigen dieser Personengruppe. Damit hängt auch der Schutz des UWG dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher gezielt anspricht, nicht

¹²⁸³ Scherer WRP 2016, S. 1441 (1445).

anders als der der c.i.c. wieder von der Erkennbarkeit des Schwächezustands des Betroffenen ab, was wiederum gerade bei Demenzen für Laien schwierig sein kann.

Anders als die c.i.c. ermöglicht das UWG aber auch die Rückabwicklung solcher Verträge, die allein aufgrund eines Schwächezustands i. S. d. Fallgruppen 1, 3 und 4 zustande gekommen sind, ohne dass der Unternehmer irgendwelche „Tricks“ angewendet hat, um den Verbraucher zum Vertragsschluss zu bewegen. Dies kommt einer relativen Geschäftsunfähigkeit sehr nahe, da die Verbraucher der genannten Fallgruppen damit, auch wenn zusätzlich die Kenntnis des Unternehmers vorausgesetzt ist, nicht an ihre Verträge gebunden sind.

Diese Voraussetzung der Kenntnis schwächt dabei allerdings die Schutzwirkung des UWG wiederum. Selbiges gilt für die Tatsache, dass der Verbraucher selbst aktiv werden muss, um sich von der vertraglichen Verpflichtung zu befreien. Dass die Obliegenheit, selbst Lösungsrechte geltend machen zu müssen, Schutzlücken lässt, wurde bereits festgestellt.¹²⁸⁴

4. Zwischenergebnis

Die Anfechtung im Fall von arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung nach § 123 BGB bzw. alle auf Vertragsaufhebung gerichteten Schadensersatzansprüche sind nur zu bruchstückhaftem Schutz geeignet, da sie zum einen nur dann eingreifen, wenn eine Willensbeeinflussung von außen vorliegt¹²⁸⁵; ihre Schutzwirkung beschränkt sich also auf die Personen der Fallgruppe 4. Zum anderen setzen sie, wie auch schon das Anfechtungsrecht nach § 119 BGB, voraus, dass der zu Schützende sich nachträglich aktiv um die Vertragsaufhebung bemüht, wenn er auf der Grundlage unzulässiger Willensbeeinflussung zu einem Vertragsschluss gedrängt wurde. Ob der Betroffene sein Auflösungsrecht jedoch ausübt, kann aber fraglich sein und hängt von verschiedenen Faktoren ab, nicht nur davon, dass der Betroffene von diesem Recht überhaupt Kenntnis hat, sondern auch davon, dass er sich überhaupt zur Ausübung dieses Rechts veranlasst sieht: Er muss sich seiner Willensbeeinflussung sowie einer eventuellen Unerwünschtheit des Vertrags bewusst sein, was je nach Ausprägung der geistigen Schwäche aber nicht zwingend gegeben ist. Auch die Beziehung zum Vertragspartner kann ihn von einer Vertragsaufhebung abhalten, selbst wenn er die Willensbeeinflussung erkennt und er sich vom Vertrag gern wieder lösen würde.

Außerdem sind das Anfechtungsrecht nach § 123 BGB sowie die Schadensersatzansprüche auch nicht umfassend auf alle Willensbeeinflussungen anwendbar: Die Anfechtung nach § 123 BGB setzt nicht nur den Grad einer vorsätzli-

¹²⁸⁴ Siehe oben etwa zur Anfechtung unter 3. Kapitel B.III.2.a)cc)(2) und IV.1.c) und zur c.i.c. IV.2.c).

¹²⁸⁵ Zum Anfechtungsrecht nach § 119 BGB aber oben unter 3. Kapitel B.III.2.

chen Täuschung voraus, sondern auch, dass die richtige Person täuscht, also der Vertragspartner selbst oder eine ihm zuzurechnende Person. Täuscht ein Dritter, so muss die Täuschung dem Vertragspartner zumindest erkennbar gewesen sein. Ist dies nicht der Fall, ist trotz Willensbeeinflussung kein Anfechtungsrecht gegeben.

Auch die c.i.c. ist nur dann einschlägig, wenn die Willensbeeinflussung durch den Dritten dem Vertragspartner zumindest erkennbar war, wobei die c.i.c. gegenüber § 123 BGB immerhin den Vorteil hat, auch fahrlässige Täuschungen und unterhalb der Drohung liegende Willensbeeinflussungen zu erfassen. Was dabei eine unlautere Willensbeeinflussung ist, hängt von den individuellen Eigenschaften des Beeinflussten ab, also von den Fähigkeiten des Einzelnen, sich einer bestimmten Situation zu entziehen. Dies ermöglicht jedenfalls dem Grunde nach individualisierten Schutz der Personen der Fallgruppe 4, die als krankheitsbedingt besonders beeinflussbar gelten – allerdings eben stets unter der Voraussetzung, dass der Vertragspartner sich diesen Zustand zunutze macht, was wiederum die Erkennbarkeit dieses Zustands voraussetzt.

Dennoch bedarf es trotz der gegenüber der Anfechtung sowie Ansprüchen aus § 826 BGB geringeren Anforderungen der c.i.c. auch dort stets der genauen Untersuchung im Einzelfall, ob sich der Vertragspartner den Schwächezustand wirklich in unlauterer Weise zunutze macht: Hiervon kann jedenfalls dort nicht die Rede sein, wo keine über den bloßen Antrag eines Rechtsgeschäfts hinausgehende Beeinflussung zu identifizieren ist, weder vom Vertragspartner noch von einem Dritten, selbst wenn schon allein das Formulieren des Angebots selbst beim Angebotsempfänger Unsicherheit oder Druck hervorrufen kann. Damit ist der Antragende weder primär verpflichtet, von einem solchen Vertragsschluss abzusehen, noch hat der beeinflusste Angebotsempfänger einen nachträglichen Anspruch auf Vertragsaufhebung. Eine Ausnahme gilt auch nicht in Fällen besonderer Fürsorge- und Rücksichtnahmepflichten. Eine solche Unterlassenspflicht bzw. ein solches nachträgliches Lösungsrecht liefe auf eine Geschäftsunfähigkeit durch die Hintertür hinaus, da § 104 Nr. 2 BGB die erhöhte Beeinflussbarkeit nicht als für die Annahme von Geschäftsunfähigkeit ausreichend betrachtet.

Aus demselben Grund kann auch eine Pflicht, einen Vertragsschluss zu unterlassen, bzw. ein nachträgliches Aufhebungsrecht dann nicht anerkannt werden, wenn der von den Fallgruppen 1–3 erfasste Angebotsempfänger oder gar der hiervon erfasste Antragende den angebotenen bzw. von ihm selbst angetragenen Vertrag nur erkennbar nicht versteht: Hier eine Unterlassenspflicht anzunehmen, bedeutete eine ebenso nicht anerkannte relative Geschäftsfähigkeit durch die Hintertür. Daher kann auch in Fällen besonderer Fürsorge- und Rücksichtnahmepflichten keine solche Unterlassenspflicht existieren. Eine Ausnahme gilt nur im Anwendungsbereich des UWG, wo die Verhaltenspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher strenger sind als im Verhält-

nis zwischen Privaten: Mit einem intellektuell überforderten Verbraucher darf kein Vertrag geschlossen werden. Allerdings setzt auch ein Anspruch auf Vertragsaufhebung nach § 9 Abs. 2 UWG einschränkend voraus, dass der Unternehmer vom Schwächezustand Kenntnis hatte.

V. Mitteilungspflichten

Ist eine Person von einem tatsächlichen oder rechtlichen Sachverhalt überfordert und unterliegt einer Fehlvorstellung oder Unwissenheit, gleich, ob durch Beeinflussung hervorgerufen oder aufgrund ihrer eigenen geistigen Schwäche, so schützt das Recht nicht nur rückwirkend durch die eben besprochenen Rechte wie Anfechtungs- und Schadensersatzrechte. Es schützt in manchen Situationen auch prospektiv, insbesondere durch bestimmte Mitteilungspflichten, um eine informierte Willensbildung in Bezug auf den Abschluss des Rechtsgeschäfts zu ermöglichen. Mitteilungspflichten entstehen in unterschiedlichen Situationen und können unterschiedlicher Intensität sein. Aufgrund dieser unterschiedlichen Intensität sollen im Folgenden für die verschiedenen Mitteilungspflichten auch unterschiedliche Begrifflichkeiten gewählt werden (1.). Dabei stellt sich die Frage, in welchen Situationen welche Pflichten mit welcher Intensität entstehen sowie welchen Schutz sie insbesondere für Personen der Fallgruppen 1–3 tatsächlich zu leisten vermögen (2.). Informationspflichten richten sich daher im Wesentlichen an Personen, die schon „aus sich heraus“ bestimmte Aspekte nicht verstehen oder überblicken. Im Einzelfall kann aber auch die Vertragsschlusssituation bzw. das Verhalten des Vertragspartners dazu beitragen, dass eine Person bei Vertragsschluss verschiedene Tatsachen erkennt. Sofern auch in solchen Situationen Mitteilungspflichten bestehen, sind folglich auch punktuell Personen der Fallgruppe 4 angesprochen, wie etwa bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

Da die Schutzwirkung von Mitteilungspflichten, wie zu zeigen sein wird, begrenzt ist, ist zudem von besonderer Bedeutung, ob der Mitteilungsberechtigte trotz grundsätzlicher Erfüllung der Mitteilungspflicht ergänzend durch weitere Vorschriften Schutz erfährt (3.). Außerdem muss selbstredend gesichert sein, dass das Recht schützt, wenn diese Mitteilungspflichten vor Vertragsschluss gar nicht erst erfüllt werden, obwohl ein Anspruch hierauf besteht. Nicht nur dienen diese Rechte und Ansprüche im Fall verletzter Aufklärungspflichten dem nachträglichen Schutz des Aufklärungsberechtigten, sie können auch präventiv wirken, indem sie den Aufklärungspflichtigen schon im Vorfeld dazu anhalten, seinen Pflichten nachzukommen, um über Sekundäransprüche keine negativen Folgen erleiden zu müssen (4.).

1. Begriffsbestimmungen

Da im Folgenden „Wissenserklärungen“¹²⁸⁶ unterschiedlicher Intensität angesprochen werden, bietet es sich an, eingangs einige Begrifflichkeiten zu klären. Vertreten wird in diesem Zusammenhang so gut wie alles: Während Differenzierungen teils gänzlich abgelehnt werden¹²⁸⁷ oder unter dem Überbegriff der „Informationspflichten“ lediglich die Kategorien der „Aufklärungs“- bzw. „Beratungspflichten“ unterschieden werden,¹²⁸⁸ teilt beispielsweise *Hadding* „Wissenserklärungen“ in gar fünf Kategorien aufsteigender Intensität ein: Unterrichtung, Aufklärung, Auskunft, Beratung und Empfehlung.¹²⁸⁹

Während die Unterrichtung nur die Verschaffung der Kenntnis von Tatsachen umfasse,¹²⁹⁰ handle es sich bei der Aufklärung um eine belehrende Unterrichtung, zu der gehöre, dass das vermittelte Wissen auch erläutert werde, um das Verständnis von Zusammenhängen zu ermöglichen.¹²⁹¹ Beide Kategorien meinen jedoch, dass es sich um Wissenserklärungen handle, die erteilt würden, ohne dass der Erklärungsempfänger diese erbeten habe. Von diesen beiden Mitteilungspflichten zu unterscheiden seien also jene, die erst auf Anfrage des Erklärungsempfängers erteilt würden: In diese Kategorie gehöre die Auskunft, durch die bestimmte Tatsachen konkret als Antwort auf eine zuvor gestellte Frage mitgeteilt würden.¹²⁹² Eine Beratung schließlich enthalte als Kern eine Auskunft, gehe jedoch darüber hinaus, indem der Beratende verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten darstellen und auf alternative Faktoren hinweisen müsse, die für die Entscheidung maßgeblich sein könnten. Der Beratende formuliere einen Vorschlag unter Berücksichtigung der verschiedenen Aspekte, die für diese oder jene Entscheidung sprechen.¹²⁹³ Insgesamt müsse der Vorschlag, was zu tun sei, dabei offen bleiben. Konkretisiere sich der Rat zu einer bestimm-

¹²⁸⁶ Begriff bei *Hadding*, in: *Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven*, S. 61 (72).

¹²⁸⁷ *Breidenbach* 1989, S. 4. Abstufungen ablehnend und ein „einheitliches Konzept von Aufklärungs- und Beratungspflichten“ annehmend auch *MüKo BGB/Band 2-Bachmann* 2022, § 241 BGB Rn. 187. Keine Unterscheidung auch bei *Rehm* 2003, S. 3.

¹²⁸⁸ *Staudinger BGB-Olzen* 2024, § 241 BGB Rn. 437; zur Unterscheidung zwischen Aufklärung und Beratung auch *MüKo BGB/Band 2-Grundmann* 2022, § 276 BGB Rn. 116; Beratung und Aufklärung trennend auch *Nobbe*, in: *Bankrecht* 1998, S. 235 (236 ff.); *Armbrüster ZVersWiss* 2008, S. 425 (426); *MüKo VVG/Band 1-Armbrüster* 2022, Vor §§ 6, 7 VVG Rn. 3; siehe zum Unterschied zwischen Information und Beratung im Zusammenhang mit der Kreditvergabe auch *Schäfer VuR* 2014, S. 207 (215). Im Übrigen unterscheidet auch die Rechtsprechung, siehe nur *BGH NJW* 1998, S. 305 (306).

¹²⁸⁹ *Hadding*, in: *Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven*, S. 61 (72 ff.).

¹²⁹⁰ *Hadding*, in: *Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven*, S. 61 (73).

¹²⁹¹ *Hadding*, in: *Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven*, S. 61 (73 f.); ihm folgend *Hucke* 2005, S. 15 f.; siehe auch *Böhme* 1964, S. 8, wenn auch insgesamt weniger differenziert: Aufklärungspflicht (Offenbarungspflicht) als „Verschaffung der Klarheit über für ein beabsichtigtes rechtsgeschäftliches Handeln.“

¹²⁹² *Hadding*, in: *Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven*, S. 61 (74).

¹²⁹³ *Hadding*, in: *Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven*, S. 61 (74 f.).

ten Handlungsvariante, so liege hingegen eine Empfehlung vor.¹²⁹⁴ Andere hingegen trennen Beratung und Empfehlungen weniger streng: So erfasse die Beratung, anders als reine Informationserteilung, auch Empfehlungen zur Verwertung der vermittelten Informationen¹²⁹⁵ bzw. eine umfassendere Informationserteilung und Entscheidungshilfe.¹²⁹⁶

Über die exakte Abgrenzung der verschiedenen Bereiche ließe sich sicher länger streiten, aber insbesondere die kleinteilige Differenzierung von *Hadding* zeigt in der Sache sehr deutlich, nach welchem Hauptkriterium sich „Wissenserklärungen“ in zwei wesentliche Kategorien unterteilen lassen: einmal obliegt es dem Erklärungsempfänger selbst, die erteilten Informationen (und gegebenenfalls die zugehörigen Erläuterungen) zu verarbeiten und eigene Schlüsse daraus zu ziehen; das andere Mal wird ihm diese Aufgabe abgenommen, indem ihm pro und contra verschiedener Handlungsmöglichkeiten vor Augen geführt und konkrete Handlungsvorschläge formuliert werden, wenn nicht gar nur eine einzige, den Bedürfnissen des Empfängers am besten entsprechende Handlungsempfehlung.

Aufgrund dieser beiden unterschiedlichen Elemente, die eine „Wissenserklärung“ charakterisieren können, handelt es sich bei unterschiedlichen Bezeichnungen beider Kategorien von Erklärungen auch nicht nur um ein „Phänomen sprachlicher Kreativität“.¹²⁹⁷ Alles andere würde bedeuten, eindeutig unterschiedliche Inhalte unter einem Sammelbegriff zu vereinigen.¹²⁹⁸ Der Gesetzgeber selbst geht im Übrigen davon aus, dass Vertragspartner unterschiedlich intensive Pflichten im vorvertraglichen Bereich treffen können, indem er an verschiedenen Stellen beispielsweise zwischen Informationspflichten,¹²⁹⁹ Erläuterungspflichten¹³⁰⁰ und Beratungspflichten¹³⁰¹ unterscheidet.¹³⁰²

Im Ergebnis soll in den folgenden Abschnitten im Wesentlichen zwischen drei verschiedenen Mitteilungspflichten unterschieden werden: für bestimmte Vertragstypen gesetzlich angeordnete Informationspflichten als grundsätzlich

¹²⁹⁴ *Hadding*, in: Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven, S. 61 (75f.).

¹²⁹⁵ *Armbrüster ZVersWiss* 2008, S. 425 (426); am Beispiel von Immobilienkaufverträgen: BeckOGK-*Herresthal*, § 311 BGB Rn. 433: Dem Käufer solle ein Rat erteilt und eine Empfehlung zum Erwerb gegeben werden. Im Zusammenhang mit § 511 BGB, siehe BeckOK BGB-Möller, § 511 BGB Rn. 2: Ziel der Beratung sei es, eine konkrete Empfehlung zu erlangen. Ebenso ausdrücklich zur Anlageberatung: Erman BGB/Band 1-*Dieckmann* 2023, § 311 BGB Rn. 68

¹²⁹⁶ Staudinger BGB-Olzen 2024, § 241 BGB Rn. 437.

¹²⁹⁷ So aber *Breidenbach* 1989, S. 4. Abstufungen grundsätzlich ablehnend auch MüKo BGB/Band 2-*Bachmann* 2022, § 241 BGB Rn. 187.

¹²⁹⁸ Siehe auch *Huckele* 2005, S. 17ff.

¹²⁹⁹ Siehe nur § 312a Abs. 2 BGB zur allgemeinen Informationspflicht bei Verbraucherverträgen, § 491a Abs. 1 BGB zu Informationspflichten bei Verbraucherdarlehensverträgen.

¹³⁰⁰ Siehe § 491a Abs. 3 BGB zur Erläuterungspflicht bei Verbraucherdarlehensverträgen.

¹³⁰¹ Siehe § 6 VVG zur Beratungspflicht bei Versicherungsverträgen vs. § 7 VVG zur Informationspflicht bei Versicherungsverträgen.

¹³⁰² Zu diesen spezialgesetzlichen Pflichten noch unten unter 3. Kapitel B.V.2.b).

standardisierte Tatsachenvermittlungen einerseits, dem Verständnishorizont des Adressaten angepasste, nicht geregelte und vom Vertragstyp unabhängige Aufklärungspflichten andererseits sowie Beratungspflichten.¹³⁰³

Wesentlich ist für sowohl Informations- als Aufklärungspflichten, dass der Erklärungsempfänger selbst bewertet, ob der Vertragsschluss ihm nützt oder nicht.¹³⁰⁴ Das Gegenstück ist die Beratung: Hier ist prägend, dass der Beratungspflichtige im Ergebnis eine Empfehlung oder zumindest einen oder mehrere Lösungsvorschläge unterbreiten muss.¹³⁰⁵

Hinsichtlich der Aufklärungspflichten ist im Übrigen nicht ganz eindeutig, ob es sich, i. S. d. Unterscheidung *Haddings*, nur um reine Informationspflichten oder doch um Informationspflichten plus Erläuterung handelt. So wird eine Aufklärungspflicht nach der Rechtsprechung zwar einerseits durch das „Verschweigen von Tatsachen“ verletzt,¹³⁰⁶ sodass diese Pflicht also grundsätzlich wohl schon (nur) durch die Mitteilung von Tatsachen bzw. durch das „Hinweisen auf Umstände“¹³⁰⁷ erfüllt wird. Andererseits sind diese Aufklärungspflichten aber – und dies soll vorweggenommen werden – am Verständnishorizont des Erklärungsempfängers auszurichten und damit so zu erfüllen, dass der konkrete Adressat sie versteht.¹³⁰⁸ Daraus folgt, dass es bei diesen Aufklärungspflichten nicht sinnvoll ist, streng zwischen Tatsachenmitteilung einerseits und Erläuterung andererseits zu differenzieren: Zum einen ist eine saubere Abgrenzung zwischen einem Formulieren der Tatsachen auf eine für den Adressaten verständliche Weise einerseits und einer Erläuterung dieser Tatsachen andererseits ohnehin unmöglich. Zum anderen muss eine mitteilungspflichtige Tatsache doch wohl gegebenenfalls auch erläutert werden, wenn erkennbar ist, dass das Gegenüber mit der bloßen Tatsachenmitteilung nichts anfangen kann, da die Aufklärungspflicht sonst ihren Zweck verfehlte. Aus diesem Grund ist es auch abzulehnen, wenn statt dem Begriff der Aufklärungspflicht synonym der Begriff der Informationspflicht verwendet wird. Denn der Begriff der Informationspflicht wird vom Gesetzgeber selbst verwendet, der hierunter standardi-

¹³⁰³ Dieser Dreiklang auch bei *Schwintowski* ZBB 1999, S. 385 (385 f.).

¹³⁰⁴ So auch *Grunewald* AcP (190) 1990, S. 609 (611): Der Einzelne solle in den Stand versetzt werden, seine Interessen richtig einzuschätzen und seine Belange zu wahren. Ebenso *Nobbe*, in: *Bankrecht* 1998, S. 235 (237); *Breidenbach* 1989, S. 11 f.: Information entlasse nicht aus der Selbstverantwortung.

¹³⁰⁵ *Nobbe*, in: *Bankrecht* 1998, S. 235 (237): Bei einer Beratung sei wesentlich mehr geschuldet als bei einer Aufklärung. Der Schuldner habe die Informationen fachmännisch zu bewerten und eine sachgerechte Empfehlung zu geben. Ebenso *Huckele* 2005, S. 16. Siehe auch MüKo VVG/Band 1-*Armbrüster* 2022, Vor §§ 6, 7 VVG Rn. 3; bei Staudinger BGB-*Olzen* 2024, § 241 BGB Rn. 485 heißt es zumindest, Beratungspflichten seien „umfassender“ als Aufklärungspflichten.

¹³⁰⁶ BGH NJW 1983, S. 2493 (2493 f.); BGH NJW 1989, S. 763 (764).

¹³⁰⁷ BGH NJW 1989, S. 763 (764); so auch Staudinger BGB-*Olzen* 2024, § 241 BGB Rn. 437: Aufklärungspflichten als „Hinweispflichten auf bestimmte Gegebenheiten“.

¹³⁰⁸ Siehe unten unter 3. Kapitel B.V.2.a)bb).

sierte Mitteilungen versteht.¹³⁰⁹ Dabei können aber diese Informationspflichten, wenn gesetzlich angeordnet, zusätzlich mit einer Erläuterungspflicht versehen sein.

Daneben bestehen bei bestimmten Berufsgruppen, wie etwa Notaren, im Übrigen auch Belehrungspflichten. Diese Pflichten enthalten sowohl Aufklärungs- als auch Beratungselemente.

2. Schutz durch Mitteilungspflichten

a) Vertragstypsunabhängige Aufklärungs- und Beratungspflichten

aa) Entstehung und Bezugspunkt von Aufklärungspflichten

(1) Entstehung

Es besteht im rechtsgeschäftlichen Verkehr keine generelle Pflicht, auf alle Umstände, die für die Willensbildung des Gegenübers von Bedeutung sein könnten, hinzuweisen.¹³¹⁰ Denn es ist zum einen Teil der Privatautonomie der einen Partei, Wissensvorsprünge nutzen zu dürfen,¹³¹¹ zum anderen Teil der Eigenverantwortung der anderen Partei, zu bestimmen, ob ihr der Vertrag nützt, und sich die notwendigen Informationen zu verschaffen.¹³¹² Gleichzeitig ist aber die Freiheit der Willensbildung der anderen Partei gestört, wenn sie zur Erkenntnis und Wertung der eigenen Interessen nicht in der Lage ist, etwa weil sie wegen geschäftlicher Unerfahrenheit nicht über die für ihre Entscheidung notwendigen Informationen verfügt.¹³¹³ Die Rechtsordnung verfolgt daher auch legitime Interessen, wenn sie auf eine Beseitigung von Informationsdefiziten hinwirkt: Nicht nur kann so eine Benachteiligung der unterlegenen Partei vermieden werden, es wird so auch die von unserer Privatrechtsordnung vorausgesetzte „Richtigkeitsgewähr“ für den Vertrag erzielt.¹³¹⁴

¹³⁰⁹ Siehe nur § 312d BGB für Fernabsatzverträge. Ausführlich noch unten unter 3. Kapitel B.V.2.b).

¹³¹⁰ BGH NJW 1983, S. 2493 (2494); Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 10; Huckle 2005, S. 10; Miettinen 2005, S. 12; Heber 2022, S. 177.

¹³¹¹ Huckle 2005, S. 10.

¹³¹² Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (466); Huckle 2005, S. 10; Herresthal WM 2009, S. 1174 (1174); Böhme 1964, S. 10.

Huckle 2005, S. 10; Schwarze 2001, S. 21 ff.; Böhme 1964, S. 10.

¹³¹³ Schumacher 1979, S. 119.

¹³¹⁴ Grunewald AcP (190) 1990, S. 609 (611 f.); Dauner-Lieb 1983, S. 77 f.; siehe auch LG Frankfurt BB 1970, S. 943 (944): Wisse eine Partei mangels Aufklärung nicht, was in ihrem Interesse liege, könne von „einem einigermaßen gerechten Ausgleich divergierender Parteiinteressen nicht mehr gesprochen werden.“ Vor Abschluss eines Fernlehrgangs müsse der Kunde darüber aufgeklärt werden, dass gewisse Fähigkeiten erforderlich seien, um am Lehrgang teilzunehmen, wenn der Kunde dies nicht selbst beurteilen könne. Siehe auch Böhme 1964, S. 11: Schutz vor rücksichtsloser Übervorteilung.

Wann nun aber zum Zweck der Herstellung von Verhandlungssymmetrie eine Aufklärungspflicht besteht, ist eine Frage des Einzelfalls.¹³¹⁵ Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH besteht, auf eine allgemeine Formel gebracht, bei Vertragsverhandlungen, in denen die Beteiligten entgegengesetzte Interessen verfolgen, die Pflicht, den anderen Teil aufzuklären, wenn das Verschweigen von Tatsachen „insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Vereitelung des Vertragszwecks gegen Treu und Glauben verstoßen würde und der Erklärungsgegner die Mitteilung der verschwiegenen Tatsache nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte“, weil diese Tatsache für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung ist.¹³¹⁶ Es geht um Umstände, bei deren Kenntnis der Betroffene den Vertragsschluss unterlassen hätte, weil er mit diesem Vertrag nicht die von ihm angestrebten Zwecke erreichen kann.¹³¹⁷

Auf dieser Grundlage hat die Rechtsprechung in einer Vielzahl von Einzelurteilen für unterschiedliche Vertragstypen fallgruppenartig bestimmt, wann und in welchem Umfang Aufklärungspflichten in Betracht kommen. So haben sich vertragsbezogene Typen von Aufklärungspflichten entwickelt, etwa für Kaufverträge, Arbeitsverträge und Bankverträge.¹³¹⁸

Aus dieser Vielzahl von Einzelurteilen lassen sich abstrakte Kriterien herausfiltern, die unabhängig vom Vertragstypus Aufklärungspflichten begründen können. Diese Kriterien werden als „bewegliches System“ verstanden, wonach sie in der Gesamtschau, je nach Zahl oder Gewicht, zum Bestehen von Informationspflichten führen können.¹³¹⁹

Für eine Aufklärungspflicht sprechen etwa die Sachkunde des Vertragspartners und seine Berufserfahrung, das Bestehen laufender Geschäftsbeziehungen sowie sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Vertragsverhandlungen.¹³²⁰ Auch aufgrund der Art des sich anbahnenden Geschäfts, etwa bei Eingehung langfristiger Vertragsbeziehungen, können sich Offenbarungspflichten

¹³¹⁵ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 34; siehe auch BGH NJW 1983, 2493 (2494), wonach Aufklärungspflichten immer nur aus besonderen Gründen anhand der Umstände des Einzelfalls begründet werden könnten.

¹³¹⁶ BGH NJW 1983, S. 2493 (2494); BGH NJW 1989, S. 763 (764); BGH NJW 1979, S. 2243 (2243); BGH NJW 2001, S. 2021 (2021); MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 34; Lorenz 1997, S. 417 ff.; zur Ableitung des Prinzips der Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben: *Schumacher* 1979, S. 98 f.

¹³¹⁷ Lorenz 1997, S. 417.

¹³¹⁸ Siehe wiederum die Aufzählungen bei MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 39 ff.; Staudinger BGB-*Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 13 ff.; BeckOK BGB-*Sutschet*, § 311 BGB Rn. 84 ff.; vgl. Lorenz 1997, S. 321.

¹³¹⁹ Staudinger BGB-*Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 11; *Schumacher* 1979, S. 99 ff.; *Breidenbach* 1989, S. 62: Die maßgeblichen Kriterien, die in das „bewegliche System“ einzustellen seien, seien Informationsbedarf, Möglichkeit der Information und Funktionskreis.

¹³²⁰ Staudinger BGB-*Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 11; *Böhme* 1964, S. 68 ff.: Maßgeblich sei das in Anspruch genommene Vertrauen.

ergeben,¹³²¹ ebenso, wenn ein persönliches Treue- oder Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragspartnern besteht.¹³²² Für das Bestehen von Aufklärungspflichten bezüglich wesentlicher Umstände spricht auch, wenn ein Geschäft für den Vertragspartner eine besondere wirtschaftliche Bedeutung hat.¹³²³

An Aufklärungspflichten ist auch bei struktureller Überlegenheit des Informationspflichtigen einerseits und Unerfahrenheit des Vertragspartners andererseits zu denken.¹³²⁴ Denn gerade dies sind Situationen, in denen die Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie beeinträchtigt sind, sodass von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung nur noch sehr eingeschränkt gesprochen werden kann.¹³²⁵ Daher kommt eine Aufklärungspflicht insbesondere dort in Betracht, wo es sich um komplexe Vertragsgestaltungen handelt, deren rechtliche und wirtschaftliche Tragweite der unterlegene Vertragspartner nicht beurteilen kann und von dem daher nicht zu erwarten ist, dass er sich die erforderlichen Informationen selbst beschafft.¹³²⁶

Wann dabei in Bezug auf Risiken, also die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite, im Einzelfall eine Aufklärungspflicht besteht, kann nur aufgrund der individuellen Umstände ermittelt werden: So muss zwar ein unerfahrener Anleger über die steuerlichen Auswirkungen einer Beteiligung als Kommanditist aufgeklärt werden, insbesondere, wenn unter steuerlichen Gesichtspunkten für eine solche Beteiligung kein vernünftiger Grund besteht.¹³²⁷ Nicht aber besteht etwa bei einer Bürgschaft die Pflicht des Gläubigers, den Bürgen über den Umfang seines Risikos oder über die Vermögensverhältnisse des Schuldners aufzuklären.¹³²⁸ Der Gläubiger soll davon ausgehen können, dass sich der Bürge ausreichend über alle Risiken informiert habe, da das Risiko der Inanspruchnahme allgemein bekannt und zudem durch die Schriftform offengelegt sei.¹³²⁹

¹³²¹ BeckOK BGB-*Suttschbet*, § 311 BGB Rn. 77.

¹³²² MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 34; Lorenz 1997, S. 433 f.

¹³²³ MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 34.

¹³²⁴ Staudinger BGB-*Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 11; MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 35; siehe auch *Schumacher* 1979, S. 106 ff.: Aufklärungspflicht bei besonderer Komplexität des Geschäfts oder bei besonderer Schwierigkeit Unerfahrener, Vor- und Nachteile zu bewerten. Ebenso *Böhme* 1964, S. 75 f., 148 f.; zur Aufklärung unerfahrener Käufer und Darlehensnehmer im Rahmen von Teilzahlungsfinanzierungsverträge durch die Bank: BGH NJW 1967, S. 1022 (1023).

¹³²⁵ Staudinger BGB-*Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 12.

¹³²⁶ Staudinger BGB-*Singer und von Finckenstein* 2021, § 123 BGB Rn. 12.

¹³²⁷ KG Berlin, Urt. v. 25.11.1999 – 2 U 5227/98.

¹³²⁸ BGH NJW 1991, S. 170 (170); BGH NJW-RR 1986, S. 210 (210); BGH NJW-RR 1987, S. 1291 (1293); BGH NJW 1988, S. 3205 (3206); vgl. aber BGH WM 1974, S. 1129 (1130): Aufklärungspflicht bei geschäftlicher Unerfahrenheit.

¹³²⁹ BGH NJW 1991, S. 170 (170); BGH NJW-RR 1986, S. 210 (210); BGH NJW 1988, S. 3205 (3206); siehe auch BGH NJW 1995, S. 1886 (1887); *Merz* ZRP 1991, S. 307 (307): Schon in der Bibel stehe geschrieben: „Hüte dich, für fremde Leute Bürgschaft zu geben und Handschlag zu geben. So du es nicht hast zu bezahlen, wird man dein Bett dir unterm Leibe fortnehmen.“

Eine Aufklärungspflicht soll nicht einmal dann bestehen, wenn eine Person ohne nennenswertes Einkommen für einen Angehörigen bürgt.¹³³⁰ Dabei ist aber die Grenze zur aktiven Täuschung fließend: Eine Täuschung liegt etwa vor, wenn der Gläubiger durch sein Verhalten einen Irrtum des Bürgen über dessen erhöhtes Risiko veranlasst hat¹³³¹ bzw. das Risiko einer Bürgschaft verharmlost.¹³³² Im Falle einer Täuschung ist der Betroffene, jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen, über Anfechtungs- und Schadensersatzrechte geschützt.¹³³³

Eine etwaige Aufklärungspflicht über Risiken, die mit einem Geschäft einhergehen, spielt auch bei Verbraucherkreditverträgen eine Rolle: Die Informations- und Erläuterungspflicht bei Verbraucherkreditverträgen ist zwar in weiten Teilen im BGB im Zuge der Umsetzung der Verbraucherkredit-RL (RL 2008/48/EG) und der Wohnimmobilienkredit-RL (RL 2014/17/EU) geregelt worden.¹³³⁴ Eigenständige Bedeutung hat aber nach wie vor die ungeschriebene Aufklärungspflicht der Bank hinsichtlich Risiken des finanzierten Geschäfts, die jedoch wiederum nur in engen Grenzen bestehen soll: So sei eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen grundsätzlich nicht zur Aufklärung über die Risiken des finanzierten Geschäfts verpflichtet, da sie davon ausgehen dürfe, der Kunde habe die notwendige Kenntnis und Erfahrung oder habe sich zumindest der Hilfe von Fachleuten bedient.¹³³⁵ Nur dann, wenn die Bank einen speziellen Wissensvorsprung habe und dies auch erkennen könne, bestehe eine Aufklärungspflicht, etwa dann, wenn die Bank erkennen könne, dass der Preis des zu finanzierenden Geschäfts unangemessen hoch sei. Dann liege eine solch wesentliche Äquivalenzstörung vor, dass die Bank von sittenwidriger Übervorteilung ausgehen müsse. Auf diese Unangemessenheit des Kaufpreises müsse die Bank hinweisen.¹³³⁶ Die Kenntnis der Bank von der Überteurung wird aber im Übrigen

¹³³⁰ Erman BGB/Band 1-Dieckmann 2023, § 311 BGB Rn. 54, allerdings Möglichkeit einer Sittenwidrigkeit.

¹³³¹ BGH NJW 1991, S. 170 (170); BGH NJW-RR 1986, S. 210 (210); BGH NJW-RR 1987, S. 1291 (1293); BGH NJW 1988, S. 3205 (3206). Unklar ist dabei, weshalb nur Irrtümer über „erhöhte“ Risiken relevant sein sollten. Letztlich geht es wohl dabei um Umstände, die eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme nahelegen: BGH BJW 1988, S. 3205 (3206). Aber die Irrtumserregung muss auch schon dann relevant sein, wenn schlicht das Risiko einer Bürgschaft generell verharmlost wird, siehe nachstehende Fußnote.

¹³³² Lorenz 1997, S. 316 Fn. 606. Siehe allgemein zur Verharmlosung von Risiken als Täuschungshandlung bei Fn. 1039.

¹³³³ Siehe oben unter Kapitel 2 B.IV.

¹³³⁴ Siehe unten unter 3. Kapitel B.V.2.b)bb)(3) und cc).

¹³³⁵ BGH NJW-RR 2008, S. 1226 (1227); siehe zur nur begrenzten Aufklärungspflicht der Bank über Risiken des finanzierten Geschäfts: Westermann ZHR 1989, S. 123 (131 f.).

¹³³⁶ BGH NJW-RR 2008, S. 1226 (1227); BGH NJW-RR 2011, S. 270 (272); BGH NJW 2017, S. 1313 (1313); BGH NJW-RR 2019, S. 497 (497). Generell zur Aufklärungspflicht der Bank in Bezug auf spezielle Risiken für den Sicherungsgeber nur dann, wenn die Bank von

nicht vermutet, auch nicht bei institutionalisiertem Zusammenwirken zwischen Bank und Verkäufer.¹³³⁷

Im Ergebnis ist zuzustimmen, dass sich das Bestehen von Aufklärungspflichten nach einer Vielzahl von verschiedenen und als dynamisch zu verstehenden Kriterien richtet. Dabei ist aber zwingende Voraussetzung einer jeden Aufklärungspflicht, dass ein Vertragspartner einen Informationsbedarf i. S. e. „*ignorance légitime*“¹³³⁸ hat, ihm also das Unterlassen des Selbsteinholens von Informationen nicht vorwerfbar ist.¹³³⁹ Nur so wird verhindert, dass das mit der Privatautonomie korrelierende Prinzip der Selbstverantwortung zu einem generellen Recht des Schwächeren auf „fürsorgende Hilfe beim Vertragsschluss“ umgekehrt wird,¹³⁴⁰ zumal eben auch der besser Informierte ein grundsätzlich schützenswertes Recht hat, die ihm vorliegenden Informationen zu seinen Gunsten zu nutzen.¹³⁴¹

Zu diesen Umständen, deren Vorliegen den einen Vertragspartner von der Pflicht zur Selbstinformation befreien, gehören einerseits die bereits angesprochenen Fälle der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens und besonderer Sachkunde des anderen.¹³⁴² Dem gleichzusetzen sind andererseits Situationen, in denen ein Vertragspartner aufgrund des starken Informationsgefälles und daher wegen eigener Unerfahrenheit gar nicht in der Lage ist, selbst adäquate Fragen zu stellen,¹³⁴³ aber auch solche Situationen, in denen ein Vertragspartner

diesen Risiken konkrete Kenntnis erwirbt und diese Risiken dem Kunden nicht ohne Weiteres zugänglich sind: BGH NJW 1998, S. 305 (306).

¹³³⁷ BGH NJW-RR 2008, S. 1226 (1226f.). Siehe auch die besondere Konstellation BGH NJW 2006, S. 2099 (2104): „Die Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung [z. B. falsche Angaben über angebliche Mieteinnahmen] wird widerleglich vermutet, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsvermittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.“ (Einschub durch Autorin).

¹³³⁸ Lorenz 1997, S. 425.

¹³³⁹ Lorenz 1997, S. 416ff., insbesondere S. 436; siehe auch BGE 92 II 328 E. 3.b) S. 334: „Le devoir d’information ne concerne pas les circonstances que l’autre partie est censée connaître elle-même.“ (Die Informationspflicht bezieht sich nicht auf Umstände, die die andere Partei kennen sollte.) Ebenso Fleischer AcP (200) 2000, S. 91 (118).

¹³⁴⁰ Lorenz 1997, S. 427 (dieser Ausdruck bei Stoll, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, S. 435 (468)).

¹³⁴¹ Fleischer AcP (200) 2000, S. 91 (118): Informationen als Wirtschaftsgut (dort auch Fn. 143).

¹³⁴² Lorenz 1997, S. 426f.; Stoll, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, S. 435 (468ff.); Böhme 1964, S. 76ff. Siehe bereits bei Fn. 1320 und Fn. 1322.

¹³⁴³ Lorenz 1997, S. 423f. Allgemein zum Schutz etwa unerfahrener Verkehrsteilnehmer durch Aufklärung und Belehrung: Stoll, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, S. 435 (471).

aufgrund besonderer individueller Defizite hierzu nicht fähig ist.¹³⁴⁴ Eine Aufklärungspflicht besteht zudem auch dann, wenn es sich um solche Umstände handelt, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen für den „Uninformierten“ von solcher Selbstverständlichkeit ist, dass es nicht als Vernachlässigung eigener Interessen zu werten ist, wenn er Nachfragen unterlässt.¹³⁴⁵ Insgesamt ist damit jedenfalls bei den Personen der Fallgruppe 1–3 bezüglich der von ihnen nicht verstandenen Umstände aufgrund der vorhandenen geistigen Schwäche von einer solchen „*ignorance légitime*“ auszugehen, sodass ihnen gegenüber Aufklärungspflichten bestehen.

(2) Bezugspunkt

Das Spektrum der Umstände, auf die sich eine Aufklärungspflicht konkret beziehen kann, wenn nach den vorgestellten Kriterien eine Aufklärungspflicht grundsätzlich gegeben ist, ist grundsätzlich breit gefächert: Erfasst können sein der Gesamtumfang der Verpflichtung (Preis, Provision, Zinsen, Nebenkosten, Steuern), die Verwendungsmöglichkeit des zu erwerbenden Gegenstands (bei Grundstücken etwa Lage, Größe oder Nutzungsmöglichkeit), die Notwendigkeit von Vorkenntnissen, um Verträge über Dienstleistungen sinnvoll nutzen zu können, etwa beim Abschluss von Fernunterrichtsverträgen, die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten, um Vor- und Nachteile zu verdeutlichen, sowie verkehrstypische Risiken.¹³⁴⁶ Die Aufklärungspflicht kann sich zudem auch auf die Beschaffenheit des Vertragsgegenstands beziehen.¹³⁴⁷

Eine Situation, in der sich eine intellektuell unterlegene Partei häufig befinden wird, ist die Unkenntnis oder Fehleinschätzung darüber, ob das von ihr getätigte Geschäft günstig ist. Ein Verkäufer ist aber grundsätzlich nicht verpflichtet, den Käufer darauf hinzuweisen, dass der Preis – bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit – überhöht ist und es sich daher um ein ungünstiges Geschäft

¹³⁴⁴ Lorenz 1997, S. 427, wobei es (die Ausführungen von Lorenz erfolgen im Zusammenhang mit der c.i.c.) am Verschulden fehlen kann, wenn dieses Defizit nicht erkennbar ist. Dies entspricht im Wesentlichen dem bereits oben genannten Kriterium, wonach Aufklärungspflichten dann bestehen, wenn aufgrund der Komplexität der Vertragsgestaltung oder wegen Unerfahrenheit der Vertragspartner nicht in der Lage ist, Vor- und Nachteile des Vertrags zu bewerten, siehe bei Fn. 1326.

¹³⁴⁵ Lorenz 1997, S. 423.

¹³⁴⁶ Schumacher 1979, S. 109f.; ähnlich auch Böhme 1964, S. 87: Die Umstände können sich beziehen auf „den Vertragsgegenstand, die Markt- und Konjunkturverhältnisse, Spekulations- und Risikoelemente, den Inhalt, die Wirksamkeit und die Erfüllung des Geschäfts, die Rechtsfolgen des Vertrags oder die Verhältnisse des Geschäftspartners.“

¹³⁴⁷ Erman BGB/Band 1-Dieckmann 2023, § 311 BGB Rn. 50. Aufklärungsbedürftig ist z. B. die Tatsache, dass eine an einen Laien verkaufte Solarheizanlage zur Selbstmontage nur von einer über Fachkenntnisse entsprechend einer abgeschlossenen Berufsausbildung im Gas-/Wasserinstallationshandwerk verfügenden Person montiert werden kann: BGH NJW 2007, S. 3057 (3059f.).

handelt.¹³⁴⁸ „Gesundes Gewinnstreben“ des Verkäufers ist zu respektieren.¹³⁴⁹ Auch sonstige Fehlvorstellungen eines Käufers, die nur den Beweggrund des Geschäfts betreffen, müssen nicht per se korrigiert werden.¹³⁵⁰ Ausgangspunkt ist stets, dass derjenige, der einen Vertrag schließt, sich zunächst selbst davon zu vergewissern hat, ob er für ihn von Vorteil ist oder nicht.¹³⁵¹ Darauf darf sich der andere Vertragsteil einstellen, sodass dieser etwa nicht auf Umstände hinweisen muss, von denen er annehmen darf, dass er nach ihnen gefragt werde, falls auf sie Wert gelegt werde.¹³⁵²

bb) Maßstab: Kenntnisse und Verständnishorizont des konkreten Vertragspartners

Aus dem Vorstehenden wird auch deutlich, dass eine Aufklärungspflicht immer davon abhängt, ob gerade das konkrete Gegenüber aufklärungsbedürftig ist.¹³⁵³ Dies spiegelt sich auch in der Rechtsprechung wieder, die, trotz gewisser Typisierungen je nach Vertragstyp, beispielsweise bei geschäftlich unerfahrenen Personen, insbesondere aus sozial schwächeren Bevölkerungsgruppen,¹³⁵⁴ Aufklärungspflichten annimmt, wo sie bei versierten Vertragspartnern nicht bestehen: So müsse zwar der Verkäufer beim Verkauf einer Eigentumswohnung grundsätzlich nicht auf die monatlichen Belastungen aus dem Erwerb hinweisen, da er davon ausgehen dürfe, dass sich ein jeder im eigenen Interesse selbst über Art und Umfang seiner Vertragspflichten informiere.¹³⁵⁵ Eine Aufklärungspflicht bestehe aber dann, wenn im Einzelfall aufgrund Vorliegens besonderer Umstände davon auszugehen sei, dass der künftige Vertragspartner nicht hinreichend unterrichtet sei und die Verhältnisse nicht durchschaue.¹³⁵⁶ Davon könne ausgegangen werden, wenn aufgrund der Vermögens- und Eigentums-

¹³⁴⁸ BGH NJW 2005, S. 983 (984); siehe auch *Böhme* 1964, S. 130f., 134f.; *Heber* 2022, S. 177f. Siehe auch bereits bei Fn. 1336 zur Aufklärungspflicht der Bank bei überhöhtem Kaufpreis des finanzierten Geschäfts.

¹³⁴⁹ *Böhme* 1964, S. 140: Daher auch keine Hinweispflicht auf drohende Marktverschlechterung, wenn der Verkäufer angesichts dieser Verschlechterung seine Ware noch zu gutem Preis veräußert.

¹³⁵⁰ *Böhme* 1964, S. 139: Keine Pflicht, Fehlvorstellungen zu korrigieren, etwa, wenn der Käufer aus unbegründeter Angst vor einer Inflation Sachwerte zu hohen Preisen erwirbt.

¹³⁵¹ BGH NJW 1983, S. 2493 (2494); BGH NJW 1989, S. 763 (764); BGH NJW 1982, S. 376 (376).

¹³⁵² BGH NJW 1989, S. 763 (764); BGH NJW 1982, S. 376 (376).

¹³⁵³ Siehe auch *Staudinger BGB-Feldmann* 2023, § 311 BGB Rn. 151: Aufklärungspflichten hängen von der Vertragsschlussituation sowie von den persönlichen Umständen der Verhandlungspartner ab. Die Umstände des Einzelfalls betonend auch OLG Celle NJW 1958, S. 502 (503).

¹³⁵⁴ So ausdrücklich BGH NJW 1974, S. 849 (851).

¹³⁵⁵ BGH NJW 2001, S. 2021 (2021).

¹³⁵⁶ BGH NJW 2001, S. 2021 (2021).

verhältnisse finanzielle Überforderung drohe.¹³⁵⁷ Die Rechtsprechung kombiniert hier zur Begründung von Aufklärungspflichten das Element der Unerfahrenheit, was im Kern dem Gedanken der „*ignorance légitime*“¹³⁵⁸ entspricht, mit dem Schutz vor Schädigung.¹³⁵⁹

Nicht nur hängt aber das *Bestehen* der Informationspflicht vom konkreten Vertragspartner ab, auch die *Art und Weise* der Informationserteilung muss sich am Verständnishorizont des Gegenübers orientieren: Ist der Adressat etwa nur in der Lage, einfach formulierte Informationen zu verstehen, so müssen diese entsprechend vermittelt werden.¹³⁶⁰ Im Übrigen genügt es für die Erfüllung der Informationspflicht nicht, dem Aufzuklärenden einen Stapel Unterlagen in die Hand zu drücken: Dies genügt nur dann, wenn der Schuldner die „berechtigte Erwartung“ haben kann, der Gläubiger werde die Unterlagen gezielt nach einem bestimmten Gesichtspunkt durchsehen, nicht aber, wenn der Gläubiger keinen Anlass hat, nach einem bestimmten Aspekt zu suchen.¹³⁶¹ Anderes soll im Rahmen von Anlagevermittlungen und Anlageberatungen gelten: Dort genügt der Anlagevermittler oder -berater seiner Aufklärungspflicht über die Risiken der Anlage oder Anlagen, wenn er dem Kunden einen Prospekt überreicht, sofern dieser geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln und zudem dem Anlageinteressenten so rechtzeitig vor Vertragsschluss übergeben wird, dass dieser sich mit den Inhalten noch auseinandersetzen kann.¹³⁶² Bei Weigerung des Kunden, den Prospekt zur Kenntnis zu nehmen, besteht allerdings eine mündliche Aufklärungspflicht.¹³⁶³

cc) Bewertung

(1) Begrenzte Schutzwirkung von Aufklärungspflichten

Das Bestehen und die Erfüllung von Aufklärungspflichten richten sich maßgeblich nach den individuellen Fähigkeiten des Aufklärungsberechtigten: Je eher aufgrund intellektueller Schwächen nicht erwartet werden kann, dass eine Person sich selbst informiert, desto eher sind Aufklärungspflichten zu bejahen.

¹³⁵⁷ BGH NJW 1974, S. 849 (851); BGH NJW 2001, S. 2021 (2021).

¹³⁵⁸ Siehe oben Fn. 1338.

¹³⁵⁹ Siehe auch *Böhme* 1964, S. 64: Besondere Schädigungsgefahr als Grund für Aufklärungspflicht.

¹³⁶⁰ Staudinger BGB-Feldmann 2023, § 311 BGB Rn. 151, wonach Umfang und Intensität der Aufklärungspflicht zum einen vom Vertragstyp abhängen, zum anderen aber auch von der konkreten Verhandlungssituation, insbesondere von den persönlichen Umständen der Verhandlungspartner. Ausdrücklich auch *Böhme* 1964, S. 148f.: „Umfassende Aufklärung“ bei Vorlage eines komplexen Vertrags und Unerfahrenheit des Geschäftspartners.

¹³⁶¹ BGH NJW 2012, S. 846 (847).

¹³⁶² BGH NJW 2019, S. 1137 (1138); Erman BGB/Band 1-Dieckmann 2023, § 311 BGB Rn. 76.

¹³⁶³ BGH NJW 2019, S. 1137 (1138f.).

Diese Aufklärungspflichten sind sodann auf einer den intellektuellen Fähigkeiten des Aufklärungsberechtigten angepassten Art und Weise zu erfüllen. Dem Grunde nach ermöglicht dies zielgerichtet Schutz in den Konstellationen 1–3, wenn also Aspekte des Vertrags selbst oder Inhalt oder Tragweite eines Rechtsgeschäfts nicht versteht, wobei, was die Schutzwirkung erhöht, das Bestehen der Aufklärungspflichten auch von der wirtschaftlichen Bedeutung des Geschäfts abhängt.

Dennoch ist die Schutzwirkung von Aufklärungspflichten aus verschiedenen Gründen beschränkt. Dies ist schon deswegen der Fall, weil sowohl das Bestehen als auch die konkrete Ausführung der Aufklärungspflichten davon abhängen, dass dem Aufklärungspflichtigen die „*ignorance légitime*“, also die Unfähigkeit, den Vertrag oder damit zusammenhängende Aspekte zu verstehen, sowie die Unfähigkeit, sich dieses Wissen anzueignen, überhaupt erkennt. Dies ist aber sicherlich nicht notwendigerweise der Fall.¹³⁶⁴ Immerhin tendiert die Rechtsprechung dazu, bei finanzieller Überforderung ein mangelndes Verständnis der Verhältnisse zu vermuten.¹³⁶⁵

Spätestens aber dann, wenn der Aufzuklärende die Aufklärung nicht versteht, verlieren diese Mitteilungspflichten ihren Sinn. Selbst dann, wenn der Versuch unternommen wird, die Aufklärung grundsätzlich am Verständnishorizont anzupassen, ist die Vorstellung, der Erklärungsempfänger habe alles verstanden, utopisch.¹³⁶⁶ Manche Rechtsgeschäfte sind so komplex, dass die Vorgänge in Realität eben nicht jedermann verständlich dargelegt werden können, gleich, wie sehr die Aufklärung angepasst und vereinfacht wird oder die Tatsachen gar erläutert werden.¹³⁶⁷ Der Aufgeklärte weiß mit den Informationen daher nicht zwingend etwas anzufangen.¹³⁶⁸ Je stärker ausgeprägt intellektuelle und kognitive Beeinträchtigungen sind, desto schneller ist dieser Punkt erreicht, dass eine Aufklärung, und sei sie noch so vereinfacht, ihren Zweck nicht erreichen kann. Im Ergebnis versagt die Aufklärungspflicht damit gerade bei den schützenswertesten Marktteilnehmern, da sie selbst nach erfolgter Aufklärung unter Umständen nicht wirklich in der Lage sind, Chancen und Risiken des Rechtsgeschäfts zu erkennen und abzuwägen.¹³⁶⁹ Es ist vielmehr gar ein

¹³⁶⁴ Siehe etwa oben zur Fähigkeit von Demenzzkranken, ihre Defizite zu verschleiern, unter 3. Kapitel A.I.2.b).

¹³⁶⁵ Siehe oben bei Fn. 1357.

¹³⁶⁶ *Grunewald AcP* (190) 1990, S. 609 (613).

¹³⁶⁷ *Grunewald* nennt als Beispiel Warenterminoptionsgeschäfte und Tilgungsverrechnungsklauseln: *Grunewald AcP* (190) 1990, S. 609 (613). *Dauner-Lieb* erkennt aus diesem Grund zumindest die Nutzlosigkeit von Aufklärungspflichten bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen an: *Dauner-Lieb* 1983, S. 73 f.

¹³⁶⁸ Siehe *Nicholas*, in: *Contract law today*, S. 166 (176), wonach Studien zufolge beispielsweise weniger gebildete Verbraucher aus ihnen erteilten Informationen keine Schlüsse ziehen könnten. Vgl. *Rehm* 2003, S. 157 f., auch zu den eben zitierten Quellen.

¹³⁶⁹ *Grunewald AcP* (190) 1990, S. 609 (614).

unerwünschter gegenteiliger Effekt zu befürchten, nämlich, dass eine Aufklärung sowohl beim Aufklärenden als auch beim Aufzuklärenden gerade den Eindruck erweckt, der Aufzuklärende sei nun voll informiert, auch wenn er dies de facto nicht ist.¹³⁷⁰ Es drängt sich gar die absurde Feststellung auf, dass dem Betroffenen durch Nichterfüllung der Aufklärungspflicht, die über die c.i.c. einen Anspruch auf Vertragsaufhebung bewirkt,¹³⁷¹ unter Umständen besser gedient ist, als durch die Aufklärungspflicht selbst. Dabei soll doch der Schadensersatzanspruch nur auf sekundärer Ebene schützen und für die Einhaltung der Primärpflicht, also der Aufklärungserteilung, sorgen.

Man könnte nun zur Überwindung dieses Problems überlegen, Aufklärungspflichten erfolgsbezogen zu verstehen, sodass sie nur dann als erfüllt gälten, wenn der Erklärungsempfänger die Darlegungen tatsächlich verstanden hat. Wäre dies nicht der Fall und ließe sich ein Verständnis auch nicht durch noch so einfache Erläuterungen herbeiführen, müsste der Vertragsschluss mangels Erfüllbarkeit der Aufklärungspflicht unterbleiben.¹³⁷² Damit wären bestimmte Personen aber faktisch vom Abschluss solcher Rechtsgeschäfte ausgeschlossen, die diese trotz Erklärungen oder die jedenfalls die Erklärungen nicht verstehen. Dies wäre nichts anderes als eine relative Geschäftsunfähigkeit durch die Hintertür, die mit dem bislang herrschenden Konzept, eine Person sei entweder für alle Geschäfte geschäftsfähig oder eben nicht, nicht vereinbar ist.¹³⁷³

Alternativ ließen sich Aufklärungspflichten so ausgestalten, dass sie die Pflicht umfassten, den Vertragspartner darauf hinzuweisen, dieser habe das Rechtsgeschäft per se oder zumindest die Risiken und Gefahren nicht verstanden.¹³⁷⁴ Diese Idee wird teils wegen Unzumutbarkeit verworfen.¹³⁷⁵ Zudem könne man sich meist ohnehin damit „beruhigen“, dass eine Person, die eine Aufklärung nicht verstanden habe, aber den Vertrag trotzdem abschließe, dies

¹³⁷⁰ Weshalb dem Aufklärungsgläubiger ein „Bärendienst erwiesen“ wird, wenn aus der Erfüllung der Aufklärungspflicht „die Konsequenz gezogen wird, er müsse nunmehr vollständig in der Lage sein, den Hinweis zu verstehen und seine Interessen eigenverantwortlich wahrzunehmen“ (Rehm 2003, S. 157f.), erschließt sich dabei nicht.

¹³⁷¹ Siehe unten unter 3. Kapitel B.V.4.b).

¹³⁷² Dieser Vorschlag bei Grunewald AcP (190) 1990, S. 609 (614).

¹³⁷³ Grunewald AcP (190) 1990, S. 609 (614). Dies kann allenfalls im Anwendungsbereich des UWG anders sein, jedenfalls bei entsprechend großzügiger Auslegung des Begriffs der „unlauteren geschäftlichen Handlung“. Denn betrachtet man schon allein den Abschluss eines Vertrags mit einem Verbraucher, geistige Schwächen aufweist und der Bedeutung und Tragweite erkennbar nicht verstanden hat, als unlauter, siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.3.b) dd)(2), so muss dies auch dann gelten, wenn der Verbraucher die Aufklärung erkennbar nicht verstanden hat und diese folglich nicht ausreichte, um ihm Bedeutung und Tragweite verständlich zu machen. Dem Verbraucher steht dann zumindest der Schadensersatzanspruch aus § 9 Abs. 2 UWG zur Verfügung, was spiegelbildlich entsprechend eine mittelbare Pflicht des Unternehmers begründet, den Vertrag nicht abzuschließen.

¹³⁷⁴ Dieser Vorschlag bei Grunewald AcP (190) 1990, S. 609 (614).

¹³⁷⁵ Grunewald AcP (190) 1990, S. 609 (614).

bewusst tue und damit das Risiko, den Vertrag nicht verstanden zu haben, bewusst eingehe.¹³⁷⁶

Richtig ist natürlich, dass auch das Eingehen von Risiken Teil von Selbstbestimmung ist; wie an anderer Stelle diskutiert, ist dem sich selbst Schädigenden kein Schutz aufzudrängen, wenn die Selbstschädigung auf einer freien Willensentscheidung basiert.¹³⁷⁷ Je defizitärer aber die Willensbestimmung ist, insbesondere je stärker die Selbstbestimmungsfähigkeit krankheitsbedingt eingeschränkt ist, desto mehr Anlass besteht jedoch zur „Beunruhigung“: So kann die Situation entstehen, dass jemand an einen Vertrag gebunden ist, den er aufgrund krankheitsbedingter geistiger Defizite auch nach Aufklärung nicht versteht und auch nie verstehen könnte, was ihm möglicherweise aber nicht einmal bewusst ist oder was er krankheitsbedingt glaubt, verschleiern zu müssen.

Um diese Situation aufzufangen, ist eine solche Hinweispflicht zu befürworten. Sinn und Zweck der Aufklärungspflicht sprechen sogar dafür: Aufklärungspflichten gelten, wie oben gesehen, grundsätzlich nur dann als erfüllt, wenn sie am Verständnishorizont des Aufklärungsberechtigten ausgerichtet ist. Wenn aber die Aufklärung, gleich, auf welche Art und Weise sie erfolgt, nicht zum Erfolg führen kann, dann entsprach sie eben nicht seinem Verständnishorizont. Gälte die Aufklärungspflicht aber dennoch ohne Weiteres als erfüllt, würde sie zu einer reinen Formalität reduziert. Um die Aufklärungspflicht nicht ihres Sinnes zu berauben, sollte in einer solchen Situation auf das Einzige, was dann noch am Verständnishorizont des Aufklärungsberechtigten ausgerichtet ist und seine Selbstbestimmung möglicherweise noch fördern kann, zurückgegriffen werden, nämlich auf den Hinweis, dass die Befürchtung besteht, er habe wichtige Aspekte nicht nachvollzogen. Weshalb ein solcher Hinweis unzumutbar sein sollte, ist nicht ersichtlich. Diese Hinweispflicht kann zudem, um die Schutzwirkung noch mehr zu erhöhen, jedenfalls bei Rechtsgeschäften von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung mit der Hinweispflicht kombiniert werden, dass die Einholung des zusätzlichen Rates eines Dritten vor Abschluss von Rechtsgeschäften dieser Art üblich oder jedenfalls empfehlenswert ist.¹³⁷⁸

Natürlich setzt aber auch das Bestehen dieser Hinweispflichten voraus, dass dem Aufklärungspflichtigen das fehlende Verständnis der Aufklärung überhaupt erkennbar ist. Es ginge nun zu weit, den Rechtsverkehr mit Prüfpflichten zu belasten; solche erweiterten Pflichten treffen nur bestimmte Berufsgruppen wie Notare.¹³⁷⁹ Daher wird man die Hinweispflicht in der Realität auf solche

¹³⁷⁶ *Grunewald* AcP (190) 1990, S. 609 (614).

¹³⁷⁷ Siehe oben unter 2. Kapitel B.III.2.b)bb).

¹³⁷⁸ So im Zusammenhang mit Hochbetagten *Roth* AcP (208) 2008, S. 451 (477 ff.) etwa bei Grundstücksverkäufen; ebenso *Wedemann* NJW 2014, S. 3419 (3421 f.), im Zusammenhang mit älteren Menschen, etwa ab 65 oder 67 Jahren, die Rechtsgeschäfte abschließen, für die ein Widerrufsrecht vorgesehen ist: Es solle der Hinweis erteilt werden, dass eine Beratung mit Dritten über das Rechtsgeschäft sachgerecht wäre.

¹³⁷⁹ Zu den notariellen Pflichten unten unter 3. Kapitel B.V.2.c).

Fälle beschränken müssen, in denen das mangelnde Verständnis eindeutig erkennbar ist, was aber wiederum die Schutzwirkung dieser Hinweispflicht erheblich einschränkt, wenn das mangelnde Verständnis erfolgreich verschleiert wird.

Die Schutzwirkung von Aufklärungspflichten für die Personen der Fallgruppe 1–3 ist auch deswegen beschränkt, weil sie meist gegenständlich begrenzt sind: Aufklärungspflichtig ist eine bestimmte Tatsache oder ein bestimmter Aspekt des Rechtsgeschäfts, gegebenenfalls auch mehrere, nicht aber das komplette Vertragsgebilde mit allen damit zusammenhängenden Risiken. Es geht nicht darum, gemeinsam mit dem intellektuell Überforderten das Rechtsgeschäft durchzugehen und alle wesentlichen Punkte zu erläutern, gar eine sinnvolle Entscheidung für den Aufklärungsberechtigten zu treffen. Die Frage ist also, wie viel der Hinweis auf einen bestimmten Umstand im Ergebnis dazu beitragen kann, eine grundsätzliche Überforderung oder Ahnungslosigkeit vom Inhalt oder den Folgen eines Rechtsgeschäfts zu beseitigen.

Bestimmte Aspekte, wie z. B. Äquivalenzstörungen unterhalb der Schwelle der Sittenwidrigkeit, sollen gar grundsätzlich nicht Gegenstand von Aufklärungspflichten sein können. Allgemein werden Aufklärungspflichten in Bezug auf motivbildende Umstände nur sehr zurückhaltend angenommen, was den Nutzen von diesen Pflichten für Personen der Fallgruppe 3 in Frage stellt. Es wäre natürlich zu überlegen, die Aufklärungspflichten in Bezug auf motivbildende Umstände gerade dann großzügiger anzunehmen, wenn jemand erkennbar intellektuell nicht in der Lage ist, Vor- und Nachteile zu erkennen oder die Sinnhaftigkeit oder Wirtschaftlichkeit des Geschäfts zu bewerten. Das Kriterium der „*ignorance légitime*“ wäre schließlich gewahrt. Gleichzeitig aber ist diese „*ignorance légitime*“ zwar notwendiges, nicht aber einziges Kriterium für Entstehung von Aufklärungspflichten, sondern es bedarf einer Interessenabwägung. Bei einer solche Ausdehnung würden aber die Privatautonomie und die Interessen des anderen Vertragspartners an einem für ihn günstigen Geschäft sehr weit zurückgedrängt. Dies ist auch deswegen fragwürdig, weil es doch der aktuellen Wertung des Gesetzgebers entspricht, auch die Personen der Fallgruppen 3 als geschäftsfähig und damit als grundsätzlich zur selbstverantwortlichen Teilnahme am Rechtsverkehr einzustufen. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb dann aber (nur) diesen Personengruppen mitgeteilt werden müsste, dass das Rechtsgeschäft zu einem überteuerten Preis zustande kommt, nicht aber anderen, die dies aus reiner Uninformiertheit nicht erkennen.

Und schließlich stößt die Wirkung von Aufklärungspflichten auch dann an ihre Grenzen, wenn, was häufig der Fall sein dürfte, die Informationen nicht zu Beginn von Vertragsverhandlungen erteilt werden, sondern am Ende.¹³⁸⁰ Dann dürfte, ganz unabhängig von den intellektuellen Fähigkeiten einer Person, aber

¹³⁸⁰ Grunewald AcP (190) 1990, S. 609 (613).

der Entschluss zum Vertragsschluss schon gefällt sein – und die Frage ist, wieviel Aufmerksamkeit zu diesem Zeitpunkt erteilten Aufklärungen noch geschenkt wird,¹³⁸¹ bzw. ob eine Person wirklich gewillt ist, ihren schon gefassten Entschluss zum Vertragsschluss nochmals umzustoßen.¹³⁸² Aber auch bei einer Aufklärung weit im Voraus kann diese ihren Sinn verlieren: Damit die Aufklärungspflicht ihren Sinn erfüllt, muss der Aufgeklärte im Zeitpunkt der Entscheidung, also des Vertragsschlusses, auf die Informationen, die ihn zur selbstbestimmten Entscheidung befähigen sollen, noch zugreifen können. Je nach Krankheitsbild ist aber fraglich, wie lang eine Person Informationen, die ihr mitgeteilt wurden, überhaupt behalten kann.¹³⁸³

Teils wird auch kritisch auf die Rechtsunsicherheit hingewiesen, die mit der Formel der Rechtsprechung einhergehe, wonach eine Aufklärungspflicht dann bestehe, wenn eine Informationserteilung nach Treu und Glauben erwartet werden könne.¹³⁸⁴ Zwar möge diese Formulierung inzwischen durch typisierende Fallgruppenbildungen an Festigkeit gewonnen haben. Alles in allem bleibe es aber eine Frage des Einzelfalls, zu beurteilen, welche Umstände für die Willensbildung bedeutsam seien und ob nach Treu und Glauben in der konkreten Situation eine Redepflicht bestanden habe oder ob das Schweigen rechtlich gestattet gewesen sei.¹³⁸⁵ Gerade diese Wertungsoffenheit sollte aber nicht als Manko, sondern als Chance begriffen werden, um am Einzelfall orientierten Schutz zu gewährleisten: Denn die Vielgestaltigkeit möglicher Vertragsschlusskonstellationen erfordert eine gewisse Flexibilität.¹³⁸⁶

Diese grundsätzlich zu befürwortende Flexibilität ändert aber nichts daran, dass Aufklärungspflichten für die Personen der Fallgruppen 1–3 folglich nur in sehr beschränktem Maße in der Lage sind, eine selbstbestimmte Entscheidung zu ermöglichen. Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass die Annahme, wonach ein aufgeklärter Vertragspartner keines weiteren Schutzes mehr bedürfte,¹³⁸⁷ hier in besonderer Weise nicht gerechtfertigt ist.

¹³⁸¹ *Grunewald* AcP (190) 1990, S. 609 (613).

¹³⁸² Hiervon allerdings ausgehend, auch bei „einfachen“ Menschen: BGH NJW 1998, S. 302 (303).

¹³⁸³ Siehe oben zur Schwierigkeit von Demenzkranken, sich an neue Informationen zu erinnern, und dies bereits bei schwächeren Syndromen in der Einleitung bei Fn. 20 und 3. Kapitel A.I.2.b) bei Fn. 118.

¹³⁸⁴ Hierauf hinweisend schon *Böhme* 1964, S. 62 f.

¹³⁸⁵ *Böhme* 1964, S. 62.

¹³⁸⁶ *Böhme* 1964, S. 63.

¹³⁸⁷ So grundsätzlich aber *Dauner-Lieb* 1983, S. 70 f. Der aufgeklärte Vertragspartner sei voll imstande, eine selbstverantwortliche Entscheidung zu treffen. Korrigiere das Recht dessen Entscheidung dennoch, gehe es nicht mehr um den Ausgleich der Unfähigkeit, mangels ausreichender Informationen nicht vernünftig entscheiden zu können, sondern um die Bewertung, ob sich der Aufgeklärte dann auch vernünftig betätigt habe. *Dauner-Lieb* zweifelt aber dennoch den Nutzen von Aufklärungspflichten in manchen Situationen an, wie z. B. bei vorformulierten Geschäftsbedingungen und Verträgen, S. 73 f. Ebenso zum mangelnden

(2) Nur bedingt effektiverer Schutz durch Beratungspflichten

Wenn der Schutz durch Aufklärungspflichten beschränkt ist, stellt sich nun die Frage, ob Personen, die geistige Schwächen aufweisen, mit Beratungspflichten nicht besser gedient wäre. Dabei gilt aber, dass eine Beratung grundsätzlich nur auf der Grundlage eines gesondert abzuschließenden Beratungsvertrags zu leisten ist.¹³⁸⁸

Bei Kapitalanlagegeschäften mit einer Bank nimmt die Rechtsprechung zwar immerhin recht schnell einen zumindest konkludent geschlossenen Beratungsvertrag an: Ein solcher komme bereits dann zustande, wenn ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an den Kunden herantrete, um über eine Geldanlage beraten zu werden bzw. zu beraten. Das in diesen Handlungen liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrags werde durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen.¹³⁸⁹ Inhalt und Umfang der Beratung hingen dabei von verschiedenen Faktoren ab. Die Beratung müsse zum einen „anlegergerecht“ sein, d.h. Inhalt und Umfang der Beratung richteten sich nach dem Wissensstand des Kunden und nach dessen Risikobereitschaft,¹³⁹⁰ aber auch nach dessen Risikofähigkeit, also nach dessen finanziellen Verhältnissen, die der Anlageberater erforschen müsse.¹³⁹¹ In Bezug auf das Anlageobjekt muss sich die Beratung auf „diejenigen Eigenschaften und Risiken beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können.“¹³⁹² Ein Beratungsvertrag enthalte damit durch die Pflicht zur Vermittlung von für den Kunden bedeutsamen Tatsachen Aufklärungspflichten; darüber hinaus sei aber auch Pflicht eines Beratungsvertrags, im Ergebnis eine am Kundeninteresse ausgerichtete Empfehlung abzugeben.¹³⁹³

Zumindest in Situationen, in denen sich eine intellektuell oder kognitiv beeinträchtigte Person gefragt oder ungefragt mit dem Angebot von Kapitalanlagegeschäften konfrontiert sieht, bietet die Annahme eines Beratungsvertrags gegenüber reinen Aufklärungspflichten also erweiterten Schutz, weil eine Handlungsempfehlung formuliert werden muss, die auch die finanzielle Situation des Kunden berücksichtigt. Dies führt dem Grunde nach dazu, dass zu-

Schutzbedürfnis nach Aufklärung: *Westermann* ZHR 1989, S. 123 (144f.). Wie hier hingegen: *Grunevald* AcP (190) 1990, S. 609 (616f.).

¹³⁸⁸ *Buck-Heeb* BRK 2015, S. 177 (182) am Beispiel der Kreditvergabe; *Nobbe*, in: *Bankrecht* 1998, S. 235 (239, 249).

¹³⁸⁹ BGH NJW 1993, S. 2433 (2433); ebenso *Nobbe*, in: *Bankrecht* 1998, S. 235 (239f.).

¹³⁹⁰ BGH NJW 1993, S. 2433 (2433); siehe zum Folgenden ebenso BGH NJW 2012, S. 2873 (2874); BGH NJW 2012, S. 66 (68).

¹³⁹¹ *Nobbe*, in: *Bankrecht* 1998, S. 235 (244).

¹³⁹² BGH NJW 1993, S. 2433 (2433).

¹³⁹³ BGH NJW 2011, S. 1949 (1952); siehe auch BGH NJW 2012, S. 2873 (2874), wonach es um eine ex ante vertretbare Empfehlung eines Anlageobjekts gehe; ebenso BGH NJW 2012, S. 66 (68). Ausdrücklich auch *Nobbe*, in: *Bankrecht* 1998, S. 235 (237, 261); *Erman BGB/Band 1-Dieckmann* 2023, § 311 BGB Rn. 68.

mindest im Ergebnis kein Geschäft getätigt wird, das dieser finanziellen Situation nicht entspräche. Insofern kann die Beratung daher eine gewisse inhaltliche Angemessenheit des Geschäfts herbeiführen – dafür sorgen, dass der Kunde versteht, was er tut, kann aufgrund der Komplexität der Materie aber auch die Beratung nicht zwingend, was insbesondere dann bedenklich ist, wenn die Initiative zum Vertragsschluss nicht einmal vom Kunden ausgeht.

Beratungspflichten werden auch im Zusammenhang mit Kaufverträgen diskutiert, etwa bei Immobilienkaufverträgen. Ein Beratungsvertrag kommt dort aber nicht automatisch zustande, sondern nur dann, wenn der Verkäufer im Zuge eingehender Vertragsverhandlungen, insbesondere auf Befragen, einen ausdrücklichen Rat erteilt.¹³⁹⁴ Selbiges soll dann gelten, wenn der Verkäufer zum Zwecke eines Geschäftsabschlusses am Ende der Verhandlungen ein Berechnungsbeispiel über Kosten und finanzielle Vorteile des Erwerbs vorlegt,¹³⁹⁵ um aufzuzeigen, dass es sich um ein rentables Geschäft handelt.¹³⁹⁶

Kommt hiernach ein Beratungsvertrag zustande, wird die Beratungspflicht sodann zur Hauptpflicht des Verkäufers. Was er dabei konkret schuldet, hängt vom Umfang der übernommenen Beratungspflicht ab: So schuldet der Verkäufer es, den Käufer richtig und vollständig über all die tatsächlichen Umstände zu informieren, die für den Kaufentschluss des Interessenten von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können.¹³⁹⁷ Er schuldet beim Beratungsvertrag im Zusammenhang mit dem Kauf einer Immobilie zur Kapitalanlagezwecken beispielsweise die richtige Ermittlung des vom Käufer zu erbringenden Aufwands, um das Objekt erwerben und halten zu können,¹³⁹⁸ sowie eine korrekte Darstellung der Ertragserwartungen der Immobilie oder ihres Wertsteigerungspotenzials.¹³⁹⁹ Der Verkäufer muss auch die mit seiner vorgeschlagenen Finanzierung verbundenen finanziellen Auswirkungen zutreffend darstellen, wenn die Beratung die Finanzierung zum Gegenstand hat.¹⁴⁰⁰ Nicht aber ist ein Verkäufer verpflichtet, auch nicht dann, wenn er eine Beratung über Kosten, Finanzierungsmöglichkeiten und steuerliche Vorteile übernommen hat, den Wert einer Immobilie offenzulegen oder Fehlvorstellungen des Käufers diesbezüglich zu korrigieren.¹⁴⁰¹ Er muss auch wiederum nicht darauf hinweisen, dass es sich um ein ungünstiges Geschäft handelt, wobei aber ein überhöhter Kaufpreis dazu

¹³⁹⁴ BGH NJW 2015, S. 1510 (1511); BGH NZG 2017, S. 542 (545); BGH NJW 2001, S. 2021 (2021); BGH NJW 2005, S. 983 (983); BGH NJW 2004, S. 64 (65).

¹³⁹⁵ BGH NJW 2015, S. 1510 (1511); BGH NZG 2017, S. 542 (545); BGH NJW 2001, S. 2021 (2021); BGH NJW 2005, S. 983 (983); BGH NJW 2004, S. 64 (65). Die Pflichtverletzung liegt dann im fehlerhaften Berechnungsbeispiel, siehe nur BGH NZG 2017, S. 542 (545).

¹³⁹⁶ BGH NJW 2003, S. 1811 (1813).

¹³⁹⁷ BGH NJW 2005, S. 983 (983); BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 433.

¹³⁹⁸ BGH NJW 2004, S. 64 (65); BGH NJW 2005, S. 983 (983).

¹³⁹⁹ BGH NJW 2005, S. 983 (983); BGH NJW 2017, S. 248 (249).

¹⁴⁰⁰ BGH NJW 2005, S. 983 (983, 985).

¹⁴⁰¹ BGH NJW 2008, S. 506 (507); siehe auch BGH NJW 2005, S. 983 (984).

führen kann, dass Aussagen zur Rentabilität fehlerhaft sind, und der Verkäufer durch diese falschen Aussagen eine Beratungspflicht verletzt.¹⁴⁰² Auch bei Kaufverträgen über andere Sachen als Immobilien kann sich aus den Umständen ein selbstständiger Beratungsvertrag ergeben: Dieser verpflichtet dann beispielsweise zur umfassenden und vollständigen Aufklärung über alle mit dem Produkt verbundenen Risiken und den zu treffenden Gegenmaßnahmen.¹⁴⁰³

Im Ergebnis bedeutet all dies also, dass eine Beratungspflicht schon nur dann besteht, wenn der Verkäufer entweder von sich aus eine Beratung übernimmt oder sich der Käufer jedenfalls Beratung erbittet. Sie entsteht aber nicht von vornherein gewissermaßen „aus dem Nichts“ zum Schutz des Käufers. Eine Beratung kann folglich geradezu verhindert werden, indem der Verkäufer schlicht jegliche Handlung unterlässt, die als Beratung ausgelegt werden könnte.¹⁴⁰⁴ Dadurch verletzt er auch keine Pflicht, da eine solche gerade noch nicht entstanden ist. Mit anderen Worten: Pflichtverletzung kann nur eine fehlerhafte Beratung sein, nicht aber die von vornherein unterlassene. Es kann daher insbesondere auch nicht die originäre Pflicht geben, einem Käufer, aus welchen Gründen auch immer, zu empfehlen, eine Immobilie nicht zu erwerben bzw. generell einen Kaufvertrag nicht abzuschließen. Nur dann, wenn der Verkäufer beispielsweise durch Berechnungsbeispiele den Kauf der Immobilie schmackhaft machen will, müssen eben diese Berechnungsbeispiele korrekt sein – wobei sehr fraglich ist, ob ein Kunde der Fallgruppen 1–3 mit diesen Berechnungsbeispielen überhaupt etwas anfangen kann.

Sofern bei Kaufverträgen auch die Möglichkeit einer Entstehung von Beratungspflichten als kaufvertragliche Nebenpflicht („unselbständige Beratungspflicht“) anerkannt ist,¹⁴⁰⁵ gilt nichts anderes: Auch diese entstehen nicht von selbst, sondern erst durch entsprechendes beratendes Handeln des Verkäufers.¹⁴⁰⁶ Maßgeblich für die Unterscheidung zwischen selbstständiger und un-

¹⁴⁰² BGH NJW 2005, S. 506 (507).

¹⁴⁰³ BGH NJW 1997, S. 3327 (3329). Der BGH ging hier von einem selbstständigen Beratungsvertrag aus: Die Klägerin, die Tochtergesellschaft eines Chemieunternehmens, hatte dem Beklagten, einem mittelständischen Betrieb zur Herstellung von Gartenmöbeln und Zaunanlagen aus Holz, nicht nur Lackierprodukte verkauft, sondern schon im Vorfeld, als der Beklagte ihre Lackierprodukte noch von anderen Herstellern bezog, den Beklagten hinsichtlich der Konstruktion einer eigenen Lackieranlage beraten und sogar selbst Versuche durchgeführt, um Vorschläge für verschiedene Lackierverfahren zu unterbreiten, und Verarbeitungshinweise gegeben.

¹⁴⁰⁴ *Nobbe*, in: Bankrecht 1998, S. 235 (240). Die Bank müsse sich erst „beratend einlassen“: BGH NJW 1996, S. 1744. Siehe auch BGH NJW 1998, S. 994 (994): Indem der Bankangestellte erkläre, sich nicht auszukennen, entledge er sich sogar seiner Aufklärungspflicht, wenn der Kunde nicht auf einen kompetenten Gesprächspartner ausweiche. Siehe zu diesem Urteil auch *Nobbe*, in: Bankrecht 1998, S. 235 (241).

¹⁴⁰⁵ MüKo BGB/Band 3-*Emmerich* 2022, § 311 BGB Rn. 88.

¹⁴⁰⁶ BGH, Urt. v. 25.3.1958 – VIII ZR 48/57, BeckRS 1958, 31198158: Erteile der Verkäufer einen Rat, handle es sich entweder um einen selbstständigen Beratungsvertrag oder bei Einheit

selbstständiger Beratungspflicht soll dabei sein, ob die Beratungspflicht von solchem Gewicht ist, dass sie Hauptpflicht wird oder nicht.¹⁴⁰⁷ So ist von einem selbstständigen Beratungsvertrag auszugehen, wenn sich „die beratende Tätigkeit nach Inhalt, Umfang, Intensität und Bedeutung für den Käufer so sehr selbstständig hat, daß sie gewissermaßen als andersartige, auf eigener rechtlicher und tatsächlicher Grundlage beruhende Aufgabe des Verkäufers erscheint und als vertragliche Verpflichtung eigener Art neben dem Kaufvertrag steht.“¹⁴⁰⁸ Im „Regelfall“ ist aber von einer unselbstständigen Beratungspflicht auszugehen, weil beratende Tätigkeit nur Teil der Absatzbemühungen des Verkäufers ist.¹⁴⁰⁹ Ob selbstständig oder unselbstständig: Im Bereich von Kaufverträgen kann das Konzept der Beratungspflichten kaum zum Schutz der hier untersuchten Personengruppen beitragen, da diese insbesondere nicht entstehen, wenn der Käufer sie nicht fordert bzw. der Verkäufer sich nicht darauf einlässt.

b) Vertragstypische Informations-, Erläuterungs- und Beratungspflichten

aa) Verbraucherschutzgedanke

Sind an einem Vertragsschluss sowohl ein Verbraucher (§ 13 BGB) als auch ein Unternehmer (§ 14 BGB) beteiligt, sieht das BGB zugunsten des Verbrauchers insbesondere zwei „klassische“ Schutzinstrumente¹⁴¹⁰ vor: Informations- bzw. Erläuterungspflichten des Unternehmers sowie Widerrufsrechte des Verbrauchers. Der folgende Abschnitt befasst sich mit den Informations- und Erläuterungspflichten, die Widerrufsrechte werden an späterer Stelle behandelt.¹⁴¹¹

Dieser gesetzlich geregelte Schutz knüpft allein an die Eigenschaft als „Verbraucher“ an, was seit jeher kritisch gesehen wird: Dies komme einer Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen nahe.¹⁴¹² Die Erklärungsversuche, weshalb diese besonderen Schutzregeln notwendig sein sollen, sind vielfältig: Wenn privates und professionelles Handeln aufeinandertreffe, sei die Vertragsparität so gewichtig gestört bzw. es sei bei typisierter Betrachtungsweise eine Störungseigenschaft zu unterstellen, sodass es gerechtfertigt sei, Schutzmechanismen zur Überwindung dieser Störung einzuführen.¹⁴¹³ Andere knüpfen we-

des Geschäfts um eine Nebenleistung des Kaufvertrags; ebenso BGH NJW 2004, S. 2301 (2302): Beratungspflichten, ob selbstständig oder unselbstständig, entstünden dann, wenn der Verkäufer als Fachmann einen Rat erteile.

¹⁴⁰⁷ BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 431.

¹⁴⁰⁸ BGH NJW 1997, S. 3227 (3229); selbstständiger Beratungsvertrag nur „unter engen Voraussetzungen“: BGH NJW 2004, S. 2301 (2302).

¹⁴⁰⁹ BGH NJW 1997, S. 3227 (3229), dort aber in der Tat von einem selbstständigen Beratungsvertrag ausgehend.

¹⁴¹⁰ So BT-Drucks. 14/2658, S. 37.

¹⁴¹¹ Siehe unten unter 3. Kapitel B.VI.

¹⁴¹² Lorenz 1997, S. 5.

¹⁴¹³ Bülow und Artz 2018, S. 4f. Rn. 5f.; Bülow und Artz NJW 2000, S. 2049 (2049).

niger an persönliche Eigenschaften an, sondern vielmehr an situative Elemente bzw. beide Aspekte werden miteinander verknüpft: Ungleichgewichtslagen ergäben sich so vor allem aus bestimmten Vertragsschlusssituationen oder aus den Besonderheiten des jeweiligen Vertragstyps.¹⁴¹⁴ Verknüpft mit persönlichen Eigenschaften heißt es sodann zudem, dass bestimmte Geschäftstypen mit besonderen situativen Gefahrenpunkten typischerweise gerade von solchen Bevölkerungsgruppen vorgenommen würden, die aufgrund bestimmter bei ihnen vorhandener Eigenschaften diesen Gefahrenpunkten ganz besonders ausgesetzt seien, beispielsweise weil die den jeweiligen Bevölkerungsgruppen angehörenden Personen in der Regel nur über ein geringes Einkommen verfügten oder unerfahren seien.¹⁴¹⁵ Dabei sei der Verbraucher aber selbstredend nicht immer und stets tatsächlich unterlegen oder in einer bestimmten Situation besonders gefährdet, sodass der Schutz im Einzelfall unter Umständen auch unnötigerweise eingreife, obwohl eine Gefahrensituation gar nicht gegeben sei; eine Typisierung sei aber dennoch gerechtfertigt, weil es sich aus Verkehrsschutzinteressen verbiete, auf die individuelle Schutzbedürftigkeit im Einzelfall abzustellen.¹⁴¹⁶

Die heftigste Kritik an den Verbraucherschutzregeln entlädt sich dabei aber ohnehin weniger an den gegenüber Verbrauchern bestehenden Informationspflichten, sondern vielmehr an den ihnen eingeräumten Widerrufsrechten: Auf der einen Seite stehe das Bild des mündigen Bürgers, auf der anderen werde er durch übersteigerten Verbraucherschutz „bei der Regelung seiner Bedürfnisse in eine ‚Kleinkinderbewahranstalt‘ eingewiesen“, indem ihm nicht mehr zugemutet werde, sich vor Vertragsschluss pro und contra sorgfältig durch den Kopf gehen zu lassen.¹⁴¹⁷ Zwar möge es richtig sein, dass durch den durch Werbung geschürten Wunsch nach Konsum nicht zu unterschätzender Druck auf den

¹⁴¹⁴ *Lieb* AcP (183) 1983, S. 327 (364).

¹⁴¹⁵ *Hönn*, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, S. 79 (96); *Hönn* 1982, S. 165: In Bezug auf Abzahlungsgeschäfte stellt er fest, es bestehe die sich aus der Situation des Abzahlungskäufers ergebende typische Gefahr, wegen der Möglichkeit, den Kauf auf Raten abzahlen zu können, eine unüberlegte Entscheidung zu treffen. Aufgrund von „Imparität“ bestehe die abstrakte Gefahr einer nicht hinreichend rationalen Entscheidung durch den Verbraucher. Siehe auch *Drexler* 1998, S. 404f. in Bezug auf Verbraucherkredite.

¹⁴¹⁶ *Hönn*, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, S. 79 (91) mit Verweis auf die Rechtsprechung: Der BGH schließe es zu Recht aus, die „soziale Schutzbedürftigkeit im Einzelfall“ zur Voraussetzung der Anwendung des AbzG (a. F.) zu machen (so in BGH NJW 1955, S. 139 (139): Es würde ein „Element hoher Unsicherheit in die Rechtsanwendung“ gebracht, müsste für jeden Einzelfall entschieden werden, ob der Schutzzweck des AbzG berührt sei.); *Drexler* 1998, S. 405 in Bezug auf Verbraucherkredite.

¹⁴¹⁷ *Hübner*, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, S. 717 (722f.); kritisch dazu, dass durch Verbraucherrechte die Fähigkeit und Bereitschaft, Vertragsschlüsse sorgfältig abzuwägen und Verantwortung für die damit einhergehenden Gefahren zu tragen, verloren gehe: *Lieb* AcP (183) 1983, S. 327 (364). Ebenso kritisch zu dem „recht seltsamen Kontrast“ mit der sonstigen Stellung des Bürgers in Staat und Verfassung: *Lieb* AcP (183) 1983, S. 317 (364).

Verbraucher ausgeübt werde.¹⁴¹⁸ Der richtige Weg sei jedoch nicht, ihn durch Widerrufsrechte vor sich selbst zu schützen, sondern seine Selbstverantwortung zu stärken.¹⁴¹⁹

Die Frage, inwiefern das Verbraucherrecht als Sonderprivatrecht gerechtfertigt ist, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Vielmehr genügt hier die Feststellung, dass der Gesetzgeber diesen typisierten Schutz eben vorgesehen hat, von der auch die Personen der Fallgruppen 1–3, möglicherweise gar in besonderer Weise, profitieren.

Dabei soll eine (offensichtliche) Schutzlücke verallgemeinernd vorangestellt werden. Diese Schutzmechanismen in Form von Informationspflichten – und im Übrigen auch in Form von den an späterer Stelle zu erörternden Widerrufsrechten – bieten lediglich punktuellen Schutz. Zum einen sind sie davon abhängig, dass der Vertragspartner dem Betroffenen als Unternehmer gegenübertritt. Zum anderen sind sie teils von spezifischen Vertragsschlusssituationen bzw. von verschiedenen Vertragsgegenständen abhängig. In allen anderen Situationen, in denen der Betroffene nicht minder der Gefahr ausgesetzt ist, dass seine eingeschränkte Entscheidungsfreiheit ausgenutzt wird, weil eine besondere Vertrauenssituation, wie zwischen Familienmitgliedern, oder ein besonderes Machtgefälle, wie zwischen Betreuer und Betreutem, vorliegt, oder in denen er einen risikoreichen Vertrag abschließt, finden diese Schutzregelungen keine Anwendung.

bb) Informationspflichten

(1) Allgemeine Informationspflichten, § 312a BGB i. V. m. Art. 246 EGBGB

(a) Inhalt und Umfang

Zurückgehend auf Art. 5 der Verbraucherrechte-RL¹⁴²⁰ wurde mit § 312a Abs. 2 BGB für alle Verbraucherverträge, bei denen sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet (§ 312 Abs. 1 BGB), die Pflicht zur vorvertraglichen Information eingeführt, um dem Verbraucher eine Einschätzung hinsichtlich der Vor- und Nachteile eines Vertragsschlusses und eine überlegte Entscheidung zu ermöglichen.¹⁴²¹ Dabei hängt die Informationsbedürftigkeit auch nicht von besonderen Umständen des Vertragsschlusses ab, auch nicht von einer besonderen Komplexität des Vertrages: Verbraucher sind, wenn sie sich zu einer Zahlung eines Preises verpflichten, immer entsprechend der gesetzlichen Vorga-

¹⁴¹⁸ Hübner, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, S. 717 (725).

¹⁴¹⁹ Hübner, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, S. 717 (725).

¹⁴²⁰ Richtlinie 2011/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2011 über die Rechte der Verbraucher.

¹⁴²¹ MüKo BGB/Band 3-Wendehorst 2022, § 312a BGB Rn. 6; allgemein zum Sinn und Zweck von Informationspflichten, also zur Herstellung einer informierten Entscheidung, auch BeckOGK-Busch, § 312d BGB Rn. 2.

ben zu informieren, es sei denn, es ist eine der – unübersichtlichen – Ausnahmen des § 312 Abs. 2–8 BGB gegeben. Eine Ausnahme gilt insbesondere für notariell beurkundete Verträge, § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Bei notarieller Beurkundung bestehen bereits weitreichende Prüfungs- und Belehrungspflichten, sodass der Verbraucher nach der Konzeption des Richtliniengebers¹⁴²² bzw. des Gesetzgebers keines weiteren Schutzes bedarf.¹⁴²³

Der Inhalt und die Modalität der Informationserteilung ergeben sich sodann aus Art. 246 EGBGB. Nach Art. 246 Abs. 1 EGBGB muss der Unternehmer über 8 Punkte informieren, darunter insbesondere über die wesentlichen Eigenschaften der Waren und Dienstleistungen. Ob ein Merkmal wesentlich ist, richtet sich danach, ob es geeignet ist, die Entscheidung des Verbrauchers zum Vertragsschluss zu beeinflussen. Der Verbraucher muss in die Lage versetzt werden, beurteilen zu können, ob das Produkt oder die Dienstleistung seinen Bedürfnissen entspricht.¹⁴²⁴ Aber auch über solche Eigenschaften, die der Einsetzbarkeit oder Brauchbarkeit der Ware oder Dienstleistung für den konkreten Verbraucher entgegenstehen, muss informiert werden – sofern dies dem Unternehmer erkennbar ist.¹⁴²⁵ Zudem ist zu informieren über die Identität des Unternehmers, den Gesamtpreis der Waren und Dienstleistungen einschließlich aller Steuern und Abgaben und alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- und Versandkosten bzw. zumindest die Art der Preisberechnung, sofern der genaue Preis noch nicht beziffert werden kann. Des Weiteren bezieht sich die Informationspflicht auf die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen und das Bestehen der gesetzlichen Mängelhaftung sowie gegebenenfalls das Bestehen von Kundendienstleistungen und Garantien. Sofern relevant, muss auch über die Vertragslaufzeit, Kündigungsmöglichkeiten und automatischen Verlängerungen informiert werden.

Die Informationen müssen, so Art. 246 Abs. 1 EGBGB, „in klarer und verständlicher Weise“ rechtzeitig vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden, sodass der Verbraucher noch die Möglichkeit hat, die Informationen ausreichend zu reflektieren.¹⁴²⁶ „Klar und verständlich“ bedeutet, dass die Informationen so zu fassen sind, dass ein „rechtsunkundiger Durchschnittsverbraucher“ in der Lage ist, den Inhalt zu verstehen, ohne Rechtsrat einholen zu müssen.¹⁴²⁷ Eine bestimmte Form der Informationserteilung sieht das Gesetz nicht vor.

¹⁴²² Die Bereichsausnahme geht zurück auf Art. 3 Abs. 3 lit. i) der Verbraucherrechte-RL.

¹⁴²³ MüKo BGB/Band 3-Wendehorst 2022, § 312 BGB Rn. 69.

¹⁴²⁴ Tamm VuR 2014, S. 9 (10).

¹⁴²⁵ Tamm VuR 2014, S. 9 (10).

¹⁴²⁶ MüKo BGB/Band 3-Wendehorst 2022, § 312a BGB Rn. 37.

¹⁴²⁷ MüKo BGB/Band 3-Wendehorst 2022, § 312d BGB Rn. 80 mit Verweis auf u. a. BGH NJW 1989, S. 222 (224), der sich mit dem Transparenzgebot des AGB-Rechts befasst: Abzustellen sei nicht auf „die Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Vertragspartners, auch nicht auf das Verständnis eines Fachmanns, insbesondere eines Juristen, der sich eingehend mit den

(b) Bewertung

Die Frage ist nun, ob diese Informationspflichten bei Personen mit geistigen Schwächen, die grundsätzlich Inhalt oder Auswirkungen des Rechtsgeschäfts nicht verstehen oder einschätzen können, ihren Sinn erfüllen. Hier ist schon festzustellen, dass die genannten Informationen nicht allesamt mit Inhalt oder Folgen des Rechtsgeschäfts zu tun haben, sondern auch Randaspekte wie Vertragsdurchführung oder Sekundäransprüche betreffen. Lediglich die „wesentlichen Eigenschaften“ sowie der Gesamtpreis sind insofern von Interesse. Aber auch diese Aspekte können nur in begrenzter Weise die Selbstbestimmungsfähigkeit des Betroffenen herstellen: Die Benennung der Eigenschaften einer Ware befähigt nur dann zur richtigen Einschätzung des eigenen Bedarfs, wenn der Verbraucher zu einer entsprechenden Schlussfolgerung in Bezug auf seinen eigenen Bedarf auch in der Lage ist. Die Sinnhaftigkeit dieser Informationspflicht steht ganz besonders dann in Frage, wenn sich die geistige Schwäche weniger als das Verkennen des Vertragsinhalts oder des Nutzens des Vertrags äußert, sondern als das Verkennen der eigenen Lebensumstände, wie z. B. der eigenen finanziellen Verhältnisse: Einen Schutz davor, sich finanziell zu übernehmen, bieten diese Informationspflichten nicht. Auch dem, der komplexe vertragliche Ausgestaltungen nicht versteht, kann hierdurch nicht geholfen werden.

Zudem ist zu unterstreichen, dass sich die Informationspflicht in der Summe doch auf eine erhebliche Zahl von Punkten bezieht. Ein zu großer Umfang an Informationen kann bei jeder Person Überforderung hervorrufen. Werden einem Verbraucher die genannten Informationen z. B. in Papierform übermittelt, unternimmt er unter Umständen nicht einmal den Versuch einer Kenntnisnahme, und selbst wenn er ihn unternimmt, ist er unter Umständen nicht in der Lage, die Informationen zu verarbeiten bzw. die für ihn wesentlichen Informationen herauszufiltern: Angesichts immer umfangreicher werdender Informationspflichten – insbesondere zu den erweiterten Informationspflichten bei spezifischen Verträgen bzw. bei spezifischen Vertragsschlusssituationen so gleich – ist fraglich, ob das Ziel, die Qualität der Entscheidung zu verbessern, erreicht werden kann, oder ob dieser Zweck aufgrund eines „*information overloads*“ nicht verfehlt wird.¹⁴²⁸ Bei einfachen Geschäften, die im Erwerb einer

betreffenden AGB beschäftigt habe. Maßgebend sind vielmehr die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden.“ Dort stellt der BGH fest, dass ein Durchschnittskunde etwa nicht Rechtsfolgen erkennen könne, die sich erst aus der Zusammenschau mehrerer Klauseln ergeben. Siehe auch Erman BGB/Band 1-Koch 2023, § 312a BGB Rn. 18, § 312d BGB Rn. 32: Dem „Transparenzgebot“ der Klarheit und Verständlichkeit sei Genüge getan, wenn der Unternehmer vernünftigerweise erwarten könne, dass der Verbraucher die Angaben verstehen werde. Vom „Durchschnittsverbraucher“ spricht auch BT-Drucks. 14/2685, S. 38 im Zusammenhang mit dem Fernabsatzgesetz zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie (Richtlinie 97/7/EG).

¹⁴²⁸ Eidenmüller JZ 2005, S. 216 (221); Grigoleit, in: Revision des Verbraucher-acquis,

Ware bestehen, mag die Informationsmenge noch überschaubar sein; je komplexer aber das Geschäft, je weniger einfach sich Leistung und Gegenleistung preislich beziffern und in einem Wort prägnant bezeichnen lassen, desto umständlicher und ausführlicher gestaltet sich auch die Information.¹⁴²⁹ Bei Personen mit kognitiven und intellektuellen Defiziten wird dabei der Zeitpunkt der Überforderung früher eintreten als beim „Durchschnittsverbraucher“, zumal die Informationen, wie erläutert, grundsätzlich nur am „Durchschnittsverbraucher“ auszurichten sind. Sinn und Zweck der Informationspflichten sind also gerade wiederum bei der Personengruppe, die am schutzwürdigsten ist, in Frage gestellt.

Nun wird zwar in Erwägungsgrund 34 der Verbraucherrechte-RL ausdrücklich darauf hingewiesen, dass trotz grundsätzlicher Orientierung am „Durchschnittsverbraucher“ im Rahmen der Informationserteilung den „besonderen Bedürfnissen von Verbrauchern“ Rechnung getragen werden sollte, „die aufgrund ihrer geistigen oder körperlichen Behinderung, ihrer psychischen Labilität, ihres Alters oder ihrer Leichtgläubigkeit in einer Weise besonders schutzbedürftig sind, die für den Unternehmer vernünftigerweise erkennbar ist.“

Wie aber schon im Rahmen der vertragstypsunabhängigen Aufklärungspflichten besprochen, setzt eine „den besonderen Bedürfnissen angepasste“ Informationserteilung zum einen voraus, dass die Beeinträchtigungen des Betroffenen dem Gegenüber überhaupt erkennbar ist. Ist dies nicht der Fall, wie es gerade für Demenzzranke schon häufig erwähnt wurde, ist die Berücksichtigung dieser Beeinträchtigungen bei der Informationserteilung zwar eine richtige, aber eben doch sehr theoretische Idee. Hinzukommt, dass die Informationserteilung im Massenverkehr ohnehin standardisiert ist, z. B. in Werbeprospekten und Katalogen,¹⁴³⁰ und sich Unternehmer und Verbraucher daher auch in den seltensten Fällen von Angesicht zu Angesicht gegenüberstehen werden. Daher ist auch aus diesem Grund die Vorstellung von der angepassten Verbraucherinformation häufig eine eher theoretische Überlegung. Je nach Komplexität des Geschäfts und je nach Ausprägung kognitiver und intellektueller Einschrän-

S. 223 (247f.); ebenso BeckOGK-Busch, § 312d BGB Rn. 2.1; Bülow und Artz 2018, S. 13 Rn. 28: die durch das Gesetz herbeigeführte Überflutung mit Informationen „kontraproduktiv“; siehe auch Westermann, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1 (88): Es entstehe – Westermann befasst sich mit Formvorschriften – bisweilen der Eindruck, als solle der Verbraucher durch die Fülle an Informationen und der Vertragstexte von der Lektüre eher abgehalten werden. Von einem „Informationsbombardement“, das keine Transparenz schaffe, spricht im Zusammenhang mit Time-Sharing-Verträgen Martinek NJW 1997, S. 1393 (1396). Siehe auch Dauner-Lieb 1983, S. 65, die grundsätzlich anerkennt, dass Informationsflut überfordernd wirke (die aber dennoch ein Informationsmodell grundsätzlich für geeignet hält, um Wissensdefizite zu beseitigen). Ebenso Heber 2022, S. 183, 226. Siehe zu Informationsdefiziten auch Rademacher 2020, S. 139f.

¹⁴²⁹ Westermann, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1 (88).

¹⁴³⁰ BeckOGK-Busch, Art. 246 EGBGB Rn. 12.

kungen ist zum anderen wiederum sehr fraglich, ob irgendeine Art und Weise der Informationserteilung, und sei sie noch so vereinfacht, den Betroffenen noch so erreicht, dass sie eine auf der Grundlage dieser Informationen selbstbestimmte Entscheidung ermöglicht.¹⁴³¹

Zu berücksichtigen ist zudem auch hier, dass die Informationen rechtzeitig vor Vertragsschluss zu erteilen sind, damit der Verbraucher sich seine Entscheidung nochmal durch den Kopf gehen lassen kann. Im Regelfall ist diese Vorlaufzeit natürlich sinnvoll. Bei Menschen mit beispielsweise leichten Demenzen schlägt dieser Nutzen jedoch in einen Nachteil um: Denn diese Personen haben Schwierigkeiten, neue Informationen zu behalten.¹⁴³² Es ist damit auch nicht gesichert, dass der Betroffene die erteilten Informationen bei Vertragsschluss überhaupt noch parat hat.

Die Informationspflicht gilt nach Art. 246 Abs. 2 EGBGB im Übrigen nicht für Verträge, die Geschäfte des täglichen Lebens zum Gegenstand haben und bei Vertragsschluss sofort erfüllt werden. Solche „Bagatellgeschäfte“ gelten als für den Verbraucher „ungefährlich“.¹⁴³³ Ob ein Geschäft dem alltäglichen Leben angehört, soll nach der Verkehrsauffassung bestimmt werden und im Übrigen soll ein Gleichlauf mit § 105a BGB erfolgen.¹⁴³⁴ Aufgrund der Geringfügigkeit solcher Geschäfte ist das Entfallen der Informationspflicht aber auch nicht zu beanstanden.

(2) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge (§§ 312b–312h BGB)

(a) Inhalt und Umfang

Spezielle Informationspflichten sieht das BGB zudem bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (§§ 312b, 312d Abs. 1, 2 BGB, Art. 246a und 246b EGBGB) und bei Fernabsatzverträgen (§§ 312c, 312d Abs. 1, 2 BGB, Art. 246a und 246b EGBGB) vor.

Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen¹⁴³⁵ bei gleichzeitiger Anwesenheit von Verbraucher und Unternehmer, § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB, greifen besondere Verbraucherschutzregeln, um Verbraucher an Orten vor Vertragsschlüssen zu schützen, an denen sie gedanklich nicht auf geziel-

¹⁴³¹ Zu dieser Kritik auch bereits bei den Aufklärungspflichten oben unter 3. Kapitel B.V.2.a)cc)(1).

¹⁴³² Siehe oben in der Einleitung bei Fn. 20 und 3. Kapitel A.I.2.b) bei Fn. 118.

¹⁴³³ Tamm VuR 2014, S. 9 (11).

¹⁴³⁴ BT-Drucks. 17/12637, S. 74.

¹⁴³⁵ Mit dieser Negativdefinition löst sich § 312b BGB von der Vorgängernorm (§ 312 BGB a.F.), die an positive Tatbestandsmerkmale (Wohnung bzw. Arbeitsplatz) anknüpfte: BT-Drucks. 17/12637, S. 49; BeckOK BGB-Maume, § 312b BGB Rn. 13.

tes Umwerben eingestellt sind.¹⁴³⁶ Denn der Verbraucher steht in solchen Situationen möglicherweise unter Druck bzw. ist einem Überraschungsmoment ausgesetzt, wenn er in seiner Privatwohnung, am Arbeitsplatz, in einem Restaurant, das nicht Geschäftsraum des vertragsschließenden Unternehmers ist, einem Kurhaus oder auf allgemein zugänglichen Verkehrsflächen einen Vertrag abschließt.¹⁴³⁷

Durch § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB wird der Anwendungsbereich erweitert, indem die Verbraucherschutzrechte auch dann gelten, wenn der Verbraucher in einer der beschriebenen Situationen ein Angebot abgibt und der Unternehmer dieses erst später annimmt. So kann der Verbraucherschutz nicht durch den Unternehmer unterlaufen werden, indem dieser die Annahme des Angebots zeitlich nach hinten verschiebt.¹⁴³⁸

Selbiges gilt, wenn der Verbraucher zunächst außerhalb der Geschäftsräume angesprochen wird und den Vertrag sodann unmittelbar danach in den Geschäftsräumen oder im Wege der Fernkommunikation abschließt, § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB. Hierdurch wird das gezielte Anlocken von Kunden im öffentlichen Raum erfasst.¹⁴³⁹ Das Kriterium der Unmittelbarkeit legt dabei einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Ansprechen und Abschluss des Kaufvertrages nahe.¹⁴⁴⁰

Und schließlich gelten die besonderen Informationspflichten auch bei Vertragsabschlüssen im Rahmen sog. „Kaffeefahrten“, § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB, also bei solchen Verträgen, die auf einem Ausflug geschlossen werden, der von dem Unternehmer oder mit seiner Hilfe organisiert wurde, um beim Verbraucher für den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu werben und mit ihm entsprechende Verträge abzuschließen. In solchen Situationen schafft der Unternehmer eine „verkaufsfördernde Stimmung“, sodass der Vertragsabschluss durch den Verbraucher weniger von Kritikfähigkeit, sondern vielmehr von Dankbarkeit und Kauflust geprägt ist.¹⁴⁴¹

Fernabsatzverträge sind sodann Verträge, bei denen Unternehmer und Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems erfolgt, § 312c Abs. 1 BGB. § 312c Abs. 2 BGB legt fest, dass Fernkommunikationsmittel alle Kommunikationsmittel sind, die zur Anbah-

¹⁴³⁶ BeckOK BGB-Maume, § 312b BGB Rn. 13. BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

¹⁴³⁷ BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

¹⁴³⁸ BeckOK BGB-Maume, § 312b BGB Rn. 17.

¹⁴³⁹ BeckOK BGB-Maume, § 312b BGB Rn. 19.

¹⁴⁴⁰ BeckOK BGB-Maume, § 312b BGB Rn. 20.

¹⁴⁴¹ BeckOK BGB-Maume, § 312b BGB Rn. 22. Siehe auch BGH NJW 2004, S. 362 (363).

nung oder zum Abschluss eines Vertrags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien körperlich anwesend sind.

Bei all den genannten Rechtsgeschäften treffen den Unternehmer nach § 312d Abs.1 BGB die Informationspflichten des Art.246a EGBGB. Art.246a §1 EGBGB befasst sich dabei mit den Informationsinhalten, §4 mit den Informationsmodalitäten:

§1 Abs.1 S.1 EGBGB umfasst 19 Punkte, über die der Unternehmer vor Vertragsschluss informieren muss. Zu diesen Punkten gehören unter anderem die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen (§1 Abs.1 S.1 Nr.1 EGBGB) sowie Preis bzw. Berechnungsgrundlage (§1 Abs.1 S.1 Nr.4 EGBGB), je nach Vertragstyp beispielsweise aber auch die Vertragslaufzeit bzw. die Kündigungsbedingungen (§1 Abs.1 S.1 Nr.11 EGBGB), die Mindestdauer der Verpflichtung (§1 Abs.1 S.1 Nr.12 EGBGB) oder das Recht des Unternehmers, vom Verbraucher die Stellung einer Kautionsleistung oder die Leistung einer anderen finanziellen Sicherheit zu verlangen (§1 Abs.1 S.1 Nr.13 EGBGB).

Nach Art.246a §4 Abs.1 EGBGB müssen die Informationen vor Abgabe der auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers¹⁴⁴² in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung gestellt werden. Zu den Anforderungen von „in klarer und verständlicher Weise“ kann auf die Ausführungen zu Art.246 Abs.1 EGBGB verwiesen werden.¹⁴⁴³ Ergänzend ist hinzuzufügen, dass §4 Abs.2 der Fernabsatz-RL¹⁴⁴⁴ darüber hinaus sogar vorsah, dass die Informationserteilung nicht nur klar und verständlich auf die jeweilige Art der verwendeten Fernkommunikationstechnik angepasst werden musste, sondern darüber hinaus „dabei“ auch der Schutz „solcher Personen, die nach den Gesetzen der einzelnen Mitgliedstaaten nicht geschäftsfähig sind“ zu beachten sein sollte. Eine Umsetzung dieses Zusatzes ins deutsche Recht wurde nicht für erforderlich gehalten, da dort bei Geschäftsunfähigkeit „traditionell das stärkere Mittel der eingeschränkten Wirksamkeit solcher Geschäfte“ eingesetzt werde.¹⁴⁴⁵ Dies mache es entbehrlich, besondere Anforderungen an Form und Inhalt der zu erteilenden Information zu stellen.¹⁴⁴⁶

Nun sind die Personengruppen, bei denen „lediglich“ intellektuelle Beeinträchtigungen bzw. leichtere kognitive Einschränkungen i.S.d. Fallgruppen 1–3 vorliegen, aber gerade nicht von §104 Nr.2 BGB erfasst, sodass bei ihnen der Bedarf einer angepassten Informationserteilung bestehen bleibt. Diese Pflicht

¹⁴⁴² Gleich, ob es sich bei der Erklärung um das Angebot oder die Annahme handelt: Staudinger BGB-*Thüsing* 2019, §312d BGB Rn.74.

¹⁴⁴³ Siehe oben unter 3. Kapitel B.V.2.b)bb)(1).

¹⁴⁴⁴ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, aufgehoben mit Wirkung vom 13.6.2014 und ersetzt durch die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU.

¹⁴⁴⁵ BT-Drucks. 14/2658, S.38.

¹⁴⁴⁶ BT-Drucks. 14/2658, S.38.

zu einer solchen Informationserteilung ergibt sich daher zumindest ebenso wiederum aus dem Erwägungsgrund 34 der Verbraucherrechte-RL.¹⁴⁴⁷

(b) *Bewertung*

Aber trotz dieser grundsätzlichen Pflicht zur Anpassung ist ein Schutz der Personengruppen 1–3 wieder nur unzureichend gewährleistet. Denn dass überhaupt eine an diese Personengruppen angepasste Informationserteilung erfolgt, setzt auch hier voraus, dass die besondere Schutzbedürftigkeit dem Unternehmer „vernünftigerweise erkennbar“ ist. Dieser Erkennbarkeit kann erst recht bei Fernabsatzverträgen fehlen, bei denen Unternehmer und Verbraucher nicht einmal zwingend unmittelbar kommunizieren.

Außerdem gilt das zu den Informationspflichten des § 312a BGB. Gesagte hier, da je nach Vertragstyp weitaus mehr Informationen zu erteilen sind, sogar noch in verschärfter Form: Hier droht erst recht ein „*information overload*“, der gerade für Personen mit intellektuellen und kognitiven Beeinträchtigungen schwer zu verarbeiten sein kann.

Hinzu kommt, dass bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen die Information auf Papier oder bei Zustimmung des Verbrauchers auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden (und lesbar sein) muss, Art. 246a § 4 Abs. 2 S. 1, 2 EGBGB. Die Papierform ist dabei der Regelfall.¹⁴⁴⁸ Bei einem Fernabsatzvertrag muss der Unternehmer dem Verbraucher die Information sogar nur in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung stellen, Art. 246a § 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB. Hinweise, z.B. Links, müssen dabei so ausgestaltet sein, dass ein Durchschnittsverbraucher sie auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersieht und zudem erkennt, welche Art von Informationen dahinterstecken.¹⁴⁴⁹ Es obliegt dann aber dem Verbraucher, sich die Informationen selbst aktiv zu verschaffen.¹⁴⁵⁰ In beiden Situationen muss der Verbraucher die Informationen also selbstständig zur Kenntnis nehmen und sich selbstständig erschließen. Die Frage ist dabei, wie ernsthaft dieser Versuch überhaupt je unternommen wird. Unterbleibt dieser Versuch der Kenntnisnahme, lässt sich dies in der Regel auf Selbstverantwortung zurückführen, nicht aber so ohne Weiteres bei Personen, deren Selbstverantwortungsfähigkeit eingeschränkt ist.

Im Übrigen muss auch bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen die Informationserteilung rechtzeitig erfol-

¹⁴⁴⁷ Siehe bereits oben zu dieser Pflicht bei Verbraucherverträgen im Allgemeinen unter 3. Kapitel B.V.2.b)bb)(1).

¹⁴⁴⁸ MüKo BGB/Band 3-Wendehorst 2022, § 312d BGB Rn. 83.

¹⁴⁴⁹ MüKo BGB/Band 3-Wendehorst 2022, § 312d BGB Rn. 86.

¹⁴⁵⁰ BeckOGK-Busch, Art. 246a § 4 EGBGB Rn. 24.

gen, auch wenn Art. 246a EGBGB dies nicht ausdrücklich fordert.¹⁴⁵¹ Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Informationspflicht, wonach der Verbraucher durch die Informationen in die Lage versetzt werden soll, eine überlegte Entscheidung zu treffen, was voraussetzt, dass er auch Zeit hatte, sich den Vertragsschluss zu überlegen.¹⁴⁵² Ein Bereitstellen unmittelbar vor Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers genügt dabei grundsätzlich nicht.¹⁴⁵³ Nun ist aber jedenfalls bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen das Kriterium der Rechtzeitigkeit kaum zufriedenstellend einzuhalten: Denn diese Verträge sind schließlich gerade durch ihren Überrumpelungseffekt gekennzeichnet, da zwischen Ansprechen des Verbrauchers und Vertragsschluss gerade kein nennenswerter Zeitraum liegt. Dies schließt eine wirkliche Überlegungszeit des Verbrauchers, informiert oder uninformatiert, von vornherein aus. Bei solchen Verträgen ist also die Forderung des § 4 Abs. 1 EGBGB, dass die Informationserteilung „nur“ vor Vertragsschluss zu erfolgen hat, wörtlich zu nehmen. Damit ist auch der grundsätzliche Sinn der Informationspflicht erheblich in Frage gestellt, denn diese Art des Vertragsschlusses ist mit einer reflektierten Entscheidung geradezu inkompatibel.¹⁴⁵⁴

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich die Informationspflicht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen, die Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben, aus § 312d Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 246b § 1 Abs. 1 EGBGB ergibt, der ebenso 19 Punkte umfasst. Unter einer Finanzdienstleistung ist nach § 312 Abs. 5 BGB ein Vertrag über Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung zu verstehen. Zu den zu erteilenden Informationen gehören insbesondere die „wesentlichen Merkmale der Finanzdienstleistung“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB), der Gesamtpreis bzw. die Berechnungsgrundlage (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB) sowie gegebenenfalls Hinweise auf Steuern und sonstige Kosten (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB) sowie gegebenenfalls „spezielle Risiken“ sowie „Schwankungen des Finanzmarkts“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 8 EGBGB). Es betrifft also der Vertrag selbst schon eine komplexe Materie, was nur zusätzlich zur Komplexität der umfangreichen Informationen beiträgt: Schon Leistung und Gegenleistung lassen sich, anders als etwa beim Kauf einer Ware, nicht in einem Wort bezeichnen. Es ist also erst recht fraglich, inwiefern die Informationen, die im Übrigen auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt werden, § 2 Abs. 1 S. 1

¹⁴⁵¹ BeckOGK-Busch, Art. 246a § 4 EGBGB Rn. 4.

¹⁴⁵² BeckOK BGB-Martens, Art. 246a § 4 EGBGB Rn. 2; Staudinger BGB-Thüsing 2019, § 312d BGB Rn. 75.

¹⁴⁵³ BeckOK BGB-Martens, Art. 246 BGB Rn. 6.

¹⁴⁵⁴ Vgl. Bülow und Artz 2018, S. 14 Rn. 32: Da das Informationsmodell bei Haustürgeschäften aufgrund der Überrumpelungssituation nicht effektiv genug sei, bestehe ein Widerrufsrecht.

EGBGB, den Zweck einer vollinformierten und reflektierten Entscheidung fördern können.

(3) Sonstige Verträge

Die vorstehend beschriebenen Informationspflichten sind nicht die einzigen gesetzlich geregelten Mitteilungspflichten. Besondere Berücksichtigung im BGB finden beispielsweise auch Verbraucherdarlehensverträge. Vorvertragliche Informationspflichten¹⁴⁵⁵ gibt es so für Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge, worunter entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer zu verstehen sind, § 491 Abs. 2 S. 1 BGB. Auch Immobilial-Verbraucherdarlehensverträge, worunter nach § 491 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer zu verstehen sind, die durch ein Grundpfandrecht oder eine Reallast besichert sind, oder die für den Erwerb oder die Erhaltung des Eigentumsrechts an Grundstücken, an bestehenden oder zu errichtenden Gebäuden oder für den Erwerb oder die Erhaltung von grundstücksgleichen Rechten bestimmt sind, begründen spezifische vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten. Nicht erfasst von den verbraucherkreditrechtlichen Schutzvorschriften sind im Übrigen Bürgschaftsverträge.¹⁴⁵⁶

Hinsichtlich der Schutzlücken, die sich aus vorvertraglichen Informationspflichten ergeben, kann nach oben verwiesen werden; es soll lediglich ergänzend auf Informationsumfang und -form hingewiesen werden. Die vorvertraglichen Informationspflichten sind in § 491a BGB festgelegt: Nach Absatz 1 muss der Darlehensgeber den Darlehensnehmer nach Maßgabe des Art. 247 EGBGB informieren. Inhaltlich ergibt sich die Informationspflicht etwa bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen aus Art. 247, § 3 Abs. 1 EGBGB, der immerhin 16 Punkte, über die vor Vertragsschluss zu informieren ist, aufzählt.¹⁴⁵⁷

¹⁴⁵⁵ Zudem bestehen vertragliche Informationspflichten, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll: Es müssen gemäß § 492 Abs. 2 BGB die Angaben nach Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB in den der Schriftform bedürftigen Darlehensvertrag aufgenommen werden. Bei Fehlen der Angaben aus § 6 und § 10 bis 13 EGBGB tritt Nichtigkeit des Vertrags ein, § 494 Abs. 1 BGB, wobei der Vertrag aber als geheilt gilt, soweit der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt, § 494 Abs. 2 S. 1 BGB.

¹⁴⁵⁶ *Nobbe* WM 2011, S. 625 (626); *Gödde*, in: Handbuch des Vertriebsrecht, § 53 Rn. 77 f.; BGH DStR 1998, S. 944 ff. zumindest für den Fall von „Geschäftsbürgschaften“. Anderes gilt für Schuldbeitritte: BGH DStR 1998, S. 944 (945).

¹⁴⁵⁷ Informationspflicht über: den Namen und die Anschrift des Darlehensgebers; die Art des Darlehens; den effektiven Jahreszins; den Nettodarlehensbetrag; den Sollzinssatz; die Vertragslaufzeit; Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen; den Gesamtbetrag; die Auszahlungsbedingungen; alle sonstigen Kosten, insbesondere in Zusammenhang mit der Auszahlung oder der Verwendung eines Zahlungsinstruments, mit dem sowohl Zahlungsvorgänge als auch Abhebungen getätigt werden können, sowie die Bedingungen, unter denen die Kosten angepasst werden können; den Verzugszinssatz und die Art und Weise seiner et-

Die Unterrichtung erfolgt in Textform, Art. 247 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB, wobei nach Abs. 2 die Mustervorlage in Anlage 4 zu verwenden ist; mit anderen Worten ist es dem Verbraucher wieder selbst überlassen, ob er sich die Informationen überhaupt zu Gemüte führt.

Vorvertragliche Informationspflichten bestehen des Weiteren auch bei Vertragsarten, die zwar keine Darlehensverträge sind, aber dennoch Kreditelemente bzw. langfristige Bindungen mit schwer überschaubaren Gesamtbelastungen¹⁴⁵⁸ beinhalten. So gelten entgeltliche Zahlungsaufschübe und sonstige Finanzierungshilfen als besonders gefährlich, da sie geeignet sind, die übernommenen Verpflichtungen zu verharmlosen, weil der Verbraucher nicht zur unmittelbaren Leistungserbringung verpflichtet wird.¹⁴⁵⁹ Für entgeltliche Zahlungsaufschübe und sonstige Finanzierungshilfen gilt insbesondere § 491a BGB entsprechend (§ 506 Abs. 1 S. 1 BGB), und damit die Informationspflicht des Art. 247 EGBGB.

Zu erwähnen sind zudem die Informationspflichten bei Verbraucherbauverträgen (§ 650j BGB), Darlehensvermittlungsverträgen (§ 655a BGB), bei Pauschalreiseverträgen (§ 651d BGB), im Anwendungsbereich des Fernunterrichtsschutzgesetzes (§ 3 Abs. 2, 3 FernUSG) und bei Versicherungsverträgen (§ 7 VVG i. V. m. der VVG-Info-VO). Da die Problematik jedoch unabhängig vom Vertragstyp stets dieselbe ist – hoher Informationsumfang, komplexe Materien, daher nur bedingt vereinfachte Darstellung möglich etc. –, soll auf die Darstellung weiterer Informationspflichten verzichtet werden.

Besondere Informationspflichten bestehen, auf Art. 10 und 11 der E-Commerce-RL (Richtlinie 2000/31/EG) zurückgehend, zu guter Letzt auch im elektronischen Geschäftsverkehr. Ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr liegt vor, wenn sich der Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen der Telemedien bedient, § 312i Abs. 1 S. 1 BGB. Er muss, neben sonstigen Informationspflichten, die ihn möglicherweise bereits aus anderen Vorschriften treffen (§ 312i Abs. 3 BGB), die Informationen nach Art. 246c EGBGB zur Verfügung stellen, die insbesondere technische Aspekte des Bestellvorgangs und Vertragsschlusses betreffen. Hierzu gehören unter anderem eine Information

waigen Anpassung sowie gegebenenfalls anfallende Verzugskosten; einen Warnhinweis zu den Folgen ausbleibender Zahlungen; das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts; das Recht des Darlehensnehmers, das Darlehen vorzeitig zurückzuzahlen; die sich aus § 491a Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergebenden Rechte [z.B.: Recht, einen Entwurf des Darlehensvertrags zu verlangen]; die sich aus § 29 Abs. 7 [a.F., jetzt § 30 Abs. 2 BDSG] des Bundesdatenschutzgesetzes ergebenden Rechte.

¹⁴⁵⁸ So zu Ratenlieferungsverträgen i.S.v. § 510 BGB: BeckOK BGB-Möller, § 510 BGB Rn. 1.

¹⁴⁵⁹ Lorenz 1997, S. 175 f. („Verniedlichung“ der Leistungspflicht); siehe auch Hönn 1982, S. 165 zu Ratenzahlungen nach dem AbzG a.F. Daher besteht bei diesen Verträgen im Übrigen auch ein Widerrufsrecht, siehe unten unter 3. Kapitel B.VI.3.a).

über die einzelnen technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen, Art. 246c Nr. 1 EGBGB, und eine Information darüber, wie Eingabefehler erkannt und berichtigt werden können, Art. 246c Nr. 2 EGBGB.

Auf diese Informationspflichten soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden, da sie nicht den Inhalt des Vertrags oder motivbildende Umstände selbst betreffen. Zu bemerken ist jedenfalls, dass damit die Informationslast, mit der der Verbraucher sich auseinandersetzen soll, nochmals erhöht wird.

cc) Erläuterungspflichten bei Verbraucherdarlehensverträgen und entgeltlichen Finanzierungshilfen

(1) Inhalt und Umfang

Nun ist, wie in dieser Arbeit schon verschiedenfach erwähnt, die Erteilung von Informationen natürlich nur dann sinnhaft, wenn der Informationsempfänger die Kapazität hat, diese Informationen aufzunehmen und vernünftige Schlüsse daraus zu ziehen. Gerade dies ist bei den Personen der Fallgruppen 1–3 fraglich.

Bei Darlehensverträgen und entgeltlichen Finanzierungshilfen gehen die Pflichten des Unternehmers daher über reine Informationspflichten hinaus. Damit die Informationspflicht keine reine Formalität bleibt, trifft den Darlehensgeber, basierend auf Art. 5 Abs. 6 der Verbraucherkreditrichtlinie,¹⁴⁶⁰ nach § 491a Abs. 3 S. 1 BGB zusätzlich eine generelle Erläuterungspflicht. Für entgeltliche Finanzierungshilfen gilt diese Pflicht durch den Verweis in § 506 Abs. 1 S. 1 BGB.

Nach § 491a Abs. 3 S. 1 BGB ist der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer vor Abschluss des Vertrags „angemessene Erläuterungen“ zu geben, damit der Darlehensnehmer in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, „ob der Vertrag dem von ihm verfolgten Zweck und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird.“ Nach Satz 2 sind gegebenenfalls die oben erwähnten vorvertraglichen Informationen¹⁴⁶¹ erläuterungspflichtig, aber auch die Hauptmerkmale der vom Darlehensgeber angebotenen Verträge sowie die vertragstypischen Auswirkungen auf den Darlehensnehmer. Zu den Hauptmerkmalen gehören

¹⁴⁶⁰ „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Kreditgeber und gegebenenfalls Kreditvermittler dem Verbraucher angemessene Erläuterungen geben, gegebenenfalls durch Erläuterung der vorvertraglichen Informationen gemäß Absatz 1, der Hauptmerkmale der angebotenen Produkte und der möglichen spezifischen Auswirkungen der Produkte auf den Verbraucher, einschließlich der Konsequenzen bei Zahlungsverzug des Verbrauchers, damit der Verbraucher in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob der Vertrag seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation gerecht wird. Die Mitgliedstaaten können die Art und Weise dieser Unterstützung sowie deren Umfang und die Frage, durch wen sie zu geben ist, den besonderen Umständen der Situation, in der der Kreditvertrag angeboten wird, der Person, der er angeboten wird, und der Art des angebotenen Kredits anpassen.“

¹⁴⁶¹ Siehe oben bei Fn. 1455.

insbesondere die Hauptleistungspflichten.¹⁴⁶² Mit „vertragstypischen Auswirkungen“ sind vor allem finanzielle Belastungen des Verbrauchers gemeint, aber auch Haftungsrisiken.¹⁴⁶³ Dabei soll der Darlehensgeber zudem auf Gestaltungsalternativen hinweisen, wenn der Darlehensnehmer die Möglichkeit hat, durch eigene Erklärung auf den Vertragsinhalt einzuwirken.¹⁴⁶⁴

Sinn dieser Erläuterungspflichten ist es, eine eigene vollinformierte Entscheidung des Kreditnehmers für oder gegen den Kredit zu ermöglichen und eine Überschuldung weiter Bevölkerungskreise zu verhindern.¹⁴⁶⁵ Die Erläuterung ist zwischen bloßer Information einerseits und Beratung andererseits anzusiedeln.¹⁴⁶⁶ Es geht um Erklärung, Darstellung und Darlegung, auch mit Begründung und Veranschaulichung.¹⁴⁶⁷ Der Verbraucher soll durch die Erläuterungen in die Lage versetzt werden, selbst zu beurteilen, ob der Vertrag seinen Bedürfnissen und damit auch seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird.¹⁴⁶⁸ In der Gesetzesbegründung ist die Rede von „Hilfe zur Selbsthilfe“.¹⁴⁶⁹ Ziel der Erläuterungspflicht ist also nicht, anders als bei der Beratung, einen für den Kreditnehmer optimalen Vertrag zu finden.¹⁴⁷⁰ Insbesondere muss der Darlehensgeber daher auch nicht prüfen, ob der vom Darlehensnehmer verfolgte Zweck sinnvoll ist.¹⁴⁷¹

Dabei ist umstritten, ob die konkreten finanziellen Verhältnisse des Kreditnehmers bei der Ausgestaltung der Erläuterungspflicht zu berücksichtigen sind. Teils heißt es, der Darlehensgeber könne sich bei der Auswahl der anzubietenden Produkte gänzlich von den Wünschen und Bedürfnissen des Darlehensnehmers leiten lassen.¹⁴⁷² Die sich hieran anschließende Erläuterung sei sodann rein produktbezogen,¹⁴⁷³ sodass die finanziellen Verhältnisse für die Erläuterungs-

¹⁴⁶² BT-Drucks. 16/11643, S. 79.

¹⁴⁶³ BT-Drucks. 16/11643, S. 79.

¹⁴⁶⁴ BT-Drucks. 16/11643, S. 79.

¹⁴⁶⁵ *Nobbe* WM 2011, S. 625 (628).

¹⁴⁶⁶ BeckOGK-*Knops*, § 491a BGB Rn. 82. Erläuterung zwischen Information und Beratung: *Ady und Paetz* WM 2009, S. 1061 (1066); *Korff*, in: Bankrecht, S. 949 (1006 Rn. 205).

¹⁴⁶⁷ BeckOGK-*Knops*, § 491a BGB Rn. 83; *Nobbe* WM 2011, S. 625 (628).

¹⁴⁶⁸ *Herresthal* WM 2009, S. 1174 (1179); BT-Drucks. 16/11643, S. 79: Der Darlehensnehmer solle *von sich aus* auf informierter Grundlage entscheiden.

¹⁴⁶⁹ BT-Drucks. 18/5922, S. 105.

¹⁴⁷⁰ BT-Drucks. 16/11643, S. 79; BeckOGK-*Knops*, § 491a BGB Rn. 82; *Nobbe* WM 2011, S. 625 (628); *Ady und Paetz* WM 2009, S. 1061 (1067).

¹⁴⁷¹ BT-Drucks. 16/11643, S. 79. Schon vor Schaffung des § 491a Abs. 3 BGB eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der Darlehensverwendung ablehnend: *Canaris* 1988, S. 81 f. Rn. 114; *Brandner* ZHR 1989, S. 147 (151).

¹⁴⁷² *Korff*, in: Bankrecht, S. 949 (1006 Rn. 206). Etwas widersprüchlich heißt es aber sodann (Rn. 208), eine Erläuterung könne dann nicht als korrekt betrachtet werden, wenn diese dazu führe, dass der Darlehensnehmer ein nicht seinen Vermögensverhältnissen entsprechendes Darlehen abschließe. Damit muss sich der Darlehensgeber im Ergebnis doch von den Vermögensverhältnissen leiten lassen, und dies schon bei der Produktauswahl.

¹⁴⁷³ *Nobbe* WM 2011, S. 625 (629); MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 491a BGB Rn. 20;

pflicht keine Rolle spielten. Anderer Ansicht nach ist die Erläuterungspflicht den finanziellen Verhältnissen des Darlehensnehmers anzupassen.¹⁴⁷⁴ Die individuelle finanzielle Situation beeinflusse etwa, auf welche weiteren Gestaltungsalternativen der Darlehensgeber hinweisen solle,¹⁴⁷⁵ oder dass sich der Umfang der Erläuterungen reduziere oder erweitere.¹⁴⁷⁶ Auch der EuGH geht davon aus, dass die finanzielle Situation des jeweiligen Kreditnehmers die Erläuterungspflicht nicht vollständig unbeeinflusst lasse: So habe der Kreditgeber die Bewertung der Kreditwürdigkeit zu berücksichtigen, „soweit diese Bewertung eine Anpassung der gegebenen Erläuterungen erfordert.“¹⁴⁷⁷ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2019 führt das Gericht sogar aus, dass Art. 5 Abs. 6 der Verbraucherkreditrichtlinie so weit ausgelegt werden könne, dass das nationale Recht dem Darlehensgeber die Pflicht auferlegen dürfe, die Kreditart und den Kreditbetrag zu suchen, die der Finanzlage des Verbrauchers am besten entsprechen.¹⁴⁷⁸

Um aber aufgrund des Wortlauts des § 493a Abs. 3 BGB die Grenzen zum Beratungsvertrag nicht zu verwischen, kann ein Einfluss der Vermögenslage auf die Erläuterungspflicht nur sehr eingeschränkt angenommen werden. Keinesfalls ist so aus § 491a Abs. 3 BGB eine Abratungspflicht abzuleiten; dies überschreite die Grenzen zum Beratungsvertrag.¹⁴⁷⁹ Der Darlehensgeber muss auch nicht selbst bestimmen und vorgeben, welcher Vertrag der Finanzlage des Verbrauchers am besten entspricht. Diese Beurteilung muss der Verbraucher selbst vornehmen.¹⁴⁸⁰ Die Erläuterung bleibt eine „Hilfe zur Selbsthilfe“. Lediglich der Umfang der Erläuterungspflichten kann somit an der finanziellen Situation

BeckOK BGB-Möller, § 491a BGB Rn. 15; Staudinger BGB-Kessal-Wulf 2012, § 491a BGB Rn. 27; Herresthal WM 2009, S. 1174 (1179f.); Buck-Heeb BKR 2014, S. 221 (226).

¹⁴⁷⁴ Dafür: Hoffmann und Bartlitz WM 2014, S. 2297 (2298, 2302); Ady und Paetz WM 2009, S. 1061 (1067); Rösler und Werner BKR 2009, S. 1 (3); Soergel BGB/Band 7-Seifert 2014, § 491a BGB Rn. 68; BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 90 (Darlehensgeber müsse erläutern, ob mit dem Darlehen der Zweck erreicht werden kann) und Rn. 91 (Darlehensgeber müsse erläutern, ob das Darlehen den Vermögensverhältnissen entspricht).

¹⁴⁷⁵ Soergel BGB/Band 7-Seifert 2014, § 491a BGB Rn. 69.

¹⁴⁷⁶ Hoffmann und Bartlitz WM 2014, S. 2297 (2298, 2302): Bei Personen hoher Bonität könnten nähere Betrachtungen der Auswirkungen auf die finanzielle Situation unterbleiben.

¹⁴⁷⁷ EuGH EuZW 2015, S. 189 (192 Rn. 45) – CA Consumer Finance SA/Bakkaus ua. Eine Berücksichtigung der Bonitätsprüfung daher bejahend: Bartlitz WM 2016, S. 344 (348). Gleichzeitig stellt der EuGH aber auch fest, dass zwischen der Pflicht zur Erläuterung einerseits und derjenigen zur Bonitätsprüfung andererseits grundsätzlich kein Zusammenhang besteht, vgl. hierzu auch MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 491a BGB Rn. 21. Hierbei hat sich der EuGH jedoch wohl nur zum zeitlichen Zusammenhang geäußert: Bartlitz WM 2016, S. 344 (347f.).

¹⁴⁷⁸ EuGH, Urt. vom 6.6.2019 – C-58/18, BeckRS 2019, 10524 Rn. 24ff. Siehe aber auch Rn. 26: Die Richtlinie schreibe den Mitgliedstaaten aber nicht vor, vorzusehen, dass der Kreditgeber die Pflicht habe, dem Verbraucher den geeignetsten Kredit vorzuschlagen.

¹⁴⁷⁹ Nobbe WM 2011, S. 625 (629); MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 491a BGB Rn. 22 und § 505d BGB Rn. 19: Abratungspflicht nur bei Abschluss eines Beratungsvertrags.

¹⁴⁸⁰ So auch eindrücklich Edelmann, in: Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 4 Rn. 205:

ausgerichtet werden. Im Übrigen ist der Darlehensgeber aber zumindest zur Kreditwürdigkeitsprüfung verpflichtet und bei Kreditunwürdigkeit nach § 505a Abs. 1 S. 2 BGB gehalten, von einer Kreditvergabe abzusehen. Verstößt er gegen diese Prüfpflicht oder vergibt er trotz Kreditunwürdigkeit einen Kredit, treffen ihn die Sanktionen des § 505d BGB; diese Pflichtverletzungen stellen allerdings nicht per se auch einen Verstoß gegen die Erläuterungspflicht dar.¹⁴⁸¹

Für die inhaltliche Ausgestaltung der Erläuterungspflicht ist nicht der Durchschnittskunde maßgeblich, sondern der jeweilige Kunde im Einzelfall,¹⁴⁸² auch wenn der Unternehmer mangels gegenteiliger Anhaltspunkte natürlich davon ausgehen darf, dass er es mit einem Durchschnittskunden zu tun hat.¹⁴⁸³ Sind solche Anhaltspunkte jedoch erkennbar, muss er seine Erläuterung dem Verständnishorizont des Kunden anpassen,¹⁴⁸⁴ weil andernfalls das Ziel der Erläuterungspflicht, ein Hilfsmittel für die Entscheidung für oder gegen die angebotenen Produkte zu sein,¹⁴⁸⁵ gerade nicht erfüllt werden könnte. Zu den Anhaltspunkten, die erweiterten Erläuterungsbedarf begründen, gehören insbesondere auch unterdurchschnittliche kognitive Fähigkeiten oder rechtsgeschäftliche Erfahrung, ebenso das Vorliegen von Behinderungen.¹⁴⁸⁶ Den Darlehensgeber trifft aber ohne Anhaltspunkte keine Nachforschungspflicht, wie es um die Verständnismöglichkeiten seines Vertragspartners bestellt ist.¹⁴⁸⁷

(2) Bewertung

Im Ergebnis leidet die Erläuterungspflicht offensichtlich unter denselben Schwächen, die bereits im Zusammenhang mit den vertragsunabhängigen Aufklärungspflichten aufgedeckt wurden: Insbesondere kann auch die Erläuterungspflicht als umfassendere Aufklärungspflicht nicht gewährleisten, dass das Ziel der Erläuterung stets erreicht wird. Je nach Ausprägung des intellektuellen oder kognitiven Defizits kann eine Person die Zusammenhänge eines Darle-

Erläuterung, damit der Darlehensnehmer in die Lage versetzt wird, selbst zu beurteilen, ob der Vertrag dem von ihm verfolgten Zweck und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird.

¹⁴⁸¹ Siehe noch weiter unten zur Kreditwürdigkeitsprüfung unter 3. Kapitel B.V.4.c).

¹⁴⁸² BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 86, 107; BT-Drucks. 16/11643, S. 79. Siehe zur hier von zu trennenden Frage, ob die Erläuterung persönlich erfolgen muss oder ob auch elektronische Erläuterungen genügen: Herresthal WM 2009, S. 1174 (1179f.); Hoffmann und Bartlitz WM 2014, S. 2297 (2298).

¹⁴⁸³ BT-Drucks. 16/11643, S. 79; BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 86; Nobbe WM 2011, S. 625 (628).

¹⁴⁸⁴ BT-Drucks. 16/11643, S. 79; BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 86; Korff, in: Bankrecht, S. 949 (1006 Rn. 204).

¹⁴⁸⁵ Zu diesem Zweck der Erläuterungspflicht BT-Drucks. 16/11643, S. 79.

¹⁴⁸⁶ BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 86; Nobbe WM 2011, S. 625 (628). Beide stellen auf die Erkennbarkeit ab. Dabei ist zu betonen, dass die fehlende Erkennbarkeit nicht die Pflichtverletzung in Frage stellt, sondern erst das Verschulden.

¹⁴⁸⁷ BeckOK BGB-Möller, § 491a BGB Rn. 16; BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 86; Erkundigungspflicht nur bei Anzeichen.

hensvertrags oder einer entgeltlichen Finanzierung eben möglicherweise überhaupt nicht verstehen, auch nicht bei möglichst vereinfachter Erläuterung.

Sofern angedeutet wird, eine Erläuterung sei nur dann angemessen und nicht fehlerhaft, wenn der Erläuterungserfolg, nämlich die Herstellung der Fähigkeit, vollinformiert zu entscheiden, erreicht wurde,¹⁴⁸⁸ ist dem grundsätzlich entgegenzutreten: Es ist schon fraglich, wie der Erläuterungspflichtige diese Fähigkeit im Einzelfall nachprüfen soll. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb Erläuterungspflichten erfolgsbezogen verstanden werden sollten, während dies bei Aufklärungspflichten abgelehnt wird.¹⁴⁸⁹ Allerdings sollte auch hier zum einen zumindest eine Hinweispflicht angenommen werden, wenn erkennbar ist, dass der Erläuterungsberechtigte die Erläuterungen nicht verstanden hat. Zum anderen ist – und dies begründet im Unternehmer/Verbraucherverhältnis mittelbar doch wiederum eine gewisse Erfolgsbezogenheit – auch zu bedenken, dass zugunsten des Verbrauchers gegebenenfalls einen Anspruch aus § 9 Abs. 2 UWG entsteht: Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Begriff der unlauteren geschäftlichen Handlung so großzügig ausgelegt wird, dass Unternehmer keine Verträge mit Verbrauchern, die schutzwürdigen Personengruppen angehörenden,¹⁴⁹⁰ schließen dürfen, wenn der Verbraucher den Inhalt oder die Folgen des abzuschließenden Vertrages ersichtlich nicht verstanden hat.¹⁴⁹¹ Dieser über den Schadensersatzanspruch greifende Schutzmechanismus versagt aber natürlich, wenn die geistige Unterlegenheit dem Unternehmer schon nicht erkennbar war. Weil keine grundsätzliche Pflicht besteht, von Verträgen abzuraten, kann die Erläuterungspflicht also auch nicht verhindern, dass sich der Verbraucher finanziell schädigt.

Im Übrigen wird die Erläuterungspflicht auch nicht so verstanden, als müsse der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer den Vertragsinhalt zwingend persönlich erläutern.¹⁴⁹² So genüge es, dem Verbraucher eine pfadgeführte Erläuterung im Internet zukommen zu lassen, deren Umfang dem Erläuterungsbedarf des Verbrauchers anzupassen sei,¹⁴⁹³ bzw. generell eine schriftliche Erläuterung.¹⁴⁹⁴ Andernfalls könne das Ziel, den Abschluss grenzüberschreitender Kreditverträge zu erleichtern (Erwägungsgründe 6 und 7 der Verbraucherkreditrichtlinie), nicht erfüllt werden.¹⁴⁹⁵ Es dürfte aber fraglich sein, ob sich Verbraucher diese verschriftlichten Informationen und Erläuterungen überhaupt

¹⁴⁸⁸ Vgl. Metz NJW 2012, S. 1990 (1995): Der Erfolg der Erläuterung ist herzustellen. Ebenso BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 107.

¹⁴⁸⁹ Siehe oben unter 3. Kapitel B.V.2.a)cc)(1).

¹⁴⁹⁰ Vgl. § 4 Abs. 2 S. 2 UWG: körperliche und geistige Beeinträchtigungen.

¹⁴⁹¹ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.3.b)dd).

¹⁴⁹² Herresthal WM 2009, S. 1174 (1179); Korff, in: Bankrecht, Kapitel 17 Rn. 204.

¹⁴⁹³ Herresthal WM 2009, S. 1174 (1179).

¹⁴⁹⁴ Korff, in: Bankrecht, Kapitel 17 Rn. 204; BT-Drucks. 16/11643, S. 78 f.

¹⁴⁹⁵ BT-Drucks. 16/11643, S. 78 f.

durchlesen, vom Verständnis des Inhalts ganz zu schweigen.¹⁴⁹⁶ Da aber die Anforderungen an die Erläuterungspflicht steigen, je größer die Verständnisschwierigkeiten des Verbrauchers sind,¹⁴⁹⁷ sollte sich die Pflicht immerhin zu einer persönlichen Erläuterung verdichten können, wenn erkennbar ist, dass der Verbraucher mit lediglich schriftlichen Erklärungen überfordert sein wird.

Und schließlich können auch hier wiederum Schutzlücken daraus entstehen, dass zwischen der Erläuterung einerseits und dem Vertragsschluss andererseits eine gewisse, nicht zu knappe Zeitspanne liegen muss, damit der Verbraucher die Erläuterung auf sich wirken lassen kann.¹⁴⁹⁸ Gerade bei Krankheiten mit schwankendem Verlauf ist jedoch fraglich, ob dieser Zweck überhaupt erreicht werden kann: Denn selbst wenn der Kreditnehmer zum Zeitpunkt der Erläuterung alle ihm vermittelten Informationen aufgenommen hat, ist fraglich, ob er deswegen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch auf sie zurückgreifen kann. Ist dies nicht der Fall, verfehlt selbst die Erläuterung, die im Zeitpunkt ihrer Erteilung verstanden wurde, ihren Zweck.

dd) Beratungspflichten bei Versicherungsverträgen

(1) Informations- und Beratungspflichten

Schließlich sieht etwa das Versicherungsvertragsgesetz neben Informationspflichten, § 7 VVG, sogar ausdrücklich Beratungspflichten vor, § 6 VVG. Für den Versicherungsvermittler, also Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler (§ 59 Abs. 1 VVG), dies sei am Rande bemerkt, bestehen inhaltlich weitgehend entsprechende Verpflichtungen, § 61 VVG, wobei die Beratungspflichten des Maklers, der ausschließlich die Interessen des Kunden vertritt, am weitesten gehen.¹⁴⁹⁹

Schon vor Kodifizierung der §§ 6 und 7 VVG im Jahr 2008 waren in der Rechtsprechung Aufklärungs- und Beratungspflichten anerkannt, ohne dass dabei wirklich zwischen beiden Pflichten differenziert worden wäre.¹⁵⁰⁰ Diese

¹⁴⁹⁶ *Reinking* DAR 2010, S. 252 (256).

¹⁴⁹⁷ *Korff*, in: Bankrecht, Kapitel 17 Rn. 204; BT-Drucks. 16/11643, S. 78 f.

¹⁴⁹⁸ BeckOGK-*Knops*, § 491a BGB Rn. 105; Staudinger BGB-Kessal-Wulf 2012, § 491a BGB Rn. 28.

¹⁴⁹⁹ MüKo VVG/Band 1-Reiff 2022, § 61 VVG. Siehe auch LG Stuttgart r+s 2008, S. 132 und BGH r+s 2005, S. 222 (224): Pflicht zur umfassenden Betreuung aller Vermögensinteressen des Kunden. Siehe auch OLG Naumburg r+s 2015, S. 26 (28): „Die Pflichten des Versicherungsmaklers gehen weit. Er wird regelmäßig vom Versicherungsnehmer beauftragt und als sein Interessen- oder sogar Abschlussvertreter angesehen. [...] Wegen dieser umfassenden Pflichten kann der Versicherungsmakler für den Bereich der Versicherungsverhältnisse des von ihm betreuten Versicherungsnehmers als dessen Treuhänder ähnlich wie ein Sachwalter bezeichnet und insoweit mit sonstigen Beratern verglichen werden.“

¹⁵⁰⁰ *Römer* VersR 1998, S. 1313 (1314). So spricht der BGH in einer Entscheidung etwa von

Aufklärungs- bzw. Beratungspflichten wurden aus § 242 BGB hergeleitet,¹⁵⁰¹ denn das Versicherungsvertragsverhältnis unterliege, so die ständige Rechtsprechung, in besonderem Maße den Geboten von Treu und Glauben.¹⁵⁰² Dies liege am Dauerschuldcharakter sowie am, verglichen mit anderen Austauschverträgen, geringeren Interessengegensatz,¹⁵⁰³ wobei aber nicht recht ersichtlich ist, weshalb der Interessengegensatz im Versicherungsrecht schwächer ausgeprägt sein sollte.¹⁵⁰⁴ Jedenfalls aber weil der Versicherungsgeber dem Versicherungsnehmer „geschäftlich und versicherungstechnisch überlegen“ sei, habe dieser auf die Belange des Versicherungsnehmers Rücksicht zu nehmen, wo der Versicherungsnehmer wegen seiner geringen Vertrautheit mit dem Versicherungswesen Gefahr laufe, eine Fehlentscheidung zu treffen und „mitunter lebenswichtigen“ Versicherungsschutz einzubüßen.¹⁵⁰⁵

Diese Informationsasymmetrie rechtfertige also, dem Versicherer sowohl Informations- als auch Beratungspflichten aufzuerlegen.¹⁵⁰⁶ Zwar folge aus der grundrechtlich verbürgten Privatautonomie die Eigenverantwortlichkeit eines jeden Vertragspartners, und damit auch die Pflicht, sich selbst um die Beschaffung der notwendigen Informationen zu kümmern und sich gegebenenfalls von dritter Seite sachkundig beraten zu lassen.¹⁵⁰⁷ Im Versicherungsvertragsrecht seien hiervon aber Ausnahmen geboten: Der Versicherungsvertrag als „Rechtsprodukt“, zusammengesetzt aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), die naturgemäß einen gewissen Umfang haben müssten, und zwingendem Vertragsrecht, seien besonders schwer verständlich.¹⁵⁰⁸ Es sei daher nicht davon auszugehen, dass der Versicherungsnehmer die Bedingung vollständig lese oder gar verstehe.¹⁵⁰⁹ Auch die AGB-rechtliche Transparenzkontrolle könne nur begrenzt die Lesbarkeit und damit Verständlichkeit erhöhen.¹⁵¹⁰ Da die

Beratungs-, Hinweis- und Aufklärungspflichten: BGH r+s 1989, S. 58 (59). Vgl. auch BGH NJW 1963, S. 1978 (1978): Beratung- und Aufklärung.

¹⁵⁰¹ BGH NJW 1967, S. 1226 (1229); BGH r+s 1989, S. 58 (59); OLG Hamm NJW-RR 2001, S. 239 (240); MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 28.

¹⁵⁰² BGH r+s 1989, S. 58 (59); BGH NJW 1964, S. 645 (646); BGH VersR 1985, S. 943 (944).

¹⁵⁰³ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 28.

¹⁵⁰⁴ Dörner, in: Karlsruher Forum 2000: Aufklärungspflichten, S. 39 (45).

¹⁵⁰⁵ BGH NJW 1967, S. 1756 (1758); BGH NJW 1967, S. 1226 (1228f.); siehe auch Heiss ZVersWiss 2003, S. 339 (342f.); zur Unterlegenheit des Versicherungsnehmers: Hoffmann 1998, S. 228f.

¹⁵⁰⁶ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, Vor §§ 6–7 VVG Rn. 17.

¹⁵⁰⁷ Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (466); OLG Hamm NJW-RR 2001, S. 239 (240); Huckle 2005, S. 10; Herresthal WM 2009, S. 1174 (1174).

¹⁵⁰⁸ Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (466f.); Römer VersR 1998, S. 1313 (1313): „Versicherung erschöpft sich im wesentlichen in den AVB.“

¹⁵⁰⁹ Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (467); Römer VersR 1998, S. 1313 (1313): Der durchschnittliche Interessent sei intellektuell und psychisch überfordert. Ebenso Hoffmann 1998, S. 224. Siehe aber sogleich zur sog. „Leseobliegenheit“ bei Fn. 1534.

¹⁵¹⁰ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, Vor §§ 6–7 VVG Rn. 12; Heiss ZVersWiss 2003, S. 339 (343f.).

AVB das Produkt selbst betreffen und nicht, wie AGB in sonstigen Fällen, lediglich vertragliche Nebenaspekte,¹⁵¹¹ sei die inhaltliche Überforderung für den Versicherungsnehmer zudem besonders misslich.¹⁵¹²

Schon die Informationspflichten nach § 7 VVG sollen daher mehr Klarheit schaffen.¹⁵¹³ Zu dieser Informationspflicht gehört nach § 7 Abs. 1 S. 1 VVG neben der Übermittlung der AVB auch die Mitteilung der in § 7 Abs. 2 i. V. m. der VVG-Info-VO genannten Informationen.¹⁵¹⁴ Aber auch diese Mitteilungen können nicht alle Informationslücken schließen bzw. das reine Überlassen von Informationen birgt das Risiko, dass der Kunde diese Informationen im Selbststudium nicht versteht oder schon gar nicht zur Kenntnis nimmt.¹⁵¹⁵ Die Beratung nach § 6 VVG soll daher als Ergänzung der Informationspflichten eine sachgerechte Entscheidung des Versicherungsnehmers sichern.¹⁵¹⁶

Nach § 6 Abs. 1 VVG bestehen insgesamt drei vorvertragliche Pflichten: eine Fragepflicht, eine Beratungs- und Begründungspflicht sowie eine Dokumentationspflicht.¹⁵¹⁷ Diese Pflichten bestehen aber nicht generell und auch nicht umfassend, sondern sind anlassbezogen.¹⁵¹⁸ Der Versicherer muss den Versicherungsnehmer also nicht einfach so über seinen Versicherungsbedarf beraten¹⁵¹⁹ oder sämtliche Bedingungen der AVB erläutern.¹⁵²⁰ Er muss auch nicht anlasslos umfangreiche Befragungen durchführen, um etwa zu eruieren, ob für den Versicherungsnehmer eine andere als die angestrebte Versicherung vorteilhafter ist.¹⁵²¹

¹⁵¹¹ Hoffmann 1998, S. 228f.

¹⁵¹² MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, Vor §§ 6–7 VVG Rn. 12.

¹⁵¹³ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 7 VVG Rn. 1f.; zu Informationspflichten als Entscheidungsgrundlage für den Versicherungsnehmer auch: EuGH EuZW 2002, S. 377 (379) mit Verweis auf Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 92/96/EWG (sog. Dritte Richtlinie Lebensversicherung): „Im Rahmen eines einheitlichen Versicherungsmarkts wird dem Verbraucher eine größere und weiter gefächerte Auswahl von Verträgen zur Verfügung stehen. Um diese Vielfalt und den verstärkten Wettbewerb voll zu nutzen, muß er im Besitz der notwendigen Informationen sein, um den seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag auszuwählen. Da die Dauer der Verpflichtungen sehr lang sein kann, ist diese Information für den Verbraucher noch wichtiger.“

¹⁵¹⁴ Siehe etwa § 1 VVG-Info-VO: In allen Versicherungszweigen ist über insgesamt 20 Punkte zu informieren, darunter (Nr. 13) auch über das Bestehen von Widerrufsrechten. Besonderheiten gelten bei besonderen Versicherungstypen (§§ 2 und 3).

¹⁵¹⁵ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 7.

¹⁵¹⁶ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 7.

¹⁵¹⁷ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 22.

¹⁵¹⁸ Armbrüster ZVersWiss 2008, S. 425 (427); HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 4. Schon vor Erlass des § 6 VVG lehnte die Rechtsprechung sog. „spontane“ Aufklärungspflichten ab: Heiss ZVersWiss 2003, S. 339 (341).

¹⁵¹⁹ Huckle 2005, S. 32.

¹⁵²⁰ Huckle 2005, S. 33.

¹⁵²¹ BGH Urt. v. 5.2.1981 – VI ZR 42/80, BeckRS 2008, 18928 Rn. 22; Huckle 2005, S. 33.

(2) *Beratungsanlass*

Ein Anlass für Bedarfsermittlung und Beratung („Beratungsanlass“¹⁵²²) kann sich aus der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, oder aus Umständen in der Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation ergeben, § 6 Abs. 1 S. 1 VVG. Der Anlass ist also entweder produktbezogen oder personenbezogen:

Ein produktbezogener Beratungsanlass entsteht demnach aufgrund der Komplexität der Versicherung als Ganzes, der Komplexität einzelner Abreden, der Vertragsgestaltung oder der Schwierigkeit, die gesetzlichen Produktregelungen zu erfassen.¹⁵²³ Lebensversicherungen gelten beispielsweise als komplex, sodass vor Abschluss einer solchen Lebensversicherung grundsätzlich Beratungsbedarf besteht.¹⁵²⁴ Ob ein Sachverhalt komplex ist oder nicht, bestimmt sich nach dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer und damit abstrahiert vom konkreten Versicherungsnehmer im Einzelfall.¹⁵²⁵ AVB müssen erläutert werden, wenn sie in wesentlichen Punkten schwer zu verstehen sind.¹⁵²⁶

Personenbezogen ist der Beratungsanlass hingegen zum Beispiel dann, wenn unzureichende Sprachkenntnisse einen Beratungsbedarf auslösen.¹⁵²⁷ Ebenso begründet die Unfähigkeit des Versicherungsnehmers, erhaltene Informationen zu verstehen, Beratungsanlass.¹⁵²⁸ Generell heißt es, „unterdurchschnittliche Fähigkeiten“ bzw. geschäftliche Unerfahrenheit können einen Beratungsbedarf begründen.¹⁵²⁹ Kann der Versicherer beispielsweise erkennen oder muss er zumindest mit der naheliegenden Möglichkeit rechnen, dass der Antragsteller aus mangelnden versicherungsrechtlichen oder versicherungstechnischen Kenntnissen nicht die für ihn zweckmäßigste Vertragsgestaltung gewählt hat, muss er ihn darauf hinweisen.¹⁵³⁰ Auch Fehlvorstellungen des Versicherungsnehmers hinsichtlich Inhalt und Umfang der Versicherung muss der Versicherungsgeber richtigstellen.¹⁵³¹ Es gibt jedoch keine Pflicht zur eingehenden rechtlichen Beratung, sondern der Vertragsinhalt – und in Grenzen die AVB – müssen nur so

¹⁵²² Bedarfsermittlung und Beratung seien kaum zu trennen und daher unter dem Begriff des Beratungsanlasses zusammenzufassen: Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 3.

¹⁵²³ Diese Fallgruppenbildung bei MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 34 ff.; siehe auch HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 12, 15; Schirmer r+s 1999, S. 133 (137); Hukele 2005, S. 39.

¹⁵²⁴ HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 14.

¹⁵²⁵ HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 12.

¹⁵²⁶ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 22.

¹⁵²⁷ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 63; LG Freiburg DAR 1987, S. 227.

¹⁵²⁸ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 63; Miettinen 2005, S. 115, allerdings zum finnischen Recht.

¹⁵²⁹ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 15; HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 17.

¹⁵³⁰ BGH, Urt. v. 5.2.1981 – VI ZR 42/80, BeckRS 2008, 18928 Rn. 22.

¹⁵³¹ Schirmer r+s 1999, S. 133 (137); Dörner, in: Karlsruher Forum 2000: Aufklärungspflichten, S. 45 (50, 53); Hukele 2005, S. 39; HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 24; Miettinen 2005, S. 46 ff.

erläutert werden, dass der Versicherungsnehmer „Bedeutung und Tragweite im Kern“ begreifen kann.¹⁵³² Für alles Weitere muss sich der Versicherungsnehmer selbst um rechtlichen Rat kümmern.¹⁵³³

Diesen Grundsätzen steht die sog. Leseobliegenheit gegenüber: Der Versicherungsnehmer muss – und dies steht in merkwürdigem Widerspruch zur dem Schutzsystem des VVG zugrundeliegenden Annahme, die Lektüre sei de facto unzumutbar – die Versicherungsbedingungen lesen. Nimmt er dabei klar und deutlich formulierte Bedingungen nicht zur Kenntnis und geht daher von einem unzutreffenden Versicherungsschutz aus, geht dies gegenüber dem Versicherer zu seinen Lasten, auch dann, wenn einem etwaigen Versicherungsagenten eine Fehlvorstellung erkennbar war oder dieser gar falsch aufgeklärt hat.¹⁵³⁴

(3) Beratungspflichten im Einzelnen

Die Fragepflicht soll in einem ersten Schritt der Schaffung einer Beratungsgrundlage dienen.¹⁵³⁵ Der Versicherer muss den objektiven Versicherungsbedarf sowie die subjektiven Wünsche eruieren,¹⁵³⁶ weil allein die Angaben des Versicherungsnehmers häufig nicht genügen, um festzustellen, was er will oder braucht.¹⁵³⁷ Der Umfang der Fragepflicht wird also durch die Wünsche des Versicherungsnehmers definiert, etwa, wenn diese noch nicht hinreichend konkret formuliert werden, oder durch andere Umstände, die auf einen Beratungsanlass hindeuten.¹⁵³⁸ Die Wünsche haben bei der Beratung im Übrigen keinen Vorrang vor dem Bedarf.¹⁵³⁹ Vielmehr hat sich der Rat „am wohlverstandenen Bedarf des Versicherungsnehmers zu orientieren, wie es sich aus dessen Wünschen ergibt.“¹⁵⁴⁰

Die Fragepflicht endet aber dort, wo eine Eigeninitiative des Versicherungsnehmers erwartet werden kann: So obliegt es dem Versicherungsnehmer beispielsweise selbst, kundzutun, dass er eine Aufklärung nicht verstanden hat.¹⁵⁴¹ Im Übrigen darf der Versicherer mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch davon ausgehen, dass er einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer vor sich

¹⁵³² Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 21.

¹⁵³³ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 21.

¹⁵³⁴ BGH NJW 1963, S. 1978 (1978 f.); BGH NJW 1951, S. 885, dort allerdings annehmend, dem Versicherungsnehmer habe bei Durchsicht nicht auffallen müssen, dass ein Widerspruch zur vorher erfolgten Aufklärung bestand. Zur sog. „Leseobliegenheit“: MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 29; Miettinen 2005, S. 41.

¹⁵³⁵ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 91.

¹⁵³⁶ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 92; HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 20.

¹⁵³⁷ HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 20.

¹⁵³⁸ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 20; MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 93.

¹⁵³⁹ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 19.

¹⁵⁴⁰ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 19.

¹⁵⁴¹ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 20.

hat. Dies bedeutet, dass er unterstellen darf, der Versicherungsnehmer verfüge über solche Kenntnisse, die als weitverbreitet vorausgesetzt werden können.¹⁵⁴² Er darf folglich davon ausgehen, dass bezüglich solcher Aspekte, bei denen einen entsprechende Kenntnis vorausgesetzt werden kann, kein Beratungsbedarf besteht.

Nach der Erfüllung der Fragepflicht muss der Versicherungsgeber in einem zweiten Schritt in die Beratung eintreten. Neben den im Abschnitt zum Beratungsanlass bereits aufgezeigten Erläuterungspflichten schuldet der Versicherungsnehmer die Darstellung von Lösungsmöglichkeiten und Handlungsempfehlungen. Er muss die verschiedenen Handlungsalternativen selbst bewerten und damit die Entscheidung des Versicherungsnehmers beeinflussen.¹⁵⁴³ Er muss also als Ergebnis der Beratung ein passendes Produkt empfehlen oder, wenn mehrere in Betracht kommen, diese unter Darlegung der Vor- und Nachteile erläutern.¹⁵⁴⁴

Diese erhebliche Beeinflussung des Versicherungsnehmers, die eigentlich im Widerspruch dazu steht, dass auch die Beratung letztlich eine eigene informierte und eigenverantwortliche Entscheidung des Versicherungsnehmers ermöglichen soll, wird dabei kritisch gesehen: Denn gerade die leichte Beeinflussbarkeit von Laien durch „Experten“ setze die Versicherungsnehmer in besonderer Weise der Gefahr aus, dass letztlich Interessen des Versicherungsgebers über die der Kunden gestellt werden.¹⁵⁴⁵ Gemildert werde diese Gefahr aber wiederum durch die Begründungspflicht und auch die Dokumentation.¹⁵⁴⁶ Denn diese Begründung beinhalte, dass dargelegt werden müsse, warum gerade das empfohlene Produkt den Bedürfnissen des Versicherungsnehmers am besten entspreche.¹⁵⁴⁷

Die Beratungspflicht entfällt im Übrigen nicht dadurch, dass der Versicherer Gefahr läuft, sich durch die Beratung selbst zu schädigen, weil sie den Versicherungsnehmer etwa dazu verleiten könnte, vom Vertragsabschluss abzusehen.¹⁵⁴⁸ Er kann sogar verpflichtet sein, von seinem Versicherungsprodukt abzuraten, wobei umstritten ist, wie weitreichend diese Abratungspflicht ist: Denn schließlich ist der Versicherungsgeber trotz aller Beratungspflichten nicht vollständig

¹⁵⁴² Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 20.

¹⁵⁴³ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 98; HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 21; Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (475), ausdrücklich auf den Unterschied zwischen wertungsfreier Information und Aufklärung einerseits, aus der der Versicherungsnehmer eigene Schlüsse ziehen müsse, und Beratung andererseits hinweisend. Siehe auch Römer VersR 1998, S. 1313 (1314): „eigene Wertung des Beratenden“.

¹⁵⁴⁴ MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 102; Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 24; HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 21.

¹⁵⁴⁵ Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (475).

¹⁵⁴⁶ Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (475).

¹⁵⁴⁷ Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 25.

¹⁵⁴⁸ Römer VersR 1998, S. 1313 (1317).

den Interessen der anderen Partei untergeordnet, sondern hat auch das Recht, seine eigenen Interessen an einem lukrativen Vertragsschluss zu verfolgen.¹⁵⁴⁹ Zudem ist jede Vertragspartei letztlich selbst für die Wahrung eigener Interessen zuständig und für eigene Entscheidungen verantwortlich.¹⁵⁵⁰ Eine falsche Risikoeinschätzung des Versicherungsnehmers und damit ein geringer Versicherungsbedarf soll für manche Autoren daher noch keine Pflicht, vom Versicherungsschutz abzuraten, begründen.¹⁵⁵¹ Für andere wiederum existiert hingegen gerade die Pflicht, den Versicherungsnehmer darauf hinzuweisen, dass dieser ein bestimmtes Produkt gar nicht benötige, insbesondere dann, wenn der Verbraucher dies aufgrund Unerfahrenheit nicht erkenne¹⁵⁵² oder dieses wirtschaftlich nicht vertretbar sei: So darf einer 73-Jährigen keine Rentenversicherung als sichere Geldanlage empfohlen werden, wenn sie sich aufgrund des hohen Alters der Versicherungsnehmerin mit hoher Wahrscheinlichkeit als wirtschaftlich nachteilig herausstellen wird.¹⁵⁵³ Das aktive Unterbreiten des fraglichen Produkts als Reaktion auf das Anliegen der Versicherungsnehmerin, sie suche nach einer „sicheren Geldanlage“, stelle daher eine Verletzung der Beratungspflicht dar, die sich am „wohlverstandenen Bedarf“ des Versicherungsnehmers zu orientieren hat.¹⁵⁵⁴ Zumindest hätte die Versicherung auf die abzu sehenden Verluste hinweisen müssen.¹⁵⁵⁵ Eine Pflicht, abzuraten, besteht auch im Fall von Überversicherung,¹⁵⁵⁶ ebenso, wenn auf der Hand liegt, dass der Versicherungsnehmer die Prämien nicht zahlen können wird und dass diese Verträge seiner Lebenssituation nicht angemessen sind.¹⁵⁵⁷ Dasselbe gilt, wenn der Versicherungsvertrag den Betroffenen finanziell überfordert.¹⁵⁵⁸ Diese Abratungspflicht soll nach der Rechtsprechung aber wohl keine Pflicht, den Vertragsschluss zu unterlassen, beinhalten, wobei allerdings auch hier wieder, jedenfalls bei entsprechend großzügiger Auslegung des UWG, zumindest auf den

¹⁵⁴⁹ Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (474 f.).

¹⁵⁵⁰ Römer VersR 1998, S. 1313 (1317).

¹⁵⁵¹ Armbrüster ZVersWiss 2008, S. 425 (431); Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (475): keine Abratungspflicht, wenn Versicherungsschutz nicht notwendig oder unwirtschaftlich; Prölss/Martin-Rudy 2021, § 6 VVG Rn. 22. Siehe auch BT-Drucks. 16/1935 S. 24 (Begründung zu § 42c Abs. 1): Keine Pflicht zur Erstellung einer allgemeinen Risikoanalyse.

¹⁵⁵² Rixecker, in: Versicherungsrechtshandbuch, § 18a Rn. 16.

¹⁵⁵³ LG Bremen r+s 2018, S. 31 ff.

¹⁵⁵⁴ LG Bremen r+s 2018, S. 31 (32).

¹⁵⁵⁵ LG Bremen r+s 2018, S. 31 (32).

¹⁵⁵⁶ Armbrüster ZVersWiss 2008, S. 425 (431).

¹⁵⁵⁷ Römer VersR 1998, S. 1313 (1317): beispielsweise wenn ein Arbeitsloser eine große Anzahl von Versicherungen abschließen wolle. Laut Römer handelt es sich nicht um einen erdachten Fall, siehe dort Fn. 36. Ebenso MüKo VVG/Band 1-Armbrüster 2022, § 6 VVG Rn. 153.

¹⁵⁵⁸ LG Stuttgart r+s 2008, S. 132 zur Abratungspflicht eines Versicherungsmaklers bei finanzieller Überforderung.

Schadensersatzanspruch des Verbrauchers nach § 9 Abs. 2 UWG hinzuweisen ist.¹⁵⁵⁹

(4) *Bewertung*

Aus dem Vorstehenden ist also zu schlussfolgern, dass das Konzept der Beratungspflichten, wie sie im Versicherungswesen vorgesehen sind, der hier untersuchten Personengruppen einerseits zugutekommt: Denn es besteht umso mehr Beratungsanlass, je schwerer es einer Person fällt, den Vertragsinhalt i. S. d. Fallgruppen 1 und 2 zu verstehen. Je geringer die Verständnisfähigkeit des Betroffenen, desto ausführlicher müssen Vertragsbestandteile und AVB erklärt werden, wobei der Betroffene auch gerade in die Lage versetzt werden soll, die „Tragweite“ des Vertrags zu begreifen, was dem Grunde nach den Schutz der Personen der Fallgruppen 3 gewährleistet, jedenfalls bei einem entsprechend weiten Verständnis des Begriffs der „Tragweite“. Indem die Beratung zudem auf die Erteilung eines auf die Bedürfnisse des Betroffenen zugeschnittenen Rats ausgerichtet ist, ist der Betroffene auch nicht damit belastet, sich selbst um die Auswahl des für ihn besten Produkts zu kümmern, wozu er möglicherweise selbst nicht in der Lage ist.

Nun werden solche Defizite aber nicht immer zu Tage treten, was zur bereits mehrfach besprochenen Problematik zurückführt, dass im Zweifel eine am Verständnishorizont des Betroffenen angepasste Beratung mangels Erkennbarkeit nicht erfolgt. Allerdings kann zumindest die Fragepflicht einen Beitrag zur Erkennbarkeit des Beratungsbedarfs leisten und damit auch dazu, ob sich eine Person überhaupt wirklich im Klaren darüber ist, was sie tut. Denn eine Person mit unterdurchschnittlichen Fähigkeiten ist möglicherweise schon nicht dazu in der Lage, einen klaren und zwingend bedarfsgerechten Versicherungswunsch zu äußern, insbesondere bei komplizierten Versicherungen wie Risikolebensversicherungen. Jedenfalls aber bei entsprechenden Rückfragen treten geistige Schwächen wahrscheinlicher zu Tage. Entsprechend kann die Beratung sodann angepasst werden, allerdings wiederum behaftet mit dem Risiko, dass der Betroffene „Bedeutung und Tragweite im Kern“ trotzdem nicht nachvollziehen kann. Wie zu den vertragstypsunabhängigen Beratungspflichten festgestellt, gilt damit auch hier, dass die Beratungspflicht zwar eine gewisse inhaltliche An-

¹⁵⁵⁹ Gegen eine Unterlassungspflicht wohl LG Bremen r+s 2018, S. 31 (32), wonach schon der Hinweis, dass der Vertrag nachteilig sei, genüge. Siehe aber § 9 Abs. 2 UWG, wonach dem Verbraucher Schadensersatzansprüche zustehen, wenn der Unternehmer eine unlautere geschäftliche Handlung vornimmt. Dabei lässt sich das UWG so weit auslegen, dass unlauter bereits der Vertragsschluss mit einem geistig unterlegenen und damit besonders schutzwürdigen Verbraucher ist, der die Bedeutung und Tragweite des Vertrags nicht verstanden hat, sofern dem Unternehmer dies erkennbar ist, siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.3.b)dd)(2). Will sich der Unternehmer also nicht schadensersatzpflichtig machen, so muss er den Vertragsschluss unterlassen, sofern sich dieser als unlauter darstellt.

gemessenheit des Geschäfts absichert, nicht aber zwingend auch gewährleistet, dass die Selbstbestimmungsfähigkeit des Betroffenen hergestellt wird.

Allerdings erkennt die Rechtsprechung hier auch Pflichten, vom Vertragsschluss abzuraten, an. Hinzukommt auch möglicherweise ein Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers aus § 9 Abs. 2 UWG in den Fällen, in denen der Versicherer die geistigen Beeinträchtigungen sowie die Tatsache, dass er mit seinen Erläuterungen nicht durchdringt, gar erkennen konnte. Dies gilt jedenfalls, sofern man jegliche geschäftliche Handlung des Unternehmers in der Situation der geistigen Unterlegenheit des Verbrauchers, die dem Unternehmer erkennbar ist, als unlauter bewertet.

Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass der Beratungsumfang auch ins Verhältnis zu den vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Prämien (Proportionalitätsregel) zu setzen ist und sich daher gegebenenfalls von vornherein reduziert, wobei diese Regelung aber in der Praxis wohl kaum Bedeutung hat.¹⁵⁶⁰ Und schließlich kann auf die Beratung auch verzichtet werden, § 6 Abs. 3 VVG, wobei der Verzicht schriftlich und „gesondert“, also nicht in den AVB versteckt, erfolgen muss. Dies schließt es aber nicht aus, dass auch die Verzichtserklärung vom Versicherungsgeber vorformuliert wird.¹⁵⁶¹ Bei einem Vertrag im Fernabsatz kann auch in Textform verzichtet werden, § 6 Abs. 3 S. 2 VVG. Durch diese Möglichkeiten kann der Schutz des Betroffenen leicht ausgehebelt werden.

c) Notarielle Pflichten

aa) Die notarielle Belehrungspflicht

Da manche Rechtsgeschäfte der notariellen Beurkundung bedürfen, wie etwa Grundstücksgeschäfte, §§ 311b Abs. 1 S. 1, 873 Abs. 2 BGB, oder die Parteien aus eigenem Antrieb manche Geschäfte notariell beurkunden lassen, ist abschließend auf den Schutz durch notarielle Belehrungspflichten einzugehen. So soll der Notar gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG „den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben“. Er soll nach Satz 2 „darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden“. Wenn Zweifel bestehen, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen nach § 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden.

Die erste Kardinalpflicht, die Pflicht zur Erforschung des wahren Willens, zielt auf das Abfragen regelungsbedürftiger Aspekte ab.¹⁵⁶² Diese Abfrage-

¹⁵⁶⁰ HK-VVG-Münkel 2020, § 6 VVG Rn. 24; Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (475 f.).

¹⁵⁶¹ Stöbener ZVersWiss 2007, S. 465 (476).

¹⁵⁶² BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 23.

pflicht bezieht sich dabei vor allem auf die Regelungsgegenstände, die nach Art des Rechtsgeschäfts üblicherweise geregelt werden; „ins Blaue hinein“ muss der Notar nicht nachfragen.¹⁵⁶³ Nachfragen muss der Notar aber dann, wenn er konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass eine Partei ein rechtliches Ergebnis herbeiführen möchte, welches im vorbereiteten Vertragsentwurf noch keine Berücksichtigung gefunden hat.¹⁵⁶⁴ Kennt er sodann den Willen der Parteien, muss er die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten sowie die damit jeweils verbundenen Vor- und Nachteile aufzeigen.¹⁵⁶⁵ Er schuldet eine „umfassende, ausgewogene und interessengerechte“ Vertragsgestaltung.¹⁵⁶⁶ Er muss dabei stets sicherstellen, dass die Parteien von den verwendeten Rechtsbegriffen keine Fehlvorstellung haben.¹⁵⁶⁷ Auch im Rahmen seiner zweiten Kardinalpflicht, der Klärung des Sachverhalts, ist er nicht zu Nachfragen „ins Blaue hinein“ verpflichtet.¹⁵⁶⁸ Er muss aber mit den Beteiligten die Hintergründe der Beurkundung erörtern.¹⁵⁶⁹

Inhaltlich ist die Belehrung über die rechtliche Tragweite, die dritte Kardinalpflicht, durch das Unmittelbarkeitserfordernis geprägt. Denn der Begriff der rechtlichen Tragweite ist eng zu verstehen: So ist, sofern nicht weitergehende Pflichten übernommen wurden, nur eine Belehrung über die unmittelbaren rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts geschuldet.¹⁵⁷⁰ Der Notar muss daher weder über nur mittelbare Rechtsfolgen belehren noch über die wirtschaftliche Tragweite des Rechtsgeschäfts.¹⁵⁷¹ Der Notar sei, so der BGH, nicht der Wirtschaftsberater der Parteien.¹⁵⁷² Die Beurteilung der wirtschaftlichen Auswirkungen eines Geschäfts sei in erster Linie Sache der Parteien.¹⁵⁷³ Ihnen obliege es, sich über die Richtigkeit ihrer wirtschaftlichen Motive sowie darüber, ob der Vertrag vorteilhaft oder nachteilig ist, Gewissheit zu verschaffen.¹⁵⁷⁴ Insbesondere soll die Belehrungspflicht in der Regel keine Aufklärung über die Angemessenheit des Kaufpreises enthalten.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁶³ BGH MittBayNot 2011, S. 339 (340); BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 23.

¹⁵⁶⁴ BGH MittBayNot 2011, S. 339 (340).

¹⁵⁶⁵ BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 25.

¹⁵⁶⁶ BGH NJW 1994, S. 2283 (2283). Siehe auch zur gerechten Vertragsgestaltung *Limmer*, in: Notar und Rechtsgestaltung, S. 15 (36 ff.).

¹⁵⁶⁷ BGH DNotZ 2018, S. 74 (75); BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 23.

¹⁵⁶⁸ BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 26.

¹⁵⁶⁹ Vgl. *Winkler* MittBayNot 2008, S. 495 (495).

¹⁵⁷⁰ BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 41; BGH NJW-RR 1992, S. 393 (394): Der Erfolg, ein Grundstück lastenfrei zu verkaufen, sei dabei von der „rechtlichen Tragweite“ erfasst.

¹⁵⁷¹ BGH DNotZ 2011, S. 192 (193).

¹⁵⁷² BGH DNotZ 2011, S. 192 (193); siehe auch *Limmer*, in: Notar und Rechtsgestaltung, S. 15 (38).

¹⁵⁷³ BGH DNotZ 2011, S. 192 (193).

¹⁵⁷⁴ BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 85.

¹⁵⁷⁵ BGH, Beschl. v. 26.2.2009 – III ZR 135/08, BeckRS 2009, 8360, redaktioneller Leitsatz, Rn. 6.

Im Einzelfall können aber trotzdem eine sog. „notarielle Warnpflicht“ bzw. sog. „erweiterte Belehrungspflichten aus Betreuung“ bestehen, die auch eine wirtschaftliche Belehrung umfassen.¹⁵⁷⁶ Diese Pflichten werden aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO hergeleitet,¹⁵⁷⁷ wonach der Notar nicht eine Partei zu vertreten, sondern die Beteiligten unabhängig und unparteiisch zu beraten hat, sowie aus § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG, wonach unerfahrene Beteiligte besonders zu schützen sind.¹⁵⁷⁸ Bei Verbraucherverträgen kommt zudem die besondere Schutz- und Belehrungsfunktion zu Zuge, § 17 Abs. 2a BeurkG.¹⁵⁷⁹ Im Ergebnis darf der Notar also nicht untätig dabei zusehen, wie ein Beteiligter in die Gefahr eines erheblichen Schadens gerät.¹⁵⁸⁰ Daher kann sich die Belehrungspflicht in Ausnahmefällen auf die wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts erstrecken. Dies ist etwa dann der Fall, wenn zu befürchten ist, dass einem Beteiligten ein Schaden droht, weil er sich infolge mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder der Sachumstände, welche das Rechtsgeschäft als für seine Vermögensinteressen bedeutsam erscheinen lassen, der Gefahr wirtschaftlich nachteiliger Folgen nicht bewusst ist.¹⁵⁸¹ Im Übrigen besteht auch dann eine Warnpflicht, wenn der Notar konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass der eine Beteiligte den anderen betrügen will.¹⁵⁸²

¹⁵⁷⁶ Zu diesen Begriffen BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 85. Ebenso zur Terminologie Staudinger BGB-Hertel 2023, § 17 BeurkG Rn. 510. Siehe auch BGH NJW 1993, S. 2747 (2749): „Betreuung“; BGH NJW 2004, S. 1865 (1866): „betreuende Belehrung“. Kritisch zu diesen erweiterten Pflichten: Limmer, in: Notar und Rechtsgestaltung, S. 15 (38 f.): Der Notar werde „bisweilen in die Nähe eines allgemeinen Lebensberaters“ gerückt und gezwungen, sich in die konkreten Bedürfnisse, Wünsche und wirtschaftlichen Erwägungen der Beteiligten zu versetzen.

¹⁵⁷⁷ BGH DNotZ 2003, S. 426 (427); BGH DNotZ 2011, S. 192 (193); zur analogen Anwendung bei Ganter DNotZ 2013, S. 165 (177 f.).

¹⁵⁷⁸ BGH NJW 1978, S. 219 (220); Staudinger BGB-Hertel 2023, § 17 BeurkG Rn. 510.

¹⁵⁷⁹ BGH DNotZ 2011, S. 192 (193).

¹⁵⁸⁰ BGH DNotZ 2003, S. 426 (427).

¹⁵⁸¹ BGH, Beschl. v. 26.2.2009 – III ZR 135/08, BeckRS 2009, 8360, redaktioneller Leitsatz, Rn. 6; ebenso BGH DNotZ 1992, S. 813 (815); BGH NJW 1993, S. 2747 (2749); BGH DNotZ 2003, S. 426 (427). Im Falle eines Bauträgervertrags und zur Frage, ob über die wirtschaftliche Dimension der Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks aufzuklären ist: DNotZ 2011, S. 192 (193). Der BGH bejaht eine solche Aufklärungspflicht, da nicht davon auszugehen sei, dass dem privaten Käufer eines Hauses oder einer Eigentumswohnung diese Dimension bewusst sei. Siehe auch für den Fall, dass nur die Annahme des Rechtsgeschäfts beurkundungsbedürftig ist, nicht aber das Angebot: BGH NJW 2004, S. 1865 (1866): Zwar beziehe sich die Belehrungspflicht dann nur auf die rechtliche Bedeutung der Annahme, während der Inhalt des Angebots nicht zur rechtlichen Tragweite dieses Urkundsgeschäfts gehöre. Der Notar schulde aber dann eine „betreuende Belehrung“ (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO), wenn er „bei gebotener Sorgfalt“ erkennen könne, „dass der mit der Annahme bewirkte Vertragsschluss ihre [der Beteiligten am Vertragsschluss] Vermögensinteressen gefährdet“. Siehe auch Ganter DNotZ 2013, S. 165 (177 f.).

¹⁵⁸² Staudinger BGB-Hertel 2023, § 17 BeurkG Rn. 510.

Der Umfang der Belehrungspflicht muss sich dabei stets am konkreten Adressaten orientieren. Der Umfang der Belehrungspflicht richtet sich also nach den Kenntnissen und der Persönlichkeit des Betroffenen.¹⁵⁸³

bb) Feststellung der Geschäftsfähigkeit durch den Notar

Besondere Aufmerksamkeit sollen Notare einer möglichen Geschäftsunfähigkeit widmen: Notare sollen nach § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG die Beurkundung ablehnen, wenn einem Beteiligten nach Überzeugung des Notars die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Hat der Notar zumindest Zweifel an der Geschäftsfähigkeit, so soll er nach Satz 2 diese Zweifel in der Niederschrift feststellen und diese Zweifel nach § 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG mit den Beteiligten erörtern.¹⁵⁸⁴ Wenn Verfügungen von Todes wegen beurkundet werden, soll der Notar stets seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken, § 28 BeurkG. Da sich der Notar also mit der Persönlichkeit der Beteiligten auseinandersetzen und insbesondere auf geistige Beeinträchtigungen achten muss, profitieren davon auch die Personen, die, ohne die Voraussetzungen von § 104 Nr. 2 BGB zu erfüllen, intellektuelle und kognitive Beeinträchtigungen aufweisen. Denn die Feststellung einer solchen Beeinträchtigung beeinflusst, wie gesehen, zumindest Art und Umfang der Belehrung.

Den Notar trifft dabei zwar keine anlasslose Nachforschungspflicht in Bezug auf den geistigen Zustand eines Beteiligten. Vielmehr darf er grundsätzlich davon ausgehen, dass die volljährigen Beteiligten geschäftsfähig sind.¹⁵⁸⁵ Ihn trifft auch keine Erkundigungspflicht in Bezug auf das Bestehen einer Betreuung.¹⁵⁸⁶ Auch im Bereich von Verfügungen von Todes wegen genügt der Notar seiner Pflicht, wenn er, sofern er keine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit hat, dies in der Urkunde schlicht so feststellt.¹⁵⁸⁷

Er ist aber dann zu Nachforschungen verpflichtet, wenn das Verhalten oder die äußeren Umstände Anhaltspunkte für das Vorliegen von Geschäftsunfähigkeit bzw. Testierunfähigkeit bieten.¹⁵⁸⁸ Solche Anhaltspunkte sollen beispiels-

¹⁵⁸³ BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 10; zur am konkreten Einzelfall ausgerichteten Belehrung: Limmer, in: Notar und Rechtsgestaltung, S. 15 (36).

¹⁵⁸⁴ Zur Erörterungspflicht, die bei Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB dem Übervorteilten nutzen kann, da dem Übervorteilenden durch die Erörterung die geistige Unterlegenheit vor Augen geführt wird, siehe oben ab Fn. 684.

¹⁵⁸⁵ OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (493); OLG Frankfurt NJOZ 2018, S. 1305 (1310); BeckOGK-Bord, § 11 BeurkG Rn. 12; BeckOGK-Grziwotz, § 28 BeurkG Rn. 5; Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 27.

¹⁵⁸⁶ BeckOGK-Bord, § 11 BeurkG Rn. 12.

¹⁵⁸⁷ BeckOGK-Grziwotz, § 28 BeurkG Rn. 7; siehe mit einer beispielhaften Formulierung Winkler MittBayNot 2008, S. 495 (496).

¹⁵⁸⁸ BeckOGK-Bord, § 11 BeurkG Rn. 13; missverständlich insofern BayObLG MDR

weise eine mangelnde zeitliche und örtliche Orientierung, die mangelnde Fähigkeit zur Aufnahme und Verarbeitung von Informationen und zur informationsbasierten Entscheidung sowie die mangelnde Fähigkeit, die Auswirkungen von Entscheidungen zu verstehen, sein.¹⁵⁸⁹ Dabei gilt, dass der Notar sich nicht allein auf im Rahmen des Begrüßungsgesprächs gewonnene Eindrücke verlassen darf. Maßgeblich ist vielmehr der Eindruck, den der Betroffene im Rahmen der nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG erforderlichen Gespräche macht,¹⁵⁹⁰ insbesondere bei Erörterung des Sachverhalts und bei Gesprächen über die Hintergründe der Beurkundung.¹⁵⁹¹

Ergeben sich aus den genannten Gesprächen also Auffälligkeiten, so soll der Notar ein ausführliches Gespräch mit dem Betroffenen führen. Er kann dabei, im Rahmen des Möglichen, auch unauffällig die Merkfähigkeit testen und sollte auch Fragen stellen, die außerhalb des Beurkundungsgegenstandes liegen.¹⁵⁹² Daneben kann auch ein Gespräch mit dem behandelnden Arzt angebracht sein.¹⁵⁹³

Diese Nachforschungspflicht in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit besteht nach § 11 Abs. 2 BeurkG insbesondere auch, wenn ein Beteiligter schwer krank ist: Die schwere Krankheit soll dann in der Niederschrift vermerkt werden, ebenso soll angegeben werden, welche Feststellungen der Notar über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat.¹⁵⁹⁴ Besonders gilt diese Nachforschungspflicht

1992, S. 906 (906) und *Zimmermann* BWNotZ 2000, S. 97 (100), wonach der Notar nach § 11 BeurkG stets die Geschäftsfähigkeit prüfen müsse, nicht aber in jedem Fall verpflichtet sei, das Ergebnis in der Niederschrift zu erwähnen. Der Notar muss natürlich auf Auffälligkeiten achten, er muss aber keine besonderen Ermittlungsmaßnahmen ergreifen.

¹⁵⁸⁹ BeckOGK-Bord, § 11 BeurkG Rn. 13.1.; OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (493). Siehe oben zur Kritik, was diese Aspekte über „absolute Geschäftsunfähigkeit“ auszusagen vermögen, unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

¹⁵⁹⁰ OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (493 f.); BeckOGK-Grziwotz, § 28 BeurkG Rn. 5, wonach weitere Ermittlungspflichten nur bestehen, „wenn sich ihm [dem Notar] aufgrund des Verhaltens des Testators oder wegen sonstiger Umstände (z. B. fehlende zeitliche und/oder örtliche Orientierung, fehlende Einsicht in die Folgen der Verfügung, nicht gegebene intellektuelle Verständnisfähigkeit etc.) Zweifel an der Geschäftsfähigkeit aufdrängen müssen“, also Umstände, die sich im Rahmen des Beratungsgesprächs zeigen. Siehe zum Inhalt des Gesprächs bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen etwa: BeckOGK-Regler, § 17 BeurkG Rn. 65; siehe auch *Foerster et al.*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 534 (550), wonach oberflächliche Gespräche keine verlässliche Quelle seien.

¹⁵⁹¹ *Winkler* MittBayNot 2008, S. 495 (495).

¹⁵⁹² Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 29; zu verschiedenen Testverfahren *Stoppe und Lichtenwimmer* DNotZ 2005, S. 806 ff.; kritisch im Zusammenhang mit Tests: *Müller* DNotZ 2006, S. 325 ff.; *Winkler* MittBayNot 2008, S. 495 (495).

¹⁵⁹³ Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 30; *Winkler* MittBayNot 2008, S. 495 (495).

¹⁵⁹⁴ Siehe zur Prüfpflicht auch bei schwerer Krankheit: Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 29.

natürlich bei psychischen Krankheiten. Allerdings hat der Notar keine Pflicht, nachzuforschen, ob eine nach außen nicht erkennbare Krankheit vorliegt.¹⁵⁹⁵

Grundsätzlich gilt zudem, dass umso mehr Anlass zu Nachforschungen in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit besteht, je erheblicher die wirtschaftliche und juristische Tragweite des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts und je atypischer die Personenkonstellation ist.¹⁵⁹⁶ Wenn etwa eine 83-Jährige ihre Pflegerin zur Erbin einsetzt und dieser eine Generalvollmacht erteilt, dann hat der Notar die Geschäftsfähigkeit näher zu erforschen.¹⁵⁹⁷ Für diese Nachforschungen ist im Übrigen erforderlich, dass auch Gespräche mit der Betroffenen allein, ohne dass die Begünstigte anwesend ist, geführt werden.¹⁵⁹⁸ Denn, wenn die Begünstigte durch ihre Anwesenheit die Gespräche in eine geeignete Richtung lenken und bei drohendem Auftreten von Ausfallerscheinungen entgegenwirken kann,¹⁵⁹⁹ so kann nicht festgestellt werden, ob die Betroffene in der Lage ist, ihren Willen frei und unabhängig von Einflüssen Dritter zu bilden.

Im Übrigen gibt es Überlegungen, bei Hochbetagten generell und nicht nur im Rahmen des § 28 BeurkG, also bei letztwilligen Verfügungen, einen Vermerk zur Geschäftsfähigkeit zu verlangen. So solle der Notar zumindest eine Negativfeststellung treffen, dass an der Geschäftsfähigkeit keine Zweifel bestehen.¹⁶⁰⁰ Unabhängig davon, dass diese Vorgehensweise wegen ihrer diskriminierenden Wirkung verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist,¹⁶⁰¹ ließe sich durch eine solche Feststellung auch keine größere Schutzwirkung erzielen, da die reine Aufnahme einer Negativfeststellung nicht zu extensiveren Nachforschungspflichten als die ohnehin bereits existierenden führen würde: Denn ein solcher Vermerk bildete auch dann nur das Ergebnis der Wahrnehmungen des Notars nach den Gesprächen i. S. d. § 17 Abs. 1 BeurkG, die wiederum sowieso und unabhängig von der Pflicht zur Erstellung eines solchen abschließenden Vermerks stattzufinden haben.

Teils wird sogar gefordert, hohes Alter solle den Notar immer dazu veranlassen, mit Einwilligung des Testierers Erkundigungen beim behandelnden Arzt einzuholen.¹⁶⁰² Mit dieser Forderung dürfte man sich aber endgültig im Bereich

¹⁵⁹⁵ Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 27.

¹⁵⁹⁶ OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (494); zustimmend Winkler MittBayNot 2008, S. 495 (496): Eine atypische Konstellation liege beispielsweise vor, wenn eine Pflegekraft durch das zu beurkundende Geschäft begünstigt werden solle.

¹⁵⁹⁷ OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (494).

¹⁵⁹⁸ OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (494); Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 29.

¹⁵⁹⁹ So geschehen bei OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (494).

¹⁶⁰⁰ Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 33.

¹⁶⁰¹ Kritisch daher Grziwotz DNotZ 2020, S. 389 (390f.).

¹⁶⁰² Zimmermann BWNotZ 2000, S. 97 (101); Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Seger 2020, § 28 BeurkG Rn. 8.

der Altersdiskriminierung bewegen: Es ist unzutreffend, dass hohes Alter generell mit einem Verlust der Handlungs- und Selbstbestimmungsfähigkeit einhergeht.¹⁶⁰³ Es ist also nicht angezeigt, bei besonders alten Personen gewissermaßen eine Beweislastumkehr in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit vorzunehmen.¹⁶⁰⁴ Eine Pflicht zu einem solchen Vorgehen entspräche auch nicht der Wertung des Gesetzgebers, der nicht nur keine Altersgrenzen kennt, ab denen Geschäftsfähigkeit endet,¹⁶⁰⁵ sondern auch im BeurkG an keiner Stelle auf das Alter abstellt.

cc) Bewertung

Der BGH geht im Ergebnis davon aus, dass die notarielle Belehrungspflicht dazu dient und daher auch dazu geeignet ist, die Grundlagen für eine den eigenen Interessen Rechnung tragende Entscheidung zu schaffen, mögliche Irrtümer auszuräumen und Fehleinschätzungen zu vermeiden.¹⁶⁰⁶ Die Effektivität notarieller Belehrungspflichten wird auch im Schrifttum hervorgehoben: Dass die notarielle Beurkundungspflicht in der Lage sei, Imparität zu beseitigen, zeigten schon Vorschriften wie § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB, wonach bestimmte Verbraucherschutzvorschriften, insbesondere diejenigen über Widerrufsrechte, entfielen, wenn eine notarielle Beurkundung stattgefunden habe. Der Gesetzgeber gehe also davon aus, dass der Belehrte in der Lage sei, seine Interessen selbstverantwortlich wahrzunehmen.¹⁶⁰⁷ Gerade auch intellektuelle Ungleichgewichtslagen in Form von Gesetzesunkenntnis oder Unerfahrenheit könnten beseitigt werden, wobei der Notar zusätzlich einen besonderen Schutzauftrag gegenüber Ungewandten und Unerfahrenen habe: Die Belehrung gewährleiste, dass sich die Belehrten den Vertragsschluss überlegten, und die schon im Vorgespräch oder Vorentwurf erfolgende Rechtsbelehrung könne den unterlegenen Teil dazu bringen, sich vertieft mit den Folgen des Vertrags und seiner eigenen Interessenlage zu befassen.¹⁶⁰⁸ Unterlasse der Belehrte solche Überlegungen, so schließe er den Vertrag zumindest in voller Kenntnis seiner Bedeutung und müsse sich in der Folge an diesem festhalten lassen.¹⁶⁰⁹

¹⁶⁰³ Grziwotz DNotZ 2020, S. 389 (390f.).

¹⁶⁰⁴ Grziwotz DNotZ 2020, S. 389 (391).

¹⁶⁰⁵ Grziwotz DNotZ 2020, S. 389 (391).

¹⁶⁰⁶ BGH NJW 1998, S. 302 (303).

¹⁶⁰⁷ Münch DNotZ 2004, S. 901 (908f.); so auch Martinek NJW 1997, S. 1393 (1396).

¹⁶⁰⁸ Münch DNotZ 2004, S. 901 (912); Limmer, in: Notar und Rechtsgestaltung, S. 15 (39, 42): Die Belehrung stelle grundsätzlich „intellektuelle Waffengleichheit“ her. Siehe auch *Daurer-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (321), im Ergebnis aber eine Inhaltskontrolle (die sie von § 138 Abs. 1 BGB unterscheidet) sowie eine Kontrolle über § 138 Abs. 1 BGB bzw. eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB dennoch nicht ausschließend.

¹⁶⁰⁹ Münch DNotZ 2004, S. 901 (912). Weitergehender *Heidrich und Heins* NotBZ 2001, S. 140 (144): „Unterschiedliche Verhandlungsstärke kann auf fehlender Information beruhen. Dieses Defizit kann durch Beratung ausgeglichen werden.“

Nun besteht jedoch auch hier das bereits mehrfach erwähnte Problem, dass nicht auszuschließen ist, dass einer Person trotz aller Belehrung und Aufklärung der Inhalt eines Rechtsgeschäfts oder dessen Auswirkungen nicht verständlich gemacht werden können. Wenn es daher heißt, notarielle Belehrung könne „intellektuelle Unterlegenheit“ (Gesetzesunkenntnis oder Unerfahrenheit)¹⁶¹⁰ kompensieren, so ist dies mit Einschränkungen zu verstehen: Dies *kann* gelingen, *muss* aber nicht.¹⁶¹¹ Auch die Diskussion um die Zulässigkeit von Inhaltskontrollen notariell beurkundeter Verträge trotz „Belehrung“ durch den Notar – hierzu sogleich im nächsten Abschnitt¹⁶¹² – zeigt, dass auch eine solche Belehrung den Belehrten nicht zwingend in die Lage versetzt, seine Interessen selbst wahrzunehmen.¹⁶¹³ Da sich der Notar aber mit der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten befassen muss bzw. die Geschäftsfähigkeit jedenfalls bei Auffälligkeiten näher untersuchen muss, besteht jedoch zumindest die Möglichkeit, mehr als im Massenverkehr, dass intellektuelle Beeinträchtigungen, die eine besonders intensive und einfach verständliche Belehrung notwendig machen, auffallen. Dies gilt umso mehr, als der Notar mit den Beteiligten Gespräche zur Sache führen muss. Je individuell angepasster die Belehrung ist, desto größer ist die Chance, dass die Selbstbestimmungsfähigkeit des Betroffenen hergestellt werden kann, mag dies auch nicht immer mit Sicherheit gewährleistet werden können.

Hinzutritt, dass die notariellen Belehrungspflichten so umfangreich sind, dass sie mehr als alle bisher besprochenen Mitteilungspflichten zumindest dazu beitragen können, das Ziel, Selbstbestimmungsfähigkeit herzustellen, zu erreichen: So dient die Belehrungspflicht nicht nur dazu, den Beteiligten den Vertragsinhalt näherzubringen, sondern kann darüber hinaus bei entsprechender Schutzwürdigkeit des Beteiligten – insbesondere Gefahr einer Schädigung sowie Unerfahrenheit oder Gefahr der Ausbeutung – sogar auch eine wirtschaftliche Belehrung erfassen. Im Ergebnis können also die notariellen Belehrungspflichten in besonderer Weise dazu beitragen, den Personen der Fallgruppen 1–3 Schutz zu bieten. Die Belehrungspflichten nutzen aber auch krankheitsbedingt beeinflussbaren Personen i. S. d. Fallgruppe 4, jedenfalls wenn das Gespräch mit dem Betroffenen allein geführt wird.

Dieser Schutz ist auch deswegen erhöht, weil der Notar, wenn er den Eindruck gewinnt, auch trotz vereinfachter Belehrung verstehe der Betroffene den

¹⁶¹⁰ *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (321).

¹⁶¹¹ Vgl. *Limmer*, in: *Notar und Rechtsgestaltung*, S. 15 (42): Nur hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Verfahren der notariellen Beurkundung zu einem gerechten Vertragsabschluss führe, aber keine Garantie, da das Gelingen stets auch von der „intellektuellen Bereitschaft“ der Akteure abhängt. *Limmer* meint damit vor allem die Bereitschaft, sich auf die Belehrung einzulassen. Hierzu gehört aber sicher auch die Fähigkeit, sich auf diese Belehrung einzulassen.

¹⁶¹² 3. Kapitel B.V.3.

¹⁶¹³ *Dauner-Lieb* 1983, S. 74.

Vertragsinhalt oder dessen Auswirkungen nicht, die Beurkundung unter Umständen ablehnen muss: § 11 Abs. 1 S. 1 BGB, der eine Ablehnungspflicht nur bei Geschäftsunfähigkeit vorsieht, ist zwar nicht anwendbar, da jedenfalls nach herrschender Meinung und Rechtsprechung Geschäftsunfähigkeit nicht schon dann vorliegt, wenn eine Person nur ein komplexes Rechtsgeschäft nicht versteht.

Der Notar ist aber auch aus § 4 BeurkG¹⁶¹⁴ verpflichtet, die Beurkundung abzulehnen, wenn das Rechtsgeschäft nach § 119ff. BGB anfechtbar ist¹⁶¹⁵ bzw. wenn die Beteiligten oder einer der Beteiligten die vertraglichen Regelungen nicht verstanden hat.¹⁶¹⁶ In der Tat widerspräche es den Pflichten des Notars als unabhängiges Organ der Rechtspflege, der Irrtümer und Zweifel vermeiden und dafür sorgen soll, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden, § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG, wenn er trotz erkennbar nicht vorhandenen Verständnisses vom Vertragsinhalt oder den Auswirkungen eines Vertrags eine Beurkundung dennoch vornehmen würde.¹⁶¹⁷ Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn Verständnisdefizite in Bezug auf die wesentlichen Inhalte des Vertrags i. S. d. Fallgruppe 1 oder in Bezug auf die Auswirkungen des Geschäfts i. S. d. Fallgruppe 3 bestehen bleiben. Ob dies sodann aber auch schon bei reinen Zweifeln am Verständnis gilt, ist fraglich, weil insbesondere gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 und 2 BeurkG nicht einmal Zweifel hinsichtlich des wahren Willens eines der Beteiligten oder hinsichtlich der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu einer Ablehnungspflicht führen. Diese Zweifel münden lediglich in einer Erörterungs- bzw. Vermerkplicht.¹⁶¹⁸

Sind die notariellen Belehrungspflichten in Kombination mit einer Ablehnungspflicht daher dem Grunde nach besonders schutzintensiv, so wird diese Schutzwirkung aber in der Praxis immer wieder verfehlt, weil auch dem Notar die geistige Schwäche und damit ein besonderes Beratungsbedürfnis oder gar der wahre Wille der Beteiligten entgehen kann: Zwar geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein Notar bei Erörterung komplexer juristischer Erklärungen feststellen könne, dass eine Partei gegebenenfalls überhaupt nicht überblicke, welche Erklärungen sie abgebe und was diese im Einzelnen bedeuteten.¹⁶¹⁹ Dass

¹⁶¹⁴ „Der Notar soll die Beurkundung ablehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.“

¹⁶¹⁵ BeckOK BGB-Litzenburger, § 4 BeurkG Rn. 4; a. A. Winkler BeurkG 2023, § 4 BeurkG Rn. 10.

¹⁶¹⁶ Dahm 2019, S. 272.

¹⁶¹⁷ Dahm 2019, S. 272.

¹⁶¹⁸ So auch Bredthauer NJW 2004, S. 3072 (3073); a. A. Dahm 2019, S. 272; Winkler BeurkG 2023, § 4 BeurkG Rn. 4: Der Notar sei zumindest berechtigt, die Beurkundung abzulehnen.

¹⁶¹⁹ OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (494): Aufgrund der mittelschweren Demenz der Erblasserin sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ihre fehlende Testier- und Geschäftsfähigkeit augenscheinlich geworden.

Notare mit ihrer Einschätzung aber auch falsch liegen können, ist schon deswegen unvermeidbar, weil auch Notare Laien sind und sich von einer guten Fassade täuschen lassen können, wenn etwa Demenzkranke eine solche aufrechterhalten können.¹⁶²⁰ Dies gilt erst recht, wenn die betreffende Person unter medikamentösem Einfluss steht, wodurch sie einen gelassenen und ruhigen Eindruck macht, was den Anschein, sie äußere sich selbstständig und unbeeinflusst von Dritten, verstärkt.¹⁶²¹

Ein frappierendes Beispiel für eine Fehleinschätzung des Notars ist jenes des OLG Braunschweig:¹⁶²² Der Beklagte ließ sich durch notariell beurkundetes Testament zum Erben einer Frau einsetzen, die zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Krankenhaus untergebracht war. Sie litt an Demenz mit Verwirrtheit im Alter, war, so der Unterbringungsbeschluss, zeitlich und örtlich desorientiert und verkannte ihre Situation. Der Beklagte war kurz nach der Unterbringung zum Pfleger bestellt worden und fuhr mit der Erblasserin, die er eigens hierfür aus dem Krankenhaus abholte, kurzerhand zu einem Notar. Dort errichtete die Erblasserin ein Testament, in dem sie den Beklagten sowie dessen Frau und dessen Kind zu gleichen Teilen zu Erben einsetzte. Der Notar stellte in einem Einleitungsvermerk fest, er habe sich mit der Erblasserin unterhalten,

¹⁶²⁰ BayObLGZ 1979, S. 256 (263). Ebenso bei BayObLG, Beschl. v. 2.6.2004 – 3Z BR 65/04, BeckRS 2004, 7253: Die Notare hatten, einen Monat vor Erstellung des Attests, aus dem sich Geschäftsunfähigkeit ergab, einer demenzkranken Person volle Geschäftsfähigkeit attestiert. Die Notare hätten, so das BayObLG, die Betroffene im Übrigen nur kurz und punktuell gesehen und gesprochen. Siehe auch OLG München ZEV 2013, S. 504 (506): Der Notar hatte die unter einem demenziellen Symptom leidende Erblasserin als „geistig auf der Höhe“ beurteilt, das Gericht hingegen ging, den Ausführungen eines psychiatrischen Gutachtens folgend, von Testierunfähigkeit aus. Kritisch zur Wertung OLG München äußert sich *Schmoeckel* NJW 2016, S. 433 (436): Es könne nicht der Notar, der die Geschäftsfähigkeit ermitteln müsse, als nicht kompetent abgestempelt werden. Das Gericht habe sich nicht bemüht, den juristischen Tatbestand der Testierfähigkeit zu ermitteln, sondern sei schlicht dem psychiatrischen Gutachten gefolgt. Diese Kritik geht aber fehl, denn das Gericht kann durchaus die Ausführungen des Gutachtens zur Grundlage der juristischen Bewertung der Geschäftsfähigkeit machen. Es muss sich nicht auf die Aussagen psychiatrischer Laien stützen, wenn es dem Gutachten folgend davon überzeugt ist, dass geistige Defizite im normalen Umgang mit der Person nicht erkennbar waren, und das Gericht es daher für wahrscheinlicher hält, dass der Notar vorhandene geistige Defizite nicht bemerkt hat. Der Notar ist nicht zur abschließenden Beurteilung berufen, sondern die Feststellung der Geschäftsfähigkeit unterliegt der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO: Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-*Seeger* 2020, § 28 BeurkG Rn. 1. Auch in einem sogleich noch zu besprechenden Urteil des OLG Braunschweig wird betont, dass Notare nicht wie Sachverständige den geistigen Zustand einer Person beurteilen könnten, und dass somit vollständigen, schlüssigen und überzeugenden Gutachten mehr Gewicht zukomme als den Wahrnehmungen des Notars (OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 31 f.). Von einer „laienhaften Beurteilung“ spricht auch *Müller* DNotZ 2006, S. 325 (326). Der Notar habe daher in keinem Fall Letztentscheidungskompetenz.

¹⁶²¹ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 28.

¹⁶²² OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645.

diese beantwortete Fragen und stelle solche selbst, ohne dass ein Anhaltspunkt für Zweifel an ihrer Testierfähigkeit festzustellen gewesen sei.¹⁶²³

Spätere Gutachten kamen hingegen zu dem Ergebnis, dass der gesundheitliche Zustand der Erblasserin keinen anderen Schluss zulasse, als dass sie bereits im Zeitpunkt der Testamentserrichtung testierunfähig gewesen sei.¹⁶²⁴ Ein lichter Moment sei aufgrund des Krankheitsbildes auszuschließen.¹⁶²⁵ Die Erblasserin habe vielmehr unkritisch und ohne eigene Willensbildung übernommen, was der Beklagte und der Notar selbst ihr nahegelegt hatten.¹⁶²⁶ Dass der Notar angegeben habe, die Erbeinsetzung sei ohne Einflussnahme auf der Grundlage einer eigenen Entscheidung der Erblasserin erfolgt, stehe dieser Beurteilung nicht im Wege: Dem Notar fehle „bei aller menschlichen Erfahrung die Sachkunde für die Beurteilung, trennen zu können, wie weit Frau H. sich von fremder Einflussnahme beim Hinführen auf ihr Testament durch den Zeugen freigemacht hat, um die Erbeinsetzung selbst zu entscheiden.“¹⁶²⁷

Eine Fehleinschätzung seitens einer Notarin lag auch im folgenden Fall ganz offensichtlich vor: Der Erblasser war in Folge eines Hirninfarkts drei Monate vor Errichtung des notariellen Testaments, durch das seine Betreuerin sowie ein von der Betreuerin bezeichneter Dritter als Erben eingesetzt wurden, zeitlich und örtlich nicht und zur Person und Situation nur partiell orientiert. Er litt an Wortfindungsstörungen und zeigte deutliche kognitive Einschränkungen. Er konnte nur einfache Anforderungen wie Armhochhalten befolgen. Sein formales Denken war verlangsamt und eingeschränkt.¹⁶²⁸ Das Gericht ging im Ergebnis von Testierunfähigkeit aus, da es selbst in einem Bericht nach dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch hieß, der Erblasser sei nicht orientiert.¹⁶²⁹ Das Gericht schloss im Übrigen aus den Umständen, dass auch der Betreuerin selbst die Problematik der Testierfähigkeit bewusst gewesen sei und sie gerade deswegen, um spätere Zweifel an der Testierfähigkeit nicht aufkommen zu lassen, ein notarielles Testament erwirkt habe.¹⁶³⁰ Trotz all dieser Umstände hieß es im Testament: „Die Notarin überzeugte sich durch eine Unterhaltung mit dem Erschienenen von dessen Testierfähigkeit.“¹⁶³¹ Wenn folglich Notaren selbst der Ausschluss der freien Willensbildung i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB bzw. § 2229 Abs. 4 BGB entgehen kann, so gilt dies erst recht für die darunter angesiedelte Willensschwäche oder nur eingeschränktes Urteilsvermögen.

¹⁶²³ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 4.

¹⁶²⁴ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 6, 24.

¹⁶²⁵ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 25.

¹⁶²⁶ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 27.

¹⁶²⁷ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 28.

¹⁶²⁸ OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1683) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*.

¹⁶²⁹ OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1683) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*.

¹⁶³⁰ OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1684) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*.

¹⁶³¹ OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1682) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*.

Im Übrigen ist auch nicht auszuschließen, dass ein Notar aufgrund von Parteilichkeit oder schlichter Nachlässigkeit seiner Belehrungspflicht von vornherein nicht gewissenhaft nachkommt, sodass mangels eingehender Unterhaltung geistige Beeinträchtigungen gar nicht aufgedeckt werden können und entsprechend eine angepasste Belehrung unterbleibt.¹⁶³² Oder aber der Notar unterlässt von vornherein beispielsweise die erforderliche abgewogene Beratung in Bezug auf das Für und Wider der Erbeinsetzung einer familienfremden Person¹⁶³³ oder es unterbleibt bei der Beurkundung eines auf Unterhaltsverzicht gerichteten Ehevertrags der Hinweis auf die einschneidende Folge, bei Scheidung auf Sozialhilfe angewiesen zu sein.¹⁶³⁴ Nun soll selbstverständlich nicht eine gesamte Profession unter Generalverdacht gestellt werden – die Beteiligung eines Dritten, dem es obliegt, die Selbstbestimmung zu wahren und für angemessenen Schutz zu sorgen, bringt nur eben all die Gefahren mit ein, die von der Fehlbarkeit von Menschen und der Unzuverlässigkeit vereinzelter „schwarzer Schafe“ ausgeht.

Die Gefahr von Parteilichkeit kann auch gerade bei Personen, die besonders beeinflussbar i. S. d. der Fallgruppe 4 sind, Schutzlücken erheblich vergrößern: Denn auch ein Notar kann nicht vor jeder Art faktischer Freiheitsbeeinträchtigung, wie beispielsweise Zwangslagen, schützen.¹⁶³⁵ Die Praxis zeigt, dass notarielle Testamente zustande kommen, obwohl sich die Erblasserin vom begünstigten Betreuer unter Druck gesetzt fühlte.¹⁶³⁶ Diese Gefahr besteht erst recht, wenn, wie bereits erwähnt und wiederum unter Verstoß gegen Berufspflichten, der Notar das Gespräch in Anwesenheit des Begünstigten führt.¹⁶³⁷

Zu guter Letzt entsteht natürlich eine erhebliche Schutzlücke daraus, dass schlicht nicht jedes Rechtsgeschäft beurkundungspflichtig ist. Beispielsweise die schon genannten Kaufverträge über Grundstücke bedürfen wie erwähnt der Beurkundung, § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, ebenso Erbverträge, § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB, nicht aber General- und Vorsorgevollmachten oder Testamente. Die Be-

¹⁶³² So im Fall des OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (494); eine Amtspflichtverletzung auch naheliegend in OLG Celle NJW 2021, S. 1681 ff. m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*; siehe auch *Limmer*, in: Notar und Rechtsgestaltung, S. 15 (42): Die Verletzung von Amtspflichten stelle die Funktion notarieller Beurkundung in Frage.

¹⁶³³ OLG Braunschweig, Urt. v. 4.11.1999 – 2 U 29/99, BeckRS 1999, 30843645 Rn. 39 ff., insb. Rn. 41. Dann ist allerdings eine Haftung des Notars aus § 826 BGB wegen kollusiven Zusammenwirkens in Betracht zu ziehen, vgl. OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2018, S. 1305 (1310).

¹⁶³⁴ So geschehen bei OLG Naumburg DNotZ 2002, 791 (792).

¹⁶³⁵ *Röthel*, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, S. A5 (A85) mit Verweis auf BayObLG NJW 1998, 2369; *Gageik* RNotZ 2004, S. 295 (306); *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (321) im Falle wirtschaftlicher Unterlegenheit; dies zugehend auch *Münch* DNotZ 2004, S. 901 (913).

¹⁶³⁶ BayObLG NJW 1998, S. 2369 (2371).

¹⁶³⁷ So geschehen bei OLG Celle MittBayNot 2008, S. 492 (494). Siehe bereits oben bei Fn. 1599.

teiligten können dann zwar eine Beurkundung erwirken, sie müssen es aber nicht. Und selbst wenn ein Rechtsgeschäft beurkundungspflichtig ist, gibt es Umgehungsmöglichkeiten: Gerade bei Grundstückskaufverträgen ist in der Praxis vermehrt zu beobachten, dass ältere Beteiligte durch Familienmitglieder vollmachtlos vertreten werden.¹⁶³⁸ Wird sodann nur die Unterschrift unter der Genehmigung dieses älteren Beteiligten notariell beglaubigt, besteht keine Pflicht, Zweifel an der Geschäftsfähigkeit zur Kenntnis zu nehmen, da § 40 BeurkG (Beglaubigung einer Unterschrift) nicht auf § 11 BeurkG verweist.¹⁶³⁹ Nur dann, wenn der Notar von der Geschäftsunfähigkeit – oder vom mangelnden Verständnis – überzeugt ist, was die Ausnahme darstellen dürfte, muss er die Beglaubigung ablehnen.¹⁶⁴⁰ In der Praxis werden solche Angelegenheiten daher trotz fraglicher Geschäftsfähigkeit „durchgewunken“.¹⁶⁴¹

3. Schutz trotz erfüllter Mitteilungspflicht

Wissensmitteilungen sind zwar als Schutzmechanismen gedacht, bieten aber wie gesehen häufig nur unzureichenden Schutz. Die Erfüllung der Pflicht zur Informationsvermittlung kann nicht garantieren, dass der Informationsberechtigte die Informationen so verinnerlicht und nachvollzogen hat, wie es für eine selbstbestimmte Entscheidung für oder gegen den Vertragsschluss notwendig wäre. Es stellt sich also die Frage, ob der Betroffene trotz grundsätzlich erfüllter Informationspflicht noch auf weitere Schutzmechanismen zurückgreifen kann oder ob diese sodann ausgeschlossen sind. Beispielfhaft seien vertragstypsunabhängige Aufklärungspflichten und notarielle Belehrungspflichten herausgegriffen.

Bestanden vertragstypsunabhängige Aufklärungspflichten und wurden diese erfüllt, schließt der Aufklärungsberechtigte aber dennoch einen extrem nachteiligen Vertrag, ist insbesondere zu klären, ob § 138 Abs. 1 BGB überhaupt noch anwendbar ist bzw. ob die Sittenwidrigkeitsschranke des § 138 Abs. 1 BGB nicht zumindest anzuheben ist, wenn der Betroffene über alle Nachteile aufgeklärt wurde.¹⁶⁴² Dagegen und für die uneingeschränkte Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB wird argumentiert, dass auch die Erfüllung von Aufklärungspflichten nichts an einer inhaltlichen Unangemessenheit eines Rechtsgeschäfts ändere

¹⁶³⁸ Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 5.

¹⁶³⁹ Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 5.

¹⁶⁴⁰ Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 5. Siehe auch oben ab Fn. 1614 ff.

¹⁶⁴¹ Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Piegsa 2020, § 11 BeurkG Rn. 5.

¹⁶⁴² Diese Frage bei Grunewald AcP (190) 1990, S. 609 (616 f.).

und daher einer Inhaltskontrolle, die schließlich rechtspolitisch unerwünschte Ergebnisse verhindern wolle, nicht entgegenstehen könne.¹⁶⁴³

Diese Überlegung ist aber nur in Teilen richtig: Denn die inhaltliche Unangemessenheit ist stets nur ein Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit; daneben ist die persönliche Unterlegenheit des Übervorteilten erforderlich. Liegt diese Unterlegenheit im Einzelfall aber tatsächlich allein in einem eigenverantwortlichen Entscheidung verhindernden Informationsdefizit begründet, liegt die Überlegung nahe, die erfüllte Aufklärung habe diese Unterlegenheit beseitigt, sodass ein notwendiges Merkmal des Sittenwidrigkeitstatbestandes entfiele.¹⁶⁴⁴

Aufgrund der aufgezeigten Schwächen des Aufklärungsrechts wird hiergegen wiederum eingewendet, es müsse eine Kontrolle durch § 138 BGB dennoch grundsätzlich immer möglich sein, denn die Wirkung von Hinweisen dürfe nicht überschätzt werden.¹⁶⁴⁵ Allerdings stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, den Aufgeklärten so weitgehend aus seiner Selbstverantwortung zu entlassen und ihn pauschal trotz erfüllter Aufklärungspflichten in den Genuss des Schutzes von § 138 Abs. 1 BGB kommen zu lassen.

Richtigerweise sollte differenziert werden: Ist die Unterlegenheit allein in einem Informationsdefizit begründet und liegt daneben nicht noch ein sonstiger Unterlegenheitsgrund vor, wie etwa eine Zwangslage oder wirtschaftliche Unterlegenheit, so scheidet § 138 Abs. 1 BGB grundsätzlich aus, wenn die entsprechende Aufklärung erfolgt ist. Es ginge zu weit, Aufklärungspflichten generell und stets als ineffektiv zu qualifizieren, da dann letztlich auch ganz auf sie verzichtet werden könnte. Ihr Bestehen und ihre Erfüllung verkämen zu reinen Formalitäten. Dass eine Person einen inhaltlich unangemessenen Vertrag trotzdem abschließt, ist nach erfolgter Aufklärung ihr selbst zuzuschreiben, auch dann, wenn sie nach erfolgter Aufklärung nur nicht mehr gewillt ist, einen einmal gefassten Entschluss zum Vertragsschluss wieder umzustößen. Hieraus ergibt sich keine Unterlegenheit, sondern dies erfordert lediglich jedermann zumutbarer Willenskraft.

Dagegen muss der Schutz von § 138 Abs. 1 BGB aber immer dann zur Verfügung stehen, wenn die Aufklärungspflichten aufgrund eingeschränkter Selbst-

¹⁶⁴³ *Breidenbach* 1989, S. 14 ff., 65 f.: Ein wucherisches Darlehen werde also nicht dadurch wirksam, dass der Darlehensgeber den Darlehensnehmer über die überhöhten Zinsen informiere. Ebenso mit dem Beispiel des Wucherdarlehens: *Brandner* ZHR 1989, S. 147 (154). Siehe auch *Canaris* 1988, S. 83 Rn. 114: Das „Informationsmodell“ stoße dann an seine Grenzen, wenn der Darlehensnehmer finanziell überfordert sei. Bloße Aufklärung sei dann sinnlos, sondern der Vertrag selbst müsse dann verhindert werden. Dies sei über § 138 BGB zu erreichen.

¹⁶⁴⁴ *Westermann* ZHR 1989, S. 123 (137, 144 f.): Wer über alle Risiken aufgeklärt worden sei, einen Vertrag aber trotzdem wolle, handle „bodenlos leichtsinnig“ und benötige keinen weiteren Schutz durch die Rechtsordnung. Siehe auch *Brandner* ZHR 1989, S. 147 (154), wonach zumindest in „Grenzfällen“ die Informiertheit den Ausschlag gegen die Sittenwidrigkeit geben könne.

¹⁶⁴⁵ *Grunewald* AcP (190) 1990, S. 609 (617).

bestimmungsfähigkeit des Aufklärungsadressaten nichts am Informationsdefizit ändern können. Dies gilt selbst dann, wenn der Aufklärungspflichtige alles in seiner Macht Stehende getan hat, um seinen Aufklärungspflichten gerecht zu werden, aber trotzdem kein Verständnis bzw. keine Fähigkeit zu selbstbestimmter Entscheidung herbeiführen konnte: Klassischer Fall ist hier wiederum der Fall des Dementen, der mit den Erklärungen nichts anfangen kann, dies aber entweder schon nicht merkt oder nicht in der Lage ist, aus dieser Erkenntnis Schlüsse zu ziehen, weil er beispielsweise seine Krankheit zu verschleiern versucht, wodurch er weder Unterstützung durch Dritte in Anspruch nimmt noch vom Vertragsschluss absieht.

Bleibt die Unterlegenheit trotz Aufklärung bestehen, ist § 138 Abs. 1 BGB also weiterhin anwendbar, allerdings, hieran ist zu erinnern, fällt der Vertrag trotzdem nicht automatisch der Sittenwidrigkeitsklausel zum Opfer, denn verlangt ist neben der persönlichen Unterlegenheit auch stets noch eine inhaltliche Unangemessenheit sowie eine subjektive Komponente auf Seiten des Übervorteilenden: Es hängt das Sittenwidrigkeitssurteil im Ergebnis davon maßgeblich davon ab, ob der Aufklärungspflichtige zumindest leichtfertig verkannt hat, dass die Aufklärung nichts an der Unterlegenheit ändern konnte, dass also der Aufklärungsempfänger trotz Aufklärung den Vertragsinhalt oder dessen Auswirkungen nicht verstanden hat. Auch die hier zusätzlich vorgeschlagene Hinweispflicht, wonach der Aufklärende dem Adressaten seinen Eindruck, dass trotz Aufklärung kein hinreichendes Verständnis erzielt werden konnte, mitteilen muss, sollte aufgrund der eingeschränkten Selbstbestimmungsfähigkeit an der Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB nichts ändern.

Noch intensiver als bei vertragstypsunabhängigen Aufklärungspflichten wird die Zulässigkeit der Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB bei vorangegangener notarieller Beurkundung und damit Belehrung diskutiert. Auch dort wird vertreten, eine Inhaltskontrolle sei nicht mehr angezeigt, wenn sich eine Person nach notarieller Belehrung und nach einer Überlegungsfrist für einen Vertragsinhalt entscheide.¹⁶⁴⁶ So sei § 138 Abs. 1 BGB dann nicht anwendbar, wenn sich die Unterlegenheit des Übervorteilten durch die Belehrung grundsätzlich beseitigen lasse, also insbesondere dann, wenn ein Fall der intellektuellen Unterlegenheit gegeben sei.¹⁶⁴⁷ Dem ist, wie eben dargestellt, insofern zuzustimmen, als „selbstbestimmter Leichtsinn“ keine zur Sittenwidrigkeit führende Unterlegenheit begründet.¹⁶⁴⁸ Von „selbstbestimmtem Leichtsinn“

¹⁶⁴⁶ *Langenfeld* DNotZ 2001, S. 272 (279f.); siehe auch BGH FamRZ 1996, S. 1536 (1536), wonach die notarielle Belehrung jedenfalls Unerfahrenheit oder Gesetzesunkenntnis beseitigt; siehe auch *Dahm* 2019, S. 273 f., wonach die Belehrung intellektuelles Gleichgewicht herstelle.

¹⁶⁴⁷ *Münch* DNotZ 2004, S. 901 (908, 912 ff.).

¹⁶⁴⁸ OLG Hamm NJW 2014, S. 1880 (2882).

kann aber nur die Rede sein, wenn der Belehrungsadressat zumindest grundsätzlich in der Lage war, die erhaltenen Informationen zu verstehen und durch diese auch den Vertragsinhalt und dessen Auswirkungen begreifen konnte. Ist dies aber nicht der Fall, muss § 138 Abs. 1 BGB anwendbar bleiben. Dafür spricht auch, dass nach hier vertretener Ansicht der Notar die Belehrung sowie so unterlassen müsste, wenn er erkennt, dass der Belehrte die Belehrungen nicht verstehen kann.¹⁶⁴⁹ Nimmt er die Beurkundung aber dennoch vor, weil er die geistigen Fähigkeiten beispielsweise falsch einschätzt, muss dem Beteiligten zumindest der nachträgliche Schutz des § 138 Abs. 1 BGB zur Verfügung stehen.

Im Übrigen lassen auch sowohl das BVerfG¹⁶⁵⁰ als auch der BGH¹⁶⁵¹ die Inhaltskontrolle von Eheverträgen trotz vorausgegangener notarieller Beurkundung zu, wobei diese Tatsache für die vorliegende Untersuchung nur begrenzt aussagekräftig ist: Denn bei den fraglichen Eheverträgen ergibt sich die Unterlegenheit der übervorteilten Frau gerade nicht daraus, dass sie nicht wüsste, was sie tut, also nicht aus einem Informationsdefizit irgendeiner Art, welches gegebenenfalls durch Belehrung ausgeglichen werden könnte, sondern aus ihren persönlichen Verhältnissen, wie beispielsweise ihrer Schwangerschaft und ihrer finanziellen Situation.¹⁶⁵²

Dieselben Erwägungen wie für § 138 Abs. 1 BGB sind auch für das Verhältnis von Aufklärungs- bzw. Belehrungspflichten einerseits und Irrtumsanfechtung andererseits anzustellen: Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass in Bezug auf die Umstände, die aufklärungspflichtig sind bzw. auf die sich die notarielle Belehrung bezieht, kein unbewusstes Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit vorliegen kann.¹⁶⁵³ Eine Ausnahme gilt wieder dann, wenn Unwissenheit bzgl. der Umstände, auf die sich die Aufklärung bzw. die Belehrung bezieht, nicht ausgeräumt werden können, weil der Aufgeklärte diese Erläuterungen geistig nicht nachvollziehen kann.

¹⁶⁴⁹ Siehe oben bei Fn. 1617.

¹⁶⁵⁰ BVerfG NJW 2001, S. 2248.

¹⁶⁵¹ BGH NJW 2004, S. 930ff.

¹⁶⁵² Siehe nur BVerfG NJW 2001, S. 2248: Gründe für eine Disparität könnten neben der Schwangerschaft die Vermögenslage der Frau sowie ihre berufliche Qualifikation und Perspektive sein. Siehe auch OLG Hamm NJW 2014, S. 2880 (2882): Eine Zwangslage könne sich daraus ergeben, dass sich die Frau vor die Alternative gestellt sehe, den Vertrag entweder zu unterschreiben oder nicht geheiratet zu werden und ihr Kind allein aufziehen zu müssen. Dies führe zu einem Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen und der für die Annahme der Sittenwidrigkeit geforderten Dominanz des Vertragspartners, also des Mannes. Siehe auch *Dauner-Lieb* AcP (201) 2001, S. 295 (321): Aufklärung kompensiere intellektuelle Unterlegenheit, nicht aber andere Formen der Schutzbedürftigkeit.

¹⁶⁵³ So im Zusammenhang mit notariellen Belehrungspflichten eine Anwendung von §§ 119ff. BGB grundsätzlich abzulehnend: *Dahm* 2019, S. 273.

4. Schutz bei nicht erfüllter Mitteilungspflicht

a) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch Unterlassen

Im Rechtsverkehr ist es nicht nur verboten, aktiv falsche oder irreführende Aussagen zu tätigen; jedenfalls führt ein Verstoß hiergegen zu Gestaltungsrechten und Sekundäransprüchen des Getäuschten.¹⁶⁵⁴ Auch der Verstoß gegen vertragstypsunabhängige Aufklärungspflichten stellt bei Vorsatz eine zur Anfechtung berechtigende arglistige Täuschung dar,¹⁶⁵⁵ und dies sowohl dann, wenn die Information gar nicht erteilt wurde, als auch dann, wenn die Information nicht in einer für den Informationsempfänger adäquaten Weise vermittelt wurde. Dabei hilft die Rechtsprechung dem Anfechtungsberechtigten mit einer sekundären Beweislast des Anfechtungsgegners: So muss der Anfechtungsgegner die Umstände der Erfüllung seiner Aufklärungspflicht näher darlegen, die der Anfechtende sodann widerlegen muss.¹⁶⁵⁶ Das Anfechtungsrecht besteht im Übrigen nicht nur bei der Verletzung vertragstypsunabhängiger Aufklärungspflichten, sondern auch bei der Verletzung sonstiger Mitteilungspflichten, wie etwa den gesetzlich normierten allgemeinen Informationspflichten bei Verbraucherverträgen nach § 312a Abs. 1 BGB.¹⁶⁵⁷ Dasselbe muss für das Unterlassen von Beratungsleistung sowie Erläuterungspflichten gelten, wo solche vorgesehen sind.

Insgesamt kann das Anfechtungsrecht daher die Personen, die i.S.d. Fallgruppen 1–3 von bestimmten Umständen keine Kenntnis haben bzw. sich diese nicht vergegenwärtigen können, und denen bzgl. eben jener Umstände ein Aufklärungsrecht zustünde, dem Grunde nach schützen. Es ist aber auf dieselben Schwächen, die schon zur Anfechtung wegen aktiver Täuschung behandelt wurden, hinzuweisen.¹⁶⁵⁸ Insbesondere versagt das Anfechtungsrecht dort, wo nicht der Grad einer arglistigen Täuschung erreicht ist und der Aufklärungspflichtige nicht vorsätzlich einen Irrtum hervorrufen und den anderen zur Abgabe einer Willenserklärung bewegen wollte.¹⁶⁵⁹ So ist dem Aufklärungspflichtigen dann keine Arglist vorzuwerfen, wenn das geistige Defizit, das zur Aufklärungspflicht oder zumindest zur besonders verständlichen Art und Weise der Aufklärung verpflichtet hätte, nicht erkennbar war.

¹⁶⁵⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.

¹⁶⁵⁵ Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 10 ff.

¹⁶⁵⁶ BGH NJW 2001, S. 64 (64); näher Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 89.

¹⁶⁵⁷ MüKo BGB/Band 3-Wendehorst 2022, § 312a BGB Rn. 39; Staudinger BGB-Thüsing 2019, § 312a BGB Rn. 40.

¹⁶⁵⁸ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.1.c). Insbesondere ist die Kausalität fraglich: War die unterlassene Aufklärung, wenn der Betroffene mit ihr ohnehin nichts anfangen konnte, wirklich kausal für den Abschluss des Rechtsgeschäfts?

¹⁶⁵⁹ Zu diesen Voraussetzungen Böhme 1964, S. 185 f.

b) Schadensersatz, insbesondere c.i.c.

Dass die c.i.c. die Anfechtungsregeln ergänzen, wurde bereits besprochen.¹⁶⁶⁰ Sie ergänzt die Anfechtungsregeln auch dort, wo es um die Verletzung vertrags-
typsunabhängiger Aufklärungspflichten geht. So kann bei fahrlässiger Verletzung solcher Aufklärungspflichten Vertragsaufhebung verlangt werden, wenn der Aufklärungsfehler für den Vertragsschluss kausal war.¹⁶⁶¹ In Kausalitätsfragen wird dem Getäuschten dabei geholfen: Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, also der Vertrag auch bei richtiger Aufklärung so wie geschehen geschlossen worden wäre.¹⁶⁶² Für die Beweislastumkehr ist auch nicht erforderlich, dass bei korrekter Aufklärung vernünftiger Weise nur eine Handlungsmöglichkeit bestanden hätte, sondern sie setzt nichts weiter als einen Aufklärungsmangel voraus, um die Einhaltung der Aufklärungspflichten zu gewährleisten.¹⁶⁶³ Wenn allerdings der Betroffene die Aufklärung ohnehin nicht verstanden hätte, ist die Vermutung bereits widerlegt.

Und schließlich haften der c.i.c., die bei der Verletzung von Aufklärungspflichten ergänzend neben die Anfechtungsregeln tritt, wiederum denselben Schwächen an, die schon für den Schadensersatzanspruch bei aktiver Täuschung hervorgehoben wurden.¹⁶⁶⁴ Insbesondere erfordert die c.i.c. ein Verschuldenselement: Eine vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung setzt voraus, dass der Pflichtige zumindest bedingt vorsätzlich gegen seine Aufklärungspflicht verstößt. Ihm müssen also die Aufklärungspflicht selbst und damit auch die sie begründenden Tatsachen, insbesondere die Aufklärungsbedürftigkeit des Vertragspartners, bekannt sein, ebenso der Einfluss der Aufklärungspflichtverletzung auf den Vertragsschluss oder er muss jedenfalls mit dem Vorliegen dieser Elemente rechnen.¹⁶⁶⁵ Zwar genügt auch die fahrlässige Verletzung von Aufklä-

¹⁶⁶⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)aa)(1).

¹⁶⁶¹ So explizit zur schuldhaften Verletzung von Aufklärungspflichten: *Böhme* 1964, S. 187 ff.; Schadensersatzansprüche bei fahrlässiger Verletzung von Aufklärungspflichten, anders als bei fahrlässiger aktiver Täuschung, bejahend: *Schumacher* 1979, S. 118 f. § 123 BGB hindere das Bestehen von Schadensersatzansprüchen bei fahrlässig verletzten Aufklärungspflichten nicht, da § 123 BGB, welcher das Prinzip der Selbstverantwortung zum Ausdruck bringe, nur in seinem Anwendungsbereich verdrängen könne, also dann, wenn es sich beim Getäuschten um eine Person handle, die zur Wahrung der eigenen Interessen vollständig in der Lage sei. Da aber Aufklärungspflichten gerade nur bei geschäftlich Unerfahrenen bestünden, könne diesen über § 123 BGB hinaus Schutz gewährt werden, weil geschäftlich Unerfahrene außerhalb des Anwendungsbereichs des § 123 BGB lägen. Eine Schadensersatzpflicht bei der Verletzung von Aufklärungspflichten mangels Vorliegens eines Vermögensschadens ablehnend *Dauner-Lieb* 1983, S. 79 f.

¹⁶⁶² BGH NJW 2001, S. 2163 (2165); BGH NJW 2007, S. 3057 (3060).

¹⁶⁶³ BGH NJW 2012, S. 2427 (2430).

¹⁶⁶⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.c).

¹⁶⁶⁵ *Lorenz* 1997, S. 438 mit Verweis auf OLG Hamm NJW-RR 1995, S. 688 (689), wonach

rungspflichten für die c.i.c., allerdings setzt Fahrlässigkeit voraus, dass dem Aufklärungspflichtigen seine Aufklärungspflicht und damit die sie begründenden Tatsachen bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) erkennbar gewesen wären.¹⁶⁶⁶ Fehlt diese Erkennbarkeit, entfällt folglich das Verschulden.¹⁶⁶⁷ Und diese Erkennbarkeit kann gerade wieder bei dementen Personen fehlen, wenn die intellektuellen und kognitiven Schwächen nicht nach außen treten und der Aufklärungspflichtige also nicht wissen kann, dass es beispielsweise einer besonders vereinfachten Erläuterung bedürfte.

Dieser – lückenhafte – Schutz aus c.i.c. besteht im Übrigen nicht nur bei der Verletzung von vertragstypsunabhängigen Aufklärungspflichten, sondern auch bei Verletzung aller anderen Mitteilungspflichten. So entsteht bei Verletzung von Beratungspflichten ein solcher Anspruch auf Schadensersatz,¹⁶⁶⁸ was in § 6 Abs. 5 VVG für das Versicherungsvertragswesen sogar ausdrücklich normiert ist. § 6 Abs. 5 VVG hat dieselbe Wirkung wie § 280 BGB und daher nur klarstellende Funktion.¹⁶⁶⁹ Bei einem Verstoß gegen notarielle Belehrungspflichten kommt ein Amtshaftungsanspruch nach § 19 BnotO in Betracht.

Vertragsaufhebung aus c.i.c. kann auch bei einem Verstoß gegen die gesetzlich normierten vorvertraglichen Informationspflichten, etwa den allgemeinen Informationspflichten des § 312a Abs. 1 BGB,¹⁶⁷⁰ oder den Informationspflichten bei Darlehensverträgen nach § 491a Abs. 1 BGB¹⁶⁷¹ bzw. den Erläuterungspflichten nach § 491a Abs. 3 BGB¹⁶⁷² verlangt werden. Dass gleichzeitig Widerrufsrechte, wie beispielsweise bei Verbraucherdarlehensverträgen nach § 495 Abs. 1 BGB, bestehen, steht der Möglichkeit der Vertragsaufhebung aus c.i.c. dabei nicht im Wege.¹⁶⁷³

dem Verkäufer bei Verschweigen von Einzelheiten zu Unfallschäden am Fahrzeug keine Arglist vorgeworfen werden könne, wenn der Käufer den Eindruck erwecke, an diesen Einzelheiten nicht interessiert zu sein.

¹⁶⁶⁶ Lorenz 1997, S. 438 f.

¹⁶⁶⁷ Lorenz 1997, S. 439.

¹⁶⁶⁸ Siehe bei schuldhaft falscher Beratung beim Kaufvertrag: BGH NJW 1962, S. 1196 ff.

¹⁶⁶⁹ BT-Drucks. 16/3945, S. 59; Armbrüster ZVersWiss 2008, S. 425 (434).

¹⁶⁷⁰ BT-Drucks. 17/12637, S. 51; Staudinger BGB-Thüsing 2019, § 312a BGB Rn. 40.

¹⁶⁷¹ Nobbe WM 2011, S. 625 (628); OLG Düsseldorf NJOZ 2017, S. 436 (439); BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 1, 110 f.

¹⁶⁷² Hoffmann und Bartlitz WM 2014, S. 2297 (2301); BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 108 ff. Auch dort wird eine Beweislastumkehr für die Frage der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden angenommen: Hoffmann und Bartlitz WM 2014, S. 344 (348 f.); MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 491a BGB Rn. 27.

¹⁶⁷³ Wie hier Angermann 2010, S. 258 ff.; Gercke 2014, S. 167 ff. Beide Rechte bestehen parallel nebeneinander und können parallel geltend gemacht werden: BGH NJW 2017, S. 61 (62); BeckOK BGB-Möller, § 491a BGB Rn. 19. Allgemein auch zum Verhältnis Widerrufsrecht und Schadensersatz (kein Vorrangverhältnis): BeckOGK-Mörsdorf, § 355 BGB Rn. 53. Zum einen hängt der Schadensersatzanspruch von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen ab, insbesondere von Verschulden, Kausalität und Schaden. Zum anderen wäre bei Ausschluss eines Anspruch auf Vertragsaufhebung durch c.i.c. eine effektive Sanktionierung von Verstößen gegen die vorvertraglichen Informationspflichten gefährdet (siehe Gercke 2014, S. 168). Wi-

Gerade bei den Verbraucherdarlehensverträgen zeigt sich im Übrigen, dass der Versuch, den Darlehensnehmer über den Anspruch aus c.i.c. zu schützen, nicht nur lediglich lückenhaft möglich ist, sondern auch belastend sein kann, so positiv die Rechtsfolge der Vertragsaufhebung zunächst auch klingen mag: Der Verbraucher ist zwar nach erfolgreicher Geltendmachung des Anspruchs so zu stellen, als sei der Vertrag nicht geschlossen worden, d. h. er wird aus sämtlichen Verpflichtungen des Darlehensvertrags entlassen, sowohl von der Rückzahlungspflicht als auch von der Zinspflicht.¹⁶⁷⁴ Gleichzeitig muss er aber im Wege der Vorteilsausgleichung das herausgeben, was er ohne Kreditvergabe nicht erlangt hätte, also die Darlehensvaluta.¹⁶⁷⁵ Der Anspruch aus c.i.c. ist damit also auf Rückabwicklung gerichtet.¹⁶⁷⁶ Und dies gilt auch dann, wenn der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta schon eingesetzt hat: Entreichervorschriften sind dem Schadensrecht fremd.¹⁶⁷⁷

Neben der c.i.c. kommen auch die weiteren, schon zur aktiven Täuschung behandelten deliktischen Schadensersatzansprüche in Betracht, allerdings nur unter erhöhten Voraussetzungen.¹⁶⁷⁸ So setzt § 826 BGB nicht nur voraus, dass Mitteilungspflichten arglistig nicht erfüllt wurden, sondern verlangt darüber hinaus auch Schädigungsvorsatz.¹⁶⁷⁹

derrufsrechte stellen dabei nur eine auf Unionsrecht – Richtlinie 2008/48/EG („Verbraucherkreditrichtlinie“) – zurückzuführende Mindestsanktionierungen dar, wobei weitergehende Sanktionen auch nicht ausgeschlossen sind (siehe *Angermann* 2010, S. 260; *Gercke* 2014, S. 168). Die Richtlinie selbst ordnet in Art. 23 S. 2 vielmehr an, für Verstöße gegen Richtlinienvorgaben wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu schaffen (siehe *Gercke* 2014, S. 168); a. A. *Soergel BGB/Band 7-Seifert* 2014, § 491a BGB Rn. 71.

¹⁶⁷⁴ Freitag LMK 2014, 358906; vgl. *Bartlitz* WM 2016, S. 344 (350).

¹⁶⁷⁵ Freitag LMK 2014, 358906; vgl. *Bartlitz* WM 2016, S. 344 (350).

¹⁶⁷⁶ BeckOGK-Knops, § 491a BGB Rn. 111, Freitag LMK 2014, 358906.; *Theisen* NJW 2006, S. 3102 (3104).

¹⁶⁷⁷ Den Einwand der Entreichung muss sich der Herausgabeberechtigte daher nicht entgegenhalten lassen: *Lorenz* NZM 1998, S. 359 (360); im Ergebnis auch *Bartlitz* WM 2016, S. 344 (350): Verwendungsrisiko sei dem Darlehensnehmer zuzuweisen. Die Schadensersatzpflicht – *Bartlitz* bezieht sich auf den Fall fehlender Bonitätsprüfung – beziehe sich nicht auf die ausgezahlte Darlehensvaluta, sodass diese zurückzuzahlen sei. Im Übrigen ist bei Darlehensverträgen, auch sofern die Rückabwicklung über Bereicherungsrecht abläuft, der Einwand des § 818 Abs. 3 BGB ohnehin ausgeschlossen: BGH NJW 1995, S. 1152 (1153); OLG Brandenburg, Urt. v. 18.1.2006 – 4 U 90/04, BeckRS 2006, 19247: Argument ist, dass der Darlehensnehmer von Anfang an wisse, dass das Darlehen zurückzuzahlen sei. Dies genüge für eine Anwendung von § 819 BGB. In der Literatur wird dasselbe Ergebnis teils auf § 242 BGB (Verbot widersprüchlichen Verhaltens) gestützt: *MüKo BGB/Band 7-Schwab* 2024, § 819 BGB Rn. 13 mit Ausnahmen in § 818 BGB Rn. 219f., wann dem Darlehensgeber im Einzelfall nicht der Einwand widersprüchlichen Verhaltens vorzuwerfen sei. Vgl. auch *Buck-Heeb* NJW 2016, S. 2065 (2067).

¹⁶⁷⁸ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.3.

¹⁶⁷⁹ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 236.

c) *Kreditwürdigkeitsprüfung bei Darlehensverträgen und entgeltlichen Zahlungsaufschüben bzw. sonstigen Finanzierungshilfen*

Werden Mitteilungspflichten verletzt, gibt es insbesondere im Bereich von Darlehensverträgen einen gewissen Auffangschutz: Beim Abschluss von Darlehensverträgen ist der Kreditgeber stets nach § 505a BGB verpflichtet, die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers zu prüfen. So darf ein Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag nur geschlossen werden, wenn keine erheblichen Zweifel bestehen, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen nachkommen wird, § 505a Abs. 1 S. 2 BGB. Bei Immobilidar-Darlehensverträgen muss dies sogar wahrscheinlich sein, § 505a Abs. 1 S. 2 BGB. Eine Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung besteht auch bei entgeltlichen Zahlungsaufschüben und sonstigen Finanzierungshilfen (§ 506 Abs. 1 S. 1 BGB). Verstößt der Kreditgeber folglich gegen seine Informations- und Erläuterungspflichten, sodass, so die Idee, der Kreditnehmer zu keiner wirklich selbstbestimmten Entscheidung in der Lage ist, so gewährt diese Prüfpflicht, wenn ein Vertrag dennoch geschlossen wird, zumindest einen gewissen Minimalschutz vor finanzieller Überforderung.

Es stellt sich dabei allerdings die Anschlussfrage, wie es um den Schutz des Verbrauchers bestellt ist, wenn nicht nur gegen die Informations- und Erläuterungspflichten verstoßen wurde, sondern auch die Kreditwürdigkeitsprüfung nicht oder nur mangelhaft erfolgt ist. Verstöße gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung werden zunächst über § 505d BGB sanktioniert: Es erfolgt zum einen eine Ermäßigung des Sollzinssatzes, § 505d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB, zum anderen wird dem Darlehensnehmer ein fristloses Kündigungsrecht eingeräumt, § 505d Abs. 1 S. 3 BGB, ohne dass ein Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung entstände.¹⁶⁸⁰ Kann der Darlehensnehmer im Übrigen seine Pflichten aus dem Vertrag nicht erfüllen, stehen dem Darlehensgeber keine Ansprüche wegen Pflichtverletzung zu, wenn die Pflichtverletzung auf einem Umstand beruht, der bei ordnungsgemäßer Kreditwürdigkeitsprüfung dazu geführt hätte, dass der Darlehensvertrag nicht hätte geschlossen werden dürfen, § 505d Abs. 2 BGB.

Ob der Darlehensnehmer darüber hinaus auch einen Schadensersatzanspruch aus §§ 311 Abs. 2, 280 BGB haben soll, ist heftig umstritten.¹⁶⁸¹ Dafür spricht

¹⁶⁸⁰ MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 505d BGB Rn. 12.

¹⁶⁸¹ Dafür: *Feldbusen* BKR 2021, S. 497 (498): Anspruch gerichtet auf das negative Interesse, auf Befreiung von Zinsen und Kosten ab Vertragsschluss; *Stamenković und Michel* VuR 2016, S. 132 (141): Anspruch gerichtet auf Befreiung von der Rückzahlungsverbindlichkeit; ebenso einen Anspruch auf Befreiung von der Rückzahlungsverbindlichkeit bejahend *Buck-Heeb* NJW 2016, S. 2065 (2069); einen Schadensersatzanspruch dem Grunde nach bejahend auch *BeckOGK-Knops*, § 505d BGB Rn. 22 ff.; *Papikinou* 2018, S. 316 ff.; ebenso zu § 509 BGB a.F.: *Ady und Paetz* WM 2009, S. 1061 (1067). Dagegen: *Erman* BGB/Band 1-Nietsch 2023, § 505d BGB Rn. 29 ff.; MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 505d BGB Rn. 18.

einerseits, dass die Kreditwürdigkeitsprüfung nicht nur aufsichtsrechtlich in § 18a KWG und § 3 Abs. 4 S. 4 ZAG umgesetzt ist, sondern auch ins BGB übertragen wurde und eine zivilrechtlich ausgestaltete Pflicht für die Schutzwirkung zugunsten des Vertragspartners spricht.¹⁶⁸² Andererseits hat der Gesetzgeber mit § 505d BGB bereits sehr differenzierte Folgen bei Pflichtverletzungen geregelt, die laut Gesetzesbegründung als abschließend zu verstehen sind. Dies darf nicht über Schadensersatzansprüche überspielt werden.¹⁶⁸³

Teils wird ein Schadensersatzanspruch daher über Umwege begründet: Pflichtverletzung sei nicht die fehlerhafte Bonitätsprüfung per se, sondern die sodann automatisch damit zusammenhängende Verletzung der Erläuterungspflicht nach § 491a Abs. 3 BGB.¹⁶⁸⁴ So lasse der Abschluss eines den Vermögensverhältnissen nicht entsprechenden Kreditvertrags stets vermuten, dass die Erläuterungspflicht nicht korrekt erfolgt sei.¹⁶⁸⁵ Diese Annahme setzt aber voraus, dass die Vermögensverhältnisse des Verbrauchers überhaupt auf den Inhalt und die Ausgestaltung der Aufklärungspflicht Auswirkungen haben, was allerdings grundsätzlich nicht der Fall ist; sie können allenfalls den Umfang der Erläuterungspflicht beeinflussen.¹⁶⁸⁶ Die Vermutung einer solchen Verletzung ist auch deswegen nicht gerechtfertigt, weil auch eine „falsche“ Entscheidung des Verbrauchers ein mögliches und anzuerkennendes Ergebnis sein muss, nimmt man die Erläuterungspflicht als reine „Hilfe zur Selbsthilfe“¹⁶⁸⁷ und nicht als Bevormundung ernst.

Dies bedeutet: Schließt der Verbraucher einen Vertrag, der ihn finanziell überfordert, weil der Kreditgeber seiner Pflicht zur Bonitätsprüfung nicht nachgekommen ist, kommt das Gesetz dem Verbraucher grundsätzlich mit einer Vertragsanpassung bzw. einem Kündigungsrechts nach § 505d BGB entgegen. Einen auf Schadensersatzrecht gestützten Anspruch auf Rückabwicklung setzt demgegenüber einen gesondert festzustellenden und wiederum verschuldensabhängigen Verstoß gegen die Erläuterungspflicht voraus. Dabei ist daran zu erinnern, dass auch eine Schadensersatzpflicht den Verbraucher nicht von der Pflicht, das Darlehen zurückzuzahlen, befreit.¹⁶⁸⁸ In Bezug auf die Pflicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta brächte das Schadensersatzrecht

¹⁶⁸² So zu § 509 BGB a.F.: *Ady und Paetz* WM 2009, S. 1601 (1607).

¹⁶⁸³ MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 505d BGB Rn. 18. Siehe auch BT-Drucks. 18/11774, S. 32: „Schadensersatzansprüche aus anderen Rechtsgrundlagen, die auf eine Rückabwicklung des Vertrages ex tunc gerichtet seien, sollten daher ersichtlich durch § 505d BGB ausgeschlossen sein.“ und „Dies [der Ausschluss der culpa in contrahendo] ergebe sich bereits aus der bestehenden Systematik sowie aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen.“ Siehe auch *Omlor* NJW 2017, S. 1633 (1637).

¹⁶⁸⁴ *Hoffmann und Bartlitz* WM 2014, S. 2297 (2303 f.); *Bartlitz* WM 2016, S. 344 (348).

¹⁶⁸⁵ *Korff*, in: Bankrecht, S. 949 (1006 Rn. 208).

¹⁶⁸⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel B.V.2.b)cc(1).

¹⁶⁸⁷ Siehe oben bei Fn. 1469.

¹⁶⁸⁸ Siehe oben ab Fn. 1675.

gegenüber dem Kündigungsrecht des § 505d Abs. 1 S. 3 BGB also ohnehin keine Vorteile.

Es handelt sich bei § 505a Abs. 1 S. 2 BGB im Übrigen auch nicht um ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB,¹⁶⁸⁹ welches die Nichtigkeit des Darlehensvertrags und damit eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht nach sich zöge. Zwar gibt es auch Gegenstimmen: Der Wortlaut („darf den Verbraucherdarlehensvertrag nur abschließen“) spreche eindeutig dafür, dass es sich um ein Verbotsgesetz handle, ebenso Art. 18 Abs. 5 lit. a der Wohnimmobilienkredit-Richtlinie¹⁶⁹⁰ („Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Kreditgeber dem Verbraucher den Kredit nur bereitstellt, wenn aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass es wahrscheinlich ist, dass die Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag in der gemäß diesem Vertrag vorgeschriebenen Weise erfüllt werden.“).¹⁶⁹¹ Beide Argumente sind aber, insbesondere angesichts der eindeutigen Gesetzesbegründung, wonach § 505d BGB abschließend sein solle, nicht ausreichend, um die Nichtigkeit des Vertrag zu begründen. Denn eine Sanktionierung des Darlehensgebers, wenn dieser tut, was er nicht darf, ebenso wie die Absicherung, dass sich der Darlehensgeber an die gesetzlichen Vorgaben hält, kann auch anders geschehen als durch Vertragsnichtigkeit. Vor allem aber setzt § 505d BGB ganz offensichtlich einen wirksamen Vertrag voraus.¹⁶⁹²

Im Übrigen regelt § 505d BGB auch dann abschließend die Rechtsfolgen, wenn der Darlehensgeber zwar die Bonitätsprüfung durchführt, aber dennoch bei negativem Ergebnis entgegen dem Kreditvergabeverbot des § 505a Abs. 1 S. 2 BGB ein Darlehen vergibt.¹⁶⁹³ Der in § 505d BGB bezeichnete Verstoß gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung ist insofern weit zu verstehen und erfasst nicht nur die fehlende oder mangelhafte Durchführung dieser Prüfung, mit der Folge, dass Kreditunwürdigkeit nicht erkannt und ein Darlehen vergeben wird, sondern auch die Vergabe von Krediten, obwohl sich der Darlehensgeber nach fehlerfreier Prüfung der Kreditunwürdigkeit bewusst ist oder diese erkennt.¹⁶⁹⁴

¹⁶⁸⁹ BT-Drucks. 18/5922, S. 98; *Buck-Heeb* NJW 2016, S. 2065 (2067); MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 505a BGB Rn. 9; MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 505a BGB Rn. 6; *Korff*, in: Bankrecht, Kapitel 17 Rn. 99.

¹⁶⁹⁰ RL 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.2.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der RL 2008/48/EG und 2013/36/EU und der VO (EU) Nr. 1093/2010.

¹⁶⁹¹ BeckOGK-*Knops*, § 505a BGB Rn. 42.

¹⁶⁹² MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 505a BGB Rn. 9.

¹⁶⁹³ MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 505a BGB Rn. 9.

¹⁶⁹⁴ Vgl. Erman BGB/Band 1-Nietsch 2023, § 505a BGB Rn. 6f.

5. Zwischenergebnis

Die untersuchten Mitteilungspflichten sollen die Fähigkeit des Verbrauchers herstellen, eine vollinformierte Entscheidung zu treffen. Dies kommt den Personen, die geistige Schwächen i. S. d. Fallgruppen 1–3 aufweisen, grundsätzlich zugute, weil insbesondere die vertragstypsunabhängigen Aufklärungspflichten am konkreten Aufklärungsberechtigten auszurichten sind: Es richtet sich sowohl das Ob als auch das Wie der Aufklärung nach dem Verständnishorizont des konkreten Adressaten.

Dennoch ist die Schutzwirkung von Aufklärungspflichten aus vielen Gründen begrenzt: Denn auch wenn Aufklärungsbedürftigkeit zur Entstehung von Aufklärungspflichten führt, so sind diese Pflichten doch nicht umfassend. Sie können sich zwar grundsätzlich sowohl auf Vertragsinhalte (insbesondere auf solche i. S. d. Fallgruppe 1, also auf den Kern des Vertrags) beziehen als auch auf Auswirkungen eines Rechtsgeschäfts (Fallgruppe 3). Ihre Entstehung hängt zudem auch von der wirtschaftlichen Bedeutung des Geschäfts ab, was gerade für Schutz bei Rechtsgeschäften über hohe Beträge sorgt. Allerdings muss stets auch das Interesse des Aufklärungspflichtigen, einen für ihn günstigen Vertrag schließen zu wollen und auch zu dürfen, berücksichtigt werden. Dies bedeutet, dass bestimmte Aspekte, wie etwa die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung unterhalb der Grenze der Sittenwidrigkeit, von vornherein nicht Gegenstand einer Aufklärungspflicht ist; auch bei Bürgschaften sind Aufklärungspflichten über die mit der Bürgschaft einhergehenden Risiken nur begrenzt. Allgemein geht es bei Aufklärungspflichten nicht darum, dem Betroffenen umfassend pro und contra des Vertragsschlusses oder gar einzelvertragliche Regelungen zu erläutern.

Hinzukommt, dass die Idee der personalisierten Aufklärung mit dem Ergebnis der vollständigen Herstellung der Selbstbestimmungsfähigkeit des Adressaten im Zweifel doch nur eine theoretische ist. Denn zum einen setzt die dem jeweiligen Einzelfall angemessene Erklärung voraus, dass der Aufklärungspflichtige überhaupt erkennt, welche Aufklärung in welchem Umfang angemessen wäre. Sind aber intellektuelle Beeinträchtigungen nicht erkennbar, bleibt es bei einer an einem „Durchschnittskunden“ ausgerichteten Aufklärung, die Personen der Fallgruppen 1–3 im Zweifel nicht weiterhilft. Zum anderen kann es bei komplizierten Vertragsgestaltungen trotz allen Versuchen, die Erläuterungen so angemessen und verständlich wie möglich auszugestalten, auch unmöglich sein, die Selbstbestimmungsfähigkeit herzustellen: Es können nicht jeder Person alle rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhänge verständlich gemacht werden, was umso mehr gilt, je stärker intellektuelle oder kognitive Defizite ausgeprägt sind. Gleichzeitig steigt mit der Stärke der Ausprägung aber auch die Schutzwürdigkeit der betroffenen Person. Im Ergebnis können damit gerade die Personengruppen, die des größten Schutzes bedürften, durch Auf-

klärungspflichten nicht hinreichend geschützt werden.¹⁶⁹⁵ Der Aufklärende ist auch grundsätzlich nicht verpflichtet, vom Vertragsschluss abzusehen, selbst wenn der Aufklärungsberechtigte mit der Aufklärung ersichtlich nichts anfangen konnte, denn dies käme einer nicht anerkannten relativen Geschäftsunfähigkeit des Aufklärungsberechtigten gleich. Allenfalls eine Hinweispflicht, wonach der Adressat die Aufklärung offenkundig nicht verstanden habe, ließe sich begründen. Eine Ausnahme gilt allenfalls im Unternehmer/Verbraucher-Verhältnis, wo der Unternehmer nach § 9 Abs. 2 UWG bei unlauterem Handeln Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist. Dieser Schadensersatzanspruch besteht jedenfalls dann, wenn man auch den „reinen“ Vertragsschluss mit einer erkennbar geistig unterlegenen Person bereits als unlauter bewertet.

Dieselben Einwände sind gegen die gesetzlich normierten Informations- und Erläuterungspflichten anzubringen. Abgesehen davon, dass sie ohnehin nur im Verhältnis Verbraucher/Unternehmer und teils nur für bestimmte Verträge oder Vertragsschlusssituationen gelten, sind die gesetzlichen Informationspflichten vor allem deswegen untauglich, Personen mit intellektuellen oder kognitiven Beeinträchtigungen in besonderer Weise zu schützen, weil es sich dabei – in der Regel – um die standardisierte, am „Durchschnittsverbraucher“ ausgerichtete Mitteilung von Informationen handelt, häufig in Papierform, was die Kenntnisnahme erschweren dürfte. Die Kenntnisnahme bzw. das Verständnis wird zudem durch die teils erhebliche Masse an Informationen weiter erschwert. Außerdem beziehen sich diese Informationen Großteils auch auf Punkte, die nichts dazu beitragen können, beispielsweise die Tragweite, also die Folgen eines Geschäfts besser abschätzen zu können.

Mit der Erläuterungspflicht bei Darlehensverträgen besteht zwar neben den gesetzlichen Informationspflichten eine zusätzliche und gesteigerte Pflicht, dem Darlehensnehmer den Vertragsinhalt näherzubringen, aber auch diese Pflicht stellt lediglich eine „Hilfe zur Selbsthilfe“ dar, d.h. dem Verbraucher muss weder ein für ihn optimaler Vertrag empfohlen werden noch besteht gar eine Pflicht, von diesem Vertrag abzuraten. Hier ließe sich allenfalls wiederum ergänzend § 9 Abs. 2 UWG heranziehen. Im Übrigen setzt auch hier eine dem Verständnisfähigkeiten des Kunden angebrachte Erläuterung voraus, dass erkennbar ist, welcher besonderer Erläuterung dieser überhaupt bedarf.

Im Übrigen muss zwischen Vertragsabschluss und Information, Aufklärung und Erläuterung ein nicht zu knapper Zeitraum liegen, damit, so die Idee, der Adressat sich den Vertragsschluss gut überlegen kann. Nun kann aber gerade bei dementen Personen die Situation entstehen, dass der Betroffene die Erläuterungen zum Zeitpunkt ihrer Übermittlung vielleicht gar verstanden hat, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber mangels Erinnerung oder wegen getrübler Erinnerung auf sie nicht mehr zugreifen kann. Es ist folglich auch nicht ge-

¹⁶⁹⁵ Siehe oben bei Fn. 1369.

sichert, dass der Vertragsschluss überhaupt Resultat einer Abwägung der vermittelten Informationen ist.

Intensivere Mitteilungspflichten wie Beratungspflichten, seien sie vertrags-
typsunabhängig, seien sie gesetzlich normiert wie im VVG, sind zwar grund-
sätzlich besser geeignet, dem Schutz von Personen mit intellektuellen oder kog-
nitiven Schwächen zu dienen. Denn bei diesen muss der Pflichtige eine
konkrete Handlungsempfehlung aussprechen und damit die relevanten Infor-
mationen selbst bewerten. Dabei hat sich die Handlungsempfehlung auch am
objektiven Bedarf des Versicherungsnehmers zu orientieren, sodass zumindest
eine gewisse inhaltliche Angemessenheit gewährleistet wird. Die Beratungs-
pflicht kann aber nicht verhindern, dass der Betroffene überhaupt rechtsge-
schäftlich tätig wird, obwohl er Inhalt und Auswirkungen des Geschäfts unter
Umständen auch trotz Beratung und Erläuterung nach wie vor nicht verstanden
hat. Beratungspflichten drohen dann gar in Fremdbestimmung umzuschlagen.

Den intensivsten Schutz bieten die notariellen Belehrungspflichten. Sie sind
in besonderem Maße am Schutz der Beteiligten ausgerichtet, insbesondere des
unterlegenen Beteiligten, indem der Notar insbesondere auch über die wirt-
schaftlichen Folgen belehren muss, wenn erkennbar ist, dass einer der Beteilig-
ten droht, sich erheblich zu schädigen. Zudem muss der Notar stets ein Auge auf
die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten haben, was dazu führt, dass er sich mit
der Persönlichkeit der Beteiligten auseinandersetzen muss. Dies geschieht schon
automatisch dadurch, dass er mit den Beteiligten ausführliche Gespräche füh-
ren muss. Eine notarielle Beurkundung erhöht also die Chance, dass geistige
und intellektuelle Beeinträchtigungen und damit Verständnisschwierigkeiten
auffallen. Es wäre sodann mit den notariellen Pflichten auch nicht vereinbar,
wenn der Notar eine Beurkundung vornähme, obwohl er erkennt, dass ein Be-
teiligter die wesentlichen Inhalte des Rechtsgeschäfts oder wesentliche Auswir-
kungen nicht verstanden hat. Den Notar trifft also eine Pflicht, die Beurkun-
dung zu unterlassen.

Nun ist aber zum einen nicht jedes Geschäft beurkundungsbedürftig. Zum
anderen können auch Notare als Laien keine Garantie dafür bieten, dass trotz
ausführlicher Gespräche geistige Beeinträchtigungen erkannt werden. Und ist
mit dem Notar eine dritte Person mit der Wahrnehmung des Schutzes des un-
terlegenen Beteiligten beauftragt, sind zudem all die Gefahren zu bedenken, die
mit menschlicher Fehlbarkeit einhergehen, so auch die Tatsache, dass notarielle
Belehrungspflichten möglicherweise aufgrund von Parteilichkeit nicht gewis-
senhaft durchgeführt werden.

Diese begrenzte Schutzwirkung der besprochenen Mitteilungspflichten führt
im Übrigen dazu, dass ergänzende Schutzmechanismen weiterhin anwendbar
sind: So hindert auch eine erfolgte Belehrung oder Aufklärung die Anwendbar-
keit von § 138 Abs. 1 BGB nicht, wenn die Aufklärung oder Belehrung nicht
geeignet war, die persönliche Unterlegenheit zu beseitigen.

Und schließlich wird der Aufklärungsberechtigte bzw. weitergesprochen Informationsberechtigte natürlich auch im Fall der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der Mitteilungspflichten geschützt: Das vorsätzliche Unterlassen führt zu Anfechtungsrechten sowie Schadensersatzansprüchen, das fahrlässige Unterlassen zumindest zu Schadensersatzansprüchen aus c.i.c. Allerdings ergibt sich insbesondere aus dem Vorsatz- bzw. Verschuldenserfordernis wiederum die größte Schutzlücke dieser Sekundäransprüche: War dem Mitteilungspflichtigen nicht erkennbar, dass eine Informationserteilung notwendig gewesen wäre oder dass eine bestimmte Art und Weise der Erklärung angemessen gewesen wäre – sofern diese überhaupt erfolgsversprechend gewesen wäre –, kann sich der nicht korrekt Informierte nicht vom Vertrag lösen.

Bei Verletzung der Erläuterungspflicht bei Verbraucherdarlehensverträgen ist zudem hervorzuheben, dass der durch Schadensersatzansprüche nachträglich vermittelte Schutz auch dadurch erheblich geschwächt ist, dass dieser – grundsätzlich auf Befreiung von vertraglichen Pflichten gerichtete – Anspruch nicht von der Pflicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta befreit. Den Betroffenen trifft diese Folge besonders hart, wenn die Summe schon eingesetzt wurde; auf den Einwand der Entreicherung kann er im Schadensersatzrecht nicht zurückgreifen. Übernimmt sich der Verbraucher finanziell, ist sein Schutz ebenso beschränkt: Die Vergabe von Krediten trotz nicht durchgeführter Kreditwürdigkeitsprüfung bzw. trotz erkannter Kreditunwürdigkeit führt nicht zur Nichtigkeit des Darlehensvertrags, auch nicht zu Schadensersatzansprüchen. Immerhin aber führt eine solche Vorgehensweise zur Modifikation des Vertrags bzw. zu einem Kündigungsrecht des Verbrauchers, § 505d Abs.1 S.2 und 3 BGB. Übt er jenes jedoch aus, ist er allerdings ebenso zur Rückzahlung der Darlehenssumme verpflichtet.

VI. Widerrufsrechte

Das BGB gewährt Verbrauchern für verschiedene Vertragstypen aus verschiedenen Gründen nicht nur das Recht, vor Vertragsschluss Informationen zu erhalten, sondern zudem auch das Recht, den Vertrag nach einer Überlegungsfrist wieder zu widerrufen. Angelehnt an die Einteilung der Widerrufsgründe durch *Eidenmüller*¹⁶⁹⁶ in die Kategorien „Informationsasymmetrie“ (1.), „exogene Präferenzstörungen“ (2.) und „endogene Präferenzstörungen“ (3.), stellt sich im Folgenden die Frage, inwiefern das Vertragswiderrufsrecht dem Schutz der Personen der Fallgruppen 1–4 dienlich sind. Vorweggenommen sei wiederum die offensichtliche Schutzlücke, dass Widerrufsrechte natürlich nur punktuell und in den gesetzlich geregelten Fällen gewährt werden.

¹⁶⁹⁶ *Eidenmüller* AcP (210) 2010, S. 67 ff.

1. Widerrufsrecht wegen Informationsasymmetrie

a) Voraussetzungen

Widerrufsrechte wegen Informationsasymmetrie bestehen insbesondere bei Fernabsatzverträgen, §§ 312g Abs. 1 BGB, 355 BGB. Dass hier überhaupt ein Widerrufsrecht besteht, ist im Übrigen deswegen interessant, weil vor Vertragsschluss bereits Informationspflichten bestanden, die – so jedenfalls die Idee – eine überlegte und informierte Entscheidung für den Vertragsschluss bereits ermöglicht haben. Die Erklärung hierfür kann nur lauten, dass die Informationspflichten eben doch nicht vollständig geeignet sind, das zu leisten, was sie leisten sollen.¹⁶⁹⁷ Bei Fernabsatzverträgen sollen also durch das Widerrufsrecht (trotz Informationserteilung noch vorhandene) Informationsasymmetrien ausgeglichen werden,¹⁶⁹⁸ da der Verbraucher im Versandhandel die Ware bzw. die versprochene Leistung vor Vertragsschluss nicht sehen kann.¹⁶⁹⁹

Ob Informationsasymmetrien dabei genügen, um das Widerrufsrecht zu rechtfertigen, ist umstritten. Denn seinen Sinn erfüllt das Widerrufsrecht nur dann, wenn sich die vor Vertragsschluss bestehende Informationsasymmetrie nach Vertragsschluss und im Zeitraum der Widerrufsfrist beseitigen lässt und der Verbraucher folglich in der Lage ist zu beurteilen, ob er diese Ware oder Dienstleistung zu diesem Preis tatsächlich benötigt. Ob er aber hierzu stets wirklich und ausgerechnet im Zeitraum der Widerrufsfrist fähig ist, ist fraglich.¹⁷⁰⁰ Wer Fondsanteilen oder ein Versicherungsprodukt erwirbt und diese Güter vor Vertragsschluss nicht angemessen beurteilen kann, der kann dies auch nachher nicht.¹⁷⁰¹ Die Komplexität und die Verständlichkeit von Geschäften verringert sich nicht dadurch, dass der Verbraucher die Vertragsbedingungen und Informationen nach Vertragsschluss abheftet.¹⁷⁰²

Das Widerrufsrecht im Fernabsatzbereich als Ausgleich von Informationsasymmetrien wird auch deshalb kritisiert, weil eine Informationsasymmetrie

¹⁶⁹⁷ Siehe Bülow und Artz 2018, S. 12 Rn. 27: Widerrufsrechte bestehen, wo „trotz Informationsdefizite an Vertragsparität übrig zu bleiben drohen“, ebenso S. 14 Rn. 32: Ein Widerrufsrecht bestehe dort, wo das Informationsmodell nicht ausreiche.

¹⁶⁹⁸ BeckOGK-Busch, § 312g BGB Rn. 7, § 312c BGB Rn. 2f.; MüKo BGB/Band 3-Wendehorst 2022, § 312c BGB Rn. 3f.

¹⁶⁹⁹ Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG (Fernabsatz-Richtlinie); Erwägungsgrund 37 der Richtlinie 2011/83/EU (Verbraucherrechte-Richtlinie); BGH DNotZ 2016, S. 609 (613f.); BGH NJW 2018, S. 690 (691); Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (74ff.).

¹⁷⁰⁰ Westermann, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1 (95) zur Kritik an Widerrufsrechten als Ermöglichung eines rationaleren Urteils über seine Entscheidung; Siehe Medicus, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 481 (524f.), der dies schon im Zusammenhang mit dem Widerrufsrecht nach dem FernUSG a.F. und dem AbzG a.F. kritisierte.

¹⁷⁰¹ Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (80); so am Beispiel einer abgeschlossenen Versicherung auch bereits Rehberg 2003, S. 243; Heber 2022, S. 185.

¹⁷⁰² Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (80).

nicht nur im Fernabsatz vorliegen kann: Soll die Informationsasymmetrie der Grund für das Widerrufsrecht sein, müsste es konsequenterweise auf alle Verträge erstreckt werden, bei denen die Ware ihrer Art nach oder die Leistung nicht schon bei Vertragsschluss bewertet werden kann, sondern erst im Laufe der Zeit, gleich, auf welchem Wege sie erworben wurde.¹⁷⁰³ Allenfalls lässt sich anführen, dass der Verbraucher im Fernabsatzbereich weniger flexibel und individuell beraten werden kann, während der stationäre Handel mit der Möglichkeit persönlicher Gespräche weitaus mehr die Möglichkeit bietet, Unklarheiten über den Nutzen von Waren zu beseitigen.¹⁷⁰⁴

Ergänzend wird, um das Widerrufsrecht im Fernabsatzbereich zu stützen, angeführt, dass es gerade durch das Internet möglich ist, einen Vertragsabschluss mittels eines einzigen Klicks herbeizuführen, sodass das Widerrufsrecht dem Verbraucher auch die Möglichkeit geben soll, eine gegebenenfalls unüberlegte Entscheidung wieder rückgängig zu machen.¹⁷⁰⁵ Dies muss der Unternehmer hinnehmen, obwohl das Widerrufsrecht mit gegebenenfalls erheblichen finanziellen Einbußen für ihn einhergehen kann: So ist nach § 357a Abs. 1 Nr. 1 BGB der Verbraucher beispielsweise nur dann zum Wertersatz für den Wertverlust der Sache verpflichtet, wenn der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war. Dabei darf natürlich nicht verkannt werden, dass der Unternehmer von Fernabsatzmöglichkeiten auch profitiert und durch das Anbieten dieser Vertragsschlussmöglichkeiten selbst die Ursache dafür gesetzt hat, dass der Verbraucher die Ware bzw. Leistung vorab nicht prüfen kann.

Mag die Begründung für das Widerrufsrecht im Fernabsatzvertrag daher im Detail zwar fraglich sein, im BGB ist ein solches aber jedenfalls vorgesehen: Die Widerrufsfrist beträgt dabei 14 Tage, § 355 Abs. 2 S. 1 BGB, und beginnt für Verbrauchsgüterkäufe nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) BGB in der Regel mit Erhalt der Ware, ansonsten ab Vertragsschluss, § 355 Abs. 2 S. 2 BGB.

Die Frist beginnt aber nicht zu laufen, bevor der Unternehmer den Verbraucher nicht entsprechend den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bzw. – bei Verträgen über Finanzdienstleistungen – des Art. 246b § 2 Abs. 1 EGBGB unterrichtet hat, § 356 Abs. 3 S. 1 BGB. So muss er nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 oder – bei Verträgen über Finanzdienstleistungen – nach Artikel 246b § 1 Abs. 1 Nr. 12, § 2 Abs. 1 EGBGB den Verbraucher über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 Abs. 1 BGB¹⁷⁰⁶ unterrichten. Diese auf das Widerrufsrecht bezoge-

¹⁷⁰³ Siehe *Medicus*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 481 (524 zum FernUSG a. F. und 525 zum AbzG a. F.)

¹⁷⁰⁴ *Eidenmüller* AcP (210) 2010, S. 67 (80f.).

¹⁷⁰⁵ *BeckOGK-Busch*, § 312g BGB Rn. 7, § 312c BGB Rn. 3.

¹⁷⁰⁶ Sowie über das Muster-Widerrufsformular in der Anlage 2 zu Art. 246a EGBGB für

nen Informationspflichten kann der Unternehmer dadurch erfüllen, dass er bestimmte Muster (z.B. das in Anlage 1 zu Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 2 EGBGB vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung) zutreffend ausgefüllt in Textform übermittelt. Verpflichtend ist dies jedoch nicht: Grundsätzlich sind die Informationen nur „klar und verständlich“ und in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung stellen, Art. 246a § 4 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 EGBGB. Besteht ausnahmsweise, weil einer der Fälle von § 312g Abs. 2 BGB¹⁷⁰⁷ gegeben ist, kein Widerrufsrecht, muss der Unternehmer im Übrigen auch hierüber informieren, Art. 246a § 1 Abs. 3 EGBGB.

Das Widerrufsrecht erlischt spätestens nach zwölf Monaten und 14 Tagen, § 356 Abs. 3 S. 2 BGB, ab dem jeweils maßgeblichen Fristbeginn, § 355 Abs. 2 S. 2 BGB bzw. § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Anders ist dies nur bei Verträgen über Finanzdienstleistungen: Dort ist das Widerrufsrecht bei fehlerhafter Widerrufsbelehrung sogar unbefristet, § 356 Abs. 3 S. 3 BGB.

b) Bewertung

Die Unfähigkeit, sich richtige Vorstellungen davon zu machen, was überhaupt Vertragsinhalt ist oder ob der Vertragsschluss sinnvoll ist, betrifft die Personen der Fallgruppen 1–3. Die dort beschriebenen Situationen sind zumindest insofern mit einer „Informationsasymmetrie“ zu vergleichen, da die jeweiligen geistigen Schwächen jedenfalls faktisch dazu führen, dass dem Verbraucher die Informationen dazu, was er tut, oder ob der Vertrag nützt, fehlen. Ob er sodann aber von seinem Recht Gebrauch macht, sich vom Vertrag zu lösen, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab:

Zunächst einmal muss sich der Betroffene überhaupt darüber bewusst sein, dass ihm ein Widerrufsrecht zusteht. Sofern er hierüber informiert wurde, ist diese Kenntnis in der Theorie gegeben. An dieser Stelle ist jedoch wieder zu bemerken, dass die Schwierigkeit, die verschiedenen Informationen zu verstehen, zu verinnerlichen und sich zu merken, für Personen mit geistigen Schwächen umso höher ist, je größer aber die Fülle der Informationen ist, die erteilt wird – und mit 19 Punkten, über die bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen informiert werden muss, ist die Informationsmenge ohnehin schon erheblich.¹⁷⁰⁸ Die Verständnisschwierigkeiten bzw. die Schwierigkeit, aus diesen Informationen das Widerrufsrecht herauszufiltern, erhöhen sich dabei umso mehr, je komplexer der Vertrag selbst ist

außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge, die keine Finanzdienstleistungen betreffen.

¹⁷⁰⁷ Kein Widerrufsrecht beispielsweise bei Verträgen „zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind“, § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB.

¹⁷⁰⁸ Siehe bereits oben unter 3. Kapitel B.V.2.b)bb)(2).

und je umfangreicher hierdurch die Informationen sind.¹⁷⁰⁹ Die Widerrufsbelehrung kann zwar gesondert in Textform zur Verfügung gestellt werden, muss jedoch nicht. Und selbst dies garantiert nicht, dass der Betroffene sie sich zu Gemüte führt oder versteht, was damit gemeint ist.

Auf die Idee, ein Widerrufsrecht auszuüben, kommt sodann zudem nur derjenige, der erkennt, dass er einen Vertrag geschlossen hat, den er rückblickend doch nicht will: Bei einfachen Geschäften, wie dem Erwerb einer Ware, gelingt es möglicherweise noch, innerhalb von 14 Tagen zu bewerten, ob sie den Vorstellungen entspricht bzw. nützt, wobei auch dies mit Einschränkungen zu versehen ist: Möglicherweise erinnert sich der Betroffene bei Erhalt der Ware an den Vertragsschluss nicht einmal mehr und stellt lediglich fest, dass die Ware nun eben da ist.¹⁷¹⁰ Auf die Idee, deren Sinn zu bewerten, kommt er unter Umständen gar nicht mehr. Möglicherweise sieht der Betroffene aber aufgrund von Vertrauensseligkeit und Leichtgläubigkeit, wie bei älteren Menschen zu beobachten, auch nach Vertragsschluss keinen Anlass, sich mit diesem nochmals auseinanderzusetzen, oder es fehlt schlicht an der Bereitschaft hierzu, um sich keine Fehler eingestehen zu müssen, gerade wenn altersbedingte Schwächen zum Fehler beigetragen haben können.¹⁷¹¹ Unter Umständen scheut der Betroffene auch den Abwicklungsaufwand.¹⁷¹² Bei komplexeren Verträgen, wie z.B. solchen über Finanzdienstleistungen, gelingt zudem wie gesehen eine Bewertung im Nachgang schon beim „Durchschnittsverbraucher“ nicht notwendigerweise besser als vor Vertragsschluss, schon gar nicht innerhalb von 14 Tagen, dann aber doch erst recht nicht bei Personen mit intellektuellen und kognitiven Beeinträchtigungen.¹⁷¹³ Somit kann es schon am Anlass fehlen, den Vertrag zu widerrufen.

Lebt der Betroffene zudem allein, kann er auch nicht durch Angehörige zu einem Widerruf bewogen werden, da diese von seinem rechtsgeschäftlichen Treiben nicht unbedingt rechtzeitig erfahren.¹⁷¹⁴ Dann hilft, sofern die Infor-

¹⁷⁰⁹ Entsprechend bestehe bei älteren Menschen die Gefahr, dass diese die übermittelten Informationen nicht verstünden oder jedenfalls wieder vergäßen, sodass sie auch die Informationen, die für ein Widerrufsrecht sprächen, nicht mehr wüssten: *Heber* 2022, S. 183, 185.

¹⁷¹⁰ Vgl. auch *Rademacher* 2020, S. 140f. mit Fn. 50: Aufgrund von Denk- und Koordinationsschwächen sowie mangelndem Erinnerungsvermögen übe ein Demenzkranker das Widerrufsrecht unter Umständen nicht rechtzeitig aus.

¹⁷¹¹ *Wedemann* NJW 2014, S. 3419 (3421). *Wedemann* schlägt aufgrund des geringen Schutzes älterer Menschen durch das Widerrufsrecht vor, eine Hinweispflicht einzuführen, wonach ältere Menschen, beispielsweise ab 65 Jahren, bei Rechtsgeschäften, bei denen ein Widerrufsrecht bestehe, darauf hingewiesen werden müssten, dass sich die Beratung mit einem Dritten über die Sachgerechtigkeit des Geschäfts empfehle. Dies solle der Notwendigkeit, ein Widerrufsrecht ausüben zu müssen, zuvorkommen. Siehe zum geringen Schutz des Widerrufsrechts aufgrund fehlender Bereitschaft, sich mit dem Geschäft auseinanderzusetzen, auch *Heber* 2022, S. 185.

¹⁷¹² *Rademacher* 2020, S. 140.

¹⁷¹³ Siehe oben bei Fn. 1700.

¹⁷¹⁴ *Heber* 2022, S. 186.

mationserteilung fehlerhaft war, auch die verlängerte Frist von zwölf Monaten und 14 Tagen (§ 356 Abs. 3 S. 2 BGB) unter Umständen nicht. Sind Angehörige zwar vorhanden, können den Betroffenen aber nicht zum Widerruf bewegen, können diese das Widerrufsrecht im Übrigen auch nicht selbst ausüben, wenn ihnen keine Vertretungsmacht eingeräumt wurde.

Und schließlich kann das Widerrufsrecht insbesondere bei Verträgen über allgemeine Dienstleistungen, die keine Finanzdienstleistungen sind, auch wieder erlöschen, wenn diese Dienstleistungen bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist vollständig erbracht wurden: Dieses Erlöschen setzt zwar voraus, dass der Verbraucher seine Zustimmung zur Leistungserbringung erteilt sowie seine Kenntnis davon, dass bei Inanspruchnahme sein Widerrufsrecht erlischt, bestätigt hat, § 356 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 lit. a)–c) BGB. Für diese Zustimmung genügt jedoch bereits ein simples „Ja“ als Reaktion auf das Angebot des Unternehmers, die Leistung zu erbringen.¹⁷¹⁵ Ein solches ist einer Person, die sich der Tragweite der Entscheidung – mag sie ihre Kenntnis vom Verlust des Widerrufsrechts nach Belehrung¹⁷¹⁶ aus welchen Gründen auch immer auch bestätigt haben – nicht bewusst ist oder zumindest besonders beeinflussbar ist, möglicherweise nicht schwer abzurufen.

Im Übrigen kann auch die Ausübung des Widerrufsrechts mit Belastungen für den Verbraucher einhergehen: So sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, § 357 Abs. 1, 2 S. 1 BGB, wobei den Verbraucher die Kosten der Rücksendung treffen, wenn er nach Artikel 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB von dieser Pflicht unterrichtet wurde, § 357 Abs. 5 S. 1 BGB. Unter Umständen trifft den Verbraucher auch eine Wertersatzpflicht, wie erwähnt insbesondere dann, wenn der Wertverlust auf einen Umgang mit der Ware zurückzuführen ist, der zur Prüfung ihrer Beschaffenheit nicht notwendig war, § 357a Abs. 1 Nr. 1 BGB. Beim Widerruf eines Vertrags über die Erbringung von Dienstleistungen muss der Verbraucher dem Unternehmer zudem dann Wertersatz für die bis zum Widerruf erbrachten Leistungen leisten, wenn der Verbraucher vom Unternehmer ausdrücklich verlangt hat, dass dieser mit der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt, § 357a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB. Für ein „ausdrückliches Verlangen“ genügt es wiederum, dass er sich mit einem „Ja“ mit der Leistungserbringung einverstanden erklärt, wenn der Unternehmer ihn dazu auffordert.¹⁷¹⁷ Diese Rechtsfolge tritt zwar nur ein, wenn er über sie informiert wurde, § 357a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB, Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EGBGB, wobei die bereits genannten Bedenken hinsichtlich des Nutzens dieser Information (als einer von vielen) bestehen.

¹⁷¹⁵ MüKo BGB/Band 3-Fritzsche 2022, § 356 BGB Rn. 43.

¹⁷¹⁶ Auch über den Verlust des Widerrufsrechts ist der Verbraucher zu informieren: Art. 246a § 1 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB.

¹⁷¹⁷ MüKo BGB/Band 3-Fritzsche 2022, § 357a BGB Rn. 19.

2. Widerrufsrecht wegen exogener Präferenzstörung

a) Voraussetzungen

Ein Widerrufsrecht wegen exogener Präferenzstörung ist dasjenige im Zusammenhang mit außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, §§ 312g, 355 BGB. Das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen wird damit gerechtfertigt, dass sich der Verbraucher – wiederum trotz vor Vertragsschluss erfolgter Information – typischerweise in einer unterlegenen Situation befindet.¹⁷¹⁸ Der Verbraucher werde überrumpelt, sodass seine Entscheidungsfreiheit durch Einräumung von Widerrufsrechten in „nicht von ihm initiierten, unerwarteten und typischerweise ‚ausgeweglosen‘ Verhandlungssituationen“ gesichert werden müsse.¹⁷¹⁹ Wer unvorbereitet, gar unter Zeitdruck oder manipulativen Taktiken ausgesetzt entscheiden muss, kann dabei leicht Fehler begehen.¹⁷²⁰ Der Kunde läuft dann Gefahr, Waren oder Dienstleistungen nicht deswegen zu bestellen, weil er sie benötigt, sondern um den Anpreisenden „loszuwerden.“¹⁷²¹ Durch das (befristete) Widerrufsrecht soll die Entscheidungsfreiheit durch Einräumung einer nachträglichen Überlegungsfrist wiederhergestellt werden.¹⁷²²

Die Widerrufsregeln seien, so der Gesetzgeber, deswegen notwendig, weil andere Bestimmungen nur für unzureichenden Schutz sorgen: So könnten im Fall von „Haustürgeschäften“ insbesondere die Bestimmungen über die Anfechtbarkeit (§§ 119, 123 BGB) und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§§ 134, 138 BGB) das Widerrufsrecht nicht ersetzen.¹⁷²³ So stelle nicht jedes unseriöse Verkäuferverhalten einen Anfechtungsgrund dar: Ein überhöhter Kaufpreis berechtere nicht zur Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums, § 119 Abs. 2 BGB, und nur dann, wenn der Kunde Opfer eines Betrugs geworden sei und dies auch nachweisen könne, komme ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB in Betracht.¹⁷²⁴ Auch Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags nach § 134 BGB oder § 138 BGB könne nur in besonders schwerwiegenden Fällen angenommen wer-

¹⁷¹⁸ Staudinger BGB-*Thüsing* 2019, Vorbem. zu §§ 312ff. BGB Rn. 1.

¹⁷¹⁹ Lorenz 1997, S. 139; siehe auch Erwägungsgrund 21 der Verbraucherrechte-Richtlinie (2011/83/EU): Der Verbraucher sei möglicherweise Überraschung und psychischem Druck ausgesetzt. Siehe ebenso bereits *Medicus*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 481 (525 f., 531: Widerrufsrecht gerechtfertigt, da die Umstände, wegen denen der Vertrag Bedenken ausgesetzt sei, dem Widerrufsgegner zurechenbar seien); BGH NJW 1993, S. 1013 (1013); kritisch *Hübner*, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, S. 717 (726): Es könne ein erhöhtes Maß an Widerstandskraft erwartet werden.

¹⁷²⁰ Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (82).

¹⁷²¹ Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (82).

¹⁷²² BT-Drucks. 10/2876 S. 7.

¹⁷²³ BT-Drucks. 10/2876 S. 7.

¹⁷²⁴ BT-Drucks. 10/2876 S. 7.

den.¹⁷²⁵ Ebenso komme eine Anwendung von § 242 BGB nur in Ausnahmefällen in Betracht.¹⁷²⁶

Auch die pauschale Einräumung von Widerrufsrechten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen wird kritisiert, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass psychologischer Druck, einen Vertrag abschließen zu müssen, außerhalb von Geschäftsräumen nicht zwingend höher ist als innerhalb solcher Räume. Im Gegenteil: Auf offener Straße könne der Angesprochene einfach weitergehen, sich lästigen Verkäufern in deren Revier, also innerhalb ihrer Geschäftsräume, zu entziehen sei wesentlich schwieriger.¹⁷²⁷ Immerhin, so wird aber zugestanden, sei das Überraschungsmoment, auf offener Straße mit einem Vertragsschluss konfrontiert zu werden, höher als in Geschäftsräumen. Ob diese „Geschäftsunaufmerksamkeit“ sodann allerdings genüge, um ein Widerrufsrecht zu stützen, wird dennoch bezweifelt.¹⁷²⁸

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist aber im Ergebnis wiederum nur maßgeblich, dass ein Widerrufsrecht jedenfalls vorgesehen ist. Hinsichtlich der Informationspflicht über das Widerrufsrecht und die Ausübungsmodalitäten ist auf die Ausführungen zum Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen zu verweisen. Es gilt lediglich die Besonderheit, wonach Art. 246a § 4 Abs. 2 S. 1 EGB-GB vorsieht, dass die Information in Papierform zur Verfügung gestellt und damit physisch übergeben werden muss.¹⁷²⁹

b) Bewertung

Widerrufsrechte wegen exogener Präferenzstörungen nehmen insbesondere besonders beeinflussbare Personen der Fallgruppe 4 in den Blick, die sich aufgrund besonderer Beeinflussbarkeit bestimmten Situationen nicht entziehen können bzw. bei entsprechenden Einflüssen in besonderem Maße nicht zu rationaler Entscheidung fähig sind. Insgesamt ist das Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht aber auch hier mit denselben Schutzlücken behaftet, die schon im Rahmen des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen besprochen wurden, sodass diese nicht nochmals aufgezählt werden sollen.¹⁷³⁰ Es soll nur auch hier nochmals betont werden, dass die Ausübung des Widerrufsrechts voraussetzt, dass der Verbraucher seine Entscheidungsfreiheit nach Vertragsschluss rationa-

¹⁷²⁵ BT-Drucks. 10/2876 S. 7.

¹⁷²⁶ BT-Drucks. 10/2876 S. 7.

¹⁷²⁷ Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (84).

¹⁷²⁸ Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (85f.): Aufgrund der Gefahr, gerade in den Geschäftsräumen von Verkäufern und Dienstleistern manipulativen Taktiken ausgesetzt zu sein, noch vielmehr als auf offener Straße, müsste Verbrauchern eigentlich für beide Orte ein Reuerecht eingeräumt werden. Rechtspolitisch sei dies jedoch abzulehnen.

¹⁷²⁹ Zu diesem Begriff BGH, Urt. v. 26.11.2020 – I ZR 169/19, BeckRS 2020, 35760 Rn. 43.

¹⁷³⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel B.VI.1.b).

ler ausüben kann als davor. Gerade dies ist aber bei Personen der Fallgruppe 4 besonders zweifelhaft:

Denn die Ausübung des Widerrufsrechts setzt nicht nur voraus, dass die Situation, von der psychischer Druck ausging, beendet ist, sondern dass hinterher auch die Fähigkeit zur Wertung, ob in der Sache am Vertrag festgehalten werden soll oder nicht, wiederhergestellt ist. Je schwerwiegender die geistige Schwäche aber ist, umso herausfordernder dürfte es sich aber gestalten, den Nutzen des abgeschlossenen Vertrags im Nachgang zu beurteilen. Insbesondere komplexe Verträge mag der Kunde bei Vertragsschluss aufgrund raffinierter manipulativer Taktiken als vorteilhaft und nützlich empfinden, ohne aber hinterher zwingend in der Lage zu sein, kritisch über den Vertragsinhalt nachzudenken oder auch die Vertragsschlusssituation kritisch zu hinterfragen. Möglicherweise ist sich der Kunde schon des „Aufschwatzens“ nicht oder zumindest weniger bewusst als ein „Durchschnittsverbraucher“ und sieht auch deshalb für einen Widerruf keinen Anlass.

3. Widerrufsrecht wegen endogener Präferenzstörung

a) Voraussetzungen

Endogene Präferenzstörungen sind solche, die nicht auf externe Umstände zurückzuführen sind, sondern die in der psychischen Disposition des Betroffenen selbst wurzeln und ihn daran hindern, den Nutzen eines Vertragsschlusses störungsfrei zu reflektieren.¹⁷³¹ Eidenmüller teilt diese Störungen, die grundsätzlich bei jeder Person gegeben sind, in drei Kategorien: Zum einen tendierten wir zu sog. „Überoptimismus“, wonach wir dazu neigten, in riskanten Entscheidungssituationen für uns positive Eigenschaften oder Entwicklungsszenarien leichter anzunehmen. Erfolgsaussichten würden also überschätzt.¹⁷³² Zum anderen gewichteten wir die nahe Zukunft stärker als die ferne und tendierten daher dazu, Gegenwartskonsum überzubewerten und Langfristeffekte zu unterschätzen.¹⁷³³ Und schließlich hätten vielen Personen Schwierigkeiten mit komplexen Entscheidungssituationen, wenn eine Vielzahl von Faktoren und Varianten beachtet und durchdacht werden müssten: Viele seien dann überfordert, alle relevanten Informationen aufzunehmen und zu verarbeiten und auf der Grundlage einer rationalen Kosten/Nutzen-Abwägung zu entscheiden.¹⁷³⁴ Zum Zwecke dieser Untersuchung ist insbesondere die letzte Kategorie in den Blick zu nehmen.

In diese letzte Kategorie fällt insbesondere das Widerrufsrecht bei Verbraucherkreditverträgen. Bei Kreditverträgen wird dem Verbraucher völlig unabhängig von der Vertragsanbahnungs- bzw. Vertragsschlusssituation allein auf-

¹⁷³¹ Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (87).

¹⁷³² Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (87f.).

¹⁷³³ Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (88).

¹⁷³⁴ Eidenmüller AcP (210) 2010, S. 67 (88).

grund der Gefährlichkeit des Vertrags bzw. des Vertragsgegenstands zum Schutz vor unüberlegten Entscheidungen in § 495 BGB ein Widerrufsrecht eingeräumt.¹⁷³⁵ Und auch bei den bereits besprochenen entgeltlichen Zahlungsaufschüben und sonstigen Finanzierungshilfen nach § 506 Abs. 1 BGB, ebenso wie bei Teilzahlungsgeschäften nach § 506 Abs. 3 BGB, besteht ein Widerrufsrecht, da § 506 Abs. 1 BGB auf § 495 BGB verweist. Auch hier besteht das Widerrufsrecht nicht wegen einer dem Unternehmer zurechenbaren Einschränkung der Entscheidungsfreiheit, sondern zum Schutz des Verbrauchers „vor sich selbst“: Dieses Schutzes, heißt es, bedürfe der Verbraucher deshalb, weil der Vertrag geeignet sei, die übernommenen Verpflichtungen zu verharmlosen, da der Verbraucher nicht zur unmittelbaren Leistungserbringung verpflichtet werde.¹⁷³⁶ Und schließlich sieht das BGB auch für Ratenlieferungsverträge¹⁷³⁷ in § 510 Abs. 2 BGB ein Widerrufsrecht¹⁷³⁸ vor, da der Verbraucher auch bei diesen Verträgen, weil ihn die Zahlungspflicht nicht sofort in voller Höhe trifft, die Gesamtbelastung unterschätzen oder wegen Unübersichtlichkeit falsch einschätzen kann und damit ein Bedürfnis für Übereilungsschutz besteht.¹⁷³⁹

Auch diese Widerrufsrechte als Schutz des Verbrauchers „gegen sich selbst“¹⁷⁴⁰ werden kritisch gesehen: Letztlich sprächen sie den „erwachsenen, kreditwürdigen und verständigen Bürgern“ die Fähigkeit ab, eine reflektierte Entscheidung treffen zu können, was im Ergebnis einer partiellen Entziehung der Geschäftsfähigkeit gleichkomme.¹⁷⁴¹ Außerdem stehe es in eklatantem Widerspruch zum Prinzip der Vertragstreue, dem Verbraucher ein einseitiges Lösungsrecht zu gewähren, ohne dass eine etwaige Übereilung dem Unternehmer irgendwie

¹⁷³⁵ Lorenz 1997, S. 173 ff.; BT-Drucks. 11/5462, S. 21: Die Möglichkeit des Widerrufs solle dazu beitragen, dass „anfällige“ Kreditverhältnisse, durch die der Verbraucher Gefahr laufe, sich finanziell zu übernehmen, gar nicht erst entstünden.

¹⁷³⁶ Lorenz 1997, S. 175 f. („Verniedlichung“ der Leistungspflicht); siehe auch Hönn 1982, S. 165 zum selben Schutzzweck bei Ratenzahlungen nach dem AbzG a.F.

¹⁷³⁷ Der Ratenlieferungsvertrag unterscheidet sich von Teilzahlungen i. S. v. § 506 Abs. 3 BGB dadurch, dass es an einem Zahlungsaufschub fehlt, siehe MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 510 BGB Rn. 14.

¹⁷³⁸ Zu beachten ist, dass den Widerrufsrechten im Fernabsatz und bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen der Vorrang zukommt, siehe MüKo BGB/Band 4/2-Weber 2023, § 510 BGB Rn. 41.

¹⁷³⁹ BGH NJW 1977, S. 714 (715); BGH NJW 1981, S. 452 (455); BGH NJW 1990, S. 1046 (1048); BeckOK BGB-Möller, § 510 BGB Rn. 1, 11; Staudinger BGB-Kessal-Wulf 2012, § 510 BGB Rn. 6; so zum alten Recht (Abzahlungsgesetz) auch Hönn 1982, S. 165.

¹⁷⁴⁰ Lorenz 1997, S. 174; Hübner, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, S. 717 (725).

¹⁷⁴¹ Weitnauer 1975, S. 37 zu § 1b AbzG a.F., wonach die Willenserklärung erst nach Ablauf der Widerrufsfrist wirksam wurde. Diese Regelung existiert nun so nicht mehr. Dennoch ist diese Kritik im Kern auch heute noch begründet, da schon mit Einräumung des Widerrufsrechts die Fähigkeit, eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen, in Zweifel gezogen wird. Siehe auch Dauner-Lieb 1983, S. 119: Der Verbraucher werde für unfähig erklärt, sofort und endgültig eine Erwerbsentscheidung zu treffen.

zurechenbar sei.¹⁷⁴² Ein solches einseitiges Lösungsrecht dürfe wenn überhaupt nur dann eröffnet werden, wenn ein „wirklich überragendes Schutzbedürfnis“ auf Seiten des Verbrauchers bestehe, etwa bei existenzbedrohenden Folgen.¹⁷⁴³ Solche Folgen – sowie generell eine Übereilung – könnten aber nur einzelfallbezogen festgestellt werden.¹⁷⁴⁴ Im Übrigen sei ohnehin fraglich, ob die kurze Widerrufsfrist geeignet sei, „falsche“, da finanziell übermäßige, Belastungen nach sich ziehende Entscheidungen zu korrigieren: Denn meist dürfte sich die Belastung nicht sofort, sondern erst nach Zahlung mehrerer Raten und damit erst zu einem späteren Zeitpunkt spürbar auswirken.¹⁷⁴⁵ Auch günstigere Alternativangebote werde der Verbraucher nicht unbedingt innerhalb der Widerrufsfrist finden.¹⁷⁴⁶ Und schließlich stelle sich hier in besonderem Maße die Frage, warum der Verbraucher einen komplexen Vertrag nach Vertragsschluss rational bewerten können und daher rational über die Ausübung des Widerrufsrechts entscheiden können sollte, wenn er aufgrund dieser Komplexität hierzu vor Vertragsschluss gerade nicht in der Lage gewesen sei.¹⁷⁴⁷ Die Zäsur des Vertragsschlusses ändere doch an den Fähigkeiten einer Person nichts.¹⁷⁴⁸

Was sodann die konkreten Ausübungsmodalitäten des Widerrufsrechts betrifft, so soll beispielhaft der Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen beleuchtet werden, §§ 495, 355 BGB. Die Frist beträgt auch hier 14 Tage und beginnt ab Vertragsschluss mit Aushändigung der Vertragsurkunde, §§ 355 Abs. 2 S. 1 und 2, 356b Abs. 1 BGB. Der Vertrag muss klar und verständlich über das

¹⁷⁴² Lorenz 1997, S. 199; *Medicus*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 481 (531): Es sei ein „Gebot der Gerechtigkeit, den Widerruf auf Tatbestände zu beschränken, bei denen die Bedenken gegen den Vertrag dem Widerrufsgegner irgendwie zugerechnet werden können.“; *Westermann*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1 (96f.). Kritisch gegenüber Widerrufsrechten im Allgemeinen: *Hübner*, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, S. 717 (719 („Die Gesetzgebung verließ jedoch den Boden der Rechtsgeschäftslehre, als sie daran ging, die Verbindlichkeit der Willenserklärung in das Belieben des Erklärenden zu stellen.“), 720 („Es fragt sich, ob die soziale Realität der Gegenwart dazu zwingt, die Selbstverantwortung des Individuums so weitgehend wie geschehen zu beseitigen.“), 722 („Die generelle Lösung über einen subjektiv unbegründeten Widerruf zerstört das Gefüge der Rechtsgeschäftslehre.“), 726 („Wenn man die wirklichen Fälle der Schutzbedürftigkeit, die sich aus der Machtlage ergeben, bewältigen will, so muß die Berücksichtigung einer schlichten Sinnesänderung ausscheiden.“), 725 („Vielmehr [statt eines Widerrufsrechts] erscheint es geboten, Selbstverantwortung beim Verbraucher zu stabilisieren.“) [Einschub durch Autorin].

¹⁷⁴³ Lorenz 1997, S. 199.

¹⁷⁴⁴ Lorenz 1997, S. 199.

¹⁷⁴⁵ *Medicus*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 481 (425) zum AbzG a.F.; *Westermann*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1 (88) zum AbzG a.F.; *Hübner*, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, S. 717 (726f.); *Eidenmüller* AcP (210) 2010, S. 67 (90).

¹⁷⁴⁶ *Medicus*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 481 (425) zum AbzG a.F.

¹⁷⁴⁷ *Rehberg* 2003, S. 243; *Eidenmüller* AcP (210) 2010, S. 67 (89); *Heber* 2022, S. 185.

¹⁷⁴⁸ *Eidenmüller* AcP (210) 2010, S. 67 (90); *Heber* 2022, S. 185.

Widerrufsrecht und dessen Folgen informieren, Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 1 EGBGB. Die Widerrufsinformationen müssen auch hier so ausgestaltet sein, dass ein normal informierter, angemessen aufmerksamer und verständiger Verbraucher sie erfassen kann,¹⁷⁴⁹ wobei hier auch wieder die Verwendung von Mustern in Betracht kommt.¹⁷⁵⁰ Von einem solchen „normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbraucher“ werde, so der BGH, im Übrigen erwartet, dass er den Text eines Darlehensvertrags sorgfältig durchlese.¹⁷⁵¹

Die Widerrufsfrist beginnt bei Verletzung von vertraglichen Informationspflichten (§ 492 Abs. 2 BGB, zu denen auch die Erteilung der schon erwähnten Widerrufsinformation gehört, Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 1 und 2 EGBGB) immerhin erst zu laufen, wenn die Informationspflicht nach § 492 Abs. 6 BGB¹⁷⁵² nachgeholt wurde, § 356b Abs. 2 S. 1 BGB. Ohne diese Nachholung endet das Widerrufsrecht nicht. Bei Nachholung der Informationspflicht beträgt die Widerrufsfrist einen Monat, § 356 Abs. 2 S. 3 BGB. Durch Ausdehnung der Widerrufsfrist kommt das Gesetz dem Verbraucher daher ein Stück entgegen.

b) Bewertung

Endogene Präferenzstörungen sind zwar gerade bei Personen der Fallgruppen 1–3 vorhanden, allerdings liegt auf der Hand, dass das Widerrufsrecht gerade diesen Personen wenig hilft: So fällt es schon dem „Durchschnittskunden“ schwer, komplexe Verträge nach Vertragsschluss zum einen inhaltlich zu verstehen, zum anderen zu bewerten, ob sie finanziell zu stemmen sind. Wer aber das entsprechende Verständnis schon bei Vertragsschluss krankheitsbedingt nicht aufbringen kann, der ist auch nach Vertragsschluss chancenlos. Der Verbraucher wird entsprechend keinen Anlass für einen Widerruf haben. Erst recht besteht kein Anlass für die Ausübung des Widerrufsrechts, wenn negative Folgen, wie etwa, dass ein Vertrag finanziell erheblich belastet, innerhalb der Widerrufsfrist gar nicht spürbar werden. Dabei stellt sich zudem die Frage, ob eine Person der genannten Fallgruppen in der Lage wäre, diese zu spüren: Wer sich

¹⁷⁴⁹ BGH NJW 2016, S. 1881 (1883); BGH NJW 2017, S. 1306 (1307); BGH NJW 2020, S. 461 (462).

¹⁷⁵⁰ Art. 247 EGBGB § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB.

¹⁷⁵¹ BGH NJW 2016, S. 1881 (1883).

¹⁷⁵² „Enthält der Vertrag die Angaben nach Absatz 2 nicht oder nicht vollständig, können sie nach wirksamem Vertragsschluss oder in den Fällen des § 494 Absatz 2 Satz 1 nach Gültigwerden des Vertrags auf einem dauerhaften Datenträger nachgeholt werden. Hat das Fehlen von Angaben nach Absatz 2 zu Änderungen der Vertragsbedingungen gemäß § 494 Absatz 2 Satz 2 bis Absatz 6 geführt, kann die Nachholung der Angaben nur dadurch erfolgen, dass der Darlehensnehmer die nach § 494 Absatz 7 erforderliche Abschrift des Vertrags erhält. In den sonstigen Fällen muss der Darlehensnehmer spätestens im Zeitpunkt der Nachholung der Angaben eine der in § 356b Absatz 1 genannten Unterlagen erhalten. Mit der Nachholung der Angaben nach Absatz 2 ist der Darlehensnehmer auf einem dauerhaften Datenträger darauf hinzuweisen, dass die Widerrufsfrist von einem Monat nach Erhalt der nachgeholten Angaben beginnt.“

insbesondere i.S.d. der Fallgruppe 3 seine finanzielle Situation nicht vergegenwärtigen kann, der weiß auch nicht, dass er sich finanziell übernimmt. Die Überlegung, der Vertragsschließende könne ja im Nachgang Rat bei Familienangehörigen einholen,¹⁷⁵³ scheitert aber schon dann, wenn der Betroffene sein mangelndes Verständnis vom Vertragsinhalt oder den Konsequenzen nach außen hin nicht zugeben will oder er sein mangelndes Verständnis noch nicht einmal bemerkt. Das Widerrufsrecht versagt also gewissermaßen umso eher, je schützenswerter der Verbraucher ist, also je weniger er in der Lage ist, zu verstehen, welchen Vertrag er geschlossen hat und wie er sich auswirkt. Daneben besteht natürlich auch hier die bereits erwähnte Problematik, dass ein Widerrufsrecht nur von dem ausgeübt wird, der weiß, dass ihm ein solches zusteht.¹⁷⁵⁴

Wenn aber der Verbraucher sein Widerrufsrecht tatsächlich ausübt, so kommt ihm, dies sei noch erwähnt, immerhin die Regelung des § 358 Abs. 1 BGB zugute, wonach ein Widerruf des Vertrags über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer anderen Leistung auch den Widerruf eines damit verbundenen Darlehensvertrags bewirkt.¹⁷⁵⁵ Selbiges gilt auch umgekehrt. Widerruft der Verbraucher also seine auf Abschluss eines Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung auf der Grundlage des § 495 Abs. 1 BGB, so ist er auch nicht mehr an die Willenserklärung gebunden, die auf den Abschluss eines mit diesem Darlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Sache oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtet ist. Die „rechtliche Isolierung“ der Verträge wird zum Schutz des Verbrauchers aufgebrochen.¹⁷⁵⁶ Dem Verbraucher soll nicht daraus ein Nachteil entstehen, dass beide Verträge aufgespalten sind, also dass nicht der Verkäufer dem Verbraucher Kredit gewährt, sondern ein Dritter.¹⁷⁵⁷ Er soll Gewissheit haben, dass er bei einem Widerruf an keines der Geschäfte mehr gebunden ist und nicht deshalb auf einen Widerruf verzichten, weil das jeweils andere Geschäft ohnehin bestehen bliebe.¹⁷⁵⁸ Einen ent-

¹⁷⁵³ Vgl. *Eidenmüller* AcP (210) 2010, S. 67 (91 f.).

¹⁷⁵⁴ Siehe zu den allgemeinen Schutzlücken des Widerrufsrechts unter 3. Kapitel B.VI.1.b).

¹⁷⁵⁵ Ohne auf Details einzugehen sind im Übrigen beide Verträge dann nach § 358 Abs. 3 S. 1 BGB verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine wirtschaftliche Einheit ist nach Satz 2 insbesondere dann anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Fall der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient. Sind die Voraussetzungen des Satzes 2 gegeben, wird die wirtschaftliche Einheit unwiderleglich vermutet, siehe BGH NJW 2003, S. 2821 (2822); BGH NJW 2003, S. 3703 (3704). Ist keine der beiden Alternativen des Satzes 2 gegeben, muss festgestellt werden, ob „über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus beide Verträge derart miteinander verbunden sind, dass keiner ohne den anderen geschlossen worden wäre“ bzw. beide Verträge sich wechselseitig bedingen und jeder der Verträge seinen Sinn erst durch den anderen erhält, siehe BGH NJW 2003, S. 531 (533); BGH NJW 2011, S. 1063 (1063).

¹⁷⁵⁶ *Bilow und Artz* 2018, S. 15 Rn. 35.

¹⁷⁵⁷ BT-Drucks. 11/5462, S. 23; BeckOK BGB-Müller-Christmann, § 358 BGB Rn. 1.

¹⁷⁵⁸ BT-Drucks. 11/5462, S. 23; BeckOK BGB-Müller-Christmann, § 358 BGB Rn. 2.

sprechenden Widerrufsdurchgriff gibt es, und dies sei zum Schluss noch erwähnt, auch bei zusammenhängenden Verträgen, § 360 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁷⁵⁹

4. Zwischenergebnis

Die Verbraucherwiderrufsrechte sind aus vielerlei Gründen ungeeignet, die Personen der Fallgruppen 1–4 hinreichend zu schützen. Zum einen haben diese Widerrufsrechte einen eingeschränkten Anwendungsbereich und sind an bestimmte Vertragstypen oder Vertragsschlusssituationen geknüpft. Sie können außerdem auch wieder erlöschen, im Fall von Rechtsgeschäften über Dienstleistungen bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen schon dann, wenn sich der Verbraucher mit der Erbringung der Dienstleistung nur einverstanden erklärt. Zum anderen setzt die Ausübung des Widerrufsrechts gewisse geistige Fähigkeiten voraus, die aber im Zweifel doch gerade fehlen: Der Betroffene muss nicht nur um das Widerrufsrecht wissen, er muss außerdem auch den Anlass erkennen, dieses auszuüben. Hierfür muss er sich nicht nur an das Geschäft erinnern, sondern er muss auch bewerten können, ob der Abschluss sinnvoll war oder nicht, und sodann den Antrieb besitzen, innerhalb der gegebenenfalls kurzen Widerrufsfrist den Widerruf zu erklären. Dies sind Fähigkeiten, die man bei Personen der Fallgruppen 1–4 kaum wird unterstellen können. Insbesondere dann, wenn Widerrufsrechte gerade deswegen bestehen, um der Problematik Rechnung zu tragen, dass eine Person bei Vertragsschluss aufgrund der Komplexität des Geschäfts nicht rational entscheiden kann, so ist nicht ersichtlich, weshalb diese Fähigkeit zur rationalen Entscheidung nach Vertragsschluss plötzlich vorliegen sollte. Gilt dies schon bei „Durchschnittsverbrauchern“, so aber erst recht bei Personen, die geistige Schwächen aufweisen.

VII. Ausübungskontrolle, § 242 BGB

1. Voraussetzungen

Während § 138 BGB eine Wirksamkeitsschranke darstellt, handelt es sich bei § 242 BGB, der die Wirksamkeit des in Frage stehenden Geschäfts nicht berührt, um eine Ausübungsschranke.¹⁷⁶⁰ Ein an sich bestehendes Recht darf folg-

¹⁷⁵⁹ Ein zusammenhängender Vertrag liegt nach § 360 Abs. 2 S. 1 BGB dann vor, wenn er einen Bezug zu dem widerrufenen Vertrag aufweist und eine Leistung betrifft, die von dem Unternehmer des widerrufenen Vertrags oder einem Dritten auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Unternehmer des widerrufenen Vertrags erbracht wird. Insbesondere ein Darlehensvertrag ist nach § 360 Abs. 2 S. 2 BGB ein zusammenhängender Vertrag, wenn das Darlehen, das ein Unternehmer einem Verbraucher gewährt, ausschließlich der Finanzierung des widerrufenen Vertrags dient und die Leistung des Unternehmers aus dem widerrufenen Vertrag in dem Darlehensvertrag genau angegeben ist.

¹⁷⁶⁰ Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 366; aus der Rechtspre-

lich nicht ausgeübt werden – § 242 BGB entfaltet damit eine „destruktive Funktion“. ¹⁷⁶¹

§ 242 BGB begrenzt die Ausübung von Rechten insbesondere im Fall des Rechtsmissbrauchs. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht bereits jede Unbilligkeit rechtfertigt, die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts auszusetzen. ¹⁷⁶² Es ist also nur zurückhaltend von Rechtsmissbrauch auszugehen. ¹⁷⁶³ So besteht keine allgemeine Verpflichtung, eine Rechtsposition schon deshalb preiszugeben, nur weil sie die Gegenpartei übermäßig beschwert. ¹⁷⁶⁴ Auch wirken sich allein missbilligenswerte Motive des Rechtsinhabers nicht auf dessen Rechtsposition aus. ¹⁷⁶⁵ Es muss vielmehr nach sorgfältiger Abwägung der beteiligten Interessen untragbar erscheinen, das aus der Gesetzesanwendung folgende Resultat zu akzeptieren. ¹⁷⁶⁶

Rechtsmissbräuchliches Verhalten kann dabei in drei Kategorien eingeteilt werden. So ist danach zu unterscheiden, ob sich der Vorwurf aus einem früheren oder einem gegenwärtigen Verhalten ergibt oder aber aus einer Gesamtschau beider. ¹⁷⁶⁷ Von besonderem Interesse ist hier die Bewertung eines früheren Verhaltens, also der Vorgang des Erwerbs einer Rechtsposition: Wer eine Rechtsposition treuwidrig erwirbt, sodass damit der Vertragsschluss als solcher zu missbilligen ist, kann hieraus keine Rechte ableiten. ¹⁷⁶⁸ Wann von Unredlichkeit auszugehen ist, lässt sich nur schwer abstrakt darlegen. Jedenfalls soll Unredlichkeit gegeben sein, wenn ein Recht auf gesetzeswidrige oder sittenwidrige Weise erworben wurde. ¹⁷⁶⁹

chung OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.5.2016, BeckRS 2016, 11304 Rn. 19. Siehe aber oben unter 3. Kapitel B.II.4. zur Frage, inwiefern § 242 BGB daneben auch die Funktion einer allgemeinen Inhaltskontrolle zukommt.

¹⁷⁶¹ MüKo BGB/Band 2-Schubert 2022, § 242 BGB Rn. 222. Die Ausübungskontrolle kann auch zu Vertragsanpassung führen, siehe BGH NJW 2007, S. 2848 (2849f.), siehe auch oben in Fn. 819.

¹⁷⁶² BeckOK BGB-Sutschet, § 242 BGB Rn. 49; Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 219; MüKo BGB/Band 2-Schubert 2022, § 242 BGB Rn. 223.

¹⁷⁶³ Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 Rn. 219; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.5.2016, BeckRS 2016, 11304 Rn. 19; von Ausnahmen spricht BGH NJW 1977, S. 1234 (1236).

¹⁷⁶⁴ BeckOK BGB-Sutschet, § 242 BGB Rn. 49; MüKo BGB/Band 2-Schubert 2022, § 242 BGB Rn. 223.

¹⁷⁶⁵ BeckOK BGB-Sutschet, § 242 BGB Rn. 49; MüKo BGB/Band 2-Schubert 2022, § 242 BGB Rn. 223; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.5.2016, BeckRS 2016, 11304 Rn. 19.

¹⁷⁶⁶ Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 219, 221; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.5.2016, BeckRS 2016, 11304 Rn. 19; BGH NJW 1977, S. 1234 (1236).

¹⁷⁶⁷ Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 233.

¹⁷⁶⁸ MüKo BGB/Band 2-Schubert 2022, § 242 BGB Rn. 290; Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 237 ff.; BeckOK BGB-Sutschet, § 242 BGB Rn. 58 ff.

¹⁷⁶⁹ BGH NJW 1987, S. 2514 (2515): sittenwidrige Motivation, allerdings kein sittenwidriger Inhalt des Beschlusses der Gesellschafterversammlung, sodass dieser nicht nach § 241 Nr. 4 AktG analog nichtig sei; Hohmann JA 1982, S. 112 (113); Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 Rn. 239; BeckOK BGB-Sutschet, § 242 BGB Rn. 58.

Arglistige Täuschung oder rechtswidrige Drohung können zwar ebenso grundsätzlich die Rechtsmissbräuchlichkeit begründen, allerdings ist innerhalb der Anfechtungsfrist die Anfechtung der vorrangige Rechtsbehelf und nach Ablauf der Anfechtungsfrist kann die Einrede missbräuchlicher Rechtsausübung sodann nicht mehr allein auf das Vorliegen des Anfechtungsgrundes gestützt werden, um die Anfechtungsfrist nicht auszuhebeln.¹⁷⁷⁰ Nach Ablauf der Anfechtungsfrist sollen arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung nur dann zur Einrede des Rechtsmissbrauchs berechtigen, wenn weitere Umstände hinzutreten, insbesondere, wenn zugleich ein Anspruch aus unerlaubter Handlung begründet ist.¹⁷⁷¹ Konsequenterweise muss nach Ablauf des Anfechtungsrechts aber auch ein Anspruch aus c.i.c. für die Arglisteinrede genügen.¹⁷⁷² Da nach hier vertretener Ansicht neben § 123 BGB stets auch ein Anspruch aus c.i.c. begründet ist,¹⁷⁷³ bedeutet dies also, dass der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung damit auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist stets noch die Arglisteinrede begründet.

Im Übrigen ist aber arglistiges Verhalten für die Annahme rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vor Vertragsschluss nicht Voraussetzung, nicht einmal zwingend schuldhaftes Handeln.¹⁷⁷⁴ Voraussetzung ist lediglich ein Verstoß gegen das objektive Pflichtenprogramm, also ein Verstoß gegen die gegenseitige Pflicht zur Rücksichtnahme.¹⁷⁷⁵

2. Bewertung

Die Frage ist nun also, ob der Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einer Person, die den Vertragsinhalt oder die Auswirkungen des Vertrages nicht überblickt (Fallgruppen 1–3) oder die bei Vertragsschluss besonders beeinflussbar war (Fallgruppe 4), einen Verstoß gegen eine „gegenseitige Pflicht zur Rücksichtnahme“ darstellt, die den Einwand des Rechtsmissbrauchs rechtfertigt. Dies kann allenfalls dann der Fall sein, wenn dem Vertragspartner dieser Person zumindest eine vorvertragliche Pflichtverletzung i. S. d. c.i.c. vorzuwerfen ist, also wenn etwa vom Vertragspartner eine unlautere Einwirkung auf die Willensentschlussfreiheit ausgeht¹⁷⁷⁶ oder wenn er gegen Aufklärungspflichten ver-

¹⁷⁷⁰ BGH NJW 1969, S. 604 (604f.); Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 240.

¹⁷⁷¹ BGH NJW 1969, S. 604 (605): dann Einrede nach § 853 BGB; Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2021, § 242 BGB Rn. 240.

¹⁷⁷² Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 240.

¹⁷⁷³ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)aa)(1) und bb)(1).

¹⁷⁷⁴ Hohmann JA 1982, S. 112 (113); Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 241.

¹⁷⁷⁵ Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 241.

¹⁷⁷⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.a)bb)(2).

stößt¹⁷⁷⁷ oder wenn dem Vertragsschluss eine von einem Dritten verübte unlautere Beeinflussung vorausgeht.¹⁷⁷⁸

Da nun wie gesehen die Einrede des Rechtsmissbrauchs, anders als der Anspruch aus c.i.c., aber grundsätzlich kein Verschulden voraussetzt, stellt sich die Frage, ob tatsächlich bereits der bloße objektive Pflichtenverstoß, also die vorvertragliche Pflichtverletzung abzüglich des Verschuldens, als so schwerwiegend gewertet werden kann, dass es gerechtfertigt ist, die Geltendmachung der eigenen Rechtsposition als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren: Bei der Verletzung von Aufklärungspflichten liegt der Pflichtenverstoß beispielsweise schon allein darin, dass die Aufklärung nicht an dem Verständnishorizont des Adressaten orientiert war, selbst wenn der Aufklärungspflichtige diese Notwendigkeit nicht erkennen konnte; die Erkennbarkeit ist beim Anspruch aus c.i.c. nur eine Frage des Verschuldens. Weil es aber sehr weitgehend erschiene, schon bei jeglichem vorvertraglichen Fehlverhalten die Arglisteinrede zu gewähren,¹⁷⁷⁹ sollte auch im Rahmen von § 242 BGB stets zumindest die Erkennbarkeit des Pflichtenverstoßes gefordert werden. Beispielsweise liegt somit dann Rechtsmissbrauch vor, wenn der Aufklärungspflichtige einen Irrtum, zu dessen Beseitigung er aufgrund von Aufklärungspflichten verpflichtet wäre, ausnutzt,¹⁷⁸⁰ was eine subjektive Komponente impliziert.

Nicht nur aufgrund dieses Erfordernisses der Erkennbarkeit der Pflichtverletzung, was dem Erfordernis, die geistige Schwäche des Vertragspartners erkennen zu können, gleichkommt, ist der Schutz, den § 242 BGB bieten kann, stark eingeschränkt.¹⁷⁸¹ Die Arglisteinrede vermag schon deswegen insbesondere den Personen der Fallgruppen 1–3 keinen umfassenden Schutz zu bieten, da zahlreiche Verhaltensweisen beim oder im Vorfeld des Vertragsschlusses schon keine objektiven Pflichtverletzungen darstellen: So ist es eben nicht pflichtwidrig, einen Vertrag mit einer Person der Fallgruppe 1–3 abzuschließen, solange dabei keine Aufklärungspflichten verletzt werden.¹⁷⁸² So wie in einer

¹⁷⁷⁷ Verschweigen erheblicher Umstände: BGH MDR 1973, S. 573 (573 f.); a. A. wohl *Schumacher* 1979, S. 60, wonach eine verletzte Aufklärungspflicht jedenfalls nicht für den Einwand widersprüchlichen Verhaltens genügen soll: Eine Person erwecke nicht den Eindruck, nicht auf Vertragserfüllung bestehen zu wollen, wenn die Vorstellungen des anderen nicht richtig oder nicht vollständig seien.

¹⁷⁷⁸ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.2.b), wobei die Beeinflussung durch den Dritten, um einen Anspruch aus c.i.c. zu begründen, dem Vertragspartner zudem erkennbar gewesen sein muss.

¹⁷⁷⁹ Erkennbarkeit fordernd auch BeckOGK-Kähler, § 242 BGB Rn. 922 im Zusammenhang mit Falschangaben ohne Täuschungsabsicht.

¹⁷⁸⁰ BeckOGK-Kähler, § 242 BGB Rn. 921.

¹⁷⁸¹ Zu den Nachteilen des Erfordernisses der Erkennbarkeit bereits oben im Zusammenhang mit der c.i.c. unter 3. Kapitel B.IV.2.c) und im Zusammenhang mit der Erfüllung von Aufklärungspflichten unter 3. Kapitel B.V.2.a)cc)(1).

¹⁷⁸² Siehe oben zu objektiv neutralem Verhalten 3. Kapitel B.IV.2.a)bb)(3). Siehe aber zum Anspruch aus § 9 Abs. 2 UWG im Unternehmer/Verbraucher-Verhältnis unter 3. Kapitel B.IV.3.b)dd)(2).

solchen Situation keine Ansprüche aus c.i.c. entstehen, muss auch der Einwand des Rechtsmissbrauchs verneint werden, denn auch diese Gewährung dieses Einwands wäre im Ergebnis nichts anderes als eine als Einrede verkleidete relative Geschäftsunfähigkeit, was mit § 104 Nr. 2 BGB, dem mehrheitlich eine absolute Geschäftsunfähigkeit entnommen wird, nicht vereinbar ist.

Eine Pflichtverletzung liegt im Übrigen auch dann nicht vor, wenn der Aufklärungsberechtigte die erfolgte Aufklärung nicht verstanden hat und er, sofern man wie hier vertreten eine solche Hinweispflicht bejahen will, bei Erkennbarkeit seines fehlenden Verständnisses auf dieses hingewiesen wurde, er aber den Vertrag trotzdem schließt. Es besteht grundsätzlich keine über die Erfüllung von Aufklärungspflichten hinausgehende Unterlassenspflicht des Aufklärungspflichtigen, denn auch dies käme einer relativen Geschäftsunfähigkeit durch die Hintertür gleich.¹⁷⁸³

Sofern im Falle eingeschränkter Urteilsfähigkeit bzw. Willensschwäche i. S. d. Fallgruppen 1–4 im Übrigen zusätzlich die Grenzen des § 138 Abs. 1 BGB überschritten sind, ist das Rechtsgeschäft von vornherein nichtig: § 138 Abs. 1 BGB ist vorrangig zu prüfen, sodass § 242 BGB im Anwendungsbereich der Sittenwidrigkeitsklausel keine eigene Funktion zukommt.¹⁷⁸⁴

§ 242 BGB spielt daher für den Schutz von Personen, deren Zustand noch nicht den Grad der Geschäftsunfähigkeit erreicht, außerhalb des Bereichs von ohnehin bestehenden Anfechtungsrechten sowie Schadensersatzansprüchen keine Rolle. Dieser Feststellung entspricht auch dem Befund, wonach § 242 BGB in der Praxis bei Fällen eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit keine Erwähnung findet.¹⁷⁸⁵

C. Rechtsvergleichende Betrachtung: Geschäftsunfähigkeitsregelungen im Ausland

Sowohl das österreichische (I.) als auch das Schweizer Recht (II.) bestimmen die Geschäftsfähigkeit relativ. Aufgrund der ertragreichen Rechtsprechung und Literaturbeiträge sollen beide Rechtsordnungen im Folgenden näher untersucht werden, um Voraussetzungen und Inhalt des Konzepts einer relativen Ge-

¹⁷⁸³ Siehe oben unter 3. Kapitel B.V.2.a)cc)(1). Siehe aber wiederum zum Unternehmer/Verbraucher-Verhältnis, wo die Pflichten des Unternehmers – jedenfalls bei entsprechend großzügiger Auslegung des UWG – großzügiger sind, unter 3. Kapitel B.IV.3.b)dd)(2), ebenso zu Aufklärungspflichten in Fn. 1373 sowie zusammenfassend unter 3. Kapitel B.V.5.

¹⁷⁸⁴ Zum Vorrang von § 138 BGB: MüKo BGB/Band 2-Schubert 2022, § 242 BGB Rn. 85; Staudinger BGB-Looschelders und Olzen 2024, § 242 BGB Rn. 366; vorrangig § 138 Abs. 1 BGB prüfend auch BGH NJW 2008, 3426 (3427): „Soweit ein Vertrag der Wirksamkeitskontrolle standhält, hat sodann eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu erfolgen.“

¹⁷⁸⁵ So im Zusammenhang mit erbrechtlichen Streitigkeiten: Rötzel AcP (210) 2010, S. 32 (57); Boehm 2017, S. 139f.

schäftsfähigkeit herauszuarbeiten. Dies sind im Übrigen aber nicht die einzigen Rechtsordnungen in Europa, in denen ein relatives Modell praktiziert wird: Auch in zahlreichen anderen europäischen Ländern wird die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit relativ bestimmt, beispielsweise bei der *capacity* im englischen Recht,¹⁷⁸⁶ aber auch im französischen Recht,¹⁷⁸⁷ ohne dass sich allerdings, jedenfalls im französischen Recht, die Rechtsliteratur mit den Voraussetzungen im Detail näher auseinandersetzt. Daher soll die Untersuchung an dieser Stelle auf Österreich und die Schweiz beschränkt bleiben.

I. Die „partielle Geschäftsfähigkeit“ im österreichischen Recht

1. Handlungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit – Entscheidungsfähigkeit

Die Geschäftsfähigkeit ist im österreichischen Recht in § 865 ABGB geregelt. Gemäß § 865 Abs. 1 S. 1 BGB ist hierunter die Fähigkeit einer Person zu verstehen, „sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten.“ An dieser Stelle soll noch nicht auf die in § 865 Abs. 2¹⁷⁸⁸ und 3¹⁷⁸⁹ ABGB geregelten Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit Volljähriger eingegangen werden. Diese Vorschriften werden an späterer Stelle gesondert betrachtet.¹⁷⁹⁰ In diesem Abschnitt soll lediglich der Tatbestand der Geschäftsunfähigkeit beleuchtet werden.

Die Geschäftsfähigkeit ist ein Unterfall der Handlungsfähigkeit, welche in § 24 Abs. 1 ABGB in ähnlicher Weise als die Fähigkeit, sich im jeweiligen rechtlichen Zusammenhang durch eigenes Handeln zu berechtigen oder zu verpflichten, definiert wird.¹⁷⁹¹ Weitere Teilbereiche sind die Testierfähigkeit, § 566 ABGB, sowie die Ehefähigkeit, § 1 EheG.¹⁷⁹² Die Handlungsfähigkeit ist Ausdruck der Selbstverantwortung eines Menschen: Wer handlungsfähig ist, muss für seine Handlungen Verantwortung übernehmen und ist insbesondere an seine Willenserklärungen gebunden.¹⁷⁹³

Dabei soll aber nur derjenige Verantwortung tragen müssen, der dazu in der Lage ist: Daher setzt Handlungsfähigkeit stets Entscheidungsfähigkeit voraus.¹⁷⁹⁴ Entscheidungsfähigkeit wird nicht nur ausdrücklich für die Handlungs-

¹⁷⁸⁶ Siehe *von Bar* 2023, S. 328.

¹⁷⁸⁷ Siehe unten unter 4. Kapitel B.III.1.

¹⁷⁸⁸ Möglichkeit der Annahme von Versprechen, die bloß zum Vorteil des Geschäftsunfähigen sind.

¹⁷⁸⁹ Gänzliche Unwirksamkeit des vom Geschäftsunfähigen getätigten Geschäfts, es sei denn, er hat für das betreffende Rechtsgeschäft einen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter.

¹⁷⁹⁰ Siehe unten unter 4. Kapitel B.II.1.c)aa).

¹⁷⁹¹ Kletečka/Schauer-Fischer-Czermak, § 865 ABGB Rn. 1.

¹⁷⁹² *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (161).

¹⁷⁹³ *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (160).

¹⁷⁹⁴ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 5: Um handlungsfähig zu sein, müsse eine Person ent-

fähigkeit im Allgemeinen gefordert, § 24 Abs. 1 S. 2 HS 1 ABGB, sondern auch explizit für die Geschäftsfähigkeit, § 865 Abs. 1 S. 2 HS 1 ABGB. Sie wird bei Volljährigen vermutet, § 24 Abs. 2 S. 2 ABGB, wie im Übrigen auch die Geschäftsfähigkeit insgesamt, § 865 Abs. 1 S. 2 HS 1 ABGB.

Der Begriff der Entscheidungsfähigkeit in § 865 Abs. 1 S. 2 ABGB wurde mit dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG)¹⁷⁹⁵ eingefügt und ersetzt den bis dahin verwendeten Begriff des „Gebrauchs der Vernunft“, was die Elemente der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ voraussetzte.¹⁷⁹⁶ Diese Elemente wiederum umfassten drei Teilfähigkeiten, mag die jeweilige Zuordnung zur Einsichts- oder Urteilsfähigkeit dabei auch nicht immer ganz eindeutig gewesen sein: die Fähigkeit zu verstehen, die Bedeutung des Verhaltens im Wesentlichen zu erkennen und dieser Einsicht entsprechend zu handeln.¹⁷⁹⁷

Dem Willen des Gesetzgebers entsprechend sollte sich durch die Einführung des Begriffs der Einsichtsfähigkeit inhaltlich nichts ändern; dieser erfülle dieselbe Funktion.¹⁷⁹⁸ Er sei jedoch passender, da es bei rechtserheblichem Verhalten stets um eine Entscheidung der Person gehe, nämlich darüber, eine Rechts-handlung vorzunehmen oder zu unterlassen.¹⁷⁹⁹ Dem entspricht es, dass die Definition der Entscheidungsfähigkeit in § 24 Abs. 2 S. 1 ABGB alle schon vor der Reform zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit anerkannten Teilfähigkeiten aufgreift: Entscheidungsfähig ist hiernach, „wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann.“¹⁸⁰⁰ Diese letztgenannte Teilfähigkeit fehlt beispielsweise bei geistigen Störungen, die bewirken, dass sich eine Person aufgrund von Ängsten nicht ihrer Einsicht oder ihrem Willen entsprechend handeln kann.¹⁸⁰¹

scheidungsfähig sein. Ob die Entscheidungsfähigkeit für die Handlungsfähigkeit jedoch genüge, hänge vom Einzelfall ab. Minderjährige benötigen, um handlungsfähig zu sein, noch zusätzlich die Zustimmung des Vertreters.

¹⁷⁹⁵ BGBl. I Nr. 59/2017, in Kraft seit 1.7.2018.

¹⁷⁹⁶ Schwimann 1965, S. 87 Fn. 53; Kletečka/Schauer-Fischer-Czermak, § 865 ABGB Rn. 3. Die Handlungsfähigkeit wurde insbesondere in persönlichen und familiären Angelegenheiten im Gesetz ausdrücklich als „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ beschrieben, so etwa in § 141 Abs. 1 S. 1 ABGB a.F.: „Einsichts- und urteilsfähige Personen können, wenn sie nicht eigenberechtigt sind, in Angelegenheiten ihrer Abstammung und der Abstammung von ihnen rechtswirksam handeln, sofern ihr gesetzlicher Vertreter zustimmt.“

¹⁷⁹⁷ Zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit, die diese drei Elemente umfasse: Schwimann/Kodek/Band 1-Weitzenböck 2018, § 24 ABGB Rn. 3, 22; Barth und Ganner, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (59); Parapatits und Perner iFamZ 2017, S. 160 (161 f.).

¹⁷⁹⁸ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 5; Kletečka/Schauer-Fischer-Czermak, § 865 ABGB Rn. 3.

¹⁷⁹⁹ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 5.

¹⁸⁰⁰ Zur Deckungsgleichheit mit dem bisherigen Verständnis von Einsichts- und Urteilsfähigkeit statt vieler Parapatits und Perner iFamZ 2017, S. 160 (161).

¹⁸⁰¹ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 9; Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 865 ABGB Rn. 22.

Im Übrigen ändert das Vorliegen einer Vorsorgevollmacht bzw. das Bestehen einer Erwachsenenvertretung nach § 242 Abs. 1 ABGB nichts an einer vorhandenen Geschäftsfähigkeit: Vielmehr ist auch dann, wenn es einen Vorsorgebevollmächtigten oder einen sonstigen Erwachsenenvertreter gibt, für jedes Rechtsgeschäft zu prüfen, ob der Betroffene geschäftsfähig ist oder nicht.¹⁸⁰² Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein Genehmigungsvorbehalt angeordnet wurde, § 242 Abs. 2 ABGB.¹⁸⁰³ Allerdings soll die Bestellung eines Erwachsenenvertreters zur teleologischen Reduktion des § 24 Abs. 2 S. 2 ABGB, also der Vermutungsregelung, führen.¹⁸⁰⁴ Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit wird im Übrigen nicht geschützt.¹⁸⁰⁵

2. Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit

a) Krankhafter oder vergleichbarer geistiger Zustand

Die Gesetzesbegründung zur Neufassung von § 865 ABGB im Rahmen des 2. ErwSchG führt aus, an der Entscheidungsfähigkeit könne es aufgrund von psychischen Krankheiten bzw. aufgrund einer vergleichbaren Beeinträchtigung fehlen (wie beispielsweise geistige Behinderung, Koma, Bewusstlosigkeit).¹⁸⁰⁶ Entsprechend heißt es auch in der Rechtsprechung des OGH, mangelnde Einsichtsfähigkeit sei nur zu berücksichtigen, wenn sie auf einem „krankhaften Geistesgebrechen“ begründet sei,¹⁸⁰⁷ bzw. Geschäftsunfähigkeit komme bei Geisteskrankheit oder Geistesschwachheit in Betracht.¹⁸⁰⁸ Nicht ausreichend seien daher bloße Gemütsaufregung, auch nicht selbst kolossaler psychischer Druck, Einschränkungen im Selbstbewusstsein oder Selbstwertgefühl aufgrund depressiver Störungen oder das Fehlen von Energie, eine Unterschriftsleistung abzulehnen.¹⁸⁰⁹ Auch bloße geschäftliche Unerfahrenheit oder lediglich ein geringer Intelligenzgrad genügten nicht für Geschäftsunfähigkeit.¹⁸¹⁰ Intelligenzminderungen aber beachtlich, sobald sie klinische Relevanz erreichen.¹⁸¹¹ Dann könne auch ein Mangel an intellektuellen Fähigkeiten zu Ge-

¹⁸⁰² Kletečka/Schauer-Fischer-Czermak, § 865 ABGB Rn. 12.

¹⁸⁰³ Zum Genehmigungsvorbehalt *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (163 ff.).

¹⁸⁰⁴ Schwimann/Neumayr-Kronthaler 2021, § 24 ABGB Rn. 8; *Bydłinski* ÖJZ 2018, S. 941 (943); *Dullinger und Eliskases* JbI 2017, S. 481 (483).

¹⁸⁰⁵ OGH, 12.11.1987, 6 Ob 703/87.

¹⁸⁰⁶ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 9, 53.

¹⁸⁰⁷ OGH, 27.1.1985, 3 Ob 565/84; OGH, 28.8.2013, 6 Ob 44/13h.

¹⁸⁰⁸ OGH, 19.3.1958, 5 Ob 68/58; OGH, 28.8.2013, 6 Ob 44/13h; siehe auch *Fischer-Czermak* NZ 2004, S. 302 (305); *Nachtschatt* 2019, S. 157 f.

¹⁸⁰⁹ OGH, 29.3.2006, 3 Ob 183/05s; OGH, 28.8.2013, 6 Ob 44/13h; siehe aber ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 9, 53: zu berücksichtigen seien auch außergewöhnliche Erregungszustände wegen extremer emotionaler Belastungen.

¹⁸¹⁰ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 9, 53.

¹⁸¹¹ Vgl. OGH, 29.4.2003, 5 Ob 278/02x: „Debilität“. Siehe auch ErläutRV 1461 BlgNR 25,

schaftsunfähigkeit führen, wenn sie zur Folge habe, dass eine Person die „Tragweite“ eines Geschäfts nicht absehen könne.¹⁸¹²

b) Unfähigkeit zur freien Willensbildung bzw. die Tragweite des Geschäfts einzusehen

aa) Vollständige und „partielle Geschäftsunfähigkeit“

Geschäftsunfähigkeit ist zunächst die vollständige Unfähigkeit, die Bedeutung rechtsgeschäftlicher Handlungen insgesamt zu erkennen.¹⁸¹³ Laut OGH ist dies dann der Fall, wenn die Fähigkeit zu freier Willensbestimmung aufgehoben ist,¹⁸¹⁴ mag die Person auch das konkret abgeschlossene Rechtsgeschäft verstandesmäßig erfasst haben.¹⁸¹⁵ Im alten Recht der Geschäftsunfähigkeit, wo auf den Vernunftgebrauch abgestellt wurde, war anerkannt, dass Personen, deren Geisteszustand dem eines Kindes unter 7 Jahren glich, diese Voraussetzung erfüllte.¹⁸¹⁶

Diese wohl dem Verständnis des deutschen Rechts zu § 104 Nr. 2 BGB entsprechende Form der Geschäftsunfähigkeit ist jedoch nicht die einzig anerkannte: Geschäftsunfähig ist auch eine Person, die aufgrund von Geisteskrankheit oder Geistesschwäche (nur) nicht in der Lage ist, die Tragweite und die Auswirkungen des *konkreten* Geschäfts abzuschätzen und dieser Einsicht entsprechend zu disponieren.¹⁸¹⁷ Die Begrifflichkeiten variieren dabei; so gilt auch als geschäftsunfähig, wer die „Bedeutung“ der vorzunehmenden Rechtshandlung nicht einsehen kann,¹⁸¹⁸ alternativ das „Wesen“ dieser Handlung.¹⁸¹⁹ Fehlt diese Fähigkeit, ist im österreichischen Recht, anders als im deutschen Recht,

S. 53, wonach ein Mangel an intellektuellen Fähigkeiten Geschäftsunfähigkeit begründen könne.

¹⁸¹² OGH, 29.4.2003, 5 Ob 278/02x; OGH, 24.10.2012, 8 Ob 102/12a; anders noch OGH, 19.3.1958, 5 Ob 68/58.

¹⁸¹³ OGH, 22.6.1995, 8 Ob A 223/95 = DRdA 1996, S. 224 (225) m. Anm. Dullinger; OGH, 24.10.2012, 8 Ob 102/12a; OGH, 28.8.2013, 6 Ob 44/13h; Rummel/Lukas-Rummel 2014, § 865 ABGB Rn. 4.

¹⁸¹⁴ OGH, 24.10.2012, 8 Ob 102/12a.

¹⁸¹⁵ OGH, 28.8.2013, 6 Ob 44/13h.

¹⁸¹⁶ OGH, 27.10.1976, 10 b 748/76 = JBl. 1977, S. 537 (538); OGH, 2.3.1960, 3 Ob 62/60 = JBl. 1960, S. 558.

¹⁸¹⁷ OGH, 28.8.2013, 6 Ob 44/13h; so bereits OGH, 28.9.2000, 8 Ob 165/00y; OGH, 29.4.2003, 5 Ob 278/02x; OGH, 24.10.2012, 8 Ob 102/12a. Auch die überwiegende Lehre erkennt diese abgestufte Geschäftsfähigkeit an und fragt daher nach der Entscheidungsfähigkeit in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft: Steinbauer ÖJZ 1985, S. 427 (428); Bernat ZfRV 2005, S. 163 (165); Weitzenböck, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, S. 691 (694f.); Welser und Kletečka 2018, S. 64 Rn. 205; Rummel/Lukas-Rummel 2014, § 865 ABGB Rn. 5; Ganner 2005, S. 236; Barth und Ganner, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (62f.); Parapatits und Perner iFamZ 2017, S. 160 (160, 162).

¹⁸¹⁸ OGH, 20.12.2018, 1 Ob 204/18h.

¹⁸¹⁹ OGH, 28.6.2018, 6 Ob 99/18.

wo in diesem Zusammenhang von „relativer Geschäftsunfähigkeit“ gesprochen wird, im Übrigen von „partieller Geschäftsunfähigkeit“ die Rede.¹⁸²⁰ Gemeint ist damit aber dasselbe. Diese „partielle Geschäftsunfähigkeit“ könne, so die Rechtsprechung zum alten Recht, also vor der Reform durch das 2. ErwSchG, dann vorliegen, wenn der Geisteszustand des Erwachsenen dem eines Kindes zwischen 7 und 14 Jahren gleichzusetzen sei.¹⁸²¹

Auch in der Gesetzesbegründung zum im Rahmen des 2. ErwSchG neu gefassten § 865 ABGB wird diese „partielle Geschäftsunfähigkeit“ ausdrücklich anerkannt und entsprechend betont, dass eine Person also für einfachere, auch in ihren Rechtsfolgen leichter überschaubare Rechtsgeschäfte geschäftsfähig sein könne, für komplexere Rechtsgeschäfte aber geschäftsunfähig.¹⁸²² Diese Möglichkeit, nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts abzustufen, müsse auch nicht ausdrücklich im Gesetzestext niedergeschrieben werden, da sie bislang nie bezweifelt worden sei.¹⁸²³ Jedenfalls lasse sich diese Herangehensweise auch aus § 865 Abs. 1 S. 2 ABGB selbst ableiten, der für die Geschäftsfähigkeit auf die „Entscheidungsfähigkeit“ abstelle, für die wiederum gemäß § 24 Abs. 2 ABGB der „jeweilige Zusammenhang“ maßgeblich sei.¹⁸²⁴ Es müsse die Geschäftsunfähigkeit daher immer in Bezug auf ein konkretes Geschäft geprüft werden.¹⁸²⁵

Dabei ist allerdings nicht recht eindeutig, wie weitreichend der Ausschluss der Freiheit der Willensbildung bzw. wie ausgeprägt die Unfähigkeit, die Tragweite und die Auswirkungen des konkreten Geschäfts zu verstehen, sein muss, um „partielle Geschäftsunfähigkeit“ annehmen zu können. So heißt es in den überwiegenden Entscheidungen, für vollständige Geschäftsunfähigkeit müsse die Freiheit der Willensentschließung aufgehoben (und nicht etwa nur motiviert oder teilweise beeinträchtigt bzw. tangiert) gewesen sein¹⁸²⁶; auch in Bezug auf die „partielle Geschäftsunfähigkeit“ bedeute dies die vollkommene Unfähigkeit, die Tragweite des konkreten Geschäfts einzusehen.¹⁸²⁷ Vereinzelt werden

¹⁸²⁰ OGH, 29.4.2003, 5 Ob 278/02x; OGH, 24.10.2012, 8 Ob 102/12a; OGH, 28.8.2013, 6 Ob 44/13h; anders aber OGH, 27.10.1976, 10 b 748/76 = JBl. 1977, S. 537 (538): „relativ unfähig“.

¹⁸²¹ OGH, 27.10.1976, 10 b 748/76 = JBl. 1977, S. 537 (538); OGH, 2.3.1960, 3 Ob 62/60 = JBl. 1960, S. 558.

¹⁸²² ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 53; siehe auch *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (162).

¹⁸²³ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 53.

¹⁸²⁴ *Bydlinski* ÖJZ 2018, S. 941 (945).

¹⁸²⁵ *Bydlinski* ÖJZ 2018, S. 941 (945); siehe auch *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (50): Die Handlungsfähigkeit ist immer in Bezug auf eine konkrete Handlung zu beurteilen.

¹⁸²⁶ OGH, 15.6.1988, 1 Ob 574/88; OGH, 11.11.2016, 10 Ob 52/16v.

¹⁸²⁷ OGH, 14.7.1992, 1 Ob 621/91; OGH, 22.6.1995, 8 Ob A 223/95; OGH, 28.9.2000, 8 Ob 165/00y; OGH, 28.8.2013, 6 Ob 44/13h; OGH, 11.11.2016, 10 Ob 52/16v; ebenso *Rummel/Lukas-Rummel* 2014, § 865 ABGB Rn. 5; *Kolmasch Zak* 2018, S. 204 (206); *Nachtschatt* 2019, S. 159; *Gerhartl Zak* 2014, S. 27 (27); siehe auch *Schwimann* 1965, S. 70, der vom Ausschluss der Urteilsfähigkeit spricht.

diese Aussagen allerdings wiederum relativiert und es wird explizit kein vollkommenes Abhandenkommen der Fähigkeit, die Tragweite zu überblicken, gefordert, sodass bereits eine nur beschränkte Fähigkeit hierzu Geschäftsunfähigkeit begründen können soll.¹⁸²⁸ Alternativ heißt es teils recht unspezifisch, es sei zu prüfen, ob die geistigen Fähigkeiten gerade für den konkreten rechtsgeschäftlichen Akt „ausreichend“ gewesen seien.¹⁸²⁹

Jedenfalls aber ist die Frage, ob die Fähigkeit für den Abschluss des Rechtsgeschäfts im Ergebnis in ausreichendem Maße vorlag, sowohl anhand des Grads der geistigen Beeinträchtigung als auch anhand der Beschaffenheit des Geschäfts zu beantworten.¹⁸³⁰ Die Anforderungen an die intellektuellen Fähigkeiten und an das geforderte Verständnis von Tragweite und Auswirkungen ist dabei dynamisch zu verstehen: Je weniger ausgewogen beispielsweise Leistung und Gegenleistung sind, desto einwandfreier muss die Selbstbestimmung, also das Mindestmaß an Bewusstsein, über die gegenwärtige rechtliche Situation sein.¹⁸³¹ Es können so „die verschiedenen Grade des medizinisch möglichen Verstandesgebrauchs auf der einen Seite, als auch die Verschiedenheit von Interessenlagen und Tragweite bei den einzelnen Geschäftstypen auf der anderen Seite“ berücksichtigt werden.¹⁸³² Dabei fließt in die Wertung auch mit ein, wie geläufig der geschlossene Vertrag dem Betroffenen ist: So kann jedenfalls dann, wenn der Vertragstyp dem Betroffenen sein Leben lang geläufig gewesen ist, wie z.B. Kauf- und Übergabeverträge in bäuerlichen Kreisen, diesbezüglich noch Geschäftsfähigkeit gegeben sein, wenn auch andere nicht geläufige Verträge, wie Gesellschaftsverträge oder ähnliche kommerzielle Vereinbarungen, nicht mehr erfasst werden können.¹⁸³³

bb) Reichweite der „partiellen Geschäftsunfähigkeit“

(1) Konkretisierungsversuche der Literatur

Die „partielle Geschäftsunfähigkeit“, die dann vorliegt, wenn eine Person „Tragweite“, „Auswirkung“, „Bedeutung“ oder „Wesen“ des konkreten Geschäfts nicht versteht, knüpft ganz offensichtlich maßgeblich an das für die Entscheidungsfähigkeit i. S. v. § 24 Abs. 2 ABGB vorausgesetzte kognitive Element an, wonach eine Person, „Bedeutung und Folge“ verstehen können müsse. Damit ist jedoch noch nicht viel Konkretes gesagt. Denn „Tragweite“ und „Auswirkungen“ bzw. „Bedeutung“ und „Folgen“ hat jedes Rechtsgeschäft in vieler-

¹⁸²⁸ OGH, 26.5.2000, 2 Ob 146/00k.

¹⁸²⁹ OGH, 22.6.1995, 8 Ob A 223/95 = DRdA 1996, S. 224 (225) m. Anm. Dullinger; OGH, 29.4.2003, 5 Ob 278/02x; ebenso Steinbauer ÖJZ 1985, S. 427 (428).

¹⁸³⁰ OGH, 27.10.1976, 10 b 748/76 = JBl. 1977, S. 537 (538); Steinbauer ÖJZ 1985, 427 (428).

¹⁸³¹ Welser und Kletečka 2018, S. 103 Rn. 321; Nachtschatt 2019, S. 155 f.

¹⁸³² Schwimann 1965, S. 44 f.; Weitzenböck, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, S. 691 (696).

¹⁸³³ OGH, 2.3.1960, 3 Ob 62/60 = JBl. 1960, S. 558.

lei Hinsicht. Es bedarf daher der Konkretisierung, welche Verständnissfähigkeit in Bezug auf welche Aspekte bei einer Person im Einzelnen gegeben sein muss, damit dieses geschäftsfähig ist, bzw. umgekehrt, welche Aspekte so bedeutend sind, dass eine Person im Wege der Geschäftsunfähigkeit geschützt werden muss, wenn sie sie nicht verstanden hat.

Der Gesetzgeber beschreibt in seiner Begründung recht allgemein, Entscheidungsfähigkeit – und damit Geschäftsfähigkeit – setze voraus, dass der Handelnde erfassen könne, worum es beim konkreten Rechtsgeschäft „im Kern“ gehe und welche Folgen ihm hieraus „im Wesentlichen“ entstünden.¹⁸³⁴ Darüber hinausgehende Konkretisierungsversuche finden sich auch in der Rechtsliteratur kaum. Meist wird die Rechtsprechung rezipiert und angeführt, eine Person müsse „Bedeutung und Tragweite“ verstehen.¹⁸³⁵ Dies wiederum bedeute, dass die Person „im Kern“ erfassen müsse, dass sie ein rechtserhebliches Verhalten setzen oder ein solches unterlassen kann, und welche Auswirkungen „im Wesentlichen“ dieses Handeln für sie hat.¹⁸³⁶

In Nuancen enger wird Geschäftsfähigkeit von jenen Autoren verstanden, die sich am sog. Geschäftswillen orientieren: Grundlage sei, dass eine Willenserklärung voraussetze, dass die herbeigeführten Rechtswirkungen gewollt seien. Dieser Wille, Rechtswirkungen herbeizuführen, werde als Geschäftswille bezeichnet.¹⁸³⁷ Dabei genüge jedoch nicht, dass eine Person eine bloß wirtschaftliche oder soziale Wirkung anstrebe (Grundfolgentheorie), da sonst das Rechtsgeschäft nicht mehr von unverbindlichen Vorgängen des täglichen Lebens abgegrenzt werden könnte.¹⁸³⁸ Es könne von den Teilnehmern des Rechtsverkehrs, die überwiegend nicht über juristisches Fachwissen verfügten, aber auch nicht gefordert werden, dass sie sich jedes Details der in Gang gesetzten Rechtsfolgen bewusst seien.¹⁸³⁹ Es reiche daher aus, dass die Verkehrsteilnehmer Rechtswirkungen hervorrufen wollten und ihnen bewusst sei, dass diese durch behördlichen Zwang durchgesetzt werden könnten („gemäßigte Rechtsfolgentheorie“).¹⁸⁴⁰ Die Geschäftsfähigkeit beziehe sich daher unmittelbar bzw. ausschließlich auf den Geschäftswillen i.S.d. gemäßigten Rechtsfolgentheorie.¹⁸⁴¹ Es dürfe also nicht am Bewusstsein, rechtliche Wirkungen auszulösen oder

¹⁸³⁴ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 53.

¹⁸³⁵ Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 865 ABGB Rn. 22 ff; *Nachtschatt* 2019, S. 157; *Fischer-Czermak* NZ 2004, S. 304 (305).

¹⁸³⁶ Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 865 ABGB Rn. 4; *Barth und Ganner*, in: *Handbuch des Erwachsenenschutzrechts*, S. 11 (62); *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (162).

¹⁸³⁷ *Welser und Kletečka* 2018, S. 101 Rn. 317.

¹⁸³⁸ *Welser und Kletečka* 2018, S. 101 f. Rn. 317.

¹⁸³⁹ *Welser und Kletečka* 2018, S. 102 Rn. 317; *Nachtschatt* 2019, S. 155.

¹⁸⁴⁰ *Welser und Kletečka* 2018, S. 102 Rn. 317; *Nachtschatt* 2019, S. 155; bereits *Schwimann* 1965, S. 25.

¹⁸⁴¹ *Nachtschatt* 2019, S. 161 und S. 166 mit Bezugnahme auf *Schwimann* 1965, S. 25 ff., insbesondere S. 27: Die Geschäftsfähigkeit beziehe sich auf den Geschäftswillen.

Rechte oder Rechtsbeziehungen zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, mangeln.¹⁸⁴² Damit setze die Geschäftsfähigkeit insbesondere die Fähigkeit voraus, zu erkennen, welche Rechtswirkungen – im Gegensatz zu den weiteren Begriffen der „Tragweite“ oder der „Auswirkungen“ – für sie damit einhergingen, voraus.¹⁸⁴³

Teils werden die Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit aber auch anhand der Einwilligungsfähigkeit im Zusammenhang mit ärztlichen Eingriffen illustriert und sodann der Versuch unternommen, diese Erkenntnisse auf die Entscheidungsfähigkeit in Bezug auf Rechtsgeschäfte zu übertragen.¹⁸⁴⁴ So müsse eine Person, wenn es um die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme gehe, zunächst fähig sein, die relevanten Tatsachen und Kausalverläufe zu erkennen (Versteht die Person die Informationen über die Krankheit, die betroffenen Körperteile, die Art und Weise der Behandlung? Kann sie Folgen und Risiken der Behandlung erfassen?).¹⁸⁴⁵ Schließlich müsse die Person auch zur Bewertung in der Lage sein (Kann sie den Wert der betroffenen Rechtsgüter, insbesondere auch den Wert des durch die Behandlung möglicherweise aufgrund sich realisierender Risiken verletzten Rechtsguts? Kann sie zwischen Vor- und Nachteilen der Behandlung abwägen? Versteht sie, dass es Alternativen gibt und worin jeweils die Vor- und Nachteile liegen?).¹⁸⁴⁶ Die objektive Unvernünftigkeit einer Entscheidung spreche dabei nicht per se für die mangelnde Fähigkeit zu Bewertung, sondern gebe allenfalls Anlass, die Entscheidungsfähigkeit näher zu prüfen. Sie sei dem Betroffenen nur abzusprechen, wenn seine Fähigkeit zur Willensbildung krankheitsbedingt ausgeschlossen sei, nicht aber, wenn sie auf religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen beruhe. Die Abweichungen der eigenen Wertvorstellungen vor jenen der Allgemeinheit seien als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts zu respektieren, solange die Abweichung nicht krankheitsbedingt determiniert sei.¹⁸⁴⁷

Umgemünzt auf rechtsgeschäftliche Angelegenheiten bedeute dies sodann, dass eine Person „die zu beurteilende Problemstellung an sich, die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, die damit verbundenen Vor- und Nachteile und die Auswirkung der Entscheidung auf ihre Lebenssituation erkennen und verstehen“ können müsse.¹⁸⁴⁸ Wenn die Geschäftsfähigkeit – bzw. die Entscheidungsfähigkeit im Allgemeinen – mit der Fähigkeit, „Bedeutung und Folgen“ zu überblicken, umschrieben werde, so meine dies also die Fähigkeit, die gegebenen Tatsachen und die zu lösenden Probleme an sich („Bedeutung“ der Ent-

¹⁸⁴² *Nachtschatt* 2019, S. 161.

¹⁸⁴³ *Nachtschatt* 2019, S. 166.

¹⁸⁴⁴ So etwa Schwimann/Kodek/Band 1-Weitzenböck 2018, § 24 ABGB Rn. 8.

¹⁸⁴⁵ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (60).

¹⁸⁴⁶ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (60).

¹⁸⁴⁷ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (60 f.).

¹⁸⁴⁸ *Weitzenböck*, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, S. 691 (706); Schwimann/Kodek/Band 1-Weitzenböck 2018, § 24 ABGB Rn. 8.

scheidung) sowie die verschiedenen Handlungsalternativen und die sich hieraus ergebenden möglichen Kausalverläufe, also die „Folgen“ der Entscheidung im Zusammenhang mit ihren rechtlichen Konsequenzen i. S. d. gemäßigten Rechtsfolgentheorie, erkennen und verstehen zu können.¹⁸⁴⁹

(2) Einzelfallrechtsprechung

Neben den dargestellten abstrakten Konkretisierungsversuchen der Literatur lässt sich der Bereich der „partiellen Geschäftsunfähigkeit“ am besten durch Analyse von Einzelentscheidungen der Rechtsprechung abstecken.

Dabei bleibt der OGH in den meisten Entscheidungen allerdings recht unkonkret. Teils beschränkt er sich auf übliche Floskeln, wie im Zusammenhang mit der Erteilung einer Vollmacht: So führt der OGH¹⁸⁵⁰ aus, die konkrete Vollmacht sei unwirksam, wenn der Bevollmächtigende nicht in der Lage sei, weder „Bedeutung und Tragweite“ von Verfahrenshandlungen im Verlassenschaftsverfahren zu erfassen noch eine in diesem Zusammenhang erteilte Vollmacht. Die Witwe, die ihren Sohn bevollmächtigt hatte, litt an einer fortgeschrittenen Demenz von Alzheimertyp, die mittelgradig ausgeprägt war. Aufgrund erheblicher kognitiver Defizite mit Merkfähigkeits- und Gedächtnisleistungsstörungen sowie massiver Einschränkungen des Kurzzeitgedächtnisses und der Orientierungsleistung und Störungen der Handlungsplanung, sei die Witwe nicht in der Lage, „komplexe Sachverhalte zu erfassen“.

In einer weiteren Entscheidung des OGH¹⁸⁵¹ klingt sodann an, dass es vor allem darum geht, den Kern des Rechtsgeschäfts i. S. d. unmittelbaren bzw. wesentlichen Rechtsfolge zu begreifen und zu wollen: Die Klägerin hatte ihr Grundstück an einen ihrer Mieter verkauft. Da der Mieter finanziell schwach aufgestellt war, erfolgte der Verkauf zu einem relativ geringen Preis. Zudem wurde der Klägerin ein Wohnrecht in ihrer eigenen Wohnung eingeräumt. Die Klägerin litt bereits bei Vertragsschluss an einer Demenz, wobei die damit einhergehende Geistesschwäche nicht nach außen erkennbar war. Anders als das Erstgericht ging der OGH, mangels hinreichender Tatsachengrundlage, zwar im Ergebnis nicht von Geschäftsunfähigkeit aus. Er äußerte sich jedoch zu den Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit: Es komme weniger darauf an, ob die Klägerin die Einzelheiten des Vertrages verstanden habe, sondern vielmehr darauf, „ob sie den ernstlichen Willen dem Beklagten zu Bedingungen, die für ihn tragbar sind, zu verkaufen, trotz ihrer Krankheit fassen und mitteilen konnte und die Fähigkeit hatte, bewusst dem Notar das Vertrauen zu schenken, dass er in diesem Rahmen für die Wahrung ihrer Rechte sorgen werde.“ Dabei stellt er ergänzend sogar auf den Vertragsinhalt ab, um die Annahme, die Klägerin sei

¹⁸⁴⁹ Schwimann/Kodek/Band 1-Weitzenböck 2018, § 24 ABGB Rn. 9.

¹⁸⁵⁰ OGH, 25.7.2019, 2 Ob 98/19d.

¹⁸⁵¹ OGH, 27.10.1976, 10 b 748/76 = JBl. 1977, S. 537 (539).

geschäftsfähig, weiter zu stützen: Denn die Vertragsbedingungen seien in diesem Einzelfall keineswegs ungewöhnlich gewesen.¹⁸⁵² Bereits das Erstgericht hatte festgestellt, dass nichts „Absonderliches“ darin zu sehen sei, wenn eine alte Frau sich entschließe, ihr Haus an einen Mieter zu verkaufen, zu dem sie ein gutes Verhältnis habe, und dabei auch dessen wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtige. Häufig sei es gar so, dass alleinstehende alte Personen ihr Vermögen unentgeltlich veräußerten.¹⁸⁵³

Zum Kern des Rechtsgeschäfts können dabei aber auch weitere mit einem Verkauf zusammenhängende Regelungen gehören, wenn sie nur wesentlich oder einschneidend genug sind: Geschäftsunfähig ist so auch eine Person, die ein Grundstück veräußert und aufgrund eines demenziellen Syndroms sowie als Folge eines Schlaganfalls nicht überblickt, dass sie dabei durch entsprechende Vereinbarung alle dinglichen und obligatorischen Ansprüche verliert, und somit als Pächter gekündigt wird.¹⁸⁵⁴

Das notwendige Verständnis wird in weiteren Entscheidungen um das Verständnis der „Konsequenzen“ erweitert, allerdings häufig ohne greifbare Konkretisierungen: So führt der OGH¹⁸⁵⁵ etwa aus, auch demenzielle Prozesse könnten zu „partieller Geschäftsunfähigkeit“ führen, wenn diese ein solch schweres Ausmaß erreicht haben, dass die demente Person nicht mehr in der Lage gewesen sei, den von ihr unterzeichneten Vertrag „in seinen entscheidenden Punkten und mit all seinen Konsequenzen zu erfassen.“

Ähnlich urteilte er auch, als er die Geschäftsfähigkeit eines Kreditnehmers zu bestimmen hatte, der den Kredit zudem durch Einräumung einer Hypothek auf seine Eigentumswohnung abgesichert hatte.¹⁸⁵⁶ Der OGH bestätigte die vom Erstgericht angenommene „partielle Geschäftsunfähigkeit“, da der Kreditnehmer nicht in der Lage gewesen sei, „die schwerwiegenden Konsequenzen“ seiner Verpflichtung abzuschätzen. Die Revision trug zwar vor, der Kreditnehmer habe das Geschäft in den „Grundzügen“ verstanden, was für Geschäftsfähigkeit genüge; der OGH griff diese Äußerung jedoch nicht auf, sondern beschränkte sich, neben allgemeinen Ausführungen, auf die zitierte Feststellung. Der Kreditnehmer litt im Übrigen an einer Schizophrenieerkrankung, welche die Eigenschaft hat, dass zu Beginn der Erkrankung oft ein Mangel an Einheitlichkeit und Ordnung aller psychischen Vorgänge besteht, noch bevor dies für einen Laien erkennbar ist. In der Tat hatte der Kreditgeber keine Bedenken hinsichtlich des geistigen Zustands des Kreditnehmers gehabt und vielmehr den Eindruck gehabt, der Kreditnehmer habe „schwungvoll an die Lösung der Probleme“ herangehen wollen.

¹⁸⁵² OGH, 27.10.1976, 10 b 748/76 = JBl. 1977, S. 537 (539).

¹⁸⁵³ Vgl. OGH, 27.10.1976, 10 b 748/76 = JBl. 1977, S. 537 (538).

¹⁸⁵⁴ OGH, 14.7.1992, 1 Ob 621/91.

¹⁸⁵⁵ OGH, 28.9.2000, 8 Ob 165/00y.

¹⁸⁵⁶ OGH, 20.2.1986, 7 Ob 517/86.

Etwas konkreter zu diesen maßgeblichen Konsequenzen, die eine Person abschätzen können muss, äußerte sich der OGH¹⁸⁵⁷ sodann aber in einer weiteren Entscheidung: Der Beklagte, der zur Absicherung des Kredits eines Dritten eine Bürgschaftserklärung unterzeichnet sowie einer Pfandbestellung auf sein Grundstück zugestimmt hatte, sei im Zeitpunkt der Bestellung dieser Sicherheiten geschäftsunfähig gewesen, weil er „die rechtlichen Folgen“ der Bürgschaft und der Drittpfandbestellung, bei welchen das Haftungsrisiko weitgehend vom Geschäftserfolg sowie der reellen Gesinnung des Hauptschuldners abhängen, nicht mehr habe abschätzen können. Hierbei klingt an, dass der Sicherungsgeber nicht nur die theoretischen Rechtsfolgen – Inanspruchnahme bei Ausfall des Hauptschuldners – erkennen können muss, sondern auch die Parameter (Geschäftserfolg, Gesinnung), die für die Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Rechtsfolgen führen. Interessant ist auch hier, dass der Beklagte an einer Erbkrankheit (dystrophischer Myotonie (Curschmann-Steinert'sche Krankheit)) litt, die zu Persönlichkeitsveränderungen sowie einem zunehmenden Abbau der intellektuellen Leistung führte. Auch bei dieser Krankheit sei nicht ausgeschlossen, so der OGH, dass Dritten, die den Beklagten nicht näher kannten oder sich nur oberflächlich mit ihm unterhielten, die psychopathologischen Veränderungen zunächst nicht auffalle. So habe auch die klagende Partei im Zeitpunkt des Abschlusses der Rechtsgeschäfte keinen Anlass gehabt, an der geistigen Gesundheit zu zweifeln. Die Persönlichkeitsveränderung habe nur Menschen auffallen können, die Erfahrung im Umgang mit Menschen hätten.

Zudem lässt die Rechtsprechung des OGH Rückschlüsse dazu zu, wie weitgehend und geradezu uferlos die „Tragweite“ eines Geschäfts sein kann, deren Verständnis für Geschäftsfähigkeit gefordert wird. So hat sich der OGH¹⁸⁵⁸ in einem Fall zur „partiellen Geschäftsunfähigkeit“ geäußert, in dem eine Person einen Vertrag über die Zurverfügungstellung eines Mobiltelefonanschlusses zu einem monatlichen Grundentgelt sowie variablen Verbindungsentgelten abschloss. Insbesondere bei der Inanspruchnahme von Mehrwertdienstleistungen, wie Erotiktonbanddiensten, entstanden erhöhte Verbindungskosten, wobei zu Beginn des Telefonats auf die Entstehung erhöhter Kosten hingewiesen wurde. Der Beklagte litt an einer intellektuellen Minderbegabung, die, so der OGH, grenzwertig der klinischen Störung einer sogenannten leichten Intelligenzminderung („Debilität“) entsprach. Dabei war der Beklagte zwar in der Lage, generell zu erfassen, dass diese genannten Telefonate teurer waren als gewöhnliche Anrufe. Allerdings war er aufgrund eingeschränkten rechnerischen Verständnisses nicht fähig, bei längeren Telefonaten oder solchen, bei denen die Preiserhöhung in Sekundeneinheiten oder in Form eines Vielfachen des Ortsta-

¹⁸⁵⁷ OGH, 12.11.1987, 6 Ob 703/87.

¹⁸⁵⁸ OGH, 29.4.2003, 5 Ob 278/02x.

rifs angekündigt wurde, die für die Gespräche entstehenden Kosten abzuschätzen.

Der OGH ging entsprechend von „partieller Geschäftsunfähigkeit“ aus: Die Geschäftsfähigkeit für ein einzelnes Telefonat mit abschätzbarer Kostenfolge stehe zwar nicht in Frage. Um aber die Geschäftsfähigkeit für einen Vertrag wie dem vorliegenden bejahen zu können, müsse ihm „die Tragweite der damit verbundenen Kostenfolgen durch Herstellung und Aufrechterhaltung von Gesprächsverbindungen, welcher Art und Anzahl auch immer, möglich gewesen sein.“ Dies sei nicht der Fall: Die beim Beklagten vorliegende Geistesschwäche beeinträchtige das über den täglichen Lebensbedarf hinausgehende finanzielle Verständnis und damit das verbundene zukunftsorientierte und planerische Handeln. Seine geistigen Fähigkeiten seien schon bei Abschluss des Vertrags nicht ausreichend gewesen, die Kommunikationsmöglichkeit, die ein Mobiltelefon biete, gezielt und im Verhältnis seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu nutzen. Er sei nicht in der Lage gewesen, „in die Zukunft reichend planerisch tätig zu werden.“¹⁸⁵⁹

Gar noch weitgehender ist eine Entscheidung, in der der OGH¹⁸⁶⁰ über die Geschäftsfähigkeit im Zusammenhang einer Eigentumsübertragung zu befinden hatte. Die Klägerin erhielt im Gegenzug zur Eigentumsübertragung lediglich ein lebenslanges und unentgeltliches Wohnrecht an der von ihr bewohnten Wohnung. Der OGH bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts, das von Geschäftsunfähigkeit der Klägerin ausgegangen war: Die kognitive Leistungsfähigkeit der Klägerin sei durch ihre Alkoholkrankheit und deren Folgen stark beeinträchtigt gewesen; insbesondere war sie zwar in der Lage, den Inhalt des Vertrages richtig zu verstehen, allerdings nicht, den Vertrag „in allen Konsequenzen“ richtig abzuschätzen. Sie sei auch nicht in der Lage gewesen, die Tragweite des konkreten Geschäfts „für ihr weiteres Leben“ richtig zu beurteilen.

Neben dem Verständnis des „Kerns“ des Rechtsgeschäfts und den mitunter recht uferlosen Konsequenzen, ist für den OGH schließlich auch die Fähigkeit, Vor- und Nachteile eines Geschäfts abwägen zu können, maßgeblich, wie er es im Zusammenhang mit der Unterzeichnung eines Wechsels deutlich gemacht hat.¹⁸⁶¹ Beim Betroffenen lag eine „Grenzdebilität im praktischen Leben mit klebrig starrem Denkablauf“ vor. Laut Sachverständigem, auf dessen Ausführungen sich der OGH stützte, könne sich der Beklagte nicht mehr auskennen, „wo nicht sofort für eine Ware der angemessene Preis zu bezahlen sei.“ Es könne also nicht davon gesprochen werden, dass „ein mit entsprechender Überlegung und Entschlußfähigkeit ausgestatteter Mensch nach Abwägung aller Vor-

¹⁸⁵⁹ So auch, neben der in Fn.1858 genannten Entscheidung, OGH, 24.10.2012, 8 Ob 102/12a.

¹⁸⁶⁰ OGH, 26.5.2000, 2 Ob 146/00k; vgl. auch OGH, 24.2.1988, 1 Ob 518/88 zu einer dements Klägerin, die ebenso das Eigentum an ihrem Grundstück veräußert hatte.

¹⁸⁶¹ OGH, 27.2.1985, 3 Ob 565/84.

und Nachteile“ sich zur Wechselunterzeichnung bereit erklärt hätte. Dieser vom OGH angenommenen „partiellen Geschäftsunfähigkeit“ stand dabei im Übrigen auch nicht entgegen, dass der Betroffene vom stellvertretenden Geschäftsführer der Darlehensgeberin, deren Darlehen mit dem Wechsel abgesichert werden sollte, sogar ausdrücklich belehrt worden war, aufgrund der schlechten finanziellen Situation des Darlehensnehmers den Wechsel nicht zu unterschreiben.

c) Kausalität

Der OGH führt aus, das mangelnde Verständnis sei dann zu berücksichtigen, wenn es in der geistigen Behinderung selbst seinen Grund habe. Es müsse ein ursächlicher Zusammenhang dergestalt bestehen, dass die geistige Störung das Geschäft „tangiere“.¹⁸⁶² „Tangieren“ bezeichnet dabei lediglich die Auswirkung der geistigen Störung auf die Unfähigkeit, die Tragweite o. ä. des Geschäfts zu verstehen. Nicht ist damit gemeint, dass sich die Geisteskrankheit oder Schwäche inhaltlich im Geschäft niederschlagen müsste oder das Geschäft gerade ohne die Krankheit nicht geschlossen worden wäre. Es spielt daher für die Frage der Geschäftsfähigkeit auch keine Rolle, ob das Geschäft inhaltlich vernünftig ist oder ob die Gesellschaft das Geschäft gutheißt.¹⁸⁶³ Es genügt, dass das Geschäft in den Bereich fällt, in dem der Betroffene geschäftsunfähig ist,¹⁸⁶⁴ bzw. dass die Krankheit den Inhalt des Rechtsgeschäfts möglicherweise beeinflusst hat.¹⁸⁶⁵

Gegen ein strengeres Kausalitätserfordernis, welches darauf abstellte, dass sich die geistige Störung im Geschäft auch inhaltlich niederschlagen müsste, spricht, dass das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit nicht eine bestimmte Willensentscheidung absichern soll, sondern nur die Möglichkeit zur freien Willensentscheidung.¹⁸⁶⁶ Zudem dürfte ein solches Kausalitätserfordernis die Beweisführung desjenigen, der sich auf die Geschäftsunfähigkeit beruft, erheblich erschweren, sodass es wesentlich schwieriger würde, die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften herbeizuführen. Dies widerstrebt dem Schutz nicht voll Handlungsfähiger, denen die Regelungen der Geschäftsunfähigkeit aber gerade

¹⁸⁶² OGH, 22.6.1995, 8 Ob A 223/95 = DRdA 1996, S. 224 (225) m. Anm. *Dullinger*; OGH, 24.10.2012, 8 Ob 102/12a.

¹⁸⁶³ *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (162).

¹⁸⁶⁴ So für die gegenständlich begrenzte Geschäftsunfähigkeit *Welser* NZ 1987, S. 169 (170f.); so wohl auch *Nachtschatt* 2019, S. 159, die sich bei der Frage, ob eine geistige Behinderung das Geschäft „tangiert“, mit einem strengen Kausalitätserfordernis gar nicht befasst, sondern von vornherein nur darauf abstellt, dass die Beeinträchtigung eine gewisse Intensität haben müsse, sodass die Person die Tragweite nicht verstehe.

¹⁸⁶⁵ *Welser* NZ 1987, S. 169 (171).

¹⁸⁶⁶ *Welser* NZ 1987, S. 169 (171); siehe auch *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (162): Es gehe um die Fähigkeit, sich bewusst für ein ggfs. auch unvernünftiges Geschäft entscheiden zu können, nicht aber um die Vernünftigkeit des Geschäfts per se.

dienen.¹⁸⁶⁷ Nichtsdestoweniger stellt der OGH aber wie gesehen vereinzelt zur Bekräftigung der Geschäftsfähigkeit dennoch darauf ab, dass das Geschäft zu dem inhaltlich nicht ungewöhnlich ist.¹⁸⁶⁸

3. Schlussfolgerungen

a) Keine starren Kriterien

Dass die „partielle Geschäftsunfähigkeit“ von Rechtsprechung und dem Großteil der österreichischen Literaturvertreter anerkannt ist, bedeutet jedoch nicht, dass sie deswegen vollständig unumstritten ist. So regt sich vereinzelt Widerstand unter Verweis auf die deutsche Rechtsprechung und Rechtsliteratur: Der Verkehrsschutz stehe dieser „partiellen Geschäftsunfähigkeit“ entgegen.¹⁸⁶⁹ Sie führe zu Rechtsunsicherheit und zu einer Verwischung der Grenze zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit.¹⁸⁷⁰ Denn wie solle schon ernsthaft zwischen einer unbeachtlichen „bloßen Intelligenzminderung“ einerseits und einer beachtlichen geistigen Behinderung andererseits unterschieden werden?¹⁸⁷¹ Auch sei nicht einzusehen, weshalb der Vorrang des Behindertenschutzes vor den Interessen des Rechtsverkehrs ein unumstößliches Prinzip sein sollte. Vielmehr handle es sich dabei lediglich um eine Zweifelsregelung.¹⁸⁷²

Wer die „partielle Geschäftsunfähigkeit“ befürwortet, betont demgegenüber naturgemäß gerade den Vorrang des Schutzes nicht voll Handlungsfähiger gegenüber Verkehrsschutzinteressen.¹⁸⁷³ Im Übrigen sei der Unterschied zur gegenständlich begrenzten Geschäftsfähigkeit, die auch die Kritiker der „partiellen Geschäftsunfähigkeit“ anerkennen, im Ergebnis nicht so groß: Denn es sei doch auch bei Anerkennung einer „partiellen Geschäftsunfähigkeit“ eine Person, die für ein bestimmtes Geschäft geschäftsunfähig sei, de facto auch für andere Rechtsgeschäfte desselben Bereichs ebenso geschäftsunfähig.¹⁸⁷⁴ Dass sich Gerichte dabei stets nur zur Geschäftsunfähigkeit in Bezug auf ein konkretes Geschäft äußerten, liege in der Natur der Sache, da es im Prozess immer nur um die Wirksamkeit eines bestimmten Geschäfts gehe.¹⁸⁷⁵ Und schließlich müsse auch die Lehre von der absoluten Geschäftsunfähigkeit stets die alles andere als leicht zu bestimmende Unterscheidung treffen, ob eine Person noch ge-

¹⁸⁶⁷ Welser NZ 1987, S. 169 (171).

¹⁸⁶⁸ OGH, 27.10.1976, 10 b 748/76 = JBl. 1977, S. 537 (539). Siehe auch bereits oben bei Fn. 1852.

¹⁸⁶⁹ Dullinger ÖJZ 1996, S. 226 (226 f.).

¹⁸⁷⁰ Dullinger ÖJZ 1996, S. 226 (227).

¹⁸⁷¹ Dullinger ÖJZ 1996, S. 226 (227).

¹⁸⁷² Dullinger ÖJZ 1996, S. 226 (227).

¹⁸⁷³ Steinbauer ÖJZ 1985, S. 425 (428); diesen Vorrang auch betonend Bydlinski ÖJZ 2018, S. 941 (949); Dullinger und Eliskases JBl 2017, S. 481 (482).

¹⁸⁷⁴ Fischer-Czermak NZ 2004, S. 302 (305).

¹⁸⁷⁵ Fischer-Czermak NZ 2004, S. 302 (305 f.).

schäftsfähig sei oder nicht, ob also eine geistige Beeinträchtigung bereits ausreichend sei oder nicht. Auch dies gehe mit Rechtsunsicherheit einher, da dies stets ein Sachverständiger im Streitfall klären müsse.¹⁸⁷⁶

Eine endgültige Entscheidung für oder gegen die relative Geschäftsfähigkeit erfolgt erst an späterer Stelle,¹⁸⁷⁷ aber es ist den Kritikern der „partiellen Geschäftsunfähigkeit“ an dieser Stelle zumindest insofern zuzugeben, dass der Reichweite dieser abgestuften Geschäftsunfähigkeit jedenfalls keine konkretisierbaren Grenzen gezogen sind. Dem Geschäftsunfähigkeitsrecht liegt vielmehr ein „bewegliches System“ zugrunde.¹⁸⁷⁸ Starre Richtlinien, die eine „mechanische Subsumtion“ ermöglichen würden, gibt es dabei nicht.¹⁸⁷⁹

Um die zu Beginn des Kapitels herausgearbeiteten Fallgruppen nochmals zu bemühen, ist jedenfalls festzuhalten, dass Personen der Fallgruppe 2 grundsätzlich nicht durch das Modell relativer Geschäftsunfähigkeit geschützt sind, da Geschäftsunfähigkeit noch nicht deswegen gegeben ist, weil eine Person nur einzelvertragliche Regelungen nicht mehr versteht. Vielmehr geht es um das Verständnis von „Kern“, „Bedeutung“, „Tragweite“, „Auswirkung“ oder „Wesen“, sodass die relative Geschäftsunfähigkeit aber zumindest Personen der Fallgruppen 1 und 3 zugutekommt. Da sich das Konzept der „partiellen Geschäftsunfähigkeit“ aber nicht auf das Nichtverstehen von klar vorgegebenen Bestandteilen des Geschäfts oder sonstigen Umständen oder Folgen unterbrechen lässt, geht es im Ergebnis nicht strikt darum, ob der Betroffene eine oder zwei Rechtsfolgen des von ihm getätigten Rechtsgeschäfts nicht überblickt, auch nicht darum, ob es sich dabei um unmittelbare oder mittelbare Rechtsfolgen handelt, und auch nicht darum, ob es sich wirklich um *Rechtsfolgen* oder nicht doch eher um eine Fehleinschätzung oder Verkennung der *wirtschaftlichen* Folgen handelt. Die Begriffe „Kern“, „Bedeutung“, „Tragweite“, „Auswirkung“ oder „Wesen“ bleiben daher wertungs offen, was aber Vorzüge hat:

Es geht im Ergebnis um das Verstehenkönnen der Aspekte, die als so bedeutend und einschneidend zu werten sind, dass es nicht gerechtfertigt erscheint, den Betroffenen an das Geschäft zu binden, wenn er diese Aspekte nicht überblickt hat oder nicht in der Lage ist, sich hierzu Gedanken zu machen. Je bedeutender das Geschäft ist, also je gefährlicher dieses ist oder je erheblicher die wirtschaftlichen Folgen sind, umso weitreichender ist das zu fordernde Verständnis, denn desto mehr Aspekte sind vom Verstehenmüssen erfasst, bis hin zur Fähigkeit, „planerisch in die Zukunft zu denken“.¹⁸⁸⁰ Entsprechend steigen dabei auch die Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit, also an die erforderli-

¹⁸⁷⁶ Bernat ZfRV 2005, S. 163 (165).

¹⁸⁷⁷ Siehe unten unter 3. Kapitel E.

¹⁸⁷⁸ Siehe bereits oben bei Fn. 1831.

¹⁸⁷⁹ Zu diesem Ausdruck im Zusammenhang mit dem Irrtumsrecht Bydlinski, in: Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, S. 113 (126 Fn. 36).

¹⁸⁸⁰ Siehe oben bei Fn. 1859.

chen kognitiven Fähigkeiten.¹⁸⁸¹ Diese Wertungsoffenheit schafft Raum für Einzelfallgerechtigkeit und verhindert sowohl zu weitgehende Eingriffe in die Handlungsfreiheit – Schutz dort, wo er nicht notwendig wäre – als auch das Entstehen von Schutzlücken – kein Schutz, obwohl er notwendig wäre.

Zu guter Letzt sei auf zwei wesentliche Punkte hingewiesen, die im österreichischen Recht ungeklärt bleiben. Ist für ein konkretes Geschäft abgesteckt, welcher Aspekte sich eine Person bewusst sein muss, um als geschäftsfähig für dieses Geschäft zu gelten, so bleibt unklar, wie ausgeprägt ihre Unfähigkeit, diese Aspekte zu verstehen, sodann sein muss, um sie als geschäftsunfähig zu behandeln. Es ist so auch der Rechtsprechung des OGH nicht einheitlich zu entnehmen, ob diese Fähigkeit ausgeschlossen sein muss oder ob es genügt, dass sie nur (erheblich?) beeinträchtigt ist. Außerdem bleibt die Frage unbeantwortet, ob Geschäftsunfähigkeit nur dann vorliegt, wenn sich eine Person ihrer jeweiligen Unfähigkeit unbewusst ist.

b) Verhältnis zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit in sonstigen Schutzvorschriften

Die beeinträchtigte bzw. ausgeschlossene Entscheidungsfähigkeit spielt nicht nur für Geschäftsfähigkeit eine Rolle, sondern das österreichische Recht kennt auch im Rahmen sonstiger Schutznormen weitere Abstufungen beeinträchtigter Entscheidungsfähigkeit. Dabei besteht die Schwierigkeit, wie zwischen den verschiedenen Kategorien „besonderer Entscheidungsunfähigkeit“ und damit den unterschiedlichen Schutzvorschriften zu unterscheiden ist.

So greift das Institut der gewählten Erwachsenenvertretung in § 264 ABGB¹⁸⁸² beispielweise dann ein, wenn der Betroffene einerseits nicht mehr in der Lage sei, eine Vorsorgevollmacht zu erstellen, weil er mit anderen Worten in Bezug auf diesen Rechtsakt geschäftsunfähig ist. Gleichzeitig muss er aber, damit er das Instrument der gewählten Erwachsenenvertretung nutzen kann, also eine ihm nahestehende Person als Vertreter auswählen kann, immer noch in der Lage sein, dem Gesetzeswortlaut entsprechend „Bedeutung und Folgen“ der Vertretung „in Grundzügen“ zu verstehen, womit die kognitive Komponente der Entscheidungsfähigkeit, also die Einsichtsfähigkeit, angesprochen ist. Wie ist nun aber die Restfähigkeit, etwas „in Grundzügen“ zu verstehen, von der für

¹⁸⁸¹ Siehe bereits oben ab Fn. 1830.

¹⁸⁸² „Soweit eine volljährige Person ihre Angelegenheiten aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht für sich selbst besorgen kann, dafür keinen Vertreter hat und eine Vorsorgevollmacht nicht mehr errichten kann, aber noch fähig ist, die Bedeutung und Folgen einer Bevollmächtigung in Grundzügen zu verstehen, ihren Willen danach zu bestimmen und sich entsprechend zu verhalten, kann sie eine oder mehrere ihr nahe stehende Personen als Erwachsenenvertreter zur Besorgung dieser Angelegenheiten auswählen.“

Geschäftsfähigkeit erforderlichen Einsichtsfähigkeit, also dem Verstehen des Rechtsakts „im Kern“ oder von dessen „Tragweite“, abzugrenzen?

Letztlich geht es um Abstufungen, die sich nur schwer abstrakt umgrenzen lassen. So wird im Zusammenhang mit § 264 ABGB auf die Grundsätze der Rechtsprechung zur Vertretung in Sachwalterschaftsverfahren im alten Recht zurückgegriffen: Hiernach konnte eine Person, für die eine Sachwalterbestellung im Raum stand, einen Vertreter dennoch bestimmen, auch wenn sie keine gültigen Vollmachten mehr erteilen konnte, „soweit ihr nicht völlig die Vernunft fehlt und sie den Zweck der Vollmachtserteilung erkennen kann.“¹⁸⁸³

Alternativ wird beim Verstehen „in Grundzügen“ auf ein Verstehen der rein tatsächlichen und unmittelbaren Umstände abgestellt. So müsse eine Person nur (rudimentär) verstehen, wen sie wähle, und dass diese Person für sie handeln könne.¹⁸⁸⁴ Nicht gefordert wird hingegen, um ein bereits gebrachtes Zitat nochmals zu bemühen, dass eine Person „die zu beurteilende Problemstellung an sich, die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, die damit verbundenen Vor- und Nachteile und die Auswirkung der Entscheidung auf ihre Lebenssituation erkennen und verstehen kann.“¹⁸⁸⁵

Auch § 865 Abs. 2 ABGB setzt eine „besondere Kategorie“ der Entscheidungsfähigkeit voraus. So kann nach § 865 Abs. 2 ABGB auch eine geschäftsunfähige Person solche Willenserklärungen annehmen, die ihr bloß Vorteile bringen.¹⁸⁸⁶ Ihre Entscheidungsfähigkeit ist also einerseits nicht hinreichend ausgeprägt, um ihr noch Geschäftsfähigkeit attestieren zu können, andererseits muss sie aber immer noch ein gewisses Mindestmaß an kognitiven Fähigkeiten aufbringen, um überhaupt eine ihre zurechenbare Annahme i. S. d. § 865 Abs. 2 ABGB erklären zu können: Dies wird so interpretiert, dass sie zumindest den natürlichen Willen des „Haben-Wollens“ zum Ausdruck bringen können müsse.¹⁸⁸⁷ Ihre kognitiven Fähigkeiten müssten also zumindest dafür ausreichen, um den tatsächlichen Vorgang (beispielsweise: Jemand möchte mir etwas schenken) erkennen und der Willensbildung zugrunde legen zu können.¹⁸⁸⁸ Von Abgrenzungsschwierigkeiten abgesehen, stellt sich im Detail dabei aber natürlich die Frage, ob ein solch rudimentärer Wille bei Schenkungen nicht ohnehin bereits für Geschäftsfähigkeit genügt, jedenfalls sofern sich die „Tragweite“, die es

¹⁸⁸³ OGH, 28.6.2018, 6 Ob 99/18d; zur Übertragung dieser Kriterien auf § 264 ABGB: *Fritz*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 659 (665).

¹⁸⁸⁴ Zu diesen Voraussetzungen des § 264 ABGB: *Fritz*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 659 (665).

¹⁸⁸⁵ So aber zur Geschäftsfähigkeit *Weitzenböck*, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, S. 691 (706); *Schwimann/Kodek/Band 1-Weitzenböck* 2018, § 24 ABGB Rn. 8. Siehe bereits oben bei Fn. 1848.

¹⁸⁸⁶ Hierzu noch weiter unten unter 4. Kapitel B.II.1.c)aa)(2).

¹⁸⁸⁷ *Kletečka/Schauer-Fischer-Czermak*, § 865 ABGB Rn. 9; *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (66).

¹⁸⁸⁸ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (66).

zu verstehen gilt, auf den Prozess des Bekommens beschränkt. Um § 865 Abs. 2 ABGB einen eigenen Anwendungsbereich zu geben, dürften damit sogar gar keine besonderen geistigen Anforderungen gestellt werden.¹⁸⁸⁹

Und auch im Bereich der Sittenwidrigkeit spielt der Zustand eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit eine Rolle. So ist ein Vertrag nach § 879 Abs. 2 Nr. 4 ABGB insbesondere dann sittenwidrig, „wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.“

Der in § 879 Abs. 2 Nr. 4 ABGB genannte Wuchertatbestand hat entsprechend drei Voraussetzungen: Es braucht erstens ein auffallendes – objektives – Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses; zweitens eine sog. „unwirtschaftliche Eigenschaft“ des Bewucherten, welche im Gesetz beispielhaft aufgezählt sind und den Bewucherten daran hindern, seine Interessen entsprechend wahrzunehmen; drittens die Ausbeutung durch den Bewucherten, die darin besteht, die durch die anderen beiden Voraussetzungen entstandene, für ihn günstige und für den Partner ungünstige Lage auszunutzen, ohne dass er zur Herbeiführung dieser Lage etwas beigetragen haben müsste.¹⁸⁹⁰

Die genannten „unwirtschaftlichen Eigenschaften“, also die Fälle gestörter Willensbildung, die den Betroffenen daran hindern, seine Interessen wahrzunehmen,¹⁸⁹¹ sind unterhalb der Schwelle der Geschäftsunfähigkeit angesiedelt.¹⁸⁹² So stellt insbesondere die „Verstandesschwäche“ ein Minus zur Geschäftsunfähigkeit dar.¹⁸⁹³ Verstandesschwäche und Entscheidungsunfähigkeit i. S. v. Geschäftsunfähigkeit unterscheiden sich also hinsichtlich der Intensität. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass für die Verstandesschwäche kein pathologischer Zustand erforderlich ist.¹⁸⁹⁴

Der für die Sittenwidrigkeit zu fordernde Grad der Verstandesschwäche lässt sich, ebenso wie die Geschäftsunfähigkeit, nicht starr bestimmen, sondern die Äquivalenzstörung i. S. d. objektiven Missverhältnisses und die „unwirtschaftliche Eigenschaft“ sind, wiederum nicht anders als bei der Geschäftsunfähigkeit, als bewegliches System zu verstehen: Je gravierender die Beeinträchtigung der Willensbildung ist, desto geringer kann die Äquivalenzstörung ausfallen und umgekehrt.¹⁸⁹⁵ Feststeht aber, dass jedenfalls das Vorliegen einer wucher-

¹⁸⁸⁹ Siehe auch noch unten unter 4. Kapitel B.IV.2.f).

¹⁸⁹⁰ OGH, 12.5.1971, 7 Ob 56/71.

¹⁸⁹¹ OGH, 27.5.1998, 3 Ob 2199/96w; OGH, 12.5.1971, 7 Ob 56/71.

¹⁸⁹² Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 879 ABGB Teil 2 Rn. 26.

¹⁸⁹³ OGH, 3.11.1970, 8 Ob 253/70; Rummel/Lukas-Krejci 2014, § 879 ABGB Rn. 353.

¹⁸⁹⁴ OGH, 27.1.1954, 3 Ob 816/53: beispielsweise kein „pathologischer“ Leichtsinn erforderlich.

¹⁸⁹⁵ Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger und Bydlinski 2020, § 879 ABGB Rn. 18.

tatbestandlichen Willensbildungsstörung allein für die Annahme von Sittenwidrigkeit nicht genügt.¹⁸⁹⁶ Wie im deutschen Recht ist die Sittenwidrigkeit daher primär Mittel der Inhaltskontrolle, nicht der Abschlusskontrolle.¹⁸⁹⁷ Anders als im deutsche Recht wird die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit im Übrigen nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern muss geltend gemacht werden.¹⁸⁹⁸ Insofern ist die Schutzintensität des Geschäftsunfähigkeitsrechts höher, im Übrigen auch deswegen, weil das Ausnutzen, wie im deutschen Recht, zwingend erfordert, dass der Vertragspartner die „wirtschaftliche Eigenschaft“ erkennt.

Wie schwer sich Verstandesschwäche i.S.v. § 879 Abs.2 Nr.4 ABGB und „partielle Geschäftsunfähigkeit“ i.S.v. § 865 Abs.1 S.2 ABGB im Ergebnis nur trennen lassen, zeigt folgende Entscheidung: So ging der OGH¹⁸⁹⁹ von einer Verstandesschwäche der Klägerin aus, als diese ein Grundstück veräußert hatte und ihr nicht bewusst gewesen war, dass sie dieses weit unter dem Verkehrswert veräußerte. Sie habe, was ihre sofortige und kritiklose Annahme des zu niedrigen Kaufpreisangebots zeige, nicht die Verstandeskkräfte, wie sie bei einem Durchschnittsmenschen vorlägen, sondern ihr Geisteszustand entspreche dem eines Minderjährigen im Alter zwischen 10 und 15 Jahren, also demjenigen einer Person, die zumindest schwierige Angelegenheiten, wie den vorliegenden Grundstücksverkauf, mangels geistiger Reife und Erfahrung noch nicht selbst befriedigend besorgen. Der OGH befasste sich nicht weiter mit einer möglichen Geschäftsunfähigkeit – auch die weiteren Voraussetzungen des Wuchertatbestands lagen vor – und merkte lediglich an, dass es für den Wuchertatbestand unerheblich sei, weshalb es noch nicht zu einer – im Jahre 1970 noch vorgesehenen – beschränkten Entmündigung gekommen sei, zumal die für den Wuchertatbestand erforderliche Verstandesschwäche ohnehin einen minderen Grad aufweisen könne als derjenige, der für eine beschränkte Entmündigung Voraussetzung sei. Im vorliegenden Fall hätte das Ausmaß der Verstandesschwäche aber eigentlich für eine beschränkte Entmündigung bzw. „partielle Geschäftsunfähigkeit“¹⁹⁰⁰ genügen müssen: Schließlich soll „partielle Geschäftsunfähigkeit“ gerade dann in Betracht kommen, wenn ein Volljähriger den geistigen Zu-

¹⁸⁹⁶ Rummel/Lukas-Krejci 2014, § 879 ABGB Rn.345.

¹⁸⁹⁷ Siehe auch Koziol/Bydlinski/Bollenberger und Bydlinski 2020, § 879 ABGB Rn. 20: Für die Unwirksamkeit nach § 865 Abs. 1, Abs. 3 ABGB sei nur auf die persönlichen Eigenschaften des Betroffenen abzustellen, während die Sittenwidrigkeit zusätzlich nur bei Vorliegen bestimmter Vertragsinhalte und einem bestimmten Verhalten des Vertragspartners gegeben sei.

¹⁸⁹⁸ Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 879 ABGB Teil 3 Rn.49; so ausdrücklich zum wegen Wucher sittenwidrigen Geschäft OGH 27.5.1988, 3 Ob 2199/96w.

¹⁸⁹⁹ OGH, 3.11.1970, 8 Ob 253/70.

¹⁹⁰⁰ Auch vor Ausspruch einer an sich konstitutiv wirkenden beschränkten Entmündigung konnte „partielle Geschäftsunfähigkeit“ vorliegen: OGH, 2.3.1960, 3 Ob 62/60 = JBl. 1960, S. 558.

stand eines beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen hat¹⁹⁰¹ bzw. schwierige Angelegenheiten nicht erledigt werden können.

II. Die relative Geschäftsfähigkeit im Schweizer Recht

1. Handlungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit – Urteilsfähigkeit

Gemäß Art. 12 ZGB haben Personen, die handlungsfähig sind, die Fähigkeit, durch ihre Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen. Zur Handlungsfähigkeit gehört insbesondere Geschäftsfähigkeit, also die Fähigkeit, verbindlich rechtsgeschäftliche Handlungen vorzunehmen.¹⁹⁰² Die Handlungsfähigkeit und damit auch Geschäftsfähigkeit als Teilaspekt der Handlungsfähigkeit besitzt nach Art. 13 ZGB, wer volljährig und urteilsfähig ist. Urteilsfähigkeit ist auch Voraussetzung für die „besonderen Geschäftsfähigkeiten“ der Testierfähigkeit, Art. 467 ZGB, sowie der Ehefähigkeit nach Art. 94 ZGB.¹⁹⁰³ Die Urteilsfähigkeit wird wiederum in Art. 16 ZGB definiert: Urteilsfähig „ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.“

Nimmt eine urteilsunfähige Person ein Rechtsgeschäft vor, ist dieses nichtig, Art. 18 ZGB, wobei für Verfügungen von Todes wegen eine Ausnahme gilt: Diese sind nur anfechtbar, § 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. An diesen Rechtsfolgen, insbesondere an der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften unter Lebenden, ändert sich auch nichts dadurch, dass eine Person unter Beistandschaft i. S. d. Art. 393 ff. ZGB steht: Dieses Instrument des Erwachsenenschutzes begründet keine beschränkte Geschäftsfähigkeit.¹⁹⁰⁴ Wie auch das deutsche und das österreichische Recht nimmt das Schweizer Recht bei Handlungsunfähigkeit einer Person zudem grundsätzlich keine Rücksicht auf das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Bestand der Rechtsgeschäfte: Der gute Glaube an die Handlungsfähigkeit ist nicht geschützt.¹⁹⁰⁵ Die Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit müsse hin genommen werden, wolle man nicht den Schutz der Handlungsunfähigen aufweichen.¹⁹⁰⁶ Nur wer die Folgen seines Handelns erkennen und sich zu zielge-

¹⁹⁰¹ Siehe oben bei Fn. 1821.

¹⁹⁰² Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 12 ZGB Rn. 3.

¹⁹⁰³ Zu den Anforderungen der Ehefähigkeit BGE 109 II 273 E.3 S. 276.

¹⁹⁰⁴ Die Person ist nur dann beschränkt handlungsfähig (Art. 19 ff. ZGB), sodass sie grundsätzlich nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handeln kann, wenn durch Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB) oder umfassende Beistandschaft (Art. 398) zwar die *Handlungsfähigkeit* eingeschränkt wird, also nur für bestimmte Bereiche (Art. 396 Abs. 1 und 2 ZGB) bzw. vollständig entzogen wird (Art. 398 Abs. 3 ZGB), die Person aber dennoch *urteilsfähig* ist. Wichtig ist, dass durch Beistandschaft stets nur die *Handlungsfähigkeit* entzogen wird, nicht aber die *Urteilsfähigkeit*, siehe BGer, 21.5.2013, 5A_88/2013, E.2.1.

¹⁹⁰⁵ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Vorbem. vor Art. 12–19d ZGB Rn. 54.

¹⁹⁰⁶ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Vorbem. vor Art. 12–19d ZGB Rn. 55.

richtetem Verhalten entschließen könne, solle die Konsequenzen seines Tuns tragen müssen.¹⁹⁰⁷

2. Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit

a) „geistige Behinderung, psychische Störung, Rausch oder ähnliche Zustände“

Auch im Schweizer Recht ist rechtsgeschäftliche Handlungsunfähigkeit nur anzunehmen, wenn die fehlende Urteilsfähigkeit auf objektivierbaren physiologischen bzw. psychischen Ursachen beruht.¹⁹⁰⁸ Das ZGB unterscheidet zwischen „geistiger Behinderung“, „psychischer Störung“, „Rausch“ und „ähnlichen Zuständen“.

Dabei hat im Zuge der Revision des Erwachsenenschutzrechts der Begriff der „geistigen Behinderung“ den der „Geistesschwäche“ ersetzt, wobei in inhaltlicher Hinsicht keine Änderungen beabsichtigt waren. Es sollten lediglich stigmatisierende Begriffe abgeschafft werden.¹⁹⁰⁹ Unter einer geistigen Behinderung sind angeborene oder erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade zu verstehen.¹⁹¹⁰ Auch der Begriff der „psychischen Störung“ ist neu und an die Stelle der „Geisteskrankheit“ getreten.¹⁹¹¹ Dieser Begriff umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie, also Psychosen und Psychoopathien, gleich, ob sie körperlich begründbar sind oder nicht. Hierunter fallen auch Demenzen.¹⁹¹² Ob Suchtkrankheiten ebenfalls unter die psychische Störung fallen, braucht nicht entschieden zu werden, da sie zumindest vom Auffangbegriff des „ähnlichen Zustands“ erfasst sind.¹⁹¹³ Dieser Auffangtatbestand bezweckt zudem den Schutz Betagter, bei denen gleiche Defizite wie bei Menschen mit einer geistigen Behinderung oder psychischen Störung auftreten, weil beispielsweise, ohne dass eine Demenz vorläge, ihre Entschlusskraft verlangsamt und beeinträchtigt ist oder sie leichter beeinflussbar sind.¹⁹¹⁴ Die altersbe-

¹⁹⁰⁷ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Vorbem. vor Art. 12–19d ZGB Rn. 11; *Haus-
beer und Aebi-Müller* 2020, S. 47 Rn. 141.

¹⁹⁰⁸ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 83.

¹⁹⁰⁹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 28.6.2006, S. 7043, 7094. Entsprechend kann inhaltlich auf die Literatur und Rechtsprechung zur alten Rechtslage zurückgegriffen werden, siehe Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 98.

¹⁹¹⁰ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 28.6.2006, S. 7043.

¹⁹¹¹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 28.6.2006, S. 7043, 7094.

¹⁹¹² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 28.6.2006, S. 7043.

¹⁹¹³ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 28.6.2006, S. 7043.

¹⁹¹⁴ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 28.6.2006, S. 7043; Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 96, 108; BGer, 7.11.2017, 5A_272/2017, E. 5.4.

dingte Verminderung der Geisteskräfte gilt als eine der häufigsten Ursachen der Urteilsunfähigkeit und wird im Übrigen vom Umfeld des Betroffenen häufig nicht erkannt.¹⁹¹⁵ Nichtsdestoweniger gilt auch für alte Leute die Vermutung der Urteilsfähigkeit.¹⁹¹⁶

Schwere somatische Erkrankungen sind im Übrigen nur relevant, wenn sie sich auf die geistigen Fähigkeiten einer Person auswirken. Die bloße Einschränkung der Äußerungsfähigkeit genügt nicht; hier sind Wege zu suchen, die Kommunikationshindernisse zu beseitigen.¹⁹¹⁷ Der Begriff des Rauschs zu guter Letzt erfasst vorübergehende toxische Bewusstseinsstörungen.¹⁹¹⁸

b) Fähigkeit, vernunftgemäß zu handeln

aa) Das relative Verständnis der Urteilsfähigkeit

Das Schweizer Recht kennt keine abstrakte Feststellung der Urteilsfähigkeit. Diese ist vielmehr stets in Bezug auf eine konkrete Handlung zu beurteilen und folglich relativ.¹⁹¹⁹ Die Relativität der Urteilsfähigkeit wird dabei in Rechtsprechung und Literatur ganz selbstverständlich angenommen. So heißt es ausdrücklich: „Aus dem Gesetzestext lässt sich der Grundsatz der Relativität nicht zwingend ableiten; er ist indessen in der Tradition verwurzelt, sachlogisch überzeugend und in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, sodass kein Anlass besteht, ihn in Frage zu stellen.“¹⁹²⁰ Die Anwendung des Relativitätsprinzips wird gar strikt eingefordert, um durch möglichst differenzierte Betrachtung des jeweiligen Sachverhalts der Würde und Selbstbestimmung des Individuums Rechnung zu tragen, indem möglichst weitgehend Bereiche eigener Handlungsfähigkeit erhalten bleiben.¹⁹²¹

¹⁹¹⁵ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 96.

¹⁹¹⁶ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 96.

¹⁹¹⁷ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 109.

¹⁹¹⁸ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 28.6.2006, S. 7094; Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 104.

¹⁹¹⁹ BVerwGer, 4.10.2016, B-565/2015, E.7.2; BGE 134 II 235 E.4.3.2 S.239; BGer, 21.5.2013, 5A_88/2013, E.2.1; BGE 124 III 5 E.1.a) S.8 und E.4.c)bb) S.16; BGE 117 II 231 E.2.a) S.232; ebenso die Literatur, siehe nur *Rabel* RheinZ 1912, S. 135 (147); Zürcher Kommentar-Egger 1930, Art. 16 ZGB Rn. 6; *Bucher* 1999, S. 17 f. Rn. 83 ff.; Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser 2022, Art. 12 ZGB Rn. 8, Art. 16 ZGB Rn. 34; *Wolf und Krebs*, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (32, 49 ff.). Die Relativität der Urteilsfähigkeit ebenso selbstverständlich annehmend *Binder* 1964, S. 31: Es gebe keine Urteilsfähigkeit schlechthin.

¹⁹²⁰ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 114. Vgl. auch *Egger*, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstag, S. 711 (714): „An diesen Unterschieden [zum deutschen BGB] muss es liegen, für das schweizerische Recht von keiner Seite eine Kritik wie an den einschlägigen Bestimmungen des BGB geübt und von niemand eine Gesetzesänderung verlangt wird.“ [Einschub durch Autorin].

¹⁹²¹ *Gutzwiller* AJP 2008, S. 1223 (1223). Dabei ist allerdings zu beachten, dass ein relatives

Relativität bedeutet, dass folglich zum einen für jedes einzelne Geschäft die erforderlichen Mindestanforderungen an Urteilsfähigkeit bestimmt werden und zum anderen die konkreten Fähigkeiten des Einzelnen bewertet werden müssen.¹⁹²² Dabei gibt es keine formal anwendbaren Grundsätze oder Regeln,¹⁹²³ es geht nicht um bloße logische Schlussfolgerungen, sondern um ein Werturteil.¹⁹²⁴ Insbesondere kann beispielsweise nicht ab einer medizinisch definierten Stufe der Demenz die Urteilsfähigkeit pauschal abgesprochen werden.¹⁹²⁵ Es muss also in jedem Einzelfall wertend festgestellt werden, ob das Maß an Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln ausreicht, um einer Person ihr Verhalten selbstverantwortlich zuzurechnen.¹⁹²⁶

Da die Urteilsfähigkeit bzw. die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit also je nach vorgenommener Rechtshandlung variieren können, kann Urteilsfähigkeit in Bezug auf Alltagsgeschäfte bzw. einfachere Geschäfte vorliegen, gleichzeitig aber für anspruchsvollere Geschäfte fehlen.¹⁹²⁷ Maßgeblich dafür, ob die bei einer Person vorhandenen geistigen Fähigkeiten für eine konkrete Rechtshandlung ausreichen, sind zum einen die Komplexität und zum anderen die Tragweite dieses Rechtsaktes.¹⁹²⁸

Je bedeutender oder je schwerer überschaubar also die Auswirkungen eines Geschäfts sind oder je komplexer dessen Inhalt ist, desto höhere Anforderungen sind an die Urteilsfähigkeit zu stellen.¹⁹²⁹ Beide Kriterien können sich aber

Verständnis von Geschäftsunfähigkeit die Handlungsfähigkeit intensiver beschneidet als ein absolutes Verständnis, jedenfalls dann, wenn das absolute Verständnis, der h.M. im deutschen Recht entsprechend dazu führt, dass eine Person so lang noch voll geschäftsfähig ist, wie sie einfache Geschäfte noch verstehen kann.

¹⁹²² Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 14; so bereits auch *Binder* 1964, S. 33f.

¹⁹²³ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 14ff.

¹⁹²⁴ *Pedrazzini und Oberholzer* 1993, S. 64.

¹⁹²⁵ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 17.

¹⁹²⁶ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 14; *Pedrazzini und Oberholzer* 1993, S. 64: Der Richter müsse für jeden Einzelfall aufgrund der gesamten subjektiven Umstände die Selbstverantwortlichkeit des Handelnden abklären.

¹⁹²⁷ BGE 124 III 5 E.1.a) S. 8 und E.4.c)bb) S. 16: z. B. für anspruchsvolle Geschäfte wie Testamente, insbesondere, wenn diese komplizierte Verfügungen beinhalten. Ebenso *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 63 Rn. 195; *Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser* 2022, Art. 16 ZGB Rn. 35f.; *Egger*, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstag, S. 711 (714); *Binder* 1964, S. 32 mit Beispielen, bei welchen Geschäften erhöhte bzw. weniger hohe Anforderungen zu stellen sind; *Bucher* 1999, S. 17 Rn. 83; *Gerber*, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'inaptitude, S. 284 (296).

¹⁹²⁸ BVerwGer, B-565/2015, 7.2; BGE 124 III E.1.a) S. 8; Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 14, 115f.; *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 63 Rn. 195; *Wolf und Krebs*, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (49ff.); *Bucher* 1999, S. 17 Rn. 83: abhängig von Natur und Bedeutung der konkreten Handlung.

¹⁹²⁹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 116; *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 63 Rn. 195; *Wolf und Krebs*, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (49f.); siehe auch BVerwGer, B-565/2015, 7.2: Je bedeutender die Auswirkungen, desto höher die Anforderungen.

auch ausgleichen: So hat auch ein komplexes Geschäft umso eher Bestand, je geringer seine Auswirkungen und (insbesondere) finanziellen Risiken sind.¹⁹³⁰ Letztlich sollen immer dort, wo der Schutz des Handelnden es erfordert, strenge Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen sein.¹⁹³¹ Es ist im Ergebnis bei der Frage, ob eine Person in einer bestimmten Situation urteilsfähig war oder nicht, entscheidend, ob es in der konkreten Situation gerecht erschiene, den Betroffenen an seiner Handlung festzuhalten.¹⁹³²

So sind beispielsweise die Anforderungen für Geschäfte des täglichen Lebens geringfügig, weil Geschäfte des täglichen Lebens zum einen leicht nachvollziehbar sind und zum anderen nur geringfügige Auswirkungen haben.¹⁹³³ Dies gilt auch für die Entgegennahme einer Schenkung, die auf dem Beschenkten bekannten Verhaltensmustern beruht und lediglich die „primitive“ Vorstellung des „Bekommens“ erfordert.¹⁹³⁴ Zu den einfachen Rechtshandlungen gehört auch die Begründung eines Wohnsitzes oder die Beauftragung eines Anwalts.¹⁹³⁵ Die Anforderungen an die Verstandeskraft sind dabei nicht nur deswegen gering, weil es bei einfachen Rechtshandlung mit geringer Tragweite nur wenige und eben nur einfache Tatsachen zu erfassen und zu begreifen gibt,¹⁹³⁶ sondern auch, weil nicht notwendig ist, dass die Person die nötigen Entscheidungsgrundlagen vollständig versteht.¹⁹³⁷ Nicht nur der Verständnismumfang, sondern auch die geforderte Verständnisintensität sinkt folglich, je simpler das Rechtsgeschäft ist.

Zu den komplexeren Geschäften mit weiter Tragweite, bei denen erhöhte Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen sind, gehören hingegen Eheschließungen,¹⁹³⁸ Ehe- und Erbverträge, Kaufverträge über Grundstücke¹⁹³⁹

¹⁹³⁰ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 121.

¹⁹³¹ Basler Kommentar/ZGB I-*Fankhauser* 2022, Art. 16 Rn. 35.

¹⁹³² *Binder* 1964, S. 47; im Zusammenhang mit Vorsorgeaufträgen *Gerber*, in: *Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'inaptitude*, S. 284 (321).

¹⁹³³ BVerwGer, 4.10.2016, B-565/2015, E.7.2; Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 115; Basler Kommentar/ZGB I-*Fankhauser* 2022, Art. 16 ZGB Rn. 35 f.

¹⁹³⁴ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 117.

¹⁹³⁵ Basler Kommentar/ZGB I-*Fankhauser* 2022, Art. 16 ZGB Rn. 35; zur Wohnsitzverlegung danach differenzierend, ob dahinter komplizierte Steuerplanung oder nur emotionale Verbundenheit zum neuen Wohnort stehe: *Gutzwiller* AJP 2008, S. 1223 (1227).

¹⁹³⁶ Siehe unten ab Fn. 1969 zu Beispielen, welche Aspekte eines Rechtsgeschäfts eine Person verstanden haben muss, um als urteilsfähig zu gelten. Je weiter die Tragweite und je komplexer das Geschäft, desto mehr Aspekte sind es.

¹⁹³⁷ Anschaulich Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 116: Auch wer nicht die Fähigkeit habe, die Vorzüge zwischen verschiedenen Smartphone-Modellen zu verstehen, könne wirksam ein solches erwerben. Ebenso *Aebi-Müller* *successio* 2012, S. 4 (14 mit Fn. 90).

¹⁹³⁸ Anders aber BGE 109 II 273 E.3 und E.4 S. 276 ff.: Insbesondere dann, wenn die Ehe dem weitgehend Urteilsunfähigen nütze, müssten die Anforderungen an die Ehefähigkeit stark abgesenkt werden.

¹⁹³⁹ Ebenso BGE 55 II 225 E.3 S. 228, wonach Grundstückskaufverträge hinsichtlich Inhalt und Tragweite „keineswegs als einfach“ bezeichnet werden könnten. Siehe auch *Binder*

und Gesellschaftsverträge.¹⁹⁴⁰ So kann einer Person auch im frühen Demenzstadium schon die Urteilsfähigkeit bezüglich der Frage fehlen, ob ihre GmbH in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden soll.¹⁹⁴¹ Testamente lassen sich nicht pauschal beurteilen; es kommt auf die Komplexität der Verfügung an.¹⁹⁴² Selbiges soll für Vorsorgeaufträge, die dem im deutschen Recht bekannten Instrument der Vorsorgevollmacht entsprechen, gelten: Je komplexer der Vorsorgeauftrag, desto höher die Anforderungen, wobei es auf die Komplexität der vorsorgerechtlichen Anordnungen ankommen soll, nicht auf die Komplexität der zugrunde liegenden finanziellen Verhältnisse.¹⁹⁴³ Gleichzeitig wird der Vorsorgeauftrag, durch den ein Dritter bevollmächtigt wird, ab Eintritt der Urteilsunfähigkeit die Interessen des Beauftragenden wahrzunehmen und dies mit der Personensorge sogar in sehr persönlichen Bereichen, in der Regel aber jedenfalls eine weite Tragweite beigemessen. Denn aufgrund der dann eingetretenen Urteilsunfähigkeit hat der Beauftragende, obwohl noch lebend, keine Möglichkeit mehr, diesen Auftrag wieder zurückzuziehen.¹⁹⁴⁴ Weitreichend ist die Tragweite auch bei Geschäften, durch die über großes Vermögen verfügt wird, bzw. allgemeiner gesprochen bei solchen, die einen Inhalt haben, über den nicht leichtfertig entschieden werden sollte.¹⁹⁴⁵

Zudem soll, zumindest in Grenzfällen, in denen die Urteilsfähigkeit fraglich ist, auch die Höchstpersönlichkeit des Geschäfts mit in die Bewertung, ob eine Person urteilsfähig ist oder nicht, einfließen.¹⁹⁴⁶ Je höchstpersönlicher das Geschäft ist, desto eher ist Urteilsfähigkeit anzunehmen.¹⁹⁴⁷ Auch hier steht also

1964, S. 32: Bei verklausulierten Kaufverträgen über kostspielige Objekte seien generell erhöhte Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen.

¹⁹⁴⁰ Diese Aufzählung bei Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser 2022, Art. 16 ZGB Rn. 36.

¹⁹⁴¹ *Monsch*, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 1 (16).

¹⁹⁴² *Aebi-Müller successio* 2012, S. 4 (13 f.); *Wolf und Setz*, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (41 f.) mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung; ebenso *Wolf und Krebs*, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (50 ff.); BGer, 17.1.2005, 5C.193/2004, E. 2.3.1 (abgedruckt in ZBGR 87/2006 S. 108 (110)); anders noch BGer, 19.1.2009, 5A_723/2008, E. 2.1, Testamente generell als komplexe Geschäfte einordnend, vor allem, wenn es komplizierte Anordnungen enthalte.

¹⁹⁴³ *Gerber*, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (320).

¹⁹⁴⁴ Zur weiten Tragweite *Gerber*, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (319).

¹⁹⁴⁵ *Aebi-Müller successio* 2012, S. 4 (14) im Zusammenhang mit Testamenten.

¹⁹⁴⁶ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 122 f.; *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 63 Rn. 196; *Gerber*, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (320 f.).

¹⁹⁴⁷ Ebenso *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 63 Rn. 196; *Bucher* 1999, S. 18 Rn. 87: Denn höchstpersönliche Geschäfte seien nur schwer mit dem Begriff der „Vernunft“ fassbar, sodass diese Geschäfte nur schwer am Maßstab des Art. 16 ZGB, der auf anerkannte gesellschaftliche

der Schutz des Betroffenen im Fokus, allerdings mit gegenteiliger Wirkung: Aufgrund der Höchstpersönlichkeit der fraglichen Handlung soll einer Person die Urteilsfähigkeit möglichst erhalten bleiben.¹⁹⁴⁸ Zu diesen höchstpersönlichen Geschäften gehören etwa die Eheschließung sowie Verfügungen von Todes wegen.¹⁹⁴⁹

Wichtig ist aber die Feststellung, dass eine Person in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft stets entweder urteilsfähig oder urteilsunfähig ist: Die Urteilsfähigkeit ist keiner Abstufung i. S. e. verminderten Urteilsfähigkeit zugänglich. Dieses Alles-oder-Nichts-Prinzip dient zum einen dem Interesse der Geschäfts- und Rechtssicherheit,¹⁹⁵⁰ aber entspricht zum anderen auch der einleuchtenden Erwägung, dass ein Rechtsgeschäft nur ganz wirksam oder unwirksam sein kann, nicht aber nur zu einem bestimmten Prozentsatz.¹⁹⁵¹

Dies führt dazu, dass sich die Gerichte stets für eines dieser beiden Extreme entscheiden müssen, auch wenn es aus psychiatrischer Sicht selbstverständlich graduelle Abstufungen gibt. Urteilsunfähigkeit kann also nur bei einem Grad der geistigen Beeinträchtigung angenommen werden, bei dem die Fähigkeit des Einzelnen gegenüber den objektiven Erfordernissen „weitgehend versagen“; sie muss so herabgesetzt sein, dass nicht einmal mehr das Mindestmaß erhalten ist, eine „einigermaßen besonnene, vom vorsätzlichen Willen noch wesentlich mitbestimmte Handlung zustande zu bringen.“¹⁹⁵² Es muss hierfür aus psychiatrischer Sicht i. d. R. eine starke Verminderung der Urteilsfähigkeit vorliegen, leichte Beeinträchtigungen genügen auf keinen Fall.¹⁹⁵³ Die Rechtsprechung umschreibt dies so, dass die Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln „deutlich beschränkt“ sein muss, wobei jedoch kein vollständiger Ausschluss erforderlich ist,¹⁹⁵⁴ bzw. dass diese Beeinträchtigung eine „gewisse Intensität“ erreicht haben

Werte verweise, gemessen werden könnten. Siehe auch *Binder* 1964, S. 59f.: Weitestgehende Zurückhaltung in der Annahme von Urteilsunfähigkeit.

¹⁹⁴⁸ *Binder* 1964, S. 59.

¹⁹⁴⁹ BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.3.2: In Grenzfällen könne mit Rücksicht auf die Höchstpersönlichkeit eines Geschäfts (Testamentserrichtung) zugunsten der Urteilsfähigkeit entschieden werden. So auch zur Ehefähigkeit BGE 109 II 273 E.4 S. 278.; siehe auch unten unter 3. Kapitel C.II.2.c) zu Beispielen aus der Rechtsprechung; siehe ebenso *Binder* 1964, S. 66f.: Aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Errichtung einer letztwilligen Verfügung dürften an die Urteilsfähigkeit keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Es müsse genügen, dass der Testator noch in der Lage sei, „wenigstens in den Leitgedanken des Testaments an vernünftigen Grundeinstellungen aus seiner früheren Lebenszeit und deshalb an wesentlichen Zügen seiner Person festzuhalten.“

¹⁹⁵⁰ Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser 2022, Art. 16 ZGB Rn. 40f.; *Gerber*, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 287 (293); *Wolf und Krebs*, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (56).

¹⁹⁵¹ *Binder* 1964, S. 36; *Gerber*, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 287 (293).

¹⁹⁵² *Binder* 1964, S. 48f.

¹⁹⁵³ *Binder* 1964, S. 49f.

¹⁹⁵⁴ BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.3.1.

muss.¹⁹⁵⁵ An anderer Stelle spricht das Bundesgericht von „stark herabgesetzten“ Fähigkeiten.¹⁹⁵⁶ Eine schizophrene Eigentümerin bei Verkauf ihres Grundstücks zu besonders geringen Konditionen an ihren Neffen ist beispielsweise im Zeitpunkt des Verkaufs urteilsfähig, wenn ihr Verfolgungswahn bei Verkauf des Grundstücks nur hintergründig motivbildend gewesen ist, sie aber vor allem den Wunsch hatte, das Grundstück im Familienbesitz zu halten und ihrem Neffen finanziell entgegenzukommen.¹⁹⁵⁷

Letztlich sind die Anforderungen an die geistige Beeinträchtigung ebenso dynamisch zu verstehen: Da sich die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit nach Komplexität und Tragweite des fraglichen Geschäfts bestimmen, müssen Komplexität und Tragweite im Umkehrschluss auch die Anforderungen an den Grad der Beeinträchtigung als Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit beeinflussen: Ist ein Geschäft besonders kompliziert und mit weitreichenden Folgen, so muss die Unfähigkeit, dieses Geschäft geistig zu bewältigen, schon früher und bei weniger schwer ausgeprägten Krankheiten einsetzen als beispielsweise bei Alltagsgeschäften.

Im Übrigen ist die Urteilsfähigkeit nicht nur in sachlicher Hinsicht relativ zu bestimmen, sondern auch zeitlich: Die Urteilsfähigkeit oder -unfähigkeit muss für den Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlung geprüft werden.¹⁹⁵⁸ Wenn eine an sich urteilsunfähige Person also in einem luziden Intervall gehandelt hat, ist das Rechtsgeschäft wirksam. Voraussetzung ist aber stets, dass sich die Person in diesem Moment trotz der vorangegangenen geistigen Aussetzer die realen Grundlagen ihrer Handlung noch hinreichend vergegenwärtigen kann.¹⁹⁵⁹

bb) Die notwendigen Fähigkeiten im Einzelnen

(1) Willensbildungsfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit, die in Art. 16 ZGB als Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln beschrieben wird, wird regelmäßig in zwei spezielle Fähigkeiten un-

¹⁹⁵⁵ BGE 44 II 447 S. 449. Siehe auch BGE 77 II 97 S. 100: „Unfähigkeit zur richtigen Beurteilung der Lage und Übermacht der Triebe und Affekte“.

¹⁹⁵⁶ Vgl. BGE 109 II 273 E.4.b) S. 277f.: nur ausnahmsweise dennoch Fähigkeit zu Eheschließung.

¹⁹⁵⁷ *Binder* 1964, S. 81 ff. *Binder* war als Gutachter tätig und schildert Fälle aus der Praxis. Im konkreten Fall waren Bezirks-, Ober- und Bundesgericht seiner Einschätzung gefolgt, dass Urteilsunfähigkeit nur gegeben ist, wenn die psychische Störung die Besinnungsfähigkeit in so entscheidender Weise geschädigt hat, dass sie keine wesentliche Rolle mehr spielen konnte (S. 87).

¹⁹⁵⁸ *Aebi-Müller* successio 2012, S. 4 (12); *Gerber*, in: *Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité*, S. 284 (296 f.); *Wolf und Krebs*, in: *Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit*, S. 21 (54).

¹⁹⁵⁹ *Aebi-Müller* successio 2012, S. 4 (12); *Gerber*, in: *Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité*, S. 284 (296 f.).

terteilt: Die Urteilsfähigkeit enthält „einerseits eine intellektuelle Komponente, d.h. die Fähigkeit, Sinn, Zweckmäßigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen, andererseits ein Willens- bzw. Charakterelement, nämlich die Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten.“¹⁹⁶⁰ Beide Fähigkeiten lassen sich mit „Willensbildungsfähigkeit“ und „Willensumsetzungsfähigkeit“ beschreiben.¹⁹⁶¹

Die Willensbildungsfähigkeit beschreibt die Einsicht in die wirtschaftliche und lebensgestaltende Bedeutung eines Rechtsgeschäfts und setzt ein Mindestmass an intellektueller Einsichtsfähigkeit und rationaler Beurteilungsfähigkeit voraus, ebenso an Denkvermögen und Urteilskraft, wozu auch gehört, die Außenwelt in ihren Realitäten zu erfassen.¹⁹⁶²

Insbesondere muss also eine Person ein gewisses Minimalverständnis davon haben, was mit dem Rechtsgeschäft eigentlich bewirkt wird und welche Folgen es hat, wobei es schwierig ist, genauer festzulegen, in Bezug *worauf* dieses Verständnis vorliegen muss. Es scheint in der Schweizer Literatur und Rechtsprechung äusserste Zurückhaltung bezüglich einer konkreten Benennung der Umstände zu herrschen, auf die sich die Urteilsfähigkeit beziehen muss.¹⁹⁶³ In der Tat findet man in der Literatur – auf die Rechtsprechung wird in einem geson-

¹⁹⁶⁰ BGE 124 III 5 E.1.a) S. 7; BGE 134 II 235 E.4.3.2 S. 239; BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.3.1; BGE 117 II 231 E.2.a) S. 232.

¹⁹⁶¹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 45; Hausheer und Aebi-Müller 2020, S. 51 Rn. 155; Wolf und Setz, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (37); Wolf und Krebs, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (41). Teils werden in der Literatur auch abweichende Kategorisierungen vorgenommen, zurückgehend auf Pedrazzini und Oberholzer. Die Urteilsfähigkeit sei hiernach in vier Elemente zu unterteilen: Erkenntnis- und Wertungsfähigkeit und Willensbildungsfähigkeit sowie Fähigkeit, entsprechend dem gebildeten Willen zu handeln. Erkenntnis- und Wertungsfähigkeit umfassten die Fähigkeit zur Erkenntnis der Außenwelt sowie die Fähigkeit zu rationaler Beurteilung bzw. das Vermögen, Tragweite und Opportunität der Handlung zu erkennen. Willensbildungsfähigkeit hingegen meine die Fähigkeit, aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse und eigener Motive einen Willen zu bilden. Siehe zu diesen vier Kategorien Pedrazzini und Oberholzer 1993, S. 70 ff.; dem folgend etwa Monsch, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 1 (15); ebenso Gerber, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (310 f.). Ein Unterschied in der Sache ergibt sich hieraus nicht. Die verschiedenen Elemente, die Hausheer und Aebi-Müller sodann für die Kategorien der Willensbildungs- und Willensumsetzungsfähigkeit herausarbeiten, lassen sich ebenso in die vier Kategorien von Pedrazzini und Oberholzer einordnen. In dieser Arbeit soll jedoch der Kategorisierung von Hausheer und Aebi-Müller zugrunde gelegt werden, da diese die verschiedenen Komponenten der Urteilsfähigkeit noch pointierter und ausdifferenzierter herausgearbeitet haben, sodass die einzelnen Fähigkeiten präziser auseinandergehalten werden können, was wiederum eine äußerst detaillierte Analyse des Konzepts der relativen Urteilsfähigkeit im Schweizer Recht ermöglicht (zu Unrecht kritisch daher Brückner 2000, S. 51 Rn. 158).

¹⁹⁶² Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (7); Hausheer und Aebi-Müller 2020, S. 51 Rn. 157.

¹⁹⁶³ So ausdrücklich Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (7 Fn. 26).

derten Abschnitt einzugehen sein¹⁹⁶⁴ – meist nur allgemeine Umschreibungen: So setze Urteilsfähigkeit die Fähigkeit voraus, die Konsequenzen eigenen Tuns, also die zu erwartenden Kausalverläufe, zumindest in groben Zügen zu erfassen.¹⁹⁶⁵ Teils wird gefordert, dass die Person „über den tatsächlichen Sinn ihres Verhaltens, besonders über die wirtschaftliche Tragweite ihres Handelns Rechenschaft geben“ können müsse,¹⁹⁶⁶ bzw. dass sie zwar nicht „alle juristischen Finessen und vielfältigen Detailprobleme eines komplizierten Tatbestandes verstanden haben muss, sondern nur die wesentlichen Zwecke und Konsequenzen der kritischen Rechtshandlung.“¹⁹⁶⁷ Dabei gehe es insbesondere mehr um das Verständnis der lebenspraktischen Bedeutung eines Rechtsgeschäfts und weniger um ein rechtliches Verständnis.¹⁹⁶⁸

Welches Verständnis im Einzelfall erforderlich ist, hat *Aebi-Müller* beispielhaft für verschiedene Vertragstypen konkretisiert:¹⁹⁶⁹ So müsse bei einem Kaufvertrag das Verständnis gegeben sein, dass ein dauerhafter Wechsel der Eigentumsverhältnisse herbeigeführt werden solle, anders als bei einer bloß leihweisen Hingabe der Sache. Dabei müsse der Handelnde auch Funktion sowie Wert des Geldes bzw. des Kaufgegenstandes erfassen. Bei Geschäften mit langfristiger Tragweite, wie beispielsweise Grundstückskäufen, Dauerschuldverhältnissen, Geschäften mit erheblicher finanzieller Tragweite oder irreversiblen Behandlungsentscheidungen, müsse der Betroffene nicht nur den unmittelbaren Kausalverlauf verstehen, sondern er müsse auch die längerfristigen Konsequenzen überblicken und damit eine gewisse Fähigkeit, planerisch in die Zukunft zu denken, besitzen.

Außerdem muss eine Person grundlegende, für das Geschäft relevante Zusammenhänge intellektuell erfassen können, z. B. in Prozent ausgedrückte Risiken (beispielsweise im Rahmen von Behandlungen oder Börsengeschäften) verstehen oder zumindest erkennen, dass sie fachkundige Beratung einholen sollte.¹⁹⁷⁰ Allgemein setzt Urteilsfähigkeit weniger die positive Kenntnis von Fakten voraus, als vielmehr die Fähigkeit, sich diese aneignen zu können oder jedenfalls zu erkennen, dass die Entscheidung nur mit Unterstützung getroffen werden kann.¹⁹⁷¹

¹⁹⁶⁴ Siehe unten unter 3. Kapitel C.II.2.c).

¹⁹⁶⁵ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 49; siehe auch *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 51 Rn. 157, S. 63 Rn. 195.

¹⁹⁶⁶ Basler Kommentar/ZGB I-*Fankhauser* 2022, Art. 16 ZGB Rn. 37.

¹⁹⁶⁷ *Binder* 1964, S. 32.

¹⁹⁶⁸ *Aebi-Müller* successio 2012, S. 4 (14); *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 52 Rn. 159.

¹⁹⁶⁹ Die folgenden Beispiele bei Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 50. Weitere Beispiele bei *Bucher* 1999, S. 18 Rn. 88.

¹⁹⁷⁰ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 50.

¹⁹⁷¹ *Pedrazzini und Oberholzer* 1993, S. 70 f.; *Bucher* 1999, S. 15 Rn. 76; im Zusammenhang mit Verfügungen von Todes wegen: *Aebi-Müller* successio 2012, S. 4 (7 f.); *Wolf und Setz*, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (38). Siehe auch BGE 77 II 97 E.1. S. 99: Es komme weniger auf die

Speziell in Bezug auf Vorsorgeaufträge sind in der Literatur ebenso Konkretisierungsversuche zu finden: Eine Person müsse wissen, was ein Vorsorgeauftrag sei, auf welchen Zeitpunkt hin (Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit) und zu welchem Zweck sie diesen erstelle.¹⁹⁷² Ebenso heißt es in Bezug auf Testamente, die Person müsse sich des Testierens bewusst sein und verstehen, dass sie einen Rechtsakt schaffe, dessen Inhalt mit Eintritt ihres Todes umgesetzt werde.¹⁹⁷³

Nicht nur aber muss eine Person inhaltlich in bestimmtem Maße verstehen, was sie tut, sondern zum Verständnis der lebenspraktischen Bedeutung eines Geschäfts gehört eben auch, dass das Denken des Betroffenen hinreichenden Realitätsbezug aufweist.¹⁹⁷⁴ Hinreichender Realitätsbezug bedeutet, dass der Betroffene ein Verständnis seiner Umwelt und seiner eigenen Lebensumstände aufweisen muss, in die sich das Rechtsgeschäft einfügt. Diese Fähigkeit fehlt etwa bei wahnhafter Fehleinschätzung der Umwelt.¹⁹⁷⁵ Sie fehlt beispielsweise aber auch bei dementen Personen, die sich die für eine Entscheidung relevanten tatsächlichen Umstände nicht mehr vergegenwärtigen können.¹⁹⁷⁶ Dabei hängt von der Art des Rechtsgeschäfts ab, welche Lebensumstände sich eine Person vergegenwärtigen können muss bzw. ob ein Verständnis der eigenen Lebensumstände überhaupt gefordert ist: Während der Testator für die Wirksamkeit seines Testaments in der Tat seine Lebensumstände, insbesondere die Höhe und Zusammensetzung seines Vermögens und seine Beziehungen zur Familie sowie zu sonstigen Personen, die er als Erben möglicherweise einsetzen will, kennen und zudem seine Verfügungen entsprechend in diesen Kontext einordnen können muss, genügt für andere Rechtsgeschäfte wiederum das Verständnis nur der aktuellen Situation.¹⁹⁷⁷ Auch in Bezug auf Vorsorgeaufträge muss der Beauftra-

positive Kenntnis von Fakten an, sondern eher darauf, ob eine Person erkenne, dass sie eine Frage nicht selbst entscheiden könne.

¹⁹⁷² Gerber, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (321).

¹⁹⁷³ Breitschmid, in: Urteilsfähigkeit, S. 91 (112).

¹⁹⁷⁴ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 51.

¹⁹⁷⁵ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 55.

¹⁹⁷⁶ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 54; siehe zum Erfordernis der Realitätserfassung auch: Hausheer und Aebi-Müller 2020, S. 52 Rn. 159f.: Die erforderliche Realitätserfassung fehle beispielsweise bei einer betagten Dame, die zwar die Rechtswirkung einer Schenkung verstehe, nicht aber das Missverhältnis zu ihren Vermögensverhältnissen. Siehe ebenso Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (8); ebenso Pedrazzini und Oberholzer 1993, S. 70f., diese Fähigkeit, die Außenwelt zumindest in Grundzügen richtig zu erkennen, als „Erkenntnisfähigkeit“ bezeichnend, die Fähigkeit, den Sachverhalt rational zu beurteilen, als „Wertungsfähigkeit“; wie Pedrazzini und Oberholzer auch Monsch, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 1 (15) und Gerber, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (310f.).

¹⁹⁷⁷ Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (7f.); siehe zum Realitätsbezug in Bezug auf Testamente auch Wolf und Setz, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (38); Wolf und Krebs, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (42f.); Breitschmid, in: Urteilsfähigkeit, S. 91 (112).

gende die Person, die er beauftragen möchte, benennen können, wofür er wiederum sein Umfeld so wie sein Beziehungsnetz kennen und einschätzen können muss, wer vertrauenswürdig und gewillt ist, seine Interessen in seinem vulnerablen Zustand wahrzunehmen.¹⁹⁷⁸

Ähnlich verhält es sich mit der Fähigkeit, sich erinnern zu können und zeitlich und örtlich orientiert zu sein, welche insbesondere früher für die Urteilsfähigkeit recht pauschal gefordert wurde.¹⁹⁷⁹ Richtigerweise wird man jedoch auch hier differenzieren müssen, inwiefern das konkrete Geschäft Erinnerungsvermögen bzw. zeitliche und örtliche Orientierung überhaupt erfordert.¹⁹⁸⁰

Schließlich muss eine Person auch in der Lage sein, für ihren Willensentschluss „annehmbare“ Motive zu bilden. „Annehmbarkeit“ soll bedeuten, dass, wenn auch zurückhaltend, das Motiv eines Rechtsgeschäfts darauf hin überprüft wird, ob es einem Minimalmaß entsprechend mit den in der Gesellschaft herausgebildeten Wertvorstellungen und Verhaltensmustern übereinstimmt.¹⁹⁸¹ Das Kriterium der Vereinbarkeit mit „sozial verständlichen“ Wertmaßstäben darf aber nur in extremen Ausnahmesituation zur Verneinung der Urteilsfähigkeit führen; keinesfalls darf Art. 16 ZGB hierdurch in eine Inhaltskontrolle umgedeutet werden.¹⁹⁸² Letztlich kommt es daher weniger auf die objektive Verträglichkeit eines Motivs als vielmehr darauf an, ob sich das Motiv in das Wertesystem des Betroffenen einfügt, in das sich der die Urteilsfähigkeit Beurteilende „einfühlen“ muss: Dieses Wertesystem darf nicht krankheitsbedingt verschoben oder vollständig abhandengekommen sein.¹⁹⁸³ Für die Wirksamkeit der Erteilung eines Vorsorgeauftrags ist daher beispielsweise maßgeblich, ob die Motive des Beauftragten, sich gerade für diese Person entschieden zu haben,

¹⁹⁷⁸ Gerber, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'inaptitude, S. 284 (321).

¹⁹⁷⁹ Zürcher Kommentar-Egger 1930, Art. 16 ZGB Rn. 4; ebenso zum Erinnerungsvermögen bei Hausheer und Aebi-Müller 2020, S. 52 Rn. 159 bzw. zum Vermögen, Erfahrungen einzuordnen, bei Pedrazzini und Oberholzer 1993, S. 70.

¹⁹⁸⁰ So zum Erinnerungsvermögen Gutzwiller AJP 2008, S. 1223 (1231 f.): Die Erteilung einer Vollmacht beispielsweise setze nur das Verständnis der gegenwärtigen Situation voraus. Vgl. etwa zur Ehefähigkeit BGE 109 II 273 E.5 S. 279: Keine Fähigkeit, Daten und Zeitablauf erfassen zu können, notwendig.

¹⁹⁸¹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 58; Hausheer und Aebi-Müller 2020, S. 53 Rn. 161 f.; so auch Bucher 1999, S. 14 f. Rn. 75.

¹⁹⁸² Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 61; Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (9); siehe auch Gerber, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'inaptitude, S. 284 (295): keine Inhaltskontrolle.

¹⁹⁸³ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 61 f.; Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (9); Gerber, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'inaptitude, S. 284 (311 f.); Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Breitschmid 2016, Art. 16 ZGB Rn. 2 f.: Das Ergebnis müsse ein „subjektiv stimmiges, emotional getragenes, kohärentes Resultat der Willensbildung“ sein. Ebenso Breitschmid, in: Urteilsfähigkeit, S. 91 (101 f.); siehe auch Pedrazzini und Oberholzer 1993, S. 71: Liefen die eigenen Wertmaßstäbe den allgemeinen so zuwider, dass sie als krankhaft bezeichnet werden müssten, liege Urteilsunfähigkeit vor.

ergründbar sind und ihre Wertvorstellungen und ihre Lebensumstände wieder spiegeln.¹⁹⁸⁴ Allgemein ist grundsätzlich anerkannt, dass zur Bestimmung der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit nicht auf die Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit des Geschäfts abzustellen ist: Weder spricht die Unvernünftigkeit für sich allein für die Urteilsunfähigkeit noch die Vernünftigkeit für sich allein für die Urteilsfähigkeit.¹⁹⁸⁵ Entscheidend ist vielmehr stets nur die Fähigkeit zu vernünftigem Handeln.¹⁹⁸⁶

Da es folglich nicht auf die Vernünftigkeit des Inhalts ankommt, kann eine einmal festgestellte fehlende Urteilsunfähigkeit auch nicht damit widerlegt werden, das Geschäft sei aber im Ergebnis den Interessen des Handelnden zuträglich gewesen. Umgekehrt setzt Urteilsunfähigkeit auch keine Kausalität dergestalt voraus, dass der Betroffene das Geschäft ohne die festgestellten geistigen Mängel anders oder gar nicht abgeschlossen hätte.¹⁹⁸⁷ Trotz der grundsätzlichen Irrelevanz des Inhalts wird nichtsdestoweniger die Unvernünftigkeit einer Handlung in der Praxis als erhebliches Indiz für die Urteilsunfähigkeit gewertet, jedenfalls dann, wenn die Urteilsfähigkeit ohnehin schon zweifelhaft ist.¹⁹⁸⁸ Gerade im Zusammenhang mit Testamenten ist zu beobachten, dass bei zweifelhafter Urteilsfähigkeit als ungerecht erscheinende Verfügungen tendenziell als unwirksam bewertet werden, fair erscheinende Testamente hingegen mehr Chance auf Bestand haben.¹⁹⁸⁹ Zudem bezieht das Bundesgericht in Einzelfällen auch die Qualität der Motive, die einem Rechtsgeschäft zugrunde liegen, in die Bewertung mit ein, so etwa im Zusammenhang mit der Ehesfähigkeit.¹⁹⁹⁰

Schließlich setzt Urteilsfähigkeit auch die Fähigkeit zur Abwägung von Motiven voraus, was bedeutet, dass der Betroffene nicht nur blindlinks seinem ersten Impuls folgen darf, sondern zur Reflexion, zur Motivkritik und zur Selbst-

¹⁹⁸⁴ Gerber, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (321).

¹⁹⁸⁵ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 78f.; Wolf und Setz, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (40); Wolf und Krebs, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (47f.)

¹⁹⁸⁶ Bucher 1999, S. 17 Rn. 84; Gerber, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 287 (295).

¹⁹⁸⁷ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 80; siehe auch zur Urteilsunfähigkeit aufgrund von Beeinflussbarkeit BGE 77 II 97 E.2 S. 100: Erforderlich sei lediglich, dass eine Beeinflussung stattgefunden habe, gleich ob das Ergebnis vom Standpunkt des Beeinflussten aus vernünftig sei oder nicht.

¹⁹⁸⁸ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 78f.; Wolf und Setz, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (40); BGE 124 III 5 E.4.b)cc) S. 17; BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.4.2; BGE 117 II 231 E.2.a) S. 233. Siehe noch unten unter 3. Kapitel C.II.2.c) zu Beispielen aus der Rechtsprechung.

¹⁹⁸⁹ Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (29f.).

¹⁹⁹⁰ BGE 109 II 273 E.4.a) S. 277: Es müsse einen „vernünftigen Grund“ für die Eheschließung geben. Siehe auch zur Bewertung der Motive bei Änderung eines Testaments: BGE 124 III 5 E.4.c)cc) S. 17f.

kontrolle in der Lage¹⁹⁹¹ bzw. Argumenten grundsätzlich zugänglich zu sein muss.¹⁹⁹² Je größer dabei die Tragweite eines Geschäfts ist, desto höher sind die Anforderungen an eine angemessene Motivabwägung, an die Fähigkeit, sein Verhalten an einem (sinnvoll ausgewählten) Motiv unter Zurückstellung anderer Interessen auszurichten.¹⁹⁹³ Und schließlich muss eine Person fähig sein, sich zu einer einigermaßen stabilen Entscheidung durchzuringen, also einen einigermaßen festen Willen zu bilden.¹⁹⁹⁴

Im Übrigen wird auch diskutiert, ob es nicht, je nach Rechtsgeschäft und Sachlage, zulässig sein könnte, von den eben dargestellten Voraussetzungen der Willensbildungsfähigkeit gänzlich abzuweichen und auch rein intuitiven Willensentschlüssen rechtliche Bedeutung zuzusprechen: Nicht in jeder Situation gebühre dem Verstand Priorität, nicht in jedem Bereich werde Information und Wissen vorausgesetzt, welches sodann verarbeitet und kombiniert werden müsse; in manchen Bereichen dominiere die Intuition, weil etwa Tradition und seelische Vertrautheit sowie intuitive Verbundenheit mit einem Gegenstand oder Sachthemen im Vordergrund stünden.¹⁹⁹⁵ Veräußere beispielsweise eine Person ihre gesamte Gemäldesammlung, so bedürfe sie für diesen Vorgang erhebliche rationale Urteilsfähigkeit, denn mit diesem Rechtsgeschäft verändere sie ihre Lebensumstände, strukturiere ihr Vermögen neu und müsse gegebenenfalls auch entscheiden, wie sie das eingenommene Geld neu anlege.¹⁹⁹⁶ Veräußere der Betroffene aber nur ein Stück aus der Sammlung, zu dem er auch keine persönliche Bindung habe, weil er es beispielsweise auf Anraten seiner Partnerin, die ihn nun aber verlassen habe, erworben habe, so treffe er diese Entscheidung intuitiv, ohne dass kunsthistorische Bedeutung oder Vermögensaspekte in die Entscheidung mit einfließen oder gar einfließen müssten.¹⁹⁹⁷ Für das Geschäft der zuletzt genannten Art müsse es für die Urteilsfähigkeit unerheblich sein,

¹⁹⁹¹ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 63ff.; *Hausbeer und Aebi-Müller* 2020, S. 54 Rn. 164; *Gerber*, in: *Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité*, S. 284 (311).

¹⁹⁹² *Gerber*, in: *Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité*, S. 287 (295).

¹⁹⁹³ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 68; siehe auch BGE 124 III 5 E.4.c)cc) S. 18, mit der „Plausibilität der Motivationslage“ argumentierend.

¹⁹⁹⁴ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 70f.: „Kurswechseltestamente“, wenn sich kein guter Grund für die Anpassung eines Testaments finden lasse, würden daher in der Praxis mit gewisser Zurückhaltung betrachtet. Ebenso zu Kurswechseltestamenten: *Wolf und Krebs*, in: *Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit*, S. 21 (46).

¹⁹⁹⁵ *Gutzwiller* AJP 2008, S. 1223 (1330); vgl. auch *Breitschmid*, in: *Urteilsfähigkeit*, S. 91 (94): Dass persönliche Anliegen manchmal, gar hoffentlich, emotional entschieden würden und nicht strikt rational, sei menschlich. Emotionalität könne dabei aber auch ein die Urteilsfähigkeit beeinträchtigender Stressfaktor sein, S. 113f.

¹⁹⁹⁶ *Gutzwiller* AJP 2008, S. 1223 (1231).

¹⁹⁹⁷ *Gutzwiller* AJP 2008, S. 1223 (1231).

dass der Veräußerer zu diesem Zeitpunkt schon nicht mehr zur Erledigung seiner finanziellen Angelegenheiten in der Lage sei.¹⁹⁹⁸

(2) Willensumsetzungsfähigkeit

Die Willensumsetzungsfähigkeit setzt voraus, dass eine Person dem eigenen Willen gemäß handeln und insbesondere fremder Beeinflussung widerstehen kann. Daran fehlt es, wenn eine Person schon bei der Willensbildung fremden Einflüssen kritiklos folgt (wobei es dann wohl bereits an der Willensbildungsfähigkeit fehlt) oder wenn eine Person ihren eigenen Willen nicht zum Ausdruck bringen kann, weil sie fremden Einflüssen gehorcht.¹⁹⁹⁹ Die Urteilsfähigkeit entfällt, wenn das Unterworfenensein unter fremde Einflüsse das „Normalmaß“ übersteigt.²⁰⁰⁰ Sie entfällt aber nur, wenn in Bezug auf ein konkretes Geschäft auch tatsächlich Dritteinfluss ausgeübt wurde, sodass das Geschäft nicht mehr als Resultat des unverfälschten Willens erscheint.²⁰⁰¹

Nicht jedes Abhängigkeitsverhältnis soll dabei aber die Willensumsetzungsfähigkeit ausschließen: Es sei gerade im hohen Alter nicht unüblich, dass die Sorge bestehe, man finde keinen anderen Partner mehr, und dass daher Hochbetagte in ihrer Beziehung verharren. Dies begründe aber keine übermäßige Abhängigkeit. Ebenso bedeute die Tatsache, dass im Alter in bestimmten Lebenssituationen nur noch ein eingeschränkter Handlungsspielraum bestehe und man für das, was man haben wolle, wie etwa eine Partnerschaft i. S. e. Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft, auch bezahlen müsse, noch keinen Ausschluss der Widerstandsfähigkeit.²⁰⁰²

¹⁹⁹⁸ Gutzwiller AJP 2008, S. 1223 (1224 (dort zum gebildeten Beispiel), 1231).

¹⁹⁹⁹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 73; Hausheer und Aebi-Müller 2020, S. 54 Rn. 168; Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (10); Wolf und Setz, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (38f.).

²⁰⁰⁰ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 74; BGE 77 II 97 E.2 S. 99f.; BGE, 16.3.2009, 5A 748/2008, E.4. Siehe auch Hausheer und Aebi-Müller 2020, S. 54f. Rn. 168: „[...] wenn der fremde Willenseinfluss besonders vorherrschend (dominant) wird und das Verhalten daher nicht mehr persönlichkeitsadäquat erscheint, auch wenn es an sich ‚vernünftig‘ ist.“ Siehe auch Wolf und Krebs, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (44): wenn die Beeinflussbarkeit „das übliche Maß“ überschreite.

²⁰⁰¹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 76; Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin 2023, Art. 16 ZGB Rn. 20; BGE 77 II 97 E.2 S. 99f.

²⁰⁰² BGE, 16.3.2009, 5A 748/2008, E.4.5: Der 81-jährige Erblasser hatte seiner 41 Jahre jüngeren Partnerin in ständig erneuerten Testamenten stetig mehr vermacht. Zu diesem Urteil auch bereits Aebi-Müller successio 2012, S. 4 (10). Siehe aber auch Wolf und Krebs, in: Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, S. 21 (45f.): Im hohen Alter nehme Beeinflussbarkeit zu und gerade bei Abhängigkeitsverhältnissen, wenn also eine Person, zu der der Testierende in einem Abhängigkeitsverhältnis stehe, per Testament als Erbe eingesetzt werden solle, müssten Notare die Urteilsfähigkeit besonders sorgfältig prüfen.

c) Einzelfallrechtsprechung

Zum Zweck des Versuchs, das Prinzip der relativen Geschäftsunfähigkeit zu konkretisieren, sollen im Folgenden wiederum Fälle aus der Praxis dargestellt werden, in denen die Geschäftsunfähigkeit einer Person untersucht wurde. Im Ergebnis stellt sich dabei heraus, dass sich die Gerichte der verschiedenen, in der Literatur diskutierten Kriterien zur Feststellung der Urteilsfähigkeit im Wechsel bedienen und je nach Situation und Fall auf die Vernünftigkeit des Rechtsgeschäfts, die Nachvollziehbarkeit der dahinterstehenden Motivation, die Höchstpersönlichkeit oder aber darauf abstellen, ob der Betroffene die Tragweite des Geschäfts verstanden hat, wobei die Bestimmung dessen, was zur Tragweite gehört, ebenso vom Einzelfall abhängt.

Der Praxis ist zunächst zu entnehmen, dass es bei der Urteilsfähigkeit im Wesentlichen um die Fähigkeit geht, den inhaltlichen Kern eines Rechtsgeschäfts nachvollziehen zu können, also was dieses unmittelbar bewirkt, wobei der Betroffene dies mehr in tatsächlicher als in rechtlicher Hinsicht verstehen können muss. Außerdem setzt Urteilsfähigkeit die Fähigkeit zur Motivbildung, die dem eigenen Wertgefüge entspricht, voraus: Als urteilsfähig galt so etwa ein Siebenundsiebzighjähriger, der seinen Hof an seinen Enkel veräußerte und an arteriosklerotischen und senilen Hirnveränderungen litt, die insbesondere zu deutlicher Beeinträchtigung der Aufmerksamkeit, der zeitlichen Orientierung sowie zu logischen Entgleisungen im Denken und Teilnahmslosigkeit bei allem, was nicht die Grundinteressen seiner Person direkt betraf, führten.²⁰⁰³ Der Gutachter und ihm folgend das Gericht²⁰⁰⁴ beurteilten den Veräußerer als urteilsfähig, weil er zwar die vielen Details des Vertrags nicht mehr verstand, insbesondere nicht die Zahlen. Allerdings konnte er immer noch seine grundsätzlichen Interessen und innersten Grundtendenzen bekunden, nämlich das Festhalten an der bäuerlichen Tradition für die Zukunft, indem der Enkel, der bereit war, den Hof weiter zu bewirtschaften, diesen zu einem für ihn erschwinglichen Preis erhalten sollte. Diese Grundtendenzen waren unverändert von der vorliegenden Krankheit in ihm vorhanden. Psychologisch war von einer in mittlerem Grad verminderten Urteilsfähigkeit auszugehen, die es ihm zwar unmöglich machte, die Einzelheiten des fraglichen Vertrags zu erfassen, aber für die wichtigsten Grundzüge und Zwecke der Vereinbarung konnte er eine „voll einfühlbare, vernünftige und seiner früheren Persönlichkeit entsprechende, der ganzen Situation angemessene Stellung“ einnehmen.²⁰⁰⁵ In sehr wesent-

²⁰⁰³ Fall geschildert von *Binder* 1964, S. 87 ff.

²⁰⁰⁴ Siehe *Binder* 1964, S. 90: *Binder* arbeitete als Gutachter und schildert in seinem Werk Fälle aus seiner beruflichen Praxis.

²⁰⁰⁵ *Binder* 1964, S. 90.

licher Weise, also für die Hauptpunkte des Vertrags, war seine Besinnungsfähigkeit noch vorhanden.²⁰⁰⁶

Ähnliches klingt in folgender Situation an: Als urteilsunfähig wurde ein gehörloser Sechzigjähriger angesehen, der sich seinem Bruder gegenüber vertraglich verpflichtet hatte, einen Vertrag, durch den der Bruder vom gemeinsamen Vater den väterlichen Bauernhof übertragen bekommen hatte, niemals anzufechten. Er verpflichtete sich also dazu, auf einen später möglichen Erbenspruch zu verzichten, der sich aus einem Gewinn beim Verkauf zu einem höheren Preis ergeben würde.²⁰⁰⁷ Zudem verpflichtete sich der Bruder, der den Hof erhalten hatte, seinem gehörlosen Bruder Unterhalt und Pflege zu Lebzeiten zu gewähren. Seine Verwandten hatten versucht, ihrem gehörlosen Familienmitglied die Inhalte dieses sodann vor einem Notar unterzeichneten Vertrages zu erklären. Vermutlich aufgrund mangelnder Förderung im Kindesalter – er hatte nur rudimentäre Bildung in einer „Taubstummenanstalt“ erhalten – galt der Gehörlose als „schwer debil“.²⁰⁰⁸

Kalkulationen, ob sich das Geschäft für ihn lohnen könnte oder nicht, konnte er keinesfalls vornehmen, was jedoch, so die Gutachter, für Urteilsfähigkeit noch nicht einmal notwendig sei. Als wesentlich wurde aber angesehen, dass er noch nicht einmal begreifen konnte, ob sein Bruder, von dem er vertraglich sein weiteres Leben abhängig machte, das Vertrauen überhaupt verdient hatte oder ob er nicht besser mit seinem Erbteil hätte in ein Altenheim gehen sollen.²⁰⁰⁹ Der Betroffene verstand nicht einmal, dass *dieser* Bruder für ihn sorgen sollte – er ging, so stellte es sich bei einer Unterhaltung mit den Gutachtern heraus, vielmehr davon aus, ein anderer Bruder, dem er schon immer in kindlicher Art besondere Machtbefugnisse ihm gegenüber zugeschrieben hatte, sei für ihn zuständig. Folglich war ihm nicht einmal der für eine normale Motivbildung maßgebliche Punkt, nämlich seine durch diesen Vertrag begründete Abhängigkeit von seinem Bruder, klar oder begreiflich zu machen.²⁰¹⁰ Im Übrigen war er nicht nur aufgrund intellektueller Mängel nicht in der Lage, sinnvoll über den Vertragsschluss zu entscheiden. Auch in affektiver Hinsicht waren erhebliche Mängel vorhanden: In seiner „kindlich-blinden“ und kritiklosen Unterwerfung unter die Anordnungen seiner Geschwister war er einfach ihrer Aufforderung, den Vertrag zu unterzeichnen, gefolgt.²⁰¹¹

Auch aus Entscheidungen im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit gemäß Art. 467 ZGB ergibt sich, dass der Erblasser „nur“ den wesentlichen Inhalt

²⁰⁰⁶ *Binder* 1964, S. 90.

²⁰⁰⁷ Fall ebenfalls geschildert von *Binder* 1964, S. 94 ff., Inhalt des Vertrags geschildert auf S. 95 f.

²⁰⁰⁸ *Binder* 1964, S. 94.

²⁰⁰⁹ *Binder* 1964, S. 96.

²⁰¹⁰ *Binder* 1964, S. 97.

²⁰¹¹ *Binder* 1964, S. 97.

i.S.d. lebenspraktischen Bedeutung der Verfügung verstanden haben muss.²⁰¹² Der Erblasser habe „einfache“ Wünsche und Vorstellungen umsetzen wollen, indem er seine Lebenspartnerin für die geleisteten Dienste in bar habe entschädigen, im größtmöglichen Umfang erbrechtlich habe begünstigen und ihr dabei einen Verbleib im bisher bewohnten Haus habe ermöglichen wollen. Der Notar habe ihm erklärt, dass er aufgrund der Pflichtteilsansprüche nicht alles vererben könne, und der Erblasser habe sich mit der durch den Notar vorgeschlagenen Summe einverstanden erklärt. Die Testierfähigkeit sei im Ergebnis gegeben, weil der Erblasser zwar nicht den Weg dahin, aber jedenfalls das Ergebnis der Besprechung verstanden habe; er sei in der Lage gewesen sei, die geplante Umsetzung seiner Wünsche und Vorstellungen als letztwillige Verfügung zumindest in den Grundzügen zu begreifen und die erbrechtlichen Folgen für seine pflichtteilsberechtigten Kinder abzuschätzen. Die rechtstechnische Umsetzung des letzten Willens in Anbetracht der großen Pflichtteilsansprüche und des zur Hauptsache aus der Liegenschaft bestehenden Nachlassvermögens müsse er dabei nicht verstanden haben. Der Erblasser habe damit einen Notar als Fachmann betraut und brauche sich darum auch nicht selber in allen Einzelheiten zu kümmern.²⁰¹³

In einer weiteren Entscheidung zur Testierfähigkeit kristallisiert sich zudem heraus, dass eine Person, um urteilsfähig zu sein, nicht nur im Kern verstehen muss, was Inhalt der Verfügung ist, sondern sie muss auch die für die Vornahme des konkreten Rechtsgeschäfts wesentlichen Entscheidungsparameter kennen; sie muss also die realen Umstände kennen, im Rahmen derer das Rechtsgeschäft getätigt wird:

Das Bundesgericht befasste sich mit der Urteilsfähigkeit einer im Zeitpunkt der Testamenterrichtung (öffentliches Testament) 86-jährigen Erblasserin.²⁰¹⁴ Diese hatte viele Jahre vor Errichtung dieses Testaments ein privates Testament verfasst, in dem sie ihre Schwester sowie kirchliche Einrichtungen bedacht hatte. Diese Verfügungen widerrief sie durch das öffentliche Testament und setzte stattdessen ihren Beistand, der sie in den letzten Jahren unterstützt hatte, als Erben ein. Das Bundesgericht verneinte im Ergebnis die Urteils- und damit die Testierfähigkeit der Erblasserin: Die Erblasserin litt an einem psychoorganischen Syndrom; dieses äußerte sich unter anderem durch Zustände der Verwirrtheit, zudem war ihre Erinnerungsfähigkeit, ihre Merkfähigkeit sowie das Denken stark eingeschränkt. Aufgrund dessen, so das Bundesgericht, könne sie hinsichtlich der intellektuellen Komponente der Testierfähigkeit nicht mehr

²⁰¹² BGer, 25.3.2009, 5A_12/2009.

²⁰¹³ BGer, 25.3.2009, 5A_12/2009, E.5.1. und 5.2.

²⁰¹⁴ BGE 124 III 5; siehe auch der ähnlich gelagerte Fall einer schwer demenzkranken Erblasserin, die ebenso ein öffentliches Testament errichtet hatte, welches das Bundesgericht wegen Urteilsunfähigkeit als nichtig wertete: BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004.

ohne Weiteres als urteilsfähig gelten.²⁰¹⁵ Aber auch hinsichtlich der voluntativen Komponente sei davon auszugehen, dass die Erblasserin sich mehr von emotional bedingten Gedanken gegenüber dem sie begleitenden Begünstigten habe leiten lassen als von ihren gewöhnlichen Einstellungen und Überzeugungen. Aufgrund der Lebenserfahrung sei bei diesem Gesundheitszustand sowie den hierdurch hervorgerufenen Verhaltensweisen Urteilsfähigkeit sehr fraglich.²⁰¹⁶

Nur weil sie möglicherweise noch Alltagsgeschäfte bestreiten könne, bedeute dies nicht, dass sie auch schwierigeren Fragen noch gewachsen sei: Insbesondere – und hier lässt das Bundesgericht durchblicken, welches Maß an Verständnis bei Errichtung eines Testaments unter anderem gegeben sein muss – sei nicht davon auszugehen, dass sie noch einen Überblick über ihr zu hinterlassendes Vermögen habe (sie habe zwar eine bestimmte Summe genannt, es erscheine aber unplausibel, dass sie ihr Vermögen tatsächlich zu beziffern vermocht habe) oder sich an frühere Testamente, die sie mit dem neuen Testament widerrufen habe, tatsächlich habe erinnern können. Entsprechend habe sie sich mit einer vagen Standardformulierung beholfen („Sollte ich in der Vergangenheit Testamente errichtet haben, ...“).²⁰¹⁷

Zusätzlich greift das Bundesgericht in dieser Entscheidung zur Feststellung der Urteilsfähigkeit auf weitere Elemente zurück, insbesondere auf die Einfühlbarkeit der Motive der Erblasserin bzw. die Vernünftigkeit der Entscheidung: Das Bundesgericht sah den Verdacht der Urteilsunfähigkeit dadurch als erhärtet an, dass es für die neuen Verfügungen teils keine plausible Erklärung gebe, insbesondere für die Entscheidung, plötzlich kirchliche Einrichtung nicht mehr zu bedenken. Gerade religiöse Menschen tätigten solche Verfügungen meist bewusst, gerade im Hinblick auf ihr Ableben. Da eine Motivation für den Widerruf dieser Verfügungen insbesondere im Hinblick auf das Alter der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht ersichtlich sei, sei dies ein beachtliches Indiz für die Urteilsunfähigkeit.²⁰¹⁸ Auch in anderen Entscheidungen misst die Rechtsprechung der Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit eines Rechtsgeschäfts im Übrigen immer wieder Bedeutung bei: So bejahte das Bundesgericht auch an anderer Stelle die Testierfähigkeit einer Erblasserin maßgeblich deswegen, weil die Begünstigung des Sohnes einer guten Freundin statt ihrer Familie in ihrer konkreten Situation durchaus vernünftig und nicht abwegig gewesen sei.²⁰¹⁹

²⁰¹⁵ BGE 124 III 5 E.4.c)aa) S. 15.

²⁰¹⁶ BGE 124 III 5 E.4.c)aa) S. 15 f.

²⁰¹⁷ BGE 124 III 5 E.4.c)bb) S. 16 f.

²⁰¹⁸ BGE 124 III 5 E.4.c)cc) S. 17 f.

²⁰¹⁹ BGE 117 II 231 E.3.b) S. 236 f.; ebenso BGer, 16.3.2009, 5A_748/2008, E.4.4.3: Angeichts der Lebensumstände stelle das in Frage stehende Testament keine grundlose Kehrtwende von einer früher bestehenden Nachlassplanung dar, sodass der Inhalt nicht als Indiz dafür gewertet werden könne, der Erblasser habe Willensbeeinflussungen durch die Begünstigte

Im Übrigen zeigt sich anhand dieser Entscheidung zur Testierfähigkeit der 86-jährigen Erblasserin auch die schon an verschiedenen Stellen in dieser Arbeit angesprochene Problematik, dass Zustände, die rechtlich Geschäftsunfähigkeit begründen, dem Rechtsverkehr nicht notwendigerweise erkennbar sind: Dem das Testament beurkundenden Notar sowie zahlreiche andere Zeugen hielten die Erblasserin für voll orientiert und klar.²⁰²⁰ Das Bundesgericht selbst betont daher, dass Laien kein hinreichendes Urteil über die rechtliche Urteilsfähigkeit fällen könnten.²⁰²¹

Zum wesentlichen Inhalt eines Rechtsgeschäfts sollen, wie auch in bereits dargestellten Entscheidungen angeklungen,²⁰²² zudem auch dessen Folgen gehören, wobei die Ausführungen, was damit gemeint ist, teils recht unkonkret bleiben: Urteilsunfähig sei so ein demenzkranker Erblasser, der, so der Sachverständige, zwar verstand, was er schrieb, aber aufgrund seiner eingeschränkten Fähigkeit, in die Zukunft zu denken, Schwierigkeiten hatte, die Folgen seiner Handlung zu bewerten.²⁰²³

Konkreter wird es, wenn die Rechtsprechung die Fähigkeit, die eigenen Lebensumstände als motivbildende Faktoren zu erkennen und zu bewerten, bzw. die Fähigkeit, den Einfluss des Geschäfts auf die künftigen Lebensumstände zu erkennen, miteinbezieht: So kann Urteilsunfähigkeit auch dann gegeben sein kann, wenn, unter anderem, eine Person bei einem Verzicht auf Ansprüche über deren Wert nicht Bescheid weiß und unter Verkennung ihrer tatsächlichen Vermögenslage auch nicht erkennt, dass sie auf die Ansprüche angewiesen ist, um nicht zum Sozialfall zu werden.²⁰²⁴

Ähnliches ergibt sich auch aus einem Urteil im Zusammenhang mit der Urteilsfähigkeit bei Verzicht auf einen Rentenzahlungsanspruch, in dem das Bundesgericht zunächst sehr allgemein ausführt, Urteilsunfähigkeit sei gegeben, weil der Verzichtende aufgrund seiner schweren psychischen Erkrankung nicht in der Lage gewesen sei, die „Tragweite“ seines Handelns zu verstehen. Konkret sei dies der Fall, weil es ihm nicht möglich gewesen sei, „den anspruchsbegründenden Sachverhalt [...] zu erkennen und gemäss dieser Einsicht zu handeln.“²⁰²⁵

Und schließlich kann erkenntnisgewinnend auch eine Entscheidung zur Einwilligungsfähigkeit fruchtbar gemacht werden, da diese zwar kein Rechtsgeschäft betrifft, aber dennoch ebenso relativ bestimmt wird, jeweils in Bezug auf

nicht mehr in normaler Weise Widerstand leisten können. Siehe auch zur Berücksichtigung der Vernünftigkeit einer Handlung als Indiz: BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.4.2.

²⁰²⁰ BGE 124 III 5 E.4.c)bb) S. 16.

²⁰²¹ BGE 124 III 5 E.4.d)bb) S. 19f.; ebenso in BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.4.2.

²⁰²² BGer, 25.3.2009, 5A_12/2009, E.5.5.

²⁰²³ BGer, 12.4.2012, 5A_436/2011, E. 5.4–5.6.

²⁰²⁴ Vgl. BGer, 7.11.2017, 5A_272/2017, E.3. Das Bundesgericht lehnte im Ergebnis die Urteilsunfähigkeit aber ab, da es an einem der in Art. 16 ZGB geforderten Schwächezustände fehlte.

²⁰²⁵ BGer vom 29.3.2001, I 71/00 Vr, E.3.a.

die konkret durchzuführende ärztliche Maßnahme. Um einwilligungsfähig zu sein, müsse eine Person die erteilte Aufklärung verstehen, sie müsse erfassen, dass ein behandlungsbedürftiger Zustand vorliege, die Tragweite der vorgeschlagenen Behandlung verstehen, ebenso wie Alternativen hierzu, und ihre Entscheidung bewusst mitteilen.²⁰²⁶ Was sodann zur Tragweite gehört, lässt sich kaum pauschal spezifizieren, sondern kann wohl nur die Konsequenzen meinen, die für den Patienten bedeutsam sind. Im Übrigen lehnt das Bundesgericht in Bezug auf die Einwilligungsfähigkeit ab, aus der Vernünftigkeit der Ablehnung einer medizinischen Maßnahme Schlüsse auf die Urteilsfähigkeit zu ziehen.²⁰²⁷

Wie bereits beschrieben, spielt auch die Höchstpersönlichkeit eines Geschäfts eine Rolle bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit. Dies zeigt sich insbesondere anhand von Entscheidungen des Bundesgerichts zur Ehefähigkeit gemäß Art. 94 ZGB. So sollen zwar die Anforderungen höher sein als jene, die für den Geschäftsverkehr gelten, dürften aber auch nicht überspannt werden, solle nicht das verfassungsmäßige Recht auf Ehe für eine zu große Zahl von Menschen bedeutungslos werden.²⁰²⁸ In Bezug auf die Urteilsfähigkeit für den Akt der Eheschließung müssten die Verlobten, so das Bundesgericht zunächst zur Reichweite des notwendigen Verständnisses – wobei auffällt, dass das Gericht hier über ein Verständnis der nur tatsächlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts hinausgeht und vielmehr auch ein rechtliches Verständnis einfordert –, in der Lage sein, „das Wesen der Ehe und die den Ehegatten daraus erwachsenden Rechte und Pflichten zu erkennen und sich dieser Einsicht gemäss zu verhalten.“²⁰²⁹ Sie müssten also einen vernünftigen Grund für den beabsichtigten Eheschluss haben (beispielsweise der Wunsch nach einem eigenen Heim, Geborgenheit und Zuneigung).²⁰³⁰ Außerdem müsse ihnen bewusst sein, welche Erwartungen und Pflichten mit dem Eingehen der „durchschnittlichen Ehe“ verbunden seien, beispielsweise also, dass wirtschaftliche Vorsorge zu treffen sei, dass Haushaltsführung und Kindererziehung anfielen und dass das Zusammenleben ein gewisses Maß gegenseitiger Achtung und Zuneigung verlange.²⁰³¹

²⁰²⁶ BGE 134 II 235 E.4.3.5 S.242. In der Literatur wird teils vertreten, die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit müssten aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Entscheidung gering gehalten werden, sodass auch bei stark verminderter Urteilsfähigkeit eine eigene Einwilligung erteilt werden könne, siehe *Binder* 1964, S. 63 f.

²⁰²⁷ BGE 127 I 6 E. 7.b)cc) S. 20 f.

²⁰²⁸ BGE 109 II 273 E.3 S. 277 und E.4.b) S. 278; ebenso BGE 77 II 102 S. 107; siehe auch *Binder* 1964, S. 64: Ehefähigkeit nur nicht gegeben, wenn Urteilsfähigkeit sehr weitgehend herabgesetzt. Es dürften nur sehr bescheidene Ansprüche an die Urteilsfähigkeit gestellt werden.

²⁰²⁹ BGE 109 II 273 E.4.a) S. 277.

²⁰³⁰ BGE 109 II 273 E.4.a) S. 277.

²⁰³¹ BGE 109 II 273 E.4.a) S. 277; siehe auch BGE 77 II 102 S. 105: Die Verlobten müssten in der Lage sein, hinsichtlich des Abschlusses und der Führung der Ehe mit dem gerade in Frage stehenden Partner vernünftig zu handeln, also die Probleme, die sich mit ihrem konkret ge-

Jedenfalls sei für die Ehefähigkeit nicht Voraussetzung, dass der Betroffene Daten, Zeitablauf etc. erfassen könne, sondern es genüge, dass er in dem Umfeld, in dem der Betroffene lebe, für das Alltägliche und Nächstliegende Verständnis aufweise.²⁰³²

Weil die Voraussetzungen der Ehefähigkeit dazu dienten, zu verhindern, dass der eine Ehepartner dem anderen ausgeliefert werde, spiele es für die Bestimmung der Ehefähigkeit zudem eine Rolle – und hier wird die Besonderheit der Eheschließung als höchstpersönliches Geschäft nochmals deutlich –, ob eine solche Auslieferung überhaupt zu besorgen sei: Sei dies nicht der Fall und erscheine die Eheschließung aufgrund der Umstände für den Betroffenen als vernünftig und seinem Wohlergehen dienlich – etwa um ihn vor sozialer Verwahrlosung oder den Unsicherheiten eines nur losen Verhältnisses zu bewahren –, so müsse die Ehefähigkeit auch dann bejaht werden, wenn an sich die Fähigkeiten zum Erfüllen der ehelichen und familiären Pflichten stark herabgesetzt seien. In einem solchen Fall müssten die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit entsprechend gering gehalten werden.²⁰³³

Geringe Voraussetzungen stellt die Rechtsprechung auch an die Prozessfähigkeit in höchstpersönlichen Angelegenheiten, wenn der „geisteskranke“ oder „geistesschwache“ Betroffene beispielsweise gegen – so früher noch – eine Entmündigung oder Nichtaufhebung der Vormundschaft oder die Nichtzustimmung des Vormunds zur Eheschließung vorgehen will: Es genüge für das Recht, im Prozess selbstständig zu handeln, wenn der Betroffene „auch nur eine rudimentäre Vorstellung davon hat, was Handlungsfähigkeit und Entmündigung und Eheschließung und Eheverbot bedeuten, und wenn er, sei es auch mit mangelhafter Motivierung, den Willen bilden kann, keinen Vormund zu haben bzw. zu heiraten.“²⁰³⁴ In Anwendung dieser Grundsätze sei eine Person bezogen auf ein Scheidungsverfahren prozessfähig, wenn der Betroffene „wenigstens einigermassen Rechenschaft davon geben kann, worum der Streit geht, und dass er den Entschluss zu fassen vermag, sich der Klage zu widersetzen und an der Ehe festzuhalten.“²⁰³⁵ Auch hier argumentiert das Bundesgericht, um das Pendel im Zweifel für die Urteilsfähigkeit ausschlagen zu lassen, mit der Höchstpersönlichkeit: Es handle sich um „zutiefst in die Persönlichkeitssphäre eingreifende“ Angelegenheiten, sodass der Betroffene ein Anrecht habe, die Sache selbst zu

wählen Partner stellen würden, zu überblicken. Dann allerdings – anders, wenn der Betroffene schon das Wesen der Ehe per se und die sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten im Allgemeinen nicht überblicke – keine Nichtigkeit von Amts wegen, sondern lediglich ein Anfechtungsrecht des Betroffenen.

²⁰³² Vgl. BGE 109 II 273 E.5 S. 279.

²⁰³³ BGE 109 II 273 E.4.b) S. 277 f.

²⁰³⁴ BGE 77 II 7 E.2 S. 11 f.

²⁰³⁵ BGE 77 II 7 E.2 S. 12.

führen und selbst Rechtsmittel zu ergreifen.²⁰³⁶ Es seien an die Urteilsfähigkeit in diesen Situationen nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie andersorts.²⁰³⁷ Die Rechtsprechung begnügt sich hier folglich mit stark verminderter Urteilsfähigkeit, um Prozessfähigkeit zu bejahen.²⁰³⁸ Auch im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit führt das Bundesgericht aus, dass jedenfalls in Grenzfällen aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Handlung zu Gunsten der Urteilsfähigkeit entschieden werden müsse.²⁰³⁹

Und schließlich bleibt noch die Frage zu klären, welche Rolle es für die Frage der Urteilsfähigkeit spielt, dass sich eine Person bewusst ist, das nötige Verständnis für ein Rechtsgeschäft nicht zu haben. Lediglich in einer Entscheidung des Bundesgerichts finden sich hierzu Ausführungen, die vermuten lassen, dass nur das einer Person unbewusste Unvermögen, die wesentlichen Aspekte zu begreifen, die Annahme von Urteilsunfähigkeit rechtfertigt: So äußerte das Obergericht des Kantons Zug zunächst in grundsätzlicher Weise im Zusammenhang mit der Anerkennung einer Vaterschaft, eine Anerkennung sei nicht wirksam, wenn der Anerkennende zwar imstande sei, „den biologischen Zusammenhang zwischen Geschlechtsverkehr und Schwangerschaft zu erfassen und die Verpflichtung zu erkennen, irgendwie für das gezeugte Kind zu sorgen.“ Es fehle aber grundsätzlich an Urteilsfähigkeit, wenn seine Intelligenz nicht ausreiche, „um die unterschiedlich belastenden Fürsorgemöglichkeiten zu erkennen, welche die Rechtsordnung zur Verfügung stellt. Ebenso wenig vermochte er die unterschiedlichen Voraussetzungen und Wirkungen einer Vaterschaftsklage zu ermessen.“²⁰⁴⁰ Im konkreten Fall hätte lediglich eine Aufklärung durch eine rechtskundige Partei diesem Ungenügen abhelfen können; eine solche sei aber nicht erfolgt.²⁰⁴¹

Das Bundesgericht ließ sodann dahinstehen, ob aus den genannten Umständen auf Urteilsunfähigkeit zu schließen sei, und warf die Frage auf, ob nicht eher, statt auf die nichterfolgte Aufklärung, darauf abzustellen sei, ob der Betroffene habe erkennen können, dass er einer Beratung bedurft hätte. Denn Urteilsfähigkeit setze nicht die positive Kenntnis von bestimmten Umständen voraus, sondern dass eine Person in der Lage sei, sie sich anzueignen, und zu erkennen, dass sie die Frage, mit der sie konfrontiert ist, nicht ohne sachkundi-

²⁰³⁶ BGE 77 II 7 E.2 S. 12; siehe auch *Binder* 1964, S. 60ff. zur Prozessfähigkeit in höchstpersönlichen Angelegenheiten.

²⁰³⁷ BGE 77 II 7 E.2 S. 11.

²⁰³⁸ *Binder* 1964, S. 62.

²⁰³⁹ BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.3.2; siehe auch BGer, 25.2.2009, 5A_12/2009, E.5.3: keine überspannten Anforderungen an die Testierfähigkeit, da der Erblasser auch in prekären und psychisch belastenden Situationen soll testieren dürfen.

²⁰⁴⁰ Vgl. BGE 77 II 97 B S. 98.

²⁰⁴¹ Vgl. BGE 77 II 97 B S. 98.

gen Rat beurteilen könne.²⁰⁴² Im Ergebnis nahm das Bundesgericht aber ohnehin Urteilsunfähigkeit aufgrund der Beeinflussbarkeit des Betroffenen an, welches aufgrund von dessen Geistesschwäche oberhalb des Normalmaßes anzusiedeln sei.²⁰⁴³

3. Schlussfolgerungen

a) Keine starren Kriterien

Nicht anders als im österreichischen Recht ist die relative Geschäftsunfähigkeit auch im Schweizer Recht kein Schutzinstrument, dass die Subsumtion unter starre Kriterien ermöglichte. Vielmehr ist auch im Schweizer Recht die Bestimmung der Geschäftsunfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit wertungs offen und setzt primär an der Schutzwürdigkeit des Betroffenen im Einzelfall an: Eine Person ist dann geschäftsunfähig, wenn ihre Urteilsfähigkeit so eingeschränkt ist, dass es nicht gerechtfertigt erscheint, sie an ihre Erklärung zu binden. Die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit sind, ebenso wie im österreichischen Recht, dynamisch und hängen von Komplexität und Tragweite des fraglichen Geschäfts ab.

So haben Komplexität und Tragweite insbesondere Einfluss darauf, wie weitreichend das intellektuelle Verständnis für die Vorgänge, die durch das Rechtsgeschäft in Gang gesetzt werden, sein muss, damit eine Person noch urteilsfähig ist. Denn Urteilsfähigkeit setzt im Wesentlichen das Verständnis zumindest in groben Zügen der jeweils individuell zu bestimmenden „grundlegenden“ Inhalte, Zwecke und Konsequenzen des Geschäfts sowie der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen voraus, wie etwa des Werts des Kaufgegenstands oder des Risikos eines Rechtsgeschäfts. Welche Inhalte, Zwecke und Konsequenzen sodann so grundlegend sind, dass sie dem Vertragsschließenden bewusst sein müssen, beurteilt sich im Einzelnen danach, wie komplex, einschneidend, weitreichend oder gefährdend das Geschäft ist. Je mehr Aspekte eine Person dabei erfassen können muss bzw. je komplizierter diese sind, desto höher sind sodann konsequenterweise auch die Anforderungen an die Verstandeskraft und die Urteilsfähigkeit. Auch die Qualität des Verstehenkönnens ist variabel, abhängig wiederum von Komplexität und Tragweite. So ist der Willensbildungsfähigkeit beispielsweise bei Schenkungen gar auf eine „primitive“ Vorstellung des „Bekommens“ reduziert.²⁰⁴⁴

Es kommt für die Urteilsfähigkeit aber nicht darauf an, ob eine Person komplexe vertragliche Einzelregelungen noch versteht; es geht stets nur um ein Verstehenkönnen der für wesentlich erachteten Aspekte. Dies führt auch hier wie

²⁰⁴² BGE 77 II 97 E.1 S.99; ebenso *Aebi-Müller* successio 2012, S.4 (7f.): Voraussetzung der Urteilsfähigkeit sei die Einsicht, dass und bei wem gegebenenfalls Rat einzuholen sei.

²⁰⁴³ BGE 77 II 97 E. 2 S.101.

²⁰⁴⁴ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 117.

im österreichischen Recht zum Ergebnis, dass das Modell relativer Geschäftsunfähigkeit Personen der Fallgruppen 1 und 3 erfasst, solche der Fallgruppe 2 hingegen nicht. Aus der Rechtsprechung ergibt sich zudem, dass sich auf Urteilsunfähigkeit nur berufen kann, wem seine Unfähigkeit nicht bewusst war. Wer es lediglich unterlassen hat, sich ein Rechtsgeschäft erläutern zu lassen oder fachkundige Hilfe beizuziehen, ist geschäftsfähig. Dabei wird man allerdings fordern müssen, dass die Fähigkeit, diese Schlüsse zu ziehen, wonach in dieser Situation das Einholen von Rat angebracht wäre, selbst nicht krankheitsbedingt beeinträchtigt gewesen sein darf. Im Übrigen genügt für Geschäftsunfähigkeit im Schweizer Recht auch eine Beeinflussbarkeit über das Normalmaß hinaus, sodass auch Personen der Fallgruppe 4 geschützt werden.

Aus der Untersuchung zum Schweizer Recht wird zudem besonders deutlich, dass die relative Urteilsfähigkeit nicht auf das Verstehenkönnen bestimmter Sachverhalte oder Aspekte beschränkt ist, sondern es finden sich auch solche Fähigkeiten wieder, die auch im deutschen Recht bei der Prüfung absoluter Geschäftsunfähigkeit herangezogen werden, also insbesondere die Fähigkeit, einen von der Krankheit unbeeinflussten Willen zu bilden. Aufgrund der Relativität ist aber anders als im deutschen Recht immer möglich, die vorhandenen Fähigkeiten ausschließlich auf das konkrete Geschäft hin abzuprüfen, ohne dazu gezwungen zu sein, aus festgestellten Unfähigkeiten einen Schluss auf die Unfähigkeit, *irgendein* Rechtsgeschäft abzuschließen, ziehen zu müssen.

Eine Person muss also, um relativ urteilsfähig zu sein, in der Lage sein, Motive so zu bilden und so abwägen zu können, wie es ihrem persönlichen Wertesystem entspricht. Sie muss zur Selbstkontrolle fähig sein und darf also nicht lediglich ihrem ersten oder gar einem krankhaften Impuls folgen, wobei allerdings in der Literatur diskutiert wird, ob es für manche Rechtsgeschäfte je nach Situation nicht auch genügen könnte, wenn diese „intuitiv“ und weniger rational begründet abgeschlossen werden: Hier ist wieder die Qualität der Willensbildung angesprochen, die folglich variieren kann, je nach Art des Rechtsgeschäfts. Eine Person muss zudem einen hinreichenden Realitätsbezug haben, ihre Lebensumstände kennen und zeitlich und örtlich orientiert sein, aber nur dann, sofern diese Fähigkeiten für den Abschluss des fraglichen Geschäfts erforderlich scheinen.

Und schließlich wird für die Frage, ob eine Person geschäftsfähig ist, auch die Höchstpersönlichkeit des Geschäfts berücksichtigt, wobei in Zweifelsfällen die Höchstpersönlichkeit gerade die Geschäftsfähigkeit begründen kann. Hier wirkt der Schutz des Betroffenen also in die andere Richtung: Es werden aufgrund der Höchstpersönlichkeit Handlungsspielräume nicht beschnitten, sondern gesichert. Zudem werden, zumindest in der Praxis, auch die Vernünftigkeit des Rechtsgeschäfts bzw. jedenfalls die Nachvollziehbarkeit der Motive gewertet, jedenfalls wiederum dann, wenn die Geschäftsfähigkeit ohnehin schon zweifelhaft ist. Eine Kausalität dergestalt, dass sich die geistige Beein-

trächtigung stets im Rechtsgeschäft niederschlagen müsste, ist aber gerade nicht erforderlich.

b) Verhältnis zum mangelnden Urteilsvermögen in anderen Schutzvorschriften

Die Urteilsunfähigkeit steht in engem Zusammenhang mit Art. 21 OR, sodass Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen können: Gemäß Art. 21 Abs. 1 OR kann, wer „unerfahren“ ist, innerhalb eines Jahres nach Vertragsabschluss Vertragsaufhebung verlangen, wenn der von ihm geschlossene Vertrag ein „offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung“ aufweist und der Vertrag unter Ausnutzung seiner Unerfahrenheit zustande kam.²⁰⁴⁵ Wie im österreichischen und im deutschen Recht ist diese Sittenwidrigkeitsklausel eine Klausel der Inhaltskontrolle, die neben einer persönlichen Eigenschaft des Übervorteilten an eine inhaltliche Unangemessenheit und ein Element des Ausnutzens anknüpft.

Nach früherer Rechtsprechung erforderte die in Art. 21 Abs. 1 OR genannte Unerfahrenheit, die ausgenutzt worden sein muss, die Unfähigkeit, Verhältnisse der in Frage stehenden Art im allgemeinen würdigen zu können.²⁰⁴⁶ Es war damit erforderlich, dass sich der Betroffene „an der Grenze zur Urteilsunfähigkeit“ bewegte.²⁰⁴⁷ Nach neuerer Rechtsprechung liegt Unerfahrenheit aber auch schon dann vor, wenn einer Person schlicht im konkreten Fall die Sachkenntnis fehlt, die zur Beurteilung von Verhältnissen der in Frage stehenden Art erforderlich ist.²⁰⁴⁸ Sie müsse nicht allgemein unfähig sein, ein bestimmtes Geschäft ausreichend zu würdigen; es genüge, dass sie auf dem fraglichen Gebiet zwar nicht völlig unerfahren sei, aber dennoch nicht in der Lage sei – unter Rückgriff auf die Terminologie zur Urteilsunfähigkeit –, die Tragweite des Geschäfts zu erfassen.²⁰⁴⁹ Damit solle dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Gebiet der „allgemeinen Erfahrung“ mit der fortschreitenden Entwicklung

²⁰⁴⁵ Siehe zum Streit, ob es sich hierbei um eine Anfechtung eines schwebend wirksamen Vertrags oder um die Aufhebung eines von vornherein ungültigen Vertrages, dessen Ungültigkeit aber nur beachtet werden darf, wenn sich der Übervorteilte darauf beruft, handelt: Basler Kommentar/OR I-*Meise und Huguenin* 2020, Art. 21 OR Rn. 15; Berner Kommentar-Kramer 1991, Art. 21 OR Rn. 47. Dass der Vertrag beispielsweise bei Vorliegen eines Irrtums von vornherein ungültig ist, vertritt etwa BGE 114 II 131 E. 3 S. 143. Jedenfalls aber führt Art. 21 OR nicht zur Nichtigkeit i. S. v. Art. 20 Abs. 1 OR, also nicht zu einer von Amts wegen zu berücksichtigenden Nichtigkeit. Grund hierfür ist die Nähe des Art. 21 Abs. 1 OR zu den Willensmängeln (Art. 23 ff. OR), da auch Art. 21 Abs. 1 OR einen Mangel in der Willensbildung voraussetzt, siehe Berner Kommentar-Kramer 1991, Art. 21 OR Rn. 46.

²⁰⁴⁶ BGE 41 II 571 E. 7 S. 579.

²⁰⁴⁷ Berner Kommentar-Kramer 1991, Art. 21 OR Rn. 40.

²⁰⁴⁸ BGer, 22.7.2020, 4A_254/2020, E. 4.1; BGer, 7.11.2017, 5A_272/2017, E. 5.4; BGE 61 II 31 E. 2.b) S. 36; BGE 92 II 168 E. 5.a) S. 176; BGer, 13.10.2005, 4C.238/2004, E. 2.4.

²⁰⁴⁹ BGE 92 II 168 E. 5.a) S. 176 f.

immer weiter eingengt werde, sodass der Einzelne immer mehr auf die Unterstützung von Spezialisten angewiesen sei, um sich etwa vom Wert der angebotenen Leistung ein angemessenes Bild zu machen.²⁰⁵⁰

Wenn aber neben punktuell fehlender Sachkenntnis, die unstreitig nicht zu Urteilsunfähigkeit führt, nach wie vor auch ein „allgemeines Nichtvertrautsein“ die Anwendbarkeit von Art. 21 Abs. 1 OR begründet, so verschwimmen an dieser Stelle die Grenzen der Urteilsunfähigkeit. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Bundesgericht die Unerfahrenheit explizit als „Unfähigkeit, eine Situation zu analysieren und zu bewerten, als Folge eines *Mangels an Urteilsfähigkeit* oder Kenntnis“ definiert.²⁰⁵¹ Dabei wird explizit darauf verwiesen, dass die Aufzählung des Art. 21 Abs. 1 OR nicht abschließend ist, sondern in Anlehnung an § 138 Abs. 2 BGB auch mangelndes Urteilsvermögen die Anwendbarkeit von Art. 21 Abs. 1 OR begründet.²⁰⁵² Dieser Zustand i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB bzw. Art. 21 Abs. 1 OR dürfe aber nicht so weit ausgeprägt sein, dass bereits die Urteilsfähigkeit mit der Folge des Art. 18 ZGB fehle, da es sonst der Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 OR nicht mehr bedürfe.²⁰⁵³

Damit handelt es sich bei der Unerfahrenheit bzw. der persönlichen Eigenschaft des Übervorteilten i.S.v. Art. 21 Abs. 1 OR und der fehlenden Urteilsunfähigkeit i.S.v. Art. 16, 18 ZGB im Ergebnis um graduelle Abstufungen, was eine trennscharfe Abgrenzung unmöglich macht, sondern einen erheblichen Bewertungsspielraum eröffnet. Eine klare Abgrenzung erfolgt aber jedenfalls dadurch, dass Art. 21 Abs. 1 OR, anders als Art. 16, 18 ZGB, keinen objektivierbaren physiologischen oder psychischen Schwächezustand voraussetzt.²⁰⁵⁴

²⁰⁵⁰ BGE 92 II 168 E.5.a) S. 176.

²⁰⁵¹ BGer, 13.10.2005, 4C.238/2004, E.2.4 [Hervorhebung durch Autorin]: „L'inexpérience se définit comme l'incapacité d'analyser et d'évaluer une situation en raison d'un manque de discernement ou de connaissances.“ Der Begriff „*discernement*“ wird in der französischen Fassung des Art. 16 ZGB verwendet und ist folglich mit „Urteilsfähigkeit“ zu übersetzen. Es reiche aus, so das Gericht weiter, dass der Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von Schwierigkeiten überfordert werde, die seine Wahrnehmung trübten und eine vernünftige Entscheidung verhinderten. Dies sei nicht der Fall, wenn eine Person zum Zweck des Betriebs eines Restaurants Kurse belegt habe, und sodann ein Restaurant erwerbe: Von einer Person, die den Restaurantbetrieb zu ihrem Beruf machen wolle, sei zu erwarten, dass sie sich über die wirtschaftlichen Aspekte des Kaufs informiere und gegebenenfalls beraten lasse. Siehe auch Basler Kommentar/OR I-Meise und Huguenin 2020, Art. 21 OR Rn. 12: Unerfahrenheit als Unfähigkeit, „Bedeutung und Tragweite“ des konkreten Vertrags richtig einzuschätzen.

²⁰⁵² Basler Kommentar/OR I-Meise und Huguenin 2020, Art. 21 OR Rn. 10; Gauch et al. 2020/Band I, § 7 S. 171 Rn. 738.

²⁰⁵³ Berner Kommentar-Kramer 1991, Art. 21 OR Rn. 45; Gauch et al. 2020/Band I, § 7 S. 171 Rn. 739; siehe auch Basler Kommentar/OR I-Meise und Huguenin 2020, Art. 21 OR Rn. 10.

²⁰⁵⁴ BGer, 7.11.2017, 5A_272/2017, E.5.4.

D. Parallele zur Einwilligungsfähigkeit

Eine relative Betrachtung wird im deutschen Recht zwar in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit abgelehnt, ist aber insbesondere im Bereich der Einwilligungsfähigkeit in ärztliche Maßnahmen anerkannt: Die Einwilligungsfähigkeit ist nicht mit Geschäftsfähigkeit gleichzusetzen, sodass die §§ 104 ff. BGB auf die Einwilligung nicht anwendbar sind,²⁰⁵⁵ sondern sie wird relativ bestimmt, sodass für den jeweiligen Einzelfall zu entscheiden ist, ob der Betroffene – die begriffliche Einteilung variiert hier – „natürlich“²⁰⁵⁶ einsichts-, urteils- und/oder steuerungsfähig ist, um seine Einwilligung in den konkreten Eingriff zu erteilen.²⁰⁵⁷ Die schon vorhandene Anerkennung der relativen Einwilligungsfähigkeit im deutschen Recht zeigt somit zum einen, dass eine relative Handlungsfähigkeit in unserer Rechtsordnung kein Fremdkörper ist. Zum anderen liefert sie, neben der rechtsvergleichenden Betrachtung, wichtige Anhaltspunkte dafür, auf welche Fähigkeiten es im Detail ankommen soll (I.) und was unter einer relativen Handlungsfähigkeit konkret zu verstehen ist (II.). Schließlich lässt sie Rückschlüsse auf den Stellenwert des Rechtssicherheitsarguments zu (III.), dessen sich die Rechtsprechung und die herrschende Meinung mehrheitlich bedienen, um gegen die relative Geschäftsfähigkeit zu argumentieren.

I. Die Teilfähigkeiten der Einwilligungsfähigkeit

1. Definition der Einwilligungsfähigkeit

Für die Einwilligungsfähigkeit maßgeblich ist, so die gängige Definition, ob eine Person Art, Bedeutung und Tragweite und Risiken der medizinischen Maßnahme erfassen und ihren Willen hiernach ausrichten kann,²⁰⁵⁸ wobei es

²⁰⁵⁵ Siehe nur *Kuhlmann* 1996, S. 18 m.z.N.

²⁰⁵⁶ Der Zusatz „natürlich“ findet sich etwa in BT-Drucks. 17/10488, S. 23. Dieser Zusatz ist aber nicht misszuverstehen; damit ist insbesondere nicht ein nur natürlicher Wille gemeint.

²⁰⁵⁷ *Holzbauer* ZRP 1989, S. 451 (457), von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sprechend; *Kuhlmann* 1996, S. 20 f., von Einsichts- und Urteilsfähigkeit sprechend; *Taupitz* MedR 2012, S. 583 (584), von Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit sprechend; *Damm* MedR 2015, S. 775 (777), von Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sprechend; *Genske* 2020, S. 119 ff., zwischen Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit differenzierend, 139; *Roxin und Greco* 2020, § 13 S. 684 Rn. 84 f., von Einsichts- und Urteilsfähigkeit sprechend; *MüKo BGB/Band 5-Wagner* 2023, § 630d BGB Rn. 26, die Begriffe Einsichts- und Urteilsfähigkeit bevorzugend; aus der Rechtsprechung BGH NJW 1964, S. 1177 (1178), von Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Urteilsfähigkeit sprechend; siehe auch BT-Drucks. 17/10488, S. 23, von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sprechend. Die Relativität betonend auch *MüKo BGB/Band 1-Spickhoff* 2025, § 104 BGB Rn. 59; *Spickhoff*, in: *Recht der Älteren*, S. 101 (120 f.); einschränkend zur Relativität *Kuhlmann* 1996, S. 35, wonach sich die Kriterien der Einwilligungsfähigkeit nicht nach der Schwere richten sollen, sondern nur nach der Komplexität des Eingriffs.

²⁰⁵⁸ BT-Drucks. 17/10488, S. 23; OLG Hamm NJW 2020, S. 1373 (1374). Insgesamt sind die

stellenweise auch relativierend heißt, eine Person müsse die Fähigkeit haben, Wesen, Bedeutung und Tragweite der Maßnahme „jedenfalls in groben Zügen“ zu verstehen.²⁰⁵⁹ Zusätzlich muss eine Person die Fähigkeit zur Bewertung und Abwägung des Für und Wider der Maßnahme haben,²⁰⁶⁰ sodass die Einwilligungsfähigkeit in Summe damit die drei Elemente des Verstehenkönnens (Einsichtsfähigkeit) und Bewerten- und Abwägenkönnens (Urteilsfähigkeit) und des Handelnskönnens (Steuerungsfähigkeit) umfasst.²⁰⁶¹

Die Definition der Einwilligungsfähigkeit sieht sich dabei der Kritik ausgesetzt, es sei „eine gewisse Verkümmern der definitorischen Anstrengung zu erkennen.“²⁰⁶² Werde die Einwilligungsfähigkeit mit einem derart geringen Informationsgehalt umschrieben, entstehe nicht nur die Gefahr uneinheitlicher Anwendung, sondern auch, dass in die Entscheidung über die Einwilligungsfähigkeit sachfremde Kriterien und andere verdeckte Entscheidungsgründe miteinfließen.²⁰⁶³ Dies zeige sich etwa bei der Rechtsprechung zur Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger, wo etwa die Dringlichkeit und Lebensnotwendigkeit einer Maßnahme für die Frage, ob der Minderjährige einwilligungsfähig sei, mitberücksichtigt werde: Dies solle offensichtlich sicherstellen, dass vernünftigen Maßnahmen, die in Notlagen ergriffen würden, nicht nachträglich die

Definitionen der Rechtsprechung aber uneinheitlich bzw. waren in der Vergangenheit sehr auf die Einsichtsfähigkeit fokussiert unter Vernachlässigung des voluntativen Elements: Teils fragte die Rechtsprechung nach der „geistigen und sittlichen Reife“, um „die Bedeutung der Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen“; BGH NJW 1953, S. 811. Zu lesen ist auch von der nötigen „Urteilstkraft und Gemütsruhe [...]“, um die Tragweite seiner Erklärung zu erkennen und das Für und Wider verständlich gegeneinander abzuwägen“, siehe BGH NJW 1953, S. 912 (912). Ebenso auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit entsprechend der genannten Definition abstellend *Damm* MedR 2015, S. 775 (777). Ähnliche Definitionen der Einwilligungsfähigkeit finden sich im Übrigen in Spezialgesetzen, z.B. § 40b Abs. 3 S. 1 AMG.

²⁰⁵⁹ BGH NJW 1956, S. 1106 (1107); ähnlich *Spickhoff*, in: *Recht der Älteren*, S. 101 (121): „im Großen und Ganzen“ verstehen; vgl. *Taupitz*, in: *Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages*, S. A5 (A58).

²⁰⁶⁰ *Taupitz*, in: *Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages*, S. A5 (A58); *Laufs/Kern/Rehborn-Ulsenheimer* 2019, § 149 Rn. 63; *Amelung ZStW* (104) 1992, S. 525 (551 ff.); *Genske* 2020, S. 119 ff.; ebenso erwähnt in BT-Drucks. 17/10488, S. 23 sowie ausdrücklich in OLG Hamm NJW 2020, S. 1373 (1375) im Fall des Schwangerschaftsabbruchs einer Minderjährigen: Bei der Einsichtsfähigkeit komme es neben der Fähigkeit, die Art des ärztlichen Eingriffs und dessen Risiken und Folgen für den eigenen Körper zu erfassen, auch auf die Fähigkeit zur Rechtsgüterabwägung an.

²⁰⁶¹ Zu diesen drei Fähigkeiten mit den jeweiligen Begrifflichkeiten *Ganner* 2005, S. 237 f.; *Stief* 2012, S. 130 ff.; *Gleixner-Eberle* 2014, S. 287; *Genske* 2020, S. 119 ff. Teils wird das Urteilsvermögen auch der Einsichtsfähigkeit zugeordnet, so tendenziell etwa in BT-Drucks. 17/10488, S. 23; OLG Hamm NJW 2020, S. 1373 (1375). An diese drei Fähigkeiten anknüpfend auch *Amelung ZStW* (104) 1992, S. 525 (551 ff.); *Helmchen und Lauter* 1995, S. 42; *Odenwald* 2004, S. 46 ff.

²⁰⁶² *Amelung ZStW* (104) 1992, S. 525 (537): Was füge die „Bedeutung“ der „Tragweite“ und was das „Wesen“ der „Bedeutung“ hinzu?

²⁰⁶³ *Amelung ZStW* (104) 1992, S. 525 (537 f.).

Rechtfertigung entzogen werde.²⁰⁶⁴ Dass die Rechtsprechung in der Tat verschiedene Kriterien in die Prüfung der Einwilligungsfähigkeit mit einbezieht, auch solche, die nicht im engeren Sinne mit den geistigen Fähigkeiten einer Person zu tun haben, zeigt sich auch darin, dass beispielsweise auch die Höchstpersönlichkeit einer Maßnahme für die Frage eine Rolle spielt, ob der Minderjährige die alleinige Einwilligungskompetenz haben soll. Die Höchstpersönlichkeit der Maßnahme fließt etwa beim Schwangerschaftsabbruch einer Minderjährigen mit ein, der den engen Kern des grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts betrifft.²⁰⁶⁵

Dass, wie die genannten Beispiele zeigen, insbesondere auch die Art der Maßnahme über die Einwilligungsfähigkeit entscheiden kann, ist aber nicht zu kritisieren, sondern vielmehr zu befürworten. Zum einen ist beispielsweise gerade die Dringlichkeit einer Maßnahme maßgeblich für den Umfang der Aufklärungspflicht – dieser reduziert sich –, was sich folglich auch auf die Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit auswirkt, da der Aufklärungsempfänger entsprechend weniger Informationen verarbeiten muss.²⁰⁶⁶ Außerdem ist der Abwägungsvorgang zur Frage, ob in einer akuten Notlage der Versuch unternommen werden soll, das eigene Leben zu retten, tendenziell einfacher ausgestaltet und leichter nachzuvollziehen – Leben ja oder nein –, als wenn es um eine Entscheidung über eine mit Risiken verbundene Maßnahme geht, die zwar nicht notwendigerweise nicht indiziert ist, es aber dennoch an einer unmittelbaren Gefahr fehlt.²⁰⁶⁷ Dass zum anderen gerade auch die Höchstpersönlichkeit einer Maßnahme bei der Beurteilung der Handlungsfähigkeit zu Recht mit einbezogen wird, zeigt wiederum der Rechtsvergleich.²⁰⁶⁸ Es ist auch grundrechtlich geboten, dem Willen des Betroffenen umso mehr Bedeutung beizumessen, je intensiver eine Maßnahme die engste persönliche Lebenssphäre betrifft. Im Übrigen lassen sich die Elemente der Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähig-

²⁰⁶⁴ *Amelung* ZStW (104) 1992, S. 525 (539f.) mit Verweis auf BGH NJW 1959, S. 825 (825f.), wonach einem Minderjährigen das Verständnis zugetraut werden könne, um das Für und Wider verständig gegeneinander abzuwägen und die Tragweite seiner Einwilligung zu erkennen, wenn es um sofort notwendige lebensrettende Eingriffe gehe. Anders sei dies aber bei einer Blinddarmoperation, wenn keine unmittelbare Gefahr drohe. Siehe auch BGH NJW 1972, S. 335 (338): Bei aufschiebbaren und gleichzeitig nicht unwichtigen Eingriffen könne die Einwilligung des Minderjährigen nicht genügen. Vgl. ebenso OLG Hamm NJW 2020, S. 1373 (1375).

²⁰⁶⁵ OLG Hamm NJW 2020, S. 1373 (1374f.).

²⁰⁶⁶ Siehe sogleich bei Fn. 2107.

²⁰⁶⁷ So argumentierend BGH NJW 1959 S. 825 (825f.). Relativierend *Kuhlmann* 1996, S. 40f., wonach gerade in Drucksituationen eine Entscheidung auch schwer zu fällen sein könne.

²⁰⁶⁸ Siehe oben zum Schweizer Recht und der Einfluss der Höchstpersönlichkeit eines Rechtsgeschäfts auf die Geschäftsfähigkeit ab Fn. 1946 und ab Fn. 2028.

keit aufgrund zahlreicher Beiträge in Literatur und Rechtsprechung mit weiterem Inhalt füllen.²⁰⁶⁹

Es ist auch wichtig zu betonen, dass die Einwilligungsfähigkeit nur fehlt, wenn eine „biologische Voraussetzung“ gegeben ist, also etwa eine geistige Behinderung oder psychische Erkrankung.²⁰⁷⁰ Es kann dabei aber nicht allein vom Vorliegen einer Behinderung oder Erkrankung auf Einwilligungsunfähigkeit geschlossen werden, sondern diesem kommt nur Indizwirkung zu.²⁰⁷¹ Daneben können auch andere Zustände zu Einwilligungsunfähigkeit führen, z.B. Bewusstlosigkeit oder der Einfluss starker Medikation²⁰⁷² oder Alkoholisierung.²⁰⁷³ Auch Schmerzen können im Einzelfall so stark sein, dass sie die Einwilligungsfähigkeit beeinträchtigen, auch wenn es keinen allgemeinen Erfahrungssatz dahingehend gibt, dass starke Schmerzen die Einwilligungsfähigkeit immer aufheben.²⁰⁷⁴ Zudem kann hohes Alter die Einwilligungsfähigkeit beeinträchtigen, wenn altersbedingte Einschränkungen der geistigen Fähigkeiten vorliegen, wobei hohes Alter aber keinesfalls die Vermutung, die Person sei einwilligungsunfähig, zulässt.²⁰⁷⁵ Ob eine Person für eine bestimmte Maßnahme einwilligungsfähig ist, bestimmt sich im Übrigen stets auch vor dem Hintergrund der Biographie des Patienten.²⁰⁷⁶ Wenn eine Person beispielsweise mit einer chronischen Krankheit vertraut ist, kann ihr daher auch bei verringerter Verständnisfähigkeit Einwilligungsfähigkeit zuzusprechen sein.

2. Einsichtsfähigkeit

Einsichtsfähigkeit als das Verstehenkönnen knüpft an die intellektuelle und kognitive Fähigkeit an, Tatsachen und Kausalverläufe zu verstehen und damit auch

²⁰⁶⁹ Siehe sogleich unter 3. Kapitel D.I.2.–4.

²⁰⁷⁰ *Amelung* ZStW (104) 1992, S. 525 (558); *Kern* NJW 1994, S. 753 (756).

²⁰⁷¹ BVerfG NJW 2011, S. 3571 (3572); *Genske* 2020, S. 174.

²⁰⁷² *Kern* NJW 1994, S. 753 (756).

²⁰⁷³ BGH NSTZ 2000, S. 87 (88).

²⁰⁷⁴ OLG Koblenz NJW 2015, S. 79 (79); *Kern* NJW 1994, S. 753 (757); *Genske* 2020, S. 176f.

²⁰⁷⁵ Hohes Alter als Grund für Einwilligungsunfähigkeit grundsätzlich anerkennend, allerdings darauf hinweisend, dass altersbedingte und krankheitsbedingte Einwilligungsunfähigkeit schwer zu unterscheiden sein könnten: *Taupitz* MedR 2012, S. 583 (584). Zur Berücksichtigung hohen Alters *Genske* 2020, S. 166, 177, wobei aber, die Demenzkranken ausgenommen, bei Hochbetagten insgesamt wenige kognitive Veränderungen festzustellen seien. *Genske* bezieht sich hierbei auf die entsprechenden Ausführungen von *Cording* Fortschr Neurol Psychiat (72) 2004, S. 147 (153), wonach der normale Alterungsprozess zu wenig kognitiven Veränderungen führe. Betonend, dass kein typisierender Verlust der Einwilligungsfähigkeit im hohen Alter stattfindet: *Damm* MedR 2015, S. 775 (778). Zur Heterogenität der Fähigkeiten im Alter *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (347); *Igl*, in: *Recht der Älteren*, S. 165 (189f.). Siehe auch bereits im 1. Kapitel, Einleitung, bei Fn. 8.

²⁰⁷⁶ *Laufs/Kern/Rehborn-Ulsenheimer* 2019, § 149 Rn. 64.

prognostische Überlegungen anstellen zu können.²⁰⁷⁷ Man kann sicher lang darüber diskutieren, ob die Definition hinsichtlich der konkreten Tatsachen, die der Einwilligende erfasst haben muss, von den Begrifflichkeiten her geglückt ist, insbesondere darüber, was unter einer Tragweite zu verstehen ist – wohl die tatsächlichen Folgen –, bzw. was das Wesen des Eingriffs von seiner Bedeutung und sodann wiederum von seiner Tragweite unterscheidet.²⁰⁷⁸

Bei der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme lassen sich diese Tatsachen, die eine Person verstanden haben muss, aber immerhin anhand der für den jeweiligen Eingriff erforderlichen Selbstbestimmungsaufklärung konkretisieren: Es sind die Elemente, auf die sich die Aufklärung, insbesondere die Diagnose-, Risiko- und Verlaufsaufklärung, bezieht, die der Betreffende intellektuell erfassen können muss.²⁰⁷⁹ Dies bedeutet, dass der Einwilligende insbesondere verstehen können muss, an welcher Krankheit er leidet, ebenso, worin das Ziel des Eingriffs liegt und – dies mag man als „Tragweite“ bezeichnen – welche Erfolgchancen, Folgen und Risiken dieser Eingriff hat²⁰⁸⁰ sowie welche Alternativen bestehen.²⁰⁸¹ Zu diesem Verständnis gehört auch zu erkennen, welche Funktion das Rechtsgut hat, in das eingegriffen wird.²⁰⁸² Im Übrigen ist Einsichtsunfähigkeit nicht mit Nicht-Wissen, sondern mit Nicht-Wissen-Können gleichzusetzen: Es kommt also nicht nur darauf an, ob einer Person eine bestimmte Tatsache bekannt oder nicht bekannt war, sondern darauf, ob sie ihr bekannt sein könnte.²⁰⁸³

3. Urteilsfähigkeit

Schwieriger zu fassen ist die Fähigkeit zu Bewertung und Abwägung, denn häufig heißt es nur, eine Person müsse in der Lage sein, die erlangten Informationen „angemessen“ zu bewerten und abzuwägen.²⁰⁸⁴ Bei der Frage, worauf abzustellen ist, finden sich Parallelen zum Schweizer Recht und der dort in allen Bereichen anerkannten relativen Handlungsfähigkeit: So heißt es teils, wie auch im Schweizer Recht, es sei zu prüfen, ob die Entscheidung des Betroffenen auf

²⁰⁷⁷ *Amelung* ZStW (104) 1992, S. 525 (553 ff.); *Kuhlmann* 1996, S. 26 ff.; *Stief* 2012, S. 144 ff.; *Genske* 2020, S. 119 ff.

²⁰⁷⁸ *Amelung* ZStW (104) 1992, S. 525 (537). Siehe zur Definition oben bei Fn. 2059.

²⁰⁷⁹ *Genske* 2020, S. 120 ff.; siehe auch *Stief* 2012, S. 149: Verkürzt könne man sagen, dass einsichtsfähig sei, wer alle Umstände, die Gegenstand der Aufklärungspflicht seien, verstanden habe. Ebenso *Kuhlmann* 1996, S. 26.

²⁰⁸⁰ Zum Begriff der Tragweite *Stief* 2012, S. 146 ff., worunter insbesondere die Folgen des Eingriffs gehörten, sowohl unmittelbarer als auch mittelbarer Natur.

²⁰⁸¹ *Stief* 2012, S. 145 ff.; *Genske* 2020, S. 122 f.; so auch bereits Zentrale Ethikkommission DÄBl. 1997, S. A-1011 (A-1011).

²⁰⁸² *Stief* 2012, S. 145 mit dem Beispiel der Entfernung einer Niere: Hierin könne nur wirksam einwilligen, wem zumindest im Groben klar sei, welche Funktion einer Niere im Körper zukomme.

²⁰⁸³ *Stief* 2012, S. 149.

²⁰⁸⁴ *Helmchen und Lauter* 1995, S. 42; *Kröber Rechtsmedizin* 1998, S. 41 (42).

seinem intakten Wertesystem beruhe, also ob er zu einer an diesen Werten orientierten subjektiv rationalen Entscheidung fähig ist, oder ob dieses Wertesystem krankheitsbedingt verzerrt sei.²⁰⁸⁵ Dieses Wertesystem müsse zwar keinen objektiven Vernünftighkeitsmaßstäben genügen, aber der (gesunden) Persönlichkeit des Einwilligenden entsprechen.²⁰⁸⁶

Anders als im Schweizer Recht wird diese Orientierung an einem Wertesystem des Betroffenen im deutschen Recht allerdings teils kritisch betrachtet: So überzeuge es nicht, dass das Handeln einer Person an stabilen Wertpräferenzen ausgerichtet sein müsse. Es sei schon unklar, wie vorzugehen sei, wenn es gar kein früheres Wertesystem als Vergleichsmaßstab gebe, weil beispielsweise der Betroffene mit einer bestimmten geistigen Beeinträchtigung, die Ursprung einer Verzerrung sein könnte, bereits geboren worden sei.²⁰⁸⁷ Und selbst wenn es ein früheres Wertesystem gegeben habe, das mit dem jetzigen, möglicherweise krankheitsbedingt verzerrten Wertesystem verglichen werden könne, so stelle sich stets die Frage, ob die festgestellte Veränderung im Wertesystem wirklich Ausdruck einer krankheitsbedingten Verzerrung sei oder nicht doch eher Ausdruck eines selbstbestimmten Sinneswandels.²⁰⁸⁸ Die Orientierung an einem früheren Wertesystem gestehe es dem Betroffenen nicht zu, seine Wertrangordnung neuzugestalten, was aber angesichts seiner Freiheitsrechte möglich sein müsse, gerade auch in existentiellen Krankheitssituationen.²⁰⁸⁹ Unklar sei auch, wie groß eine Abweichung vom Wertesystem sein dürfe, bevor Einwilligungsfähigkeit angenommen werden müsse.²⁰⁹⁰

Ein anderer, paternalistischerer Ansatz stellt für das Vorliegen der Urteilsfähigkeit darauf ab, ob sich für das Ergebnis der Bewertung ein „einsichtiger Grund“ finden lässt.²⁰⁹¹ Als Gegenpol hierzu wird teils gar nur i. S. e. Minimal-

²⁰⁸⁵ *Amelung* ZStW (104) 1992, S. 525 (551 f.); Zentrale Ethikkommission DÄBl. 1997, S. A-1011 (A-1012); *Kuhlmann* 1996, S. 26; *Helmchen und Lauter* 1995, S. 42, 44 f.; *Kröber* Rechtsmedizin 1998, S. 41 (44); *Odenwald* 2004, S. 54, 56 ff.; siehe allgemein zur Willensbildung *Zimmermann* BWNotZ 2000, S. 97 (102): Die Abwägung müsse anhand des eigenen Wertesystems erfolgen und die getroffene Entscheidung müsse ein Mindestmaß an Verstehbarkeit und Ableitbarkeit aus der Gesamtpersönlichkeit aufweisen. Ebenso *Habermeyer und Saß* Fortschr Neurol Psychiat (70) 2002, S. 5 (8); *Habermeyer und Saß* MedR 2003, S. 543 (544); *Schöne-Seifert*, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, S. 107 (116): zumindest Fähigkeit zu wertkohärenter Entscheidung erforderlich; ähnlich *Schroth*, in: In dubio pro libertate, S. 719 (724): Authentizität der Einwilligungsentscheidung; siehe auch *Wapler* 2015, S. 351: Eine Entscheidung müsse aus der Individualität der Person heraus schlüssig und für Außenstehe ansatzweise nachvollziehbar sein.

²⁰⁸⁶ *Amelung* ZStW (104) 1992, S. 525 (551 f.).

²⁰⁸⁷ Vgl. *Stief* 2012, S. 66. Dann sei laut *Amelung* auf objektiv vernünftige Wertmaßstäbe abzustellen, siehe so z. B. zu Minderjährigen, denen ein festes Wertgefüge noch fehle: *Amelung* NSStZ 1999, S. 458 (460).

²⁰⁸⁸ *Stief* 2012, S. 72.

²⁰⁸⁹ *Tenthoff* 2008, S. 104; *Genske* 2020, S. 133.

²⁰⁹⁰ *Genske* 2020, S. 133.

²⁰⁹¹ *Magnus* 2015, S. 75 im Zusammenhang mit selbstschädigenden Entscheidungen. Die

konzeption von Rationalität die Fähigkeit, die eigenen Wünsche durch Zweck-Mittel-Überlegungen in die Tat umsetzen zu können, ohne dass es irgend-einen inhaltlichen Rationalitätsstandard gebe, gefordert,²⁰⁹² was faktisch einer Aufgabe des Merkmals der Urteilsfähigkeit gleichkommt.

Im Ergebnis ist auf das in der Psychiatrie wohl weitestgehend übernommene²⁰⁹³ Modell der Anknüpfung an das eigene Wertesystem abzustellen. Die Alternativen vermögen nicht zu überzeugen: An das Ergebnis des Bewertungs- und Abwägungsvorgangs darf kein objektiver Vernunftmaßstab angelegt werden.²⁰⁹⁴ Die Entscheidung eines mündigen und volljährigen Menschen unterliegt inhaltlich keiner Überprüfung, sondern sie ist, welchen Inhalts auch immer, Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts.²⁰⁹⁵ Entsprechend scheiden alle Ansätze aus, die von einer solch objektiven Kontrolle ausgehen, wie etwa durch Anknüpfung an einen „einsichtigen Grund“.²⁰⁹⁶ Objektive Unvernunft ist lediglich Anhaltspunkt für eine genauere Prüfung der Einwilligungsfähigkeit, gestattet aber keinen Schluss auf Einwilligungsunfähigkeit.²⁰⁹⁷

Auf die Urteilsfähigkeit demgegenüber gänzlich zu verzichten ginge hingegen zu weit, da sonst auch solche Personen einwilligungsfähig blieben, bei denen sich eine Krankheit nicht auf intellektuelle Fähigkeiten, sondern auf andere Bereiche auswirkte, konkret auf die Fähigkeit, eine Entscheidung mit dem eigenen Selbst-Konzept abzugleichen,²⁰⁹⁸ etwa bei Wahn oder demenzieller Wesensveränderungen.²⁰⁹⁹ Gleichzeitig sind die Anforderungen aber auch nicht zu überspannen; so ist insbesondere eine Entscheidung auch dann anzuerkennen, wenn sie zwar im Ergebnis nicht wertkohärent ist, aber der Handelnde grundsätzlich die Fähigkeit zu wertkohärenter Entscheidung besessen hätte.²¹⁰⁰ Es ist hier auch miteinzubeziehen, dass es der menschlichen Natur entspricht, in gewissem Maße intuitiv und irrational zu entscheiden.²¹⁰¹

subjektive Bestimmung des eigenen Wohls sei nur bis zu einer bestimmten objektiven Grenze bindend. Auch hier findet sich eine Parallele im Schweizer Recht: Dort war die Rede von einem „annehmbaren“ Motiv, siehe oben ab Fn. 1980.

²⁰⁹² Genske 2020, S. 134 f., S. 51 ff.; siehe auch Roxin und Greco 2020, § 13 S. 686 Rn. 88: Welche Schlüsse der Patient aus Informationen ziehe, sei seine Sache.

²⁰⁹³ Helmchen und Lauter 1995, S. 42 (44 f.); Kröber Rechtsmedizin 1998, S. 41 ff.; Zimmermann BWNotZ 2000, S. 97 (102); vgl. Gleixner-Eberle 2014, S. 285.

²⁰⁹⁴ Genske 2020, S. 126 ff.

²⁰⁹⁵ Lipp 2000, S. 69; Genske 2020, S. 128.

²⁰⁹⁶ Genske 2020, S. 130 f.

²⁰⁹⁷ Odenwald 2004, S. 54.; anders BGH NJW 1978, S. 1206 im „Zahnextraktionsfall“.

²⁰⁹⁸ Siehe zu verschiedenen Zuständen, die sich auf die Urteilsfähigkeit auswirken können: Kröber Rechtsmedizin 1998, S. 41 (44); ebenso nicht auf die Urteilsfähigkeit verzichtend: Stief 2012, S. 150 f.

²⁰⁹⁹ Zimmermann BWNotZ 2000, S. 97 (103); siehe auch Schöne-Seifert, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, S. 107 (116): krankhafte Affektstörungen.

²¹⁰⁰ Schöne-Seifert, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, S. 107 (116).

²¹⁰¹ Odenwald 2004, S. 58 f.

Liegt ein intaktes Wertesystem aus vergangener Zeit nicht vor, bleibt zwar die Problematik bestehen, dass der Wertmaßstab sodann objektiviert werden muss: Man muss sich an „objektiv“ vernünftigen Wertungen orientieren, um eine „Verzerrung“ feststellen zu können.²¹⁰² Bedenken hieran lassen sich insofern etwas zerstreuen, als eine gewisse Objektivierung auch in anderen Bereichen der Einwilligung stattfindet, etwa im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung: Wo subjektive Präferenzen nicht ermittelbar sind, wird anhand eines objektiven Maßstabs entschieden.

Auch ist nicht richtig, dass dem Betroffenen mit diesem Ansatz, welcher an das persönliche Wertesystem anknüpft, nicht mehr das Recht, einen Wertewandel zu durchleben, zugesprochen werden könnte. Dieses Recht besteht natürlich und die neue Wertrangordnung ist sodann als Maßstab heranzuziehen, sofern der Wertewandel nur als autonom qualifiziert werden kann.²¹⁰³ Dass gerade hier Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen können, genauso bei der Frage, wieviel Abweichung vom eigenen Wertmaßstab erlaubt ist, bevor Einwilligungsunfähigkeit anzunehmen ist, überzeugt als Gegenargument nicht: Die Einwilligungsfähigkeit ist insgesamt ein unbestimmter Rechtsbegriff und entsprechende Abgrenzungsfragen zur Einwilligungsunfähigkeit stellen sich außerhalb von evidenten Fällen bei allen Teilfähigkeiten, also auch bei der Einsichts- und der Steuerungsfähigkeit. Es ist abwegig zu glauben, man könne die Grenze zwischen Einwilligungsfähigkeit und Einwilligungsunfähigkeit auf einer abstrakten Ebene trennscharf ziehen.²¹⁰⁴

Alternativ, statt auf einen Abgleich mit einem intakten Wertesystem, wird im Übrigen auch darauf abgestellt, ob der Betreffende zumindest erkennen könne, welchen Wert die Rechtsordnung dem preisgegebenen Rechtsgut zuspreche. Verstehe er dies grundsätzlich, messe er subjektiv dem Gut aber einen anderen und geringeren Wert bei und gebe er dieses Rechtsgut entsprechend durch Einwilligung preis, sei er urteilsfähig. Seine Motive seien dann irrelevant. Seine abweichende Wertbestimmung führe nur dann zu Einwilligungsunfähigkeit, wenn er die rechtliche Bewertung des Guts defektbedingt nicht einsehen und adaptieren könne.²¹⁰⁵

Die Fähigkeit, den Wert, den der Gesetzgeber einem Rechtsgut zuweist, zu erkennen, ist aber im Wesentlichen wohl deckungsgleich mit der Fähigkeit, anhand objektiv vernünftiger Wertmaßstäbe abzuwägen. Denn wägt man die verschiedenen Rechtsgüter unter Zugrundelegung des Werts, den der Gesetzgeber ihnen beigemessen hat, ab, so muss das Ergebnis doch das objektiv Vernünftige sein, da der Gesetzgeber wohl eine objektiv vernünftige Gewichtung vorgenommen hat. Urteilsfähig ist nach dieser Ansicht, die auf das Erkennenkönnen

²¹⁰² *Amelung* ZStW (104) 1992, S. 525 (553).

²¹⁰³ *Odenwald* 2004, S. 58 Fn. 328.

²¹⁰⁴ Siehe zur Unbestimmtheit auch bereits *Gleixner-Eberle* 2014, S. 287.

²¹⁰⁵ *Stief* 2012, S. 157 ff.

des Werts des Rechtsguts abstellt, also de facto wer einsehen kann, welche Entscheidung in seiner Situation die objektiv vernünftige wäre. Es erscheint demgegenüber aber autonomiefreundlicher, nicht das objektiv Vernünftige zum generellen Maßstab zu erheben, sondern nach Möglichkeit die Persönlichkeit des Betroffenen: Maßgeblich ist daher primär, ob eine Person fähig ist, sich ihren eigenen Werten entsprechend zu verhalten.

4. Steuerungsfähigkeit

Neben der Einsichts- und der Urteilsfähigkeit setzt Einwilligungsfähigkeit zu guter Letzt auch Steuerungsfähigkeit voraus. Diese fehlt, wenn der Betroffene nicht fähig ist, sich seinem Handlungswunsch entsprechend zu verhalten, also wenn er insbesondere nur eingeschränkt fähig ist, sich Einflüssen Dritter zu widersetzen.²¹⁰⁶

II. Relativität der Einwilligungsfähigkeit

Die Anforderungen an Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit und damit die Anforderungen an die geistige Leistungsfähigkeit des Einwilligenden variieren je nach Behandlungsmaßnahme.

Im Einzelnen bedeutet dies, dass die Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit, insbesondere an die Einsichtsfähigkeit, wie schon angedeutet vom Umfang der Aufklärungspflicht abhängen, da der Patient umso mehr Tatsachen verstehen und verarbeiten können muss, je umfangreicher sich die Aufklärung gestaltet.²¹⁰⁷ Es steigert sich damit schon die „Verständnisquantität“²¹⁰⁸, sodass eine Person eine erhöhte geistige Leistungsfähigkeit aufweisen muss. Der Umfang der Aufklärungspflicht wiederum variiert sodann abhängig von verschiedenen Faktoren: Je weniger indiziert ein Eingriff ist, was sich wiederum nach der Notwendigkeit des Eingriffs, seiner Dringlichkeit und den Heilungschancen bestimmt, desto umfangreicher ist die Risikoaufklärung.²¹⁰⁹ Ist eine Maßnahme dringend notwendig, verringern sich umgekehrt der Genauigkeitsgrad und die Intensität der Aufklärung, ohne dass die Aufklärungspflicht allerdings entfiele.²¹¹⁰ Der Umfang der Aufklärungspflicht richtet sich außerdem auch nach der Anzahl und Art der aufklärungsbedürftigen Risiken: Ein Risiko ist

²¹⁰⁶ Genske 2020, S. 133; Stief 2012, S. 163 f.; siehe auch Kuhlmann 1996, S. 31.

²¹⁰⁷ Genske 2020, S. 120, 146. Das Ausmaß der Aufklärungspflicht einbeziehend grundsätzlich auch Kuhlmann 1996, S. 39 f. Siehe auch bereits oben bei Fn. 2066.

²¹⁰⁸ Begriff bei Kuhlmann 1996, S. 43.

²¹⁰⁹ BGH NJW 1980, S. 1905 (1907); BGH NJW 2006, S. 2108 (2108); BGH NJW 2009, S. 1209 (1210).

²¹¹⁰ BeckOK BGB-Katzenmeier, § 630e BGB Rn. 24; BGH NJW 1984, S. 1397 (1398): Strenge Anforderungen an Entfallen der Aufklärungspflicht wegen Unzumutbarkeit. Siehe auch bereits oben bei Fn. 2066.

dabei umso eher aufklärungsbedürftig, je schwerer es die Lebensführung des Patienten beeinträchtigt und je bedeutender es folglich für dessen Entscheidung ist, auch wenn es sich unter Umständen nur sehr selten verwirklicht.²¹¹¹ Auch das Bestehen von Handlungsalternativen erhöht dem Umfang der Aufklärungspflicht, § 630e Abs. 1 S. 3 BGB.

Nicht nur die Verständnisquantität aber entscheidet über die Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit, sondern auch das für die konkrete Maßnahme erforderliche Maß dieser Fähigkeit, also die „Verständnistiefe“ bzw. „Verständnisqualität“²¹¹². Nach der eingangs genannten Formel kommt es hinsichtlich der Verständnisqualität dabei grundsätzlich auf ein Erfassenkönnen „in groben Zügen“ an.²¹¹³ Teils heißt es auch, die Einsicht müsse „ausreichend“ sein.²¹¹⁴ Hieran wird kritisiert, dass es sich bei diesen Qualifikationen um eine äußerst unklare Vorgabe handle, wodurch die Rechtsordnung ihrer Aufgabe, klare Maßstäbe zu schaffen, nicht nachkomme.²¹¹⁵

Dieser Kritik kann aber begegnet werden, wenn die genannten Zusätze als Hinweis verstanden werden, dass es bei der Einwilligungsfähigkeit nicht um ein Verständnis jeder Einzelheit der übermittelten Informationen gehen kann, um zu vermeiden, dass letztlich nur noch Mediziner selbst einwilligungsfähig sind. Es ist an dieser Stelle auch wieder auf den Rechtsvergleich zu verweisen, wo vergleichbare Formulierungen verwendet werden, um kenntlich zu machen, dass es bei rechtlichen Handlungsfähigkeiten nicht mit dem Verstehenkönnen jedes einzelnen Details gleichzusetzen ist: So werden in Österreich und in der Schweiz beispielsweise die Handlungsfähigkeit im rechtsgeschäftlichen Bereich danach bestimmt, ob eine Person „im Kern“²¹¹⁶ bzw. – bei gleicher Begriffswahl – zumindest „in groben Zügen“²¹¹⁷ verstanden hat, was sie tut.²¹¹⁸

²¹¹¹ BGH NJW 1984, S. 1397 (1398); BGH NJW 1990, S. 1528 (1528); BGH NJW 2006, S. 2108 (2109). Zur Frage, inwiefern der Komplikationsdichte daneben Bedeutung zukommen soll: BeckOK BGB-Katzenmeier, § 630e BGB Rn. 16 f.; Laufs/Kern/Rehborn-Kern 2019, § 66 Rn. 23.

²¹¹² Begriffe bei Kuhlmann 1996, S. 43.

²¹¹³ Siehe oben bei Fn. 2059.

²¹¹⁴ BGH NJW 1964, S. 1177 (1178); vgl. Genske 2020, S. 136, die von einem „hinreichenden Maß“ an Einsichts- und Urteilsfähigkeit spricht, ohne dieses Maß näher zu konkretisieren.

²¹¹⁵ Kritisch daher Taupitz, in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, S. A5 (A 58 f.), sodann in Taupitz MedR 2012, S. 583 (585) allerdings „resignierend“ feststellend, dass das Recht, wenn es nicht auf eine Entmündigung zurückgreifen wolle, die geforderten Fähigkeiten auch nicht hinreichend(er) festlegen könne. Siehe zur Kritik mangelnder Vorgaben auch, wenn auch in Zusammenhang mit Aufklärungspflichtverletzungen: Weyers, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, S. A1 (A113): Wo klare Maßstäbe fehlten, versage das Recht in seiner Funktion, klare Verhaltensvorgaben zu machen, sodass immer nur im Nachhinein festgestellt werden könne, ob jemand den Verhaltensanforderungen genügt habe.

²¹¹⁶ Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 865 ABGB Rn. 4.

²¹¹⁷ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 49.

²¹¹⁸ Siehe oben bei Fn. 1965.

Es ist folglich die Einschränkung, eine Person müsse „in groben Zügen“ verstanden haben, als Besinnung darauf zu interpretieren, dass die Anforderungen grundsätzlich nicht zu hoch angesetzt werden dürfen. Aber auch dies ist wiederum nicht als starre Vorgabe zu verstehen, sondern die Relativität der Einwilligungsfähigkeit ermöglicht und bedingt es, in Einzelfällen, insbesondere je nach Schwere und je nach Tragweite des Eingriffs, auch mehr als nur ein Verstehen können in groben Zügen zu verlangen. Die Willensbildung und -umsetzung muss also umso einwandfreier sein, je schwerwiegender der Eingriff ist, also je werthaltiger das betroffene Rechtsgut ist und je folgenreicher der Eingriff ist. Es ist dann ein umso sorgfältigeres Verstehenkönnen und Abwägenkönnen gefordert.²¹¹⁹

Als Beispiel für eine Maßnahme, bei der hohe Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit zu stellen sind, kann etwa § 3 Abs. 3 KastrG angeführt werden, wo die Einwilligungsfähigkeit als Fähigkeit, „Grund und Bedeutung der Kastration voll einzusehen und seinen Willen hiernach zu bestimmen“, ²¹²⁰ definiert wird, was auf eine hohe Verständnisquantität und -qualität hindeutet. Wer hingegen „nur“ die unmittelbaren Folgen der Kastration versteht, ist nur beschränkt einwilligungsfähig, d.h. es muss auch der Betreuer zustimmen, § 3 Abs. 3 Nr. 1 und 2 KastrG. Umgekehrt müssen bei Maßnahmen mit geringfügiger Tragweite die Anforderungen an die Willensbildungs- und Willensumsetzungsqualität herabgesetzt werden können.²¹²¹

Zu den Aspekten, von denen die Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit abhängen, wiederum primär aufgrund der gesteigerten Verständnisquantität, gehört neben der Tragweite auch die Komplexität einer Maßnahme, da sich zum einen auch dann der Umfang bzw. der Schwierigkeitsgrad der Aufklärung erhöht und zum anderen der Patient verstehen können muss, in welcher Form er sein Rechtsgut preisgibt.²¹²² Dabei sollten sich Komplexität und Tragweite aber auch ausgleichen können: Je weniger folgenreich und schwer ein Eingriff ist, desto eher können, trotz Komplexität, die Anforderungen gering gehalten werden. Im Übrigen ist umstritten, ob die Ablehnung eines Eingriffs einerseits und Zustimmung zu einem Eingriff andererseits mit unterschiedlichen Anforde-

²¹¹⁹ Genske 2020, S. 146; Laufs/Kern/Rehborn-Ulsenheimer 2019, § 149 Rn. 63; Stief 2012, S. 148f.; a.A. Kuhlmann 1996, S. 43: Anforderungen an die Verständnisqualität seien nicht variabel.

²¹²⁰ Hervorhebung durch Autorin.

²¹²¹ A.A. Kuhlmann 1996, S. 43.

²¹²² Für eine Berücksichtigung der Komplexität grundsätzlich Spickhoff FamRZ 2018, S. 412 (419); a.A. Genske 2020, S. 146, da sich das Kriterium der Komplexität nicht objektivieren lasse. Nur auf die Komplexität abstellend hingegen Kuhlmann 1996, S. 35f., wobei allerdings einfache Eingriffe meist ohnehin nur geringfügig und harmlos seien, und S. 42f.: komplizierte Eingriffe könnten nur mit großer intellektueller Anstrengung ausreichend verstanden werden.

rungen an die Einwilligungsfähigkeit voraussetzen, worauf hier aber nicht näher eingegangen werden soll.²¹²³

III. Bedeutung des Rechtssicherheitsarguments

Die zentrale Frage ist nun aber, ob aus der Anerkennung einer relativen Einwilligungsfähigkeit zwingend auch die Notwendigkeit, eine relative Geschäftsfähigkeit anzuerkennen, folgt. Wie bereits angesprochen²¹²⁴ und wie noch näher zu analysieren sein wird²¹²⁵, ist das gegen die relative Geschäftsfähigkeit hauptsächlich vorgetragene Argument die Rechtssicherheit. Bei einer relativen Einwilligungsfähigkeit sehen die Gegner der relativen Geschäftsunfähigkeit die Rechtssicherheit hingegen nicht als tangiert an, weil in diesem Bereich den Interessen des Rechtsverkehrs von vornherein weniger Bedeutung zukomme: Die Einwilligung habe einen persönlichkeitsrechtlichen Bezug, anders als Willenserklärungen im Bereich rechtsgeschäftlicher Handlungsfähigkeit.²¹²⁶ Dass die Rechtssicherheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr eine größere Rolle spiele, zeige sich auch daran, dass Willenserklärungen nicht frei widerruflich seien, Einwilligungen hingegen schon, ebenso daran, dass § 104 Nr. 1 BGB an feste Altersgrenzen anknüpfe, die im Bereich von Einwilligungen gerade abgelehnt würden.²¹²⁷ Diese Liste ließe sich in der Tat fortführen: Während sich Willenserklärungen bei Irrtum und Täuschung allenfalls unter den Voraussetzungen von §§ 119 ff. BGB anfechten lassen und der Anfechtende nach § 122 BGB unter Umständen zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet ist, folgen Einwilligungen eigenen Wirksamkeitsregeln: So wird, was gerade dann überzeugt, wenn man die persönlichkeitsrechtliche Seite der Einwilligung herauskehrt, vertreten, eine Einwilligung solle auch ohne Anfechtung bei Vorliegen eines rechtsgutsbezogenen Irrtums unwirksam sein, und zwar auch dann, wenn der das fragliche Rechtsgut Verletzende diesen Irrtum nicht einmal hervorgerufen habe und ihm dieser Irrtum daher nicht zurechenbar sei.²¹²⁸

²¹²³ Für eine Unterscheidung MüKo BGB/Band 10-*Huber* 2024, § 1626 BGB Rn.44; grundsätzlich gegen eine Unterscheidung *Spickhoff* FamRZ 2018, S. 412 (419); *Genske* 2020, S. 147 ff.

²¹²⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.c)bb).

²¹²⁵ Siehe unten unter 3. Kapitel E.II.2.

²¹²⁶ *Genske* 2020, S. 140.

²¹²⁷ *Ameling* ZStW (104) 1992, S. 525 (528).

²¹²⁸ *Schröder und Taupitz* 1991, S. 29 f.; aus dem Strafrecht *Bichlmeier* JZ 1980, S. 53 (54 f.); *Brandts und Schlehofer* JZ 1987, S. 442 (446 f.); *Deuring* AcP (222) 2022, S. 255 (284 f.); vgl. *Roxin und Greco* 2020 § 13 S. 652 f. Rn. 7, S. 702 f. Rn. 111 f., selbst aber a. A.; für die Berücksichtigung nur rechtsgutsbezogener Irrtümer, allerdings zum Schutz des Täters nur, wenn sie vom Täter hervorgerufen wurden: *Arzt* 1970, S. 17 ff., 29 ff.; in etwas undeutlicher Weise zwischen „einfachen“ Irrtümern und solchen, die die Willensbildung in einem Maße beeinträchtigen, sodass diese nicht mehr als „Ausfluß einer eigenen wahren inneren Willensbildung des Betroffenen gelten kann:“ BGH NJW 1964, S. 1177 (1178). Ebenso wie die eben zitierte Ent-

Aus diesen Feststellungen folgt aber dennoch nicht zwingend, dass der Rechtssicherheit im Bereich von Einwilligungen naturgesetzlich überhaupt keine Rolle und im Bereich rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen eine überragende Rolle spielte: Zum einen, wie noch ausführlich zu zeigen sein wird,²¹²⁹ steht auch im rechtsgeschäftlichen Bereich die Rechtssicherheit keineswegs an allen Stellen so sehr im Fokus, wie in der Diskussion rund um die relative Geschäftsunfähigkeit regelmäßig behauptet. Das Zivilrecht erlaubt es vielmehr auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr, die Rechtssicherheit hintenanzustellen, wenn andere Interessen überwiegen, und die Frage, ob und an welcher Stelle ein anderes Interesse überwiegen soll, ist letztlich eine Frage der Wertung. Allein aus der Tatsache, dass sich Einwilligungen und Willenserklärungen in technischen Aspekten wie Widerrufsmöglichkeiten o.ä. unterscheiden, ist daher nicht abzuleiten, dass der Schutz des Geschäftsunfähigen, anders als der Schutz des Einwilligungsfähigen, stets hinter der Rechtssicherheit zurückstehen müsste.

Zum anderen ist die Rechtssicherheit in Bezug auf Einwilligungserklärungen auch keineswegs vollständig bedeutungslos: Vielmehr ist auch für den Handelnden maßgeblich zu wissen, ob seinem ärztlichen Eingriff eine wirksame Einwilligung zugrunde liegt, da hiermit die Rechtmäßigkeit des nach h.M. als Körperverletzung einzustufenden Eingriffs²¹³⁰ und damit die Frage nach der Haftung – das Verschulden des Arztes vorausgesetzt – steht und fällt. Wenn also auch in diesem Bereich Rechtssicherheit nicht völlig belanglos ist, trotzdem aber der Schutz des Einwilligenden in den Vordergrund gerückt wird, dann muss es zulässig sein, den Schutz des Handelnden auch in anderen Bereichen stärker zu betonen. Dies muss für das Geschäftsunfähigkeitsrecht auch dann gelten, wenn der durch die relative Betrachtung erzielte verstärkte Schutz – was ohnehin fraglich ist – die Rechtssicherheit noch stärker belastete, als dies im aktuellen Recht bereits der Fall ist. Dass Einwilligungen im Übrigen Persönlichkeitsrechte berühren, Willenserklärungen aber „nur“ das Vermögen, kann ebenso nicht für sich allein als Argument dazu dienen, die Rechtssicherheit das eine Mal zurückzustellen, das andere Mal jedoch unbedingt zu schützen, zumal es auch Rechtsgeschäfte mit persönlichkeitsrechtlichem Einschlag gibt, wie etwa Behandlungsverträge nach § 630a BGB, auf die aber die Grundsätze der Geschäftsfähigkeit, nicht der Einwilligungsfähigkeit, Anwendung finden.

scheidung: BeckOK BGB-Förster, § 823 BGB Rn. 35. Hingegen für eine Anfechtungslösung – im Zivilrecht – auch bei Einwilligungserklärungen: *Kobte* AcP (185) 1985, S. 105 (139 ff.); jedenfalls eine ergänzende Anwendung von §§ 119 ff. BGB neben sonstigen Unwirksamkeitsgründen befürwortend *Klose und Straub* MedR 2019, S. 714 (719).

²¹²⁹ Siehe unten unter 3. Kapitel E.II.2.

²¹³⁰ St. Rspr. BGH NJW 1972, S. 335 (336).

E. Ergebnis

Die Anerkennung der relativen Geschäftsfähigkeit ist keine neue Forderung,²¹³¹ ihre Sinnhaftigkeit hat sich aber auch in dieser Untersuchung bestätigt (I.). Der relativen Geschäftsfähigkeit stehen dabei weder das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen (II.1.) noch Rechtsicherheits- bzw. Verkehrsschutzargumente (II.2.) entgegen. Sie könnte gar bereits *de lege lata* anerkannt werden, da der Wortlaut von § 104 Nr. 2 BGB ein relatives Verständnis zuließe (III.1.), dennoch bietet es sich aus Klarstellungsgründen an, den Tatbestand des § 104 Nr. 2 BGB neuzufassen (III.2.).

I. Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit

1. Einheitliches Verständnis von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit

Geschäftsunfähigkeit setzt nach dem Verständnis der herrschenden Meinung den Ausschluss der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit in Bezug auf jedes Rechtsgeschäft voraus. Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sind für das Vorliegen eines freien Willens grundsätzlich anerkannte Kategorien,²¹³² allerdings weicht das inhaltliche Verständnis dieser Fähigkeiten im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit vom inhaltlichen Verständnis in anderen Zusammenhängen erheblich ab und fristet insofern ein Exotendasein:²¹³³ Weil eine Person stets für alle Rechtsgeschäfte entweder geschäftsfähig oder geschäftsunfähig sein soll, wird Einsichtsfähigkeit so verstanden, dass eine Person grundsätzlich, unabhängig vom Kontext (und abgesehen von partiell begrenzter Geschäftsunfähigkeit), in der Lage sein muss, einen Willen unbeeinflusst von einer Krankheit zu bilden. Einsichtsfähigkeit fehlt entsprechend, wenn die Willensbildung pathologisch beeinflusst und von der vorliegenden Krankheit gesteuert ist, so dass *keine* Entscheidung dieser Person mehr Ausdruck eines freien Willens ist. Wer also nur nicht versteht, was er mit einem konkreten Rechtsgeschäft im Kern bewirkt (Fallgruppe 1), auf welche einzelvertraglichen Regelungen er sich

²¹³¹ *Kublenbeck* Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung 1907, S. 271 (287); *Rabel* RheinZ 1912, S. 135 (162ff.); *Rümelin* 1912, S. 44; *Holzbauer*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B53); *Flume* 1992, S. 186ff.; *Müller* 1998, S. 22ff.; *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (379ff.); *Spickhoff*, in: Recht der Älteren, S. 114ff.; *Gut* 2019, S. 166ff.; *Heber* 2022, S. 266ff.; so wohl auch *Roth* AcP (208) 2008, S. 451 (470, 488).

²¹³² Mit teils allerdings variierenden Begrifflichkeiten, so etwa im Bereich der Einwilligungsfähigkeit, wo zwischen Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit unterschieden wird, siehe unter 3. Kapitel D.I.1. In der Sache sind damit aber stets dieselben Teilfähigkeiten angesprochen.

²¹³³ Siehe zum allgemeinen Verständnis von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im Verfassungsrecht unter 2. Kapitel B.III.1.a)bb), im Betreuungsrecht unter 3. Kapitel B.I.3.b)ff), im Rahmen der Einwilligungsfähigkeit unter 3. Kapitel D.I.2.–4.

einlässt (Fallgruppe 2) oder welche Tragweite i. S. d. weiteren Folgen ein Rechtsgeschäft hat (Fallgruppe 3), ist nicht notwendigerweise einsichtsunfähig und damit nicht geschäftsunfähig. Aufgrund des abstrakten Verständnisses setzt auch die Steuerungsfähigkeit nur voraus, dass eine Person ihren Willen, wiederum unabhängig vom Kontext, unbeeinflusst von einer vorliegenden Krankheit umsetzen kann, bzw. sie fehlt, wenn die Willensumsetzung bei *jeder* Handlung von der Krankheit gesteuert wird. Für einen Ausschluss der Steuerungsfähigkeit genügt dabei auch nicht, dass eine Person nur krankheits- oder altersbedingt besonders beeinflussbar ist (Fallgruppe 4). Die Steuerungsfähigkeit fehlt nur dann, wenn der Wille eines Dritten den Willen des Betroffenen vollständig überlagert.

Der relativen Geschäftsfähigkeit hingegen entspricht ein anderes Verständnis von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und damit vom Begriff des freien Willens, und zwar ein solches, das auch mit dem Verständnis von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bzw. eines freien Willens in anderen Zusammenhängen, wie etwa im Betreuungsrecht oder im Zusammenhang mit der Einwilligungsfähigkeit, übereinstimmt. Hiernach bestimmt sich die notwendige Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht abstrakt, sondern in Bezug auf die Handlung, deren Wirksamkeit es zu beurteilen gilt: Eine Person muss, um handlungsfähig zu sein, gerade – aber eben auch nur – in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft bzw. die konkrete Handlung in der Lage sein, einen freien Willen zu bilden und diesen Willen umzusetzen.

2. Teilfähigkeiten einer relativen Geschäftsfähigkeit

Hinsichtlich der Frage, welche Fähigkeiten sodann im Einzelnen angesprochen sind, wenn von relativer Geschäftsfähigkeit die Rede ist, kann an die Erkenntnisse des Rechtsvergleichs, insbesondere an die Differenzierungen der in dieser Hinsicht sehr ausdifferenzierten Schweizer Rechtsliteratur, sowie an die anerkannten Grundsätze zur Einwilligungsfähigkeit angeknüpft werden. So wird zunächst im Schweizer Recht die „Urteilsfähigkeit“, die Voraussetzung für die Geschäftsfähigkeit ist, in Willensbildungs- und Willensumsetzungsfähigkeit eingeteilt. Die Willensbildungsfähigkeit erfasst insbesondere die Fähigkeiten, die im deutschen Recht im Zusammenhang mit der Einwilligungsfähigkeit als Einsichts- und zusätzlich als Urteilsfähigkeit bezeichnet werden,²¹³⁴ die Willensumsetzungsfähigkeit und die auch von der Einwilligungsfähigkeit bekannte Steuerungsfähigkeit.

Zur Willensbildungsfähigkeit (oder Einsichtsfähigkeit²¹³⁵) gehört zunächst die Fähigkeit, im Kern zu verstehen, welche Rechtsfolge mit dem Rechtsge-

²¹³⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel D.I.1.–4.

²¹³⁵ Im umfassenden Sinne, also auch unter Einbeziehung der Fähigkeiten, die im Bereich der Einwilligungsfähigkeit als Urteilsfähigkeit bezeichnet werden.

schäft unmittelbar bewirkt wird, sowie darüber hinaus im Kern die wesentlichen Folgen des Rechtsgeschäfts („Tragweite“), sowohl wirtschaftlicher Natur als die lebensgestaltende Bedeutung des Geschäfts, zu erfassen. Der Begriff der Tragweite umschreibt folglich insbesondere mehr tatsächliche als rechtliche Auswirkungen einer Handlung. Zur Willensbildungsfähigkeit gehört auch, dass die Person einen hinreichenden Realitätsbezug aufweist, sich also insbesondere ihrer eigenen Lebensumstände bewusst ist und sich die für die konkrete Entscheidung relevanten Gesichtspunkte vergegenwärtigen kann. Schließlich muss die Person zur Abwägung des Für und Wider des Rechtsgeschäfts in der Lage sein, wobei ihre Motivbildung und ihre Fähigkeit, ihre Interessen zu gewichten, nicht durch die Krankheit verzerrt sein darf. Die Person muss grundsätzlich zu Selbstkontrolle in der Lage sein und darf ihre Entscheidung nicht nur auf ihrem ersten Impuls aufbauen können. All dies sind Elemente, abzüglich der Verstandeskraft, die die herrschende Meinung der deutschen Rechtsliteratur und die Rechtsprechung auch für die Prüfung der absoluten Geschäftsfähigkeit bzw. Geschäftsunfähigkeit heranziehen, allerdings mit dem Unterschied, dass sich die Bestimmung, ob die genannten Fähigkeiten vorliegen, bei der relativen Geschäftsfähigkeit anhand des konkreten Rechtsgeschäfts bemisst.²¹³⁶

Die Maßgeblichkeit des konkreten Rechtsgeschäfts bedeutet dabei insbesondere, dass sich die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit im Einzelfall jeweils nach Art, Komplexität und Tragweite des Rechtsgeschäfts bestimmen: So hängt von Art, Komplexität und Tragweite ab, welche und wie viele Tatsachen eine Person im Kern erfassen können muss und wie anspruchsvoll die zu verstehenden Tatsachen sind. Je komplexer und je weitreichender ein Rechtsgeschäft ist, desto mehr bzw. komplexere Tatsachen muss eine Person folglich verstehen und verarbeiten können und desto mehr muss sie in der Lage sein, prognostische Überlegungen anzustellen. Die Anforderungen an ihre geistigen Fähigkeiten steigen aufgrund der „Verständnisquantität“²¹³⁷ entsprechend. Dass das konkrete Rechtsgeschäft über die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit entscheidet, bedeutet zudem, dass Art, Komplexität und Tragweite aber auch darüber entscheiden, inwiefern bestimmte Fähigkeiten überhaupt eine Rolle spielen und wie einwandfrei die Willensbildung und -umsetzung sein muss. Denn die genannten Fähigkeiten sind keineswegs schemahaft bei Abschluss eines jeden Rechtsgeschäfts abzu prüfen, sondern es muss stets festgestellt werden, ob für das konkret in Frage stehende Geschäft beispielsweise tatsächlich Kenntnis der eigenen Lebensumstände notwendig ist oder ob es gerechtfertigt erscheint, eine einwandfreie Motivbildung und eine dem eigenen Wertesystem

²¹³⁶ Siehe bereits oben die Schlussfolgerungen zum Schweizer Recht unter 3. Kapitel C. II.3.a).

²¹³⁷ Zum Begriff bei *Kuhlmann* 1996, S. 43.

entsprechende Bewertung und Impulskontrolle zu verlangen. Auch das Maß des Verstehenkönnens kann somit reduziert sein, wenn nichts „auf dem Spiel steht“ („Verständnisqualität“).²¹³⁸ Maßgeblich für die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit ist stets, inwiefern zum Schutz des Betroffenen ein strenger oder weniger strenger Maßstab notwendig erscheint.

Entsprechend dem Befund aus der rechtsvergleichenden Untersuchung muss bei der Auslegung der neu zu formulierenden Vorschrift zur Geschäftsunfähigkeit auch darauf geachtet werden, dass die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit nicht zu hoch angestellt werden. Keinesfalls kann es darum gehen, dass eine Person bei einem Rechtsgeschäft jedes Detail bis in die letzte Verästelung verstanden hat.²¹³⁹ Es genügt vielmehr, wenn die Person im Kern erfasst, was sie mit dem Geschäft bewirkt, welche unmittelbare Rechtsfolge sie herbeiführt und welche wesentlichen Auswirkungen das Geschäft haben wird, sofern das Rechtsgeschäft solche Auswirkungen nach sich zieht, seien sie wirtschaftlicher, rechtlicher oder sonstiger Natur. Es genügt sodann, wenn sich die Person für die weitere Ausgestaltung aufgrund einer bewussten Entscheidung einem Notar anvertraut.²¹⁴⁰ Personen der Fallgruppe 2 bleiben daher, wie auch bei einem Konzept absoluter Geschäftsfähigkeit, grundsätzlich geschäftsfähig, was aber auch sachgerecht ist, um die Anforderungen an die Handlungsfähigkeit nicht zu hoch anzustellen. Dies entspricht auch den Vorgaben der EMRK und der UN-Behindertenrechtskonvention, wonach das Selbstbestimmungsrecht von Menschen mit psychischen Krankheiten und geistigen Behinderungen zu respektieren ist und ihnen die Teilnahme am Rechtsverkehr nach Möglichkeit gewährt werden soll.

Zur Willensumsetzungsfähigkeit (oder Steuerungsfähigkeit) gehört sodann die Fähigkeit, den frei gebildeten Willen handlungswirksam werden zu lassen, ohne dabei über das Normalmaß hinaus beeinflussbar zu sein. Auch hier bestimmen Art, Komplexität und Tragweite des Rechtsgeschäfts, welches Maß an Beeinflussbarkeit noch hingenommen werden kann, wie einwandfrei folglich die Willensumsetzung erfolgt sein muss. Grundsätzlich ist jedoch anzuerkennen, dass schon die krankheitsbedingte Beeinflussbarkeit i. S. d. Fallgruppe 4 zu Geschäftsunfähigkeit führen kann,²¹⁴¹ nicht erst der vollständige Ausschluss der Willensumsetzungsfähigkeit.

Im Übrigen liegt Geschäftsunfähigkeit nicht vor, wenn einer Person bewusst ist, dass sie bei einem Rechtsgeschäft beispielsweise nicht weiß, worauf sie sich

²¹³⁸ So im Schweizer Recht zur Annahme einer Schenkung Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 117: „primitive“ Vorstellung des „Bekommens“ ausreichend. Zum zitierten Begriff der „Verständnisqualität“ bei *Kublmann* 1996, S. 43.

²¹³⁹ Ebenso (zur Testierfähigkeit) *Baumann* ZEV 2020, S. 193 (195); Staudinger BGB-*Baumann* 2022, § 2229 BGB Rn. 44.

²¹⁴⁰ Siehe so auch zum österreichischen Recht oben bei Fn. 1851.

²¹⁴¹ So auch im Schweizer Recht oben bei Fn. 1914 und 2043.

einlässt. Die Geschäftsunfähigkeit ist nicht durch einen Mangel an das Rechtsgeschäft betreffenden Informationen gekennzeichnet, sondern durch die Unfähigkeit, selbstbestimmt zu handeln. Es kommt also darauf an, ob ihr die Notwendigkeit bewusst war, sich beispielsweise vorab beraten zu lassen.²¹⁴² Konnte sie dieser Einsicht krankheitsbedingt jedoch keine Folge leisten, bleibt es bei der Feststellung von Geschäftsunfähigkeit.

Im Ergebnis bedeutet dies zusammenfassend, um die zu Beginn dieser Arbeit eingeführte Fallgruppenbildung aufzugreifen, dass die relative Geschäftsunfähigkeit insbesondere den Schutz der Personengruppen der Fallgruppen 1, 3 und 4 BGB ermöglicht, der ihnen bislang, jedenfalls in Form der Geschäftsunfähigkeit, verwehrt bleibt.

Zu guter Letzt muss aber auch eingestanden werden, dass die Willensbildungs- und Umsetzungsunfähigkeit i. S. d. relativen Geschäftsunfähigkeit eine deutliche Nähe zum mangelnden Urteilsvermögen und der erheblichen Willensschwäche i. S. v. § 138 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB aufweisen. Hier ergeben sich folglich Abgrenzungsschwierigkeiten. Dieselbe Schwierigkeit stellt sich im österreichischen und im Schweizer Recht: Dort ist anerkannt, dass die Anforderungen der entsprechenden Sittenwidrigkeitstatbestände an die geistige Unterlegenheit des Übervorteilten unterhalb der Anforderungen an die Geschäftsunfähigkeit liegen sollen.²¹⁴³ Die Abgrenzung soll gradueller Natur sein, die aber im Einzelfall alles andere als eindeutig sein dürfte.²¹⁴⁴ Die Sittenwidrigkeitsklausel hat daher vor allem dann einen Anwendungsbereich, wenn ein Rechtsgeschäft bei fraglicher Geschäftsfähigkeit zudem einen unangemessenen Inhalt hat. Ein Unterschied ergibt sich jedenfalls daraus, dass § 138 BGB keinen pathologischen oder sonstigen Zustand als Ursache für die herabgesetzte Urteilsfähigkeit oder Willensstärke voraussetzt.

3. Schutzlücken ohne Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit

Ohne Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit bleiben für die hier untersuchten Personengruppen zwar andere Schutzmechanismen zur Verfügung, diese haben sich aber nicht als in gleicher Weise schutzintensiv erwiesen:²¹⁴⁵ Das Betreuungsrecht schützt nur für die Zukunft und wirkt sich im Übrigen nicht auf die Handlungsfähigkeit einer Person aus, außer bei Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, der aber wiederum nur unter hohen Voraussetzungen

²¹⁴² So ebenso das Schweizer Recht, siehe oben bei Fn. 2042.

²¹⁴³ Siehe oben unter 3. Kapitel C.I.3.b) und 3. Kapitel C.II.3.b).

²¹⁴⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel C.I.3.b) und 3. Kapitel C.II.3.b).

²¹⁴⁵ Auf die unter 3. Kapitel B. jeweils geprüften Vorschriften und Zwischenergebnisse wird verwiesen. Wie hier *Heber* 2022, S. 283 f. spezifisch in Bezug auf Hochbetagte; a. A. *Bitter und Röder* 2020, S. 126; *Köhler* 2021, S. 141; *Bork* 2016, S. 384; *Staudinger BGB-Klump* 2021, § 104 BGB Rn. 22; *Rademacher* 2020, S. 219 f.; aus der Rechtsprechung und ebenso a. A. OLG München, Urt. v. 2.11.2016 – 3 U 1522/16, BeckRS BeckRS 2016, 19496 Rn. 36.

zulässig ist und insbesondere nicht gegen den Willen des Betreuten angeordnet werden kann. Die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB ist zum einen eher Inhaltskontrolle als Abschlusskontrolle und setzt zum anderen ein subjektives Element voraus, welches aber gerade dann, wenn eine geistige Beeinträchtigung nicht erkennbar ist, fehlt. Das AGB-Recht hat einen äußerst engen Anwendungsbereich und ist nicht auf den Schutz intellektuell beeinträchtigter Menschen zugeschnitten. Die Anfechtungsregeln bei Irrtum drohen an der strengen Irrtumsdefinition zu scheitern, zumindest ist ihre Anwendbarkeit je nach Ausprägung der geistigen Schwäche fraglich. Jedenfalls aber ist eine nur einem Motivirrtum unterlegene Person grundsätzlich nicht zur Anfechtung berechtigt. Die Anfechtungsregelungen haben zudem den Nachteil, dass sie als Gestaltungsrecht stets, gar fristgebunden, erst ausgeübt werden müssen und zudem zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichten.

Aufklärungspflichten und ähnliche Informationspflichten über den Vertragsinhalt drohen fruchtlos zu sein bzw. ihre angemessene Durchführung stößt auf die Hürde der fehlenden Erkennbarkeit für den Aufklärungspflichtigen, welche Aufklärung dem Verständnishorizont des Aufklärungsberechtigten entspreche. Ist eine Person besonders beeinflussbar oder besonders täuschungsanfällig, so sind Willensbeeinflussungen sodann zwar von der c.i.c., § 123 BGB und gegebenenfalls dem Deliktsrecht, erfasst, diese Vorschriften sind aber eben auf die Situation einer teils sehr spezifischen Willensbeeinflussung beschränkt: Erfasst sind insbesondere arglistige Täuschung und Drohung, über die c.i.c. auch fahrlässige Täuschungen sowie sonstige unlautere Willensbeeinflussungen. Objektiv neutrale Handlungen, also die Tatsache, dass „einfach nur“ ein Vertrag mit einer intellektuell unterlegenen Person geschlossen wird, ohne dass gleichzeitig irgendeine Art „Trick“ angewendet würde, um diese Person zum Vertragsschluss zu verleiten, stellen – vorbehaltlich etwaiger Aufklärungspflichten – keine vorvertragliche Pflichtverletzung dar und führen daher nicht zu einem Vertragsaufhebungsrechts des intellektuell Schwächeren. Eine Ausnahme hiervon mag im Anwendungsbereich des UWG gelten, welches aber auf ein Unternehmer/Verbraucher-Verhältnis beschränkt ist. Im Übrigen sind diese Schadensersatz- sowie Gestaltungsrechte wiederum von einem Tätigwerden des Betroffenen abhängig, was deren Schutzwirkung erheblich beschränkt. Dasselbe gilt für Widerrufsrechte, die zudem von vornherein wiederum nur auf bestimmte Vertragstypen sowie die Unternehmer/Verbraucher-Konstellation anwendbar sind.

II. Durch die relative Geschäftsfähigkeit berührte Interessen

1. Selbstbestimmungsrecht

a) Intensivere Beschneidung der Selbstbestimmung

Häufig heißt es, die relative Geschäftsfähigkeit erlaube „denjenigen ein Mehr an Teilhabe, die ansonsten gänzlich ausgeschlossen wären.“²¹⁴⁶ Es wird also suggeriert, dass die absolute Geschäftsunfähigkeit die Handlungsfähigkeit intensiver beschneide als die relative Geschäftsunfähigkeit, die einen Zugang zum Rechtsverkehr beließe. Dies ist jedoch, jedenfalls bei konsequenter Anwendung des Prinzips der absoluten Geschäftsunfähigkeit, ein Trugschluss: Denn aufgrund der hohen Voraussetzungen der absoluten Geschäftsunfähigkeit setzt diese erst ein, wenn davon auszugehen ist, dass eine Person überhaupt keinen freien Willen mehr bilden kann, und zwar in Bezug auf gar keine Rechtshandlung. Bis dieses Stadium nicht erreicht ist, ist eine Person vollständig geschäftsfähig, also insbesondere auch dann, wenn eine Person nur bei schwierigen Geschäften überfordert ist.²¹⁴⁷ Die relative Geschäftsunfähigkeit hingegen greift aber genau dort ein und entzöge schon für solche Geschäfte die Handlungsfähigkeit, für die konkret keine Willensbildungs- und Willensumsetzungsfähigkeit mehr gegeben ist, unabhängig davon, wie es um diese Fähigkeiten bei anderen Geschäften bestellt ist. So betrachtet ist die relative Geschäftsunfähigkeit das einschneidendere Konzept, da Geschäftsunfähigkeit wesentlich früher angenommen werden kann. Die Zahl der nichtigen Rechtsgeschäfte verringerte sich folglich

²¹⁴⁶ Siehe etwa *Knieper* 1999, S. 40; *Gut* 2019, S. 165 f.; angedeutet auch bei *Neuner* AcP (218) 2018, S. 1 (27) aufgrund des Verweises auf die UN-Behindertenrechtskonvention; so auch zur Testierunfähigkeit *Staudinger BGB-Baumann* 2022, § 2229 BGB Rn. 36; *Baumann* ZEV 2020, S. 193 (194, 197).

²¹⁴⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)aa). Nicht richtig ist die Feststellung von *Gut* 2019, S. 165 f., 167: Nach aktuellem Recht sei es einer geschäftsunfähigen Person versagt, ein Auto zu kaufen oder eine Reise zu buchen, selbst wenn sie dies noch könne. Eine solche Person ist bei konsequenter Anwendung des Prinzips der absoluten Geschäftsunfähigkeit aber doch geschäftsfähig, weil sie gerade auch in Bezug auf einfachere Geschäfte noch handlungsfähig ist. In den Fällen von einfachen Rechtsgeschäften laufen absolute und relative Geschäftsunfähigkeit vielmehr gleich; die relative Geschäftsunfähigkeit erweitert insofern den Handlungsspielraum nicht. Ebenso bei *Baumann* ZEV 2020, S. 193 (194): Konsequenz der herrschenden Lehre sei, dass eine Person, die nur einfache Testamente verstehe, niemals testierfähig sei, mit anderen Worten: Diese Person kann nach herrschendem Verständnis auch einfache Testamente nicht errichten. Siehe auch *Heber* 2022, S. 274: Durch die relative Geschäftsfähigkeit werde dem Betroffenen die Autonomie so lange wie möglich erhalten. Den richtigen Schluss zieht aber *Schmidt* RabelsZ (76) 2012, S. 1022 (1031) in Bezug auf die Testierfähigkeit: Werde die Testierfähigkeit abstrakt und nicht relativ bestimmt, sei eine Person so lang, wie sie die Bedeutung eines einfachen Testaments verstehen könne, auch zur Errichtung einer komplizierten letztwilligen Verfügung befugt. Grund zur Sorge bestehe also bei einer abstrakten Bestimmung nicht wegen einer zu überzogenen Einschränkung der Testierfähigkeit, sondern wegen des mangelnden Schutzes (Errichtung unverständiger Verfügungen, Manipulation durch Dritte...).

nicht,²¹⁴⁸ sie erhöhte sich, wobei aber die rechtsvergleichende Untersuchung keine Anhaltspunkte dafür lieferte, die Nichtigkeitsklagen könnten nun überhandnehmen.

Soweit die Regel. Richtig ist aber dennoch, dass die absolute Geschäftsfähigkeit aufgrund ihrer Starrheit, sich zwischen den zwei Extremen der vollen Geschäftsfähigkeit einerseits und der vollen Geschäftsunfähigkeit andererseits bewegen zu müssen, in der Praxis zu einer übermäßigen Einschränkung der Handlungsfähigkeit führen *kann*, weil die Gerichte die absolute Geschäftsunfähigkeit nicht konsequent anwenden, sondern de facto früher eintreten lassen, als dies in der Theorie möglich sein dürfte: Die von den Gerichten festgestellten Unfähigkeiten lassen faktisch häufig nur – wenn überhaupt – einen Rückschluss darauf zu, ob der Betroffene gerade das konkrete Rechtsgeschäft vornehmen konnte oder nicht, nicht aber auch darauf, wie es um seine Fähigkeiten bei anderen Rechtsgeschäften oder gar einfacheren Geschäften bestellt ist.²¹⁴⁹ Damit statuieren sie *rechtlich* die Unfähigkeit, irgendeine Rechtshandlung vornehmen zu können, ohne dass *tatsächlich* eine solch weitgehende Unfähigkeit vorläge.

Besonders deutlich wird dieses Auseinanderfallen von tatsächlich geprüften Unfähigkeiten und der behaupteten Reichweite dieser Unfähigkeiten dann, wenn die Gerichte sogar ganz explizit die geistigen Fähigkeiten in Bezug auf das konkret in Frage stehende Rechtsgeschäft und damit letztlich eine relative Geschäftsunfähigkeit untersuchen.²¹⁵⁰ Trotz dieser Vorgehensweise sind die Gerichte gezwungen, wenn sie denn auf Geschäftsunfähigkeit erkennen wollen, diese, jedenfalls solange sie so krampfhaft vordergründig an diesem Konzept festhalten, als absolute Geschäftsunfähigkeit auszuweisen. Alternativ spaltet die Rechtsprechung den Lebensbereich, zu dem das fragliche Rechtsgeschäft gehört, ab, und zieht sich auf die Prüfung einer angeblich partiellen Geschäftsunfähigkeit zurück, wobei es sich dabei recht offensichtlich um eine Umgehung handelt.²¹⁵¹

Anders als die grobschlächtige absolute Geschäftsunfähigkeit, die gezwungen ist, zu pauschalisieren und einen geistigen Zustand unter einen Oberbegriff zu subsumieren, der viel zu undifferenziert ist, um den Fähigkeiten einer Per-

²¹⁴⁸ So aber *Brandt* 1936, S. 59.

²¹⁴⁹ So etwa, wenn eine zeitliche und örtliche Orientierung oder die Kenntnis der eigenen Vermögensverhältnisse über das Bestehen von Geschäftsfähigkeit entscheiden sollen, siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb). Siehe auch *Flume* 1992, S. 189: Die Gerichte sähen sich gedrängt, Geschäftsunfähigkeit anzunehmen, obwohl der Betroffene einfache Geschäfte sogar noch vornehmen könnte. Vgl. *Holzbauer*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B54f.): Die herrschende Meinung stehe vor dem Dilemma, einen leichtbehinderten Menschen als entweder voll geschäftsfähig oder wegen seiner Behinderung als voll geschäftsunfähig behandeln zu müssen. Zur harten Entweder-Oder-Entscheidung auch *Neuner* 2023, S. 390.

²¹⁵⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

²¹⁵¹ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

son gerecht zu werden, können über die relative Geschäftsfähigkeit angemessene Lösungen entwickelt werden, und dies, ohne diese gegebenenfalls als partielle Geschäftsunfähigkeit tarnen zu müssen: Es wird zum einen geschützt, wer für ein bestimmtes Rechtsgeschäft nicht die konkret notwendigen Fähigkeiten besitzt. Der Schutz reicht zum anderen auch nur so weit, wie der Betroffene schutzbedürftig ist, weil die festgestellte Unfähigkeit nur noch Rechtsfolgen in Bezug auf das konkret getätigte Rechtsgeschäft oder jedenfalls Rechtsgeschäfte dieser Art entfalten kann, nicht aber auf alle anderen Rechtsgeschäfte, die in diesem Zustand getätigt werden.²¹⁵²

b) Verhältnismäßiger Grundrechtseingriff

Dass die relative Geschäftsunfähigkeit das Selbstbestimmungsrecht dem Grunde nach intensiver beschneidet als die absolute Geschäftsunfähigkeit, weil sie zur Nichtigkeit von Geschäften führt, die bei unter Geltung eines Konzepts absoluter Geschäftsunfähigkeit noch Bestand hätten, scheint zunächst in Konflikt mit völkerrechtlichen Regelungen zu geraten, die auch die Auslegung des Grundgesetzes beeinflussen: Regelungen, die die Handlungsfähigkeit berühren, wurden als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG identifiziert.²¹⁵³ Zwar sind diese Eingriffe der Rechtfertigung zugänglich, aber auf der Grundlage internationaler Regelwerke wie der EMRK, dort insbesondere Art. 8, und der UN-Behindertenrechtskonvention, dort insbesondere Art. 12 Abs. 2, ist es dem Gesetzgeber primär aufgegeben, Handlungsspielräume von kranken und behinderten Menschen auszubauen und sie nicht weiter zu beschneiden.²¹⁵⁴ Gleichzeitig erkennen aber auch die genannten internationalen Regelwerke und darüber hinaus auch die Verfassung über die grundrechtlichen Schutzpflichten an, dass die Handlungsfähigkeit einer Person zu ihrem Schutz eingeschränkt werden kann, wenn der Handlungsentschluss der Person nicht von einem freien Willen getragen ist.²¹⁵⁵

Dabei ist das Maß des Schutzes vor sich selbst stets am Verhältnis von Ausmaß der Beeinträchtigung der Selbstbestimmungsfähigkeit zum drohenden Schaden auszurichten.²¹⁵⁶ Je größer der drohende Schaden ist, desto höhere An-

²¹⁵² *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (384): bessere Feinabstimmung; so im Ergebnis, wenn auch die relative Geschäftsfähigkeit fälschlicherweise als ein Mittel der Autonomieförderung betrachtend, auch *Gutch* 2019, S. 159, 163; ebenso im Ergebnis *Heber* 2022, S. 172 f.

²¹⁵³ Siehe oben unter 2. Kapitel B.II.

²¹⁵⁴ Siehe zur UN-Behindertenrechtskonvention oben unter 2. Kapitel C.II. Zur Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für die Geschäftsunfähigkeit auch *Baumann* ZEV 2020, S. 193 (195), der die UN-Behindertenrechtskonvention allerdings als Argument für die relative Geschäftsunfähigkeit heranzieht, da er durch diese das Selbstbestimmungsrecht besser gewahrt sieht als durch die absolute Geschäftsunfähigkeit.

²¹⁵⁵ Siehe oben zur EMRK unter 2. Kapitel C.I.2., zur UN-Behindertenrechtskonvention unter 2. Kapitel C.II.2. und zum Grundgesetz unter 2. Kapitel B.III.2.

²¹⁵⁶ Siehe oben unter 2. Kapitel B.III.2.b)bb).

forderungen sind an die Selbstbestimmung und mit ihr die Selbstbestimmungsfähigkeit zu stellen. Je geringer der drohende Schaden ist, desto eher können auch Willensentscheidungen von der Rechtsordnung respektiert werden, die nur eingeschränkt selbstbestimmt zustande gekommen sind.²¹⁵⁷

Die relative Geschäftsfähigkeit gewährleistet genau dies, konkret, dass die Schutzpflicht nur dann die Oberhand gewinnt, wenn es für den Schutz des Betroffenen vor Selbstgefährdung im Einzelfall notwendig ist: Denn wenn sich die Anforderungen an die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gerade nach Komplexität und insbesondere Tragweite, also nach den wirtschaftlichen Auswirkungen, eines Geschäfts richten, und damit im Wesentlichen nach der Gefährlichkeit, so treten die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit auch nur dort ein, wo dies zum Schutz des Betroffenen erforderlich ist. Die absolute Geschäftsfähigkeit hingegen negiert diese Zusammenhänge, sondern duldet ein hohes Maß eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit, unabhängig davon, wie sich das Rechtsgeschäft auf das Leben des Betroffenen auswirkt.

Eine andere Frage ist aber, ob der Gesetzgeber deswegen, weil er die relative Geschäftsunfähigkeit nicht als Schutzkonzept vorgibt, gegen das Untermaßverbot verstößt und daher die Anerkennung dieser Form der Geschäftsfähigkeit ein zwingendes Gebot ist. Denn allein die Tatsache, dass optimalerer Schutz möglich wäre, als es die absolute Geschäftsunfähigkeit in Kombination mit weiteren Schutzvorschriften gewährleistet, stellt noch keinen Verfassungsverstoß dar. Dem Gesetzgeber steht vielmehr ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zur Verfügung und ein Verstoß gegen das Untermaßverbot liegt nur vor, wenn die Regelungen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie zumindest erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.²¹⁵⁸ Ein solcher Verstoß ist insbesondere dann gegeben, wenn die Schutzpflicht das Freiheitsrecht überwiegt, weil sich der Betroffene erheblich zu gefährden droht, und der Schutz, so das BVerfG im Zusammenhang mit der Zwangsbehandlung Betreuer, nur durch die Überwindung des natürlichen Willens gelingt,²¹⁵⁹ übertragen auf die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit also durch Nichtanerkennung eines Rechtsgeschäfts.

Hier liegt ein Schutzpflichtenverstoß aber im Ergebnis zumindest nahe, denn der „Auffangschutz“, den das Zivilrecht bietet, ist zwar breit gefächert und setzt an verschiedenen Ebenen an (endogene Irrtümer, Willensbeeinflussung, die Willensfreiheit beeinträchtigende situative Umstände, Maßnahmen zur Herstellung der rationalen Entscheidungsfähigkeit etc.), weist aber in der Summe

²¹⁵⁷ Siehe oben 2. Kapitel B.III.2.b)bb).

²¹⁵⁸ BVerfG NJW 2017, S. 53 (55). Siehe zum Untermaßverbot bereits oben unter 2. Kapitel B.III.2.b)aa).

²¹⁵⁹ So im Zusammenhang mit der Zwangsbehandlung BVerfG NJW 2017, S. 53 (55 f.).

zahlreiche Schutzlücken auf, sodass die Personen der Fallgruppen 1, 3 und 4 in verschiedenen Situationen doch durchs Raster fallen.

Jedenfalls aber verstößt die relative Geschäftsunfähigkeit nicht gegen das Übermaßverbot, da sie die Handlungsfähigkeit des Betroffenen nicht unverhältnismäßig beschneidet, sondern vielmehr eine Einzelfallbetrachtung ermöglicht. Sie ist daher als optimiertes Schutzkonzept verfassungsrechtlich zumindest zulässig, mag man auch die aktuelle Lage noch als mit dem Untermaßverbot vereinbar betrachten. Denn sofern eingewendet wird, der Nutzen der relativen Geschäftsunfähigkeit werde dadurch gemindert, dass auch Geschäfte nichtig seien, die für den Betroffenen wirtschaftlich vorteilhaft seien,²¹⁶⁰ so ist dem zum einen zu entgegen, dass dies bei einem Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit nicht anders ist. Zum anderen sollen die Überlegungen auch nicht bei einer Neufassung des Tatbestands des § 104 Nr. 2 BGB enden: Auch wenn durch die relative Geschäftsfähigkeit der Anwendungsbereich der Geschäftsunfähigkeit tendenziell erweitert wird, sodass Personen als geschäftsunfähig anzusehen sind, die bislang noch als geschäftsfähig gelten, so lässt sich der Gedanke der Selbstbestimmungsförderung *de lege ferenda* auf Rechtsfolgenebene berücksichtigen. Denn es ist parallel eine Aufhebung der strengen Nichtigkeitsfolge des § 105 Abs. 1 BGB und die Ersetzung durch eine gemäßigte Folge ins Auge zu fassen, beispielsweise durch eine schwebende Unwirksamkeit oder ein Anfechtungsrecht.²¹⁶¹ Diesem Aspekt widmet sich das 4. Kapitel dieser Arbeit.

Dass die relative Geschäftsunfähigkeit an ein persönliches Merkmal anknüpft, gerät auch nicht in Konflikt mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Zwar wird diese Form der Geschäftsunfähigkeit überwiegend solche Personen betreffen, bei denen die Voraussetzung einer Behinderung i. S. d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bzw. der BRK erfüllt sind,²¹⁶² es wird aber an ein sachliches Differenzierungskriterium angeknüpft: Denn gerade aus diesem persönlichen Merkmal ergibt sich schließlich die Schutzbedürftigkeit im Rechtsverkehr, nicht anders als auch unter Geltung des § 104 Nr. 2 BGB in seiner aktuellen Fassung bzw. bei Anwendung einer absoluten Geschäftsunfähigkeit. Sofern außerdem die Schutzbedürftigkeit einer Personengruppe und insbesondere eine Schutzpflichtverletzung festgestellt ist, so kann sich aus dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nichts Gegenteiliges ergeben.²¹⁶³

²¹⁶⁰ Rademacher 2020, S. 218 f.

²¹⁶¹ Zu beiden vorstehenden Argumenten (Vergleich mit absoluter Geschäftsunfähigkeit und Reform der Rechtsfolge) bereits Heber 2022, S. 282.

²¹⁶² Auch wenn bei einem neuzufassenden Tatbestand des § 104 Nr. 2 BGB auf das Merkmal der Dauerhaftigkeit verzichtet wird (so der Vorschlag, siehe unten unter 3. Kapitel E. III.2.b)bb)), so wird die Geschäftsunfähigkeit dennoch in weiten Teilen solche Menschen betreffen, bei denen eine Behinderung vorliegt.

²¹⁶³ So im Zusammenhang mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: BVerfG NJW 2017, S. 53 (59).

In den neuen Tatbestand von § 104 Nr. 2 BGB sollte, um diesbezüglich vorzugreifen, auch das hohe Alter als Grund für das Vorliegen von Geschäftsunfähigkeit einbezogen werden.²¹⁶⁴ In Bezug auf Geschäftsunfähigkeit wegen Alters sind zwar die Bedenken einer Diskriminierung besonders groß: Geschäftsunfähigkeit stigmatisiere, so wird befürchtet, ganze Personengruppen und schüre beim Rechtsverkehr Misstrauen gegenüber alten Menschen, dass diese mehr als einfache Geschäfte ohnehin nicht mehr verstünden, sodass es sich nicht lohne, mit diesen noch zu kontrahieren.²¹⁶⁵ Einer Stigmatisierung wird aber schon dadurch begegnet, dass insbesondere auf die Festlegung von Altersgrenzen, ab wann Geschäftsunfähigkeit beispielsweise zu vermuten wäre, verzichtet wird.²¹⁶⁶ Es ist auch nicht zu befürchten, dass mit Menschen eines gewissen Alters sodann keine Geschäfte mehr geschlossen werden, da zum einen nach Art. 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG das Alter als Differenzierungskriterium verboten ist und außerdem aufgrund der Alterung der Gesellschaft Geschäfte mit Hochbetagten ökonomisch betrachtet auch immer bedeutsamer werden.²¹⁶⁷ Außerdem ist schon nach geltendem Recht nicht ausgeschlossen, dass ein Hochbetagter aufgrund irgendeiner geistigen Erkrankung wie einer sehr weit fortgeschrittenen Demenz geschäftsunfähig ist – so wie jedermann unerkannt geschäftsunfähig sein kann –, sodass dem Rechtsverkehr auch jetzt schon ein entsprechendes Misstrauen gegenüber alten Menschen nachgesagt werden könnte.

Und schließlich ließe sich die Regelung des neuen § 104 Nr. 2 BGB auch durch weitere Schutzmaßnahmen ergänzen, wie beispielsweise durch Hinweispflichten bei Menschen eines gewissen Alters, sich vor Abschluss des Geschäfts mit einem Dritten über die Sinnhaftigkeit des Rechtsgeschäfts zu beraten.²¹⁶⁸ So kann der nachträglichen Kassierung des Rechtsgeschäfts entgegengewirkt werden, indem der Betroffene, angeregt durch die Hinweispflicht als mildere Schutzmaßnahme,²¹⁶⁹ gegebenenfalls aufgrund eines Gesprächs mit einem Angehörigen vom Rechtsgeschäft absieht. Greift dieser Schutzmechanismus aber nicht, ist nicht ersichtlich, weshalb eine Person, bei der altersbedingt ein Abbau der geistigen Leistungsfähigkeit feststellbar ist, schutzlos bleiben sollte, zumal auch bei anderen Handlungsfähigkeiten die Bedeutung hohen Alters zumindest

²¹⁶⁴ Zu diesem Vorschlag weiter unten unter 3. Kapitel E.III.2.b)bb).

²¹⁶⁵ Rademacher 2020, S. 218 f.

²¹⁶⁶ Heber 2022, S. 274.

²¹⁶⁷ Heber 2022, S. 275.

²¹⁶⁸ So die Vorschläge von Roth AcP (208) 2008, S. 451 (477 ff.) etwa bei Grundstücksverkäufen; ebenso Wedemann NJW 2014, S. 3419 (3421 f.), im Zusammenhang mit älteren Menschen, die Rechtsgeschäfte abschließen, für die ein Widerrufsrecht vorgesehen ist: Es solle der Hinweis erteilt werden, dass eine Beratung mit Dritten über das Rechtsgeschäft sachgerecht wäre.

²¹⁶⁹ Siehe Wedemann NJW 2014, S. 3419 (3422): Geringe diskriminierende Wirkung durch Hinweispflicht, da hierdurch die Handlungsfähigkeit nicht negiert werde, sondern unterstützt.

diskutiert wird: So kann altersbedingter Leistungsabbau Anlass sein, die Einwilligungsfähigkeit zu überprüfen.²¹⁷⁰ Die Berücksichtigung hohen Alters für die Geschäftsfähigkeit kann dann nicht von vornherein unzulässig sein. Wichtig ist dabei nur, dass hohes Alter keine Vermutung von Geschäftsunfähigkeit zulässt, sondern nur im Fall von altersbedingtem Abbau Grund für Geschäftsunfähigkeit sein kann.²¹⁷¹

2. Rechtssicherheit und Verkehrsschutz

a) Bedeutung von Rechtssicherheit und Verkehrsschutz

Schutzpflichtenkonzepte müssen auch entgegenstehende Interessen ausreichend berücksichtigen.²¹⁷² An dieser Stelle wird das Hauptargument gegen die relative Geschäftsunfähigkeit relevant: die Rechtssicherheit²¹⁷³ bzw. als Ausprägung hiervon der Verkehrsschutz.²¹⁷⁴ Wenn die relative Geschäftsunfähigkeit zur Debatte steht, gewinnt man aufgrund des Nachdrucks, mit dem die Rechtssicherheit hervorgehoben wird, schnell den Eindruck, die Rechtssicherheit sei ein absolut zu schützendes Interesse. Dem ist jedoch mitnichten so, auch unter Zugrundelegung eines Konzepts absoluter Geschäftsunfähigkeit nicht, wo ebenso Einbußen der Rechtssicherheit hingenommen werden: Denn auch bei diesem Konzept ist insbesondere der Zustand der Geschäftsunfähigkeit keineswegs eine für Laien klar zu identifizierende Tatsache. Ein jeder muss mit der überraschenden Nichtigkeit von Rechtsgeschäften rechnen, sodass es nicht wertungskonsistent ist, gerade mit der Rechtssicherheit gegen ein relatives Konzept zu argumentieren.²¹⁷⁵ Mit Wechsel von einer absoluten zu einer relativen Geschäftsunfähigkeit wird demnach lediglich eine innere Grenze zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit verschoben, die nach außen aber

²¹⁷⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel D.I.1.

²¹⁷¹ Siehe unten zur Parallele bei der Einwilligungsfähigkeit: Hohes Alter begründet keine Vermutung der Einwilligungsunfähigkeit 3. Kapitel D.I.1.

²¹⁷² Siehe oben unter Kapitel 2 D.I.1.

²¹⁷³ Siehe nur statt vieler BGH NJW 1953, S. 1342; Staudinger BGB-Klump 2021, § 104 BGB Rn. 21; Czeguhn 2003, S. 31; Köhler 2021, S. 141: „schwere Beeinträchtigung der Rechtssicherheit“. Siehe auch bereits oben unter 3. Kapitel A.I.1.c)bb).

²¹⁷⁴ Siehe zur Bedeutung von Rechtssicherheit und Verkehrsschutz oben unter 2. Kapitel A.III.

²¹⁷⁵ Holzhauser, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B54); Enderlein 1996, S. 179; Lorenz 1997, S. 89; Gut 2019, S. 158; Janda FamRZ 2013, S. 16 (21); Humm ZEV 2022, S. 253 (256); Heber 2022, S. 276, 280; zum Vorrang des Individualschutzes und zur Nichtberücksichtigung des Verkehrsschutzes im Geschäftsunfähigkeitsrecht: Spickhoff AcP (208) 2008, S. 345 (355, 384); auf den wenig klar umrissenen Tatbestand des § 104 Nr. 2 BGB hinweisend Canaris JZ 1987, S. 993 (997); a. A. Seibert 2015, S. 119f.: Den Minimalschutz, den § 104 Nr. 2 BGB bietet, werde durch eine relative Geschäftsunfähigkeit noch mehr verwässert.

ohnehin nicht erkennbar ist.²¹⁷⁶ Wenn demgegenüber angeführt wird, der wenig klar umrissene Tatbestand des § 104 Nr. 2 BGB stehe dem Rechtssicherheitsargument nicht im Wege, denn dem Gesetzgeber stehe es frei, mal der Rechtssicherheit mehr Gewicht einzuräumen, mal der Gerechtigkeit,²¹⁷⁷ so ist doch immerhin anzumerken, dass dann aber bei der Anwendung des Rechtssicherheitsarguments eine gewisse Willkür herrschte²¹⁷⁸ und es folglich auch kein Verbot geben kann, die Rechtssicherheit gegebenenfalls noch ein Stück weiter zurückzudrängen.

Sofern zudem auf das luzide Intervall sowie die partielle Geschäftsfähigkeit bzw. -unfähigkeit verwiesen wird, um nachzuweisen, dass das Gesetz die Rechtssicherheit an verschiedenen Stellen hintenanstelle,²¹⁷⁹ so ist dies allerdings zumindest mit Einschränkungen zu versehen: Richtig ist zwar, dass die Voraussetzungen des luziden Intervalls sowie der partiellen Geschäftsunfähigkeit ebenso wenig wie die Voraussetzungen der absoluten Geschäftsunfähigkeit eindeutig bzw. für den Rechtsverkehr erkennbar zu bestimmen sind. Gleichzeitig ermöglichen es diese Figuren in Ausnahme zur in §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB angelegten Nichtigkeit *aller* Rechtsgeschäfte aber immerhin, bestimmte Rechtsgeschäfte als wirksam zu behandeln, und dies, obwohl beim Betroffenen ein dauerhafter Zustand i. S. d. § 104 Nr. 2 BGB grundsätzlich vorliegt. Aus dieser Perspektive wird der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz eher Rechnung getragen, da durch diese Figuren die Chance eröffnet wird, dass Rechtsgeschäfte doch wirksam sind, sodass den Erwartungen des Vertragspartners geradezu entsprochen wird. Dasselbe gilt für § 105a BGB, wo die Wirksamkeit zwar von der Alltäglichkeit des Geschäfts sowie der Geringfügigkeit der Mittel abhängt, wobei ebenso Uneinigkeit darüber herrscht, wie diese Kriterien zu verstehen sind.²¹⁸⁰ Gleichzeitig fördert die Regelung insgesamt aber aufgrund der dort vorgesehenen Ausnahme von der Nichtigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB den Verkehrsschutz wiederum.

Jedenfalls aber ist das Rechtssicherheitsargument nicht nur aufgrund der tatbestandlichen Unbestimmtheit des § 104 Nr. 2 BGB entkräftet. Wie der Gesetzgeber zur Rechtssicherheit steht, hat er zum einen durch die Aufgabe der Entmündigung gezeigt, durch die er auf eine rechtssichere Methode verzichtet hat,

²¹⁷⁶ *Holzhauser*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B54).

²¹⁷⁷ *Wieser* JZ 1988, S. 493 (493 f.).

²¹⁷⁸ *Holzhauser*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B54); *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (26); Argument der Rechtssicherheit nicht sehr stark.

²¹⁷⁹ *Flume* 1992, S. 188; *Humm ZEV* 2022, S. 253 (256); *Seibert* 2015, S. 131 f.; *Heber* 2022, S. 276 f.

²¹⁸⁰ Zu dieser Vorschrift und den damit verbundenen Unsicherheiten unten unter 4. Kapitel A.II.1.b). Ebenso auf § 105a BGB verweisend, wo die Rechtssicherheit nachrangig sei: *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (26); *Neuner* 2023, S. 390; *Humm ZEV* 2022, S. 253 (256).

um die Wirksamkeit oder Nichtigkeit von Rechtsgeschäften zu bestimmen.²¹⁸¹ Und zum anderen hat er sich auch durch den fehlenden Gutgläubensschutz in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit eindeutig zum Rangverhältnis zwischen dem Schutz des Geschäftsunfähigen und dem Verkehrsschutz bzw. der Rechtssicherheit positioniert.²¹⁸² Auch im Bereich der vorübergehenden Geschäftsunfähigkeit nach § 105 Nr. 2 BGB gibt es im Übrigen keinen Gutgläubensschutz.²¹⁸³ Das deutsche Recht gewährt dem Irrenden dabei grundsätzlich noch nicht einmal Ansprüche auf Ersatz seines Vertrauensschadens.²¹⁸⁴ Dieser fehlende Gutgläubensschutz pflanzt sich auch in anderen Rechtsgebieten fort, so etwa bei § 935 BGB, wo eine Sache, die ein Geschäftsunfähiger aus der Hand gibt, als abhandengekommen gilt, oder in § 179 Abs. 3 S. 2 BGB, wo die Haftung des beschränkt geschäftsfähigen falsus procurator begrenzt wird.²¹⁸⁵ Der Schutz des Geschäftsunfähigen genießt folglich nach der Konzeption des Gesetzgebers grundsätzlich Vorrang.

Dies zeigt sich auch an anderen Stellen, so auch im Minderjährigenrecht, das zwar als rechtssicher gewollt ist, aber dennoch nicht ohne ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit auskommt: Zwar kann die Minderjährigkeit, anders als die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB, vom Vertragspartner rechtssicher festgestellt werden – was Irrtümer aber dennoch nicht ausschließt, auch insofern gibt es sodann keinen Gutgläubensschutz –, keineswegs aber die sodann eintretende Rechtsfolge. Denn es kann das Rechtsgeschäft eines Minderjährigen zwar vollständig wirksam sein, allerdings nur dann, wenn dieses lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Und dieses Kriterium wiederum soll zwar der Rechtssicherheit dienen, ist aber nur unzureichend geeignet, dieses Ziel zu erreichen.²¹⁸⁶ Ist das Geschäft zudem nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, ist es nur schwebend unwirksam, wenn keine Einwilligung der gesetzlichen Vertreter vorliegt. Nicht nur wird aber der gute Glaube in Bezug auf das Vorliegen einer Einwilligung nicht geschützt, der Vertragspartner hängt bei schwebender Unwirksamkeit gewissermaßen in der Luft, bis sich der gesetzliche Vertreter zum Schicksal des Rechtsgeschäfts entschieden hat.

Nun ist zwar in Bezug auf das Minderjährigenrecht zuzugeben, dass die schwebende Unwirksamkeit bzw. ihre konkrete Ausgestaltung im BGB nicht

²¹⁸¹ Humm ZEV 2022, S. 253 (256), siehe auch unten noch zur Testierunfähigkeit unter 3. Kapitel E.III.1.b)aa)(2).

²¹⁸² Zur Bedeutung des fehlenden Gutgläubensschutzes als grundsätzlichem Vorrang des Schutzes Geschäftsunfähiger: *Canaris* NJW 1964, S. 1987 (1988); zur Schwäche des Rechtssicherheitsarguments aus diesem Grund: *Müller* 1998, S. 23, 25; *Schmidt* RabelsZ (76) 2012, S. 1022 (1031); *Gut* 2019, S. 158.

²¹⁸³ *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (384); *Humm* ZEV 2022, S. 253 (256).

²¹⁸⁴ Siehe unten zur Frage von Schadensersatzansprüchen unter 4. Kapitel C.II.

²¹⁸⁵ *Canaris* NJW 1964, S. 1987 (1988).

²¹⁸⁶ Siehe noch ausführlich unten zum Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils sowie zu den Auslegungsschwierigkeiten unter 4. Kapitel B.II.1.b).

ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Rechtsunsicherheit betrachtet werden kann, sondern dass die §§ 107 ff. BGB bemüht sind, auch den Interessen des Vertragspartners Rechnung zu tragen: Zum einen hat der Vertragspartner die Möglichkeit der Genehmigungsaufforderung, § 108 Abs. 2 BGB, und des Widerrufs des schwebend unwirksamen Geschäfts, § 109 Abs. 1 BGB. Zum anderen hat das Geschäft durch die Möglichkeit der Genehmigungserteilung zumindest eine Wirksamkeitschance, was schon für sich dem Vertrauensschutz dient, wenn sich der Vertragspartner auf die Wirksamkeit des Geschäfts verlassen hat. Dennoch schafft das BGB aber durch diese Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit zunächst einmal einen vorübergehenden Zustand der Rechtsunsicherheit, bei dem weder der Vertragspartner noch sonst jemand zumindest im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts klar feststellen könnte, ob das Geschäft definitiv wirksam oder unwirksam sein wird.

Nicht nur im Bereich des Geschäftsunfähigkeitsrechts wird die Rechtssicherheit zurückgedrängt, wenn der Schutz des Betroffenen dies als gerechtfertigt erscheinen lässt. Zu nennen ist auch § 138 Abs. 1 BGB, wo die Sittenwidrigkeit von einer Vielzahl von Kriterien abhängt, über deren Relevanz sodann von den Gerichten in jedem Einzelfall wertend entschieden wird. Hier mögen sich zwar Fallgruppen herausgebildet haben, wie etwa die Voraussetzungen für die Sittenwidrigkeit einer Angehörigenbürgschaft. Es lassen sich aber nicht alle Situationen in festgelegte Fallgruppen einordnen, sodass es im Ergebnis auf eine Prüfung im Einzelnen ankommt, ob die Sittenwidrigkeitsgrenze erreicht ist, ob also das Rechtsgeschäft einen unangemessenen Inhalt hat und ob sich der Übervorteilte in einer unterlegenen Situation befindet. Wie die Gerichte hierbei jeweils entscheiden werden, ist keineswegs vorhersehbar.²¹⁸⁷

Die Rechtssicherheit kann im Ergebnis also nicht gegen die relative Geschäftsunfähigkeit angeführt werden, da diese im System des BGB keinen absoluten Vorrang vor dem Individualschutz genießt. Sofern für die Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit im Übrigen darauf verwiesen wird, dass eine solche bei Betreuten ohnehin schon *de lege lata* anerkannt sei, weil für die Feststellung der Geschäftsfähigkeit des Betreuten immer auf das einzeln vorzunehmende Rechtsgeschäft abzustellen sei,²¹⁸⁸ so ist dem allerdings zu widersprechen. Richtig ist zwar, dass der Betreute nicht voll selbstbestimmungsfähig ist, sonst bedürfte es schließlich keiner Betreuerbestellung. Dies gilt erst recht für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts.²¹⁸⁹ Es wird folglich durch die Betreuerbestellung und insbesondere durch den Einwilligungsvorbehalt am strengen Entweder-Oder des § 104 Nr. 2 BGB vorbei ein der individuellen Situ-

²¹⁸⁷ Siehe oben zu § 138 Abs. 1 BGB unter 3. Kapitel B.II.1.a). Den Vergleich mit § 138 BGB anstellend auch *Heber* 2022, S. 277, allerdings vor dem Hintergrund, dass sich für die relative Geschäftsfähigkeit ebenso wie für § 138 BGB Fallgruppen finden lassen könnten.

²¹⁸⁸ *Baumann* ZEV 2020, S. 193 (196).

²¹⁸⁹ *Janda* FamRZ 2013, S. 16 (20, 21).

ation des Betroffenen angepasster Schutz ermöglicht. Damit erfüllen Betreuung und Einwilligungsvorbehalt faktisch die Funktion, die auch einer relativen Geschäftsunfähigkeit zukäme, nämlich die Handlungsfähigkeit nur dort und insoweit zu beschränken, wie der Betroffene nicht mehr selbst zurechtkommt bzw. sich selbst gefährdet.²¹⁹⁰ Der Betreute ist aber nicht in dem Sinne relativ geschäftsunfähig, dass ab Anordnung der Betreuung bzw. ab Anordnung des Einwilligungsvorbehalts seine Geschäftsfähigkeit plötzlich bei jedem seiner Geschäfte anhand des jeweiligen Geschäfts festgestellt werden müsste. Der Unterschied zu einer „echten“ relativen Geschäftsunfähigkeit und einem Einwilligungsvorbehalt liegt zudem auch darin, dass durch den Betreuungsbeschluss klar ausgewiesen wird, welche Geschäfte vom Einwilligungsvorbehalt erfasst sind.²¹⁹¹ Der Einwilligungsvorbehalt ist daher eher mit einer partiellen Geschäftsunfähigkeit vergleichbar.

Auch die Tatsache, dass sich der Einwilligungsvorbehalt in der Regel nicht auf alltägliche Geschäfte i. S. v. §§ 1825 Abs. 3 S. 2, 105a S. 1 BGB bezieht, was dazu führt, dass im Anwendungsbereich des Einwilligungsvorbehalts zwischen voller Geschäftsfähigkeit in Bezug auf alltägliche Geschäfte und beschränkter Geschäftsfähigkeit in Bezug auf alle anderen Geschäfte zu unterscheiden ist, greift nicht schon die Differenzierung auf, um die es bei einer relativen Geschäftsunfähigkeit geht.²¹⁹² Denn dort wird nicht zwischen alltäglichen und sonstigen Geschäften unterschieden, sondern zwischen gefährlichen und ungefährlichen bzw. schwierigen und weniger schwierigen. Es käme so auch niemand auf die Idee, im Anwendungsbereich von §§ 105 Abs. 1, 105a BGB von relativer Geschäftsfähigkeit zu sprechen.

b) Keine übermäßige Gefährdung der Rechtssicherheit durch eine relative Geschäftsfähigkeit

Auch inhaltlich ist die Kritik, wonach bei Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit erhebliche Einbußen für die Rechtssicherheit zu befürchten seien, dramatisiert. So heißt es, es würde jede klare Abgrenzung unmöglich, müsste die Geschäftsunfähigkeit nach der Schwierigkeit des Geschäfts beurteilt werden, und in zahlreichen Fällen hänge die Entscheidung über die Gültigkeit einer Erklärung davon ab, welches Maß von Schwierigkeit dem Geschäft beigegeben und welches Maß an Einsichtsfähigkeit dem Betroffenen zugesprochen

²¹⁹⁰ Janda FamRZ 2013, S. 20 (21): Faktisch habe die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts die partielle wie relative Geschäftsunfähigkeit des Betreuten zu Folge. Ebenso Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 449: Einwilligungsvorbehalt komme in die Nähe einer relativen Geschäftsunfähigkeit

²¹⁹¹ Janda FamRZ 2013, S. 16 (21).

²¹⁹² Siehe aber: Prinz von Sachsen Gessaphe 1999, S. 449, von der „partiell-relativ unbeschränkten Geschäftsfähigkeit“ des § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB sprechend. Dies als relative Geschäftsfähigkeit bezeichnend auch Pawlowski JZ 2003, S. 66 (70, 72).

werde.²¹⁹³ Es lasse sich aber nicht einheitlich festlegen, über welche Fähigkeiten eine Person verfüge, denn dies hänge davon ab, wer diese Beurteilung vornehme und welche Anforderungen gestellt würden.²¹⁹⁴

Zum einen aber besteht die Schwierigkeit, die Fähigkeiten des Betroffenen festzustellen, bei der absoluten Geschäftsfähigkeit ganz genauso. Die Beurteilung vorhandener Fähigkeit ist dort nicht weniger mit Unsicherheiten behaftet und kann auch dann von Notaren oder Richtern, selbst unterstützt durch Sachverständige, jeweils unterschiedlich beurteilt werden. Zum anderen ist der vermeintlichen Unsicherheit, die daraus resultieren soll, dass der Vertragspartner nicht eindeutig erkennen könne, ob das Geschäft schwierig oder leicht sei, schon damit zu begegnen, dass es hierauf ohnehin nicht primär ankommt: Denn meist wird der Vertragspartner im Einzelfall schon nicht die Kompetenz haben, um beurteilen zu können, welche Fähigkeiten sein Gegenüber aufweist, um, nach welchem Konzept auch immer, geschäftsfähig zu sein. Die Einstufung als leichtes oder schwieriges Rechtsgeschäft nützt dem Vertragspartner so isoliert daher ohnehin nichts.

Außerdem wird sich kaum bestreiten lassen, dass der Kauf eines einzelnen Gegenstands weniger kompliziert ist als die Gründung einer Aktiengesellschaft oder der Abschluss eines Erb- oder Ehevertrags.²¹⁹⁵ Es ist folglich auch nicht plausibel, dass der Rechtsverkehr so gar nicht soll einschätzen können, ob ein Rechtsgeschäft tendenziell komplexer oder einfacher ist.²¹⁹⁶ Zudem ist auch nie auszuschließen, dass der Vertragspartner von den beeinträchtigten Fähigkeiten des anderen Kenntnis hat und daher sehr wohl weiß, ob er das Rechtsgeschäft schwierig oder leicht ausgestaltet hat.²¹⁹⁷ Für alle anderen Fälle der mangelnden Kenntnis und für alle anderen weniger eindeutigen Fälle ist es zumutbar, die

²¹⁹³ Siehe nur BGH NJW 1953, S. 1342; *Bitter und Röder* 2020, S. 126; *Köhler* 2021, S. 141; siehe auch bereits oben unter 3. Kapitel A.I.1.c)bb). *Heber* versucht, diese Bedenken zu entkräften, indem er darauf abstellt, es komme ohnehin nicht auf die Komplexität an, sondern nur auf die Fähigkeit, Sinn, Zweckmäßigkeit und Wirkung zu erkennen: *Heber* 2022, S. 277. Dies ist jedoch eine verkürzte Argumentation, denn diese Elemente sind doch verknüpft: Von der Komplexität – unter anderem – hängt ab, welche Anforderungen im konkreten Fall an die Geschäftsfähigkeit zu stellen sind: Je komplexer das Geschäft, umso komplexere (und ggfs. umso mehr) Informationen muss der Betroffene erfassen und verarbeiten, um Inhalt, Sinn und Folgen des Rechtsgeschäfts zu verstehen, und umso höhere Anforderungen sind folglich an seine Fähigkeiten zu stellen. Siehe auch bereits oben bei Fn. 2137.

²¹⁹⁴ jurisPK BGB-*Hansen* 2023, § 104 BGB Rn. 19.

²¹⁹⁵ Vgl. *Spickhoff*, in: *Recht der Älteren*, S. 101 (114): Dass der Kauf einer Zeitung andere Anforderungen an die geistigen Fähigkeiten stelle als der Kauf einer Immobilie, werde allgemein anerkannt. Zugebend, dass sich Rechtsgeschäfte durchaus deutlich unterscheiden können, auch *Rademacher* 2020, S. 214, die relative Geschäftsfähigkeit aber dennoch ablehnend.

²¹⁹⁶ Ähnlich *Heber* 2022, S. 279, auf bestimmte Verbraucherschutzvorschriften verweisend, die gerade deswegen bestünden, weil die Materie als komplex gelte, wie z.B. das Widerrufsrecht bei Versicherungsverträgen nach § 8 Abs. 1 S. 1 VVG.

²¹⁹⁷ Ähnlich auch *Heber* 2022, S. 279 f.: Ein Anlage- und Versicherungsberater wisse, dass sein Geschäft komplex sei.

Wertung der Gerichte zur Schwierigkeit der Geschäfte hinzunehmen, zumal sich durch eine Vielzahl von Einzelentscheidungen auch für die verschiedenen Vertragstypen herauskristallisieren wird, ob sie zu den einfacheren oder schwereren Geschäften gehören.²¹⁹⁸ Und schließlich, auch wenn die Begründung etwas lapidar erscheint, muss darauf hingewiesen werden: In Österreich und in der Schweiz klappt es doch anscheinend auch.²¹⁹⁹ Dass die Entscheidung, ob zum einen ein Rechtsgeschäft eine gewisse Komplexität aufweist und ob zum anderen der Betroffene die notwendigen geistigen Fähigkeiten für dieses Geschäft besitzt, dabei auch eine Wertentscheidung ist, wird dort ausdrücklich anerkannt und im Übrigen als einzig sachgerechte Lösung behandelt.²²⁰⁰

Außerdem entscheidet nicht allein der Schwierigkeitsgrad darüber, welche Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit zu stellen sind, sondern auch die Tragweite und damit die Gefährlichkeit des Geschäfts, also die wirtschaftlichen und sonstigen Auswirkungen des Geschäfts auf das Vermögen und die Person des Betroffenen. Selbst wenn das Rechtsgeschäft einfach ist, können die Anforderungen hoch sein, wenn dieses weitreichende Konsequenzen hat.²²⁰¹ Die Notwendigkeit zu bewerten, ob ein bestimmtes Rechtsgeschäft gefährlich ist oder nicht, ist dem deutschen Recht dabei selbst nicht ganz fremd: So bestimmt § 105a S. 2 BGB, dass ein Geschäftsunfähiger ein alltägliches Geschäft nicht vornehmen kann, wenn ihn dieses erheblich am Vermögen oder an der Person zu schädigen droht, und nach § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB muss ein Betreuer den Wünschen des Betreuten bei einer solchen Gefahr nicht nachkommen und kann damit auch den Abschluss solcher gefährdenden Rechtsgeschäfte im Wege der Stellvertretung ablehnen.

Zudem wird die relative Geschäftsfähigkeit allzu häufig auf die Prüfung der konkret vorhandenen Verstandeskraft und das Verstehenkönnen eines komplexen oder weitreichenden Geschäfts reduziert. Die relative Geschäftsunfähigkeit ist aber übergreifend das Bekenntnis dazu, die notwendigen Fähigkeiten generell am jeweiligen Rechtsgeschäft zu messen und die Rechtsfolgen dann auch nur auf das jeweilige Geschäft zu beschränken. Es spielen dabei nicht nur die Verstandeskraft eine Rolle, sondern auch sonstige Fähigkeiten, die ganz genauso auch für die Feststellung absoluter Geschäftsunfähigkeit berücksichtigt werden, wie etwa die Fähigkeit zur Bildung von dem eigenen Wertesystem entsprechenden Motiven oder die Tatsache, dass der Willensentschluss nicht von Wahnideen beherrscht sein darf.²²⁰² Die relative Geschäftsunfähigkeit ermöglicht es dabei aber, anders als die absolute Geschäftsunfähigkeit, die geforderte

²¹⁹⁸ Heber 2022, S. 277.

²¹⁹⁹ Der Verweis ins Ausland bereits bei *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (382); *Neuner* 2023, S. 390.

²²⁰⁰ Siehe so zum Schweizer Recht unter 3. Kapitel C.II.2.b)aa).

²²⁰¹ Siehe so zum Schweizer Recht unter 3. Kapitel C.II.2.b)aa) bei Fn. 1930.

²²⁰² Siehe so zum Schweizer Recht 3. Kapitel C.II.2.b)aa)(1).

Qualität der Motivbildung bzw. die geforderte Qualität der Willensbildung je nach Art, Bedeutung und Tragweite des Rechtsgeschäfts von Geschäft zu Geschäft unterschiedlich zu bestimmen.

Dabei ist nochmals zu betonen, dass schon die aktuelle gerichtliche Praxis bereits genau so verfährt, da sie trotz der Behauptung, eine absolute Geschäftsunfähigkeit zu prüfen, häufig genau die Fähigkeiten abprüft, die vor allem für das konkrete Geschäft notwendig sind.²²⁰³ Erhebt man dies aber (endlich) zu Regel, führt dies nicht nur dazu, dass sich die Gerichte dann nicht mehr sinnlos zwischen vollständiger Geschäftsunfähigkeit oder vollständiger Geschäftsfähigkeit entscheiden müssen, obwohl ihre Feststellungen eine so weitgehende Fähigkeit oder Unfähigkeit eigentlich gar nicht zulassen,²²⁰⁴ bzw. alternativ, dass sie ihre Prüfung als partielle Geschäftsunfähigkeit verkaufen müssen.²²⁰⁵ Wenn das konkrete Rechtsgeschäft als Referenzpunkt verwendet werden kann, ist vielmehr doch auch die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit leichter,²²⁰⁶ ein Grund vermutlich, weshalb dies in der gerichtlichen Praxis bereits zu beobachten ist. Unter diesem Aspekt der vereinfachten Feststellung der Geschäftsunfähigkeit könnte die relative Geschäftsfähigkeit die Rechtssicherheit daher sogar fördern. Und letztlich ist es auch schlicht naheliegend, das konkret getätigte Geschäft, um dessen Nichtigkeit es geht, nicht unberücksichtigt zu lassen.²²⁰⁷

Außerdem ist daran zu erinnern, dass im Bereich des UWG zumindest in Ansätzen bereits eine relative Geschäftsunfähigkeit anerkannt ist: Dort ist, damit der Verbraucher ein Rechtsgeschäft rückabwickeln kann, keine besondere Willensbeeinflussung durch den Unternehmer notwendig, sondern es genügt, dass der Betroffene ein Geschäft in seiner wirtschaftlichen Tragweite und seinen rechtlichen Auswirkungen nicht abschätzen kann. Das UWG geht also davon aus, dass es sich zum einen sehr wohl ermitteln lässt, ob ein Geschäft so schwierig ist oder eine so weitreichende Tragweite hat, sodass nicht mehr ein jeder die geistigen Kapazitäten hat, um es abzuschließen, und dass es sich zum anderen auch feststellen lässt, welche geistigen Fähigkeiten eine Person grundsätzlich aufweisen muss, um Geschäfte dieser Art abschließen zu können. Ebenso kann offensichtlich auch festgestellt werden, ob bei einem konkreten Verbraucher die notwendigen Fähigkeiten vorliegen oder nicht. Dann kann diese Aufgabe doch aber außerhalb des UWG nicht plötzlich überhaupt gar nicht zu bewältigen sein.

²²⁰³ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

²²⁰⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

²²⁰⁵ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb).

²²⁰⁶ So zur Testierfähigkeit *Flume* 1992, S. 188 f.; allgemein zur Geschäftsfähigkeit *Müller* 1998, S. 23 f.

²²⁰⁷ *Gutch* 2019, S. 166.

Wollte man im Konzept der relativen Geschäftsunfähigkeit aber tatsächlich die Gefahr erhöhter Rechtsunsicherheit sehen, so muss dies trotzdem nicht gegen dieses Konzept sprechen. Denn das Mehr an Rechtsunsicherheit auf Tatbestandsebene ließe sich durch ein Mehr an Rechtssicherheit auf Rechtsfolgenebene ausgleichen: Bislang sind aufgrund von § 105 Abs. 1 BGB die beiden Alternativen Nichtigkeit oder Wirksamkeit; im Fall von Nichtigkeit, gleich ob die Geschäftsunfähigkeit erkennbar war oder nicht, bleibt der Vertragspartner grundsätzlich auf seinem Schaden sitzen.²²⁰⁸ Mit einem dem Minderjährigenrecht vergleichbaren ZustimmungsmodeLL, das zwar sicherlich auch nicht vollständig von Rechtsunsicherheitsbedenken befreit ist, durch das aber jedes Rechtsgeschäft zumindest eine Wirksamkeitschance erhält oder bei Vorteilhaftigkeit gar von vornherein wirksam ist, käme man dem Gutgläubensschutz zumindest ein Stück entgegen. Dasselbe gilt für die Schaffung einer dem § 829 BGB nachempfundenen Schadensersatznorm.²²⁰⁹

Und im Übrigen wird der Rechtssicherheit auch dadurch Rechnung getragen, dass die Beweislast nach wie vor bei demjenigen belassen wird, der sich auf die Geschäftsunfähigkeit beruft.²²¹⁰ Indem die Geschäftsfähigkeit, selbst wenn sie relativ ist, außerdem nach wie vor an das Vorliegen einer medizinisch relevanten geistigen Beeinträchtigung geknüpft wird,²²¹¹ wird auch die Gefahr gebannt, es könne nun jedes Rechtsgeschäft mit dem Argument angegriffen werden, man habe dieses nicht verstanden.²²¹²

III. Relative Geschäftsfähigkeit *de lege lata* oder *de lege ferenda*

1. Relative Geschäftsfähigkeit *de lege lata*

a) Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB

Es ist, neben der Tatsache, dass die relative Geschäftsunfähigkeit bzw. Geschäftsfähigkeit ohnehin keine akzeptable Lösung sei,²²¹³ herrschende Meinung, dass jedenfalls das geltende Recht mit diesem Konzept nicht vereinbar sei.²²¹⁴ Dominierend sind dabei vor allem Wortlautargumente, die aber keineswegs zwingend sind:

²²⁰⁸ Siehe zu möglichen Schadensersatzansprüchen noch ausführlich unten unter 4. Kapitel C.II.

²²⁰⁹ Siehe zu diesen Reformfragen auf Rechtsfolgenebene unten unter 4. Kapitel.

²²¹⁰ *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (384); *Humm* ZEV 2022, S. 253 (256).

²²¹¹ Siehe noch zum konkreten Regelungsvorschlag unten unter 3. Kapitel E.III.2.b)bb).

²²¹² *Humm* ZEV 2022, S. 253 (256).

²²¹³ Siehe so die herrschende Meinung, siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.c)bb).

²²¹⁴ So selbst Autoren, die eine relative Geschäftsunfähigkeit grundsätzlich befürworten: *Kuhlenbeck* Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung 1907, S. 271 (287); *Müller* 1998, S. 21 f.; *Heber* 2022, S. 293 f.; so wohl auch *Roth* AcP (208) 2008, S. 451 (470), wonach auf die Betreuung als Schutzmaßnahme verwiesen werden müsse,

So heißt es, recht apodiktisch, eine relative Geschäftsfähigkeit komme deswegen nicht in Betracht, weil sich aus § 104 Nr. 2 BGB ergebe, dass weniger die Fähigkeiten des Verstandes als die Freiheit des Willensentschlusses maßgeblich seien.²²¹⁵ Dass aber der Kurs deswegen vorgegeben sein soll, nämlich dass nun unbedingt dem Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit Gefolgschaft geleistet werden müsste, erschließt sich hieraus nicht: Denn diese Feststellung setzt – begründungslos – voraus, dass die Fähigkeiten des Verstandes für die Freiheit des Willensentschlusses gänzlich irrelevant sind. Dass dies so sein soll, wird schon seit langem bezweifelt: Denn es lassen sich Geisteskraft und Freiheit des Willensentschlusses schon gar nicht sinnvoll aufspalten.²²¹⁶ Nicht umsonst will sogar die die relative Geschäftsfähigkeit grundsätzlich ablehnende Rechtsprechung Verstandesschwächen – wenn auch völlig unklar, bis zu welchem Grad – zumindest mitberücksichtigen.²²¹⁷ Im Übrigen ist relative Geschäftsfähigkeit, wie schon erwähnt, auch mehr als eine sich nur nach der Verstandeskraft richtende Fähigkeit, sondern übergreifend die Bewertung all der Fähigkeiten, die grundsätzlich auch für die absolute Geschäftsfähigkeit anerkannt sind – Fähigkeit zur Abwägung, Fähigkeit zur Motivbildung anhand des eigenen Wertesystems etc. – anhand des jeweiligen Rechtsgeschäfts.²²¹⁸

Als Argument gegen die relative Geschäftsunfähigkeit wird auch das Kriterium der Dauerhaftigkeit in § 104 Nr. 2 BGB angeführt: Der Gesetzgeber habe in § 104 Nr. 2 BGB ausdrücklich einen dauerhaften, die freie Willensbildung ausschließenden, krankhaften Zustand vorgesehen, während bei der relativen Geschäftsunfähigkeit auf den punktuellen Augenblick der Vornahme der Handlung abgestellt werden müsse: Die relative Geschäftsunfähigkeit setze folglich keine dauernde geistige Störung voraus²²¹⁹ und das Dauermoment in § 104 Nr. 2 BGB sei bei Annahme einer relativen Geschäftsunfähigkeit sinnlos.²²²⁰

solange die relative Geschäftsunfähigkeit noch nicht explizit geregelt sei. Die relative Geschäftsunfähigkeit auch als Konzept ablehnend *Rademacher* 2020, S. 217 ff.

²²¹⁵ BGH NJW 1953, S. 1342.

²²¹⁶ *Flume* 1992, S. 185; *Müller* 1998, S. 16; *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (379 f.); *Rasch* Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992, S. 767 (770); so wohl auch *Schmoeckel* NJW 2016, S. 433 (435).

²²¹⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.c)bb) ab Fn. 50: Intelligenzquotient nur ein Aspekt von vielen, der zu berücksichtigen sei.

²²¹⁸ Siehe insbesondere die Zusammenfassung oben unter 3. Kapitel E.I.2. sowie die Schlussfolgerungen zum Schweizer Recht oben unter 3. Kapitel C.II.3.a).

²²¹⁹ *Gebauer* AcP (154) 1954, S. 332 (355); *Müller* 1998, S. 21; *Heber* 2022, S. 293 f.; ähnlich *Rümelin*, wonach bei Annahme einer relativen Geschäftsfähigkeit die freie Willensbestimmung bei den betroffenen Personen eben nur vorübergehend, nämlich bei den von der Krankheit beeinflussten Geschäften, ausgeschlossen sei: *Rümelin* 1912, S. 39 ff. *Rümelin* sieht daher die relative Geschäftsfähigkeit (die er wohl rechtlich gleichbehandelt wie die partielle Geschäftsfähigkeit) als von § 105 Abs. 2 BGB erfasst, während § 104 Nr. 2 BGB nur die extremen, die Geschäftsfähigkeit generell ausschließenden Zustände erfasse.

²²²⁰ Vgl. *Holzhauser*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B44).

Auch diese Begründung ist aber nicht nachvollziehbar: Aus dem aktuell bestehenden Erfordernis der Dauerhaftigkeit folgt vielmehr überhaupt nichts. Der Wortlaut des § 104 Nr. 2 BGB stellt lediglich klar, dass eben nur dauerhafte, im Gegensatz zu vorübergehenden, geistigen Störungen eine wie auch immer zu verstehende Geschäftsunfähigkeit begründen können; alle anderen Störungen sollen von § 105 Abs. 2 BGB erfasst sein.²²²¹ Zwischen dauerhaften und vorübergehenden Störungen überhaupt zu unterscheiden, ist aber kein Naturgesetz: So ist etwa auch eine absolute Geschäftsunfähigkeit ohne Merkmal der Dauerhaftigkeit denkbar, die nur zum Gegenstand hat, dass im Moment des Abschlusses des Rechtsgeschäfts eine Störung vorliegen muss, die so intensiv bzw. ausgeprägt sein muss, dass sie die freie Willensbestimmung in Bezug auf alle Geschäfte ausschließt. Ganz genau so kann aber auch umgekehrt eine relative Geschäftsunfähigkeit so konzipiert sein, dass nur derjenige, der an einer dauerhaften geistigen Störung leidet, die ihn für das konkrete Rechtsgeschäft einsichts- und steuerungsunfähig macht, für dieses Geschäft und alle anderen Geschäfte, die er während der Dauer des Zustands abschließt und die entsprechende Fähigkeit voraussetzen, geschäftsunfähig ist. Vorübergehende Störungen fielen dann wiederum unter § 105 Abs. 2 BGB – und im Übrigen hinsichtlich des Zugangs von Willenserklärungen unter § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.²²²² Dass sich aus dem Merkmal der Dauerhaftigkeit weder zwingend eine absolute Betrachtung bzw. dass sich aus dessen Fehlen weder zwingend eine relative Betrachtung ergibt, wird auch dadurch gestützt, dass die Dauerhaftigkeit bei der Testierunfähigkeit in § 2229 Abs. 4 BGB keine Erwähnung findet, aber auch dort von der herrschenden Meinung eine absolute Testierfähigkeit vertreten wird.²²²³

Im Übrigen ist auch bei der absoluten Geschäftsunfähigkeit der Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts maßgeblich: Da es eine Entmündigung nicht mehr gibt, muss bei Vornahme jedes Rechtsgeschäfts gesondert festgestellt werden, ob zu diesem Zeitpunkt ein die Willensbestimmung ausschließender dauerhafter Zustand i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB vorlag. Dass ein dauerhafter Zustand erforderlich ist, enthebt also nicht von der Prüfungspflicht, ob dieser dauerhafte Zustand gerade auch bei Vornahme des konkreten Rechtsgeschäfts vorlag.

²²²¹ *Gutb* 2019, S. 161.

²²²² Siehe auch *Gutb* 2019, S. 161 f., wonach die Dauerhaftigkeit als Merkmal auch bei relativer Geschäftsunfähigkeit beibehalten werden könnte, allerdings darauf verweisend, die Unterscheidung zwischen dauerhaften und vorübergehenden Störungen sei bei der relativen Geschäftsfähigkeit eigentlich überflüssig, weil vorübergehende Störungen immer auch relative Geschäftsunfähigkeit begründeten. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb dies so sein sollte, denn ob die Dauerhaftigkeit für irgendein Konzept von Geschäftsunfähigkeit Voraussetzung ist oder nicht, ist eine Definitionsfrage, aber kein Naturgesetz.

²²²³ Siehe zur Ablehnung der relativen Testierfähigkeit durch die h.M. unten unter 3. Kapitel E.III.1.b)aa)(1).

Sofern damit argumentiert wird, § 104 Nr. 2 BGB sei mit dem Konzept relativer Geschäftsunfähigkeit unvereinbar, weil diese zwingend die konkrete Auswirkung der Störung auf das Rechtsgeschäft voraussetze, was in § 104 Nr. 2 BGB aber nicht angelegt sei,²²²⁴ so ist dies nochmals abzulehnen: Kausalität kann zum Erfordernis eines (jeden) Konzepts von Geschäftsunfähigkeit erhoben werden, muss aber nicht. Das Kausalitätserfordernis ist in der relativen Geschäftsunfähigkeit ebenso wenig notwendigerweise angelegt wie in der absoluten Geschäftsunfähigkeit.²²²⁵

Aus § 104 Nr. 2 BGB soll im Übrigen auch folgen, dass sich die natürliche Geschäftsunfähigkeit nicht nach gegenständlichen, also rechtsgeschäftsbezogenen, sondern nur nach subjektiven Merkmalen, die in der Person selbst lägen, bestimme, was der Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit im Wege stehe.²²²⁶ Die relative Geschäftsunfähigkeit ist aber nicht mehr oder weniger gegenständlich als die absolute, sondern es ändert sich nur das Ausmaß der Rechtsfolge. Ausgangspunkt bleibt stets eine subjektive Eigenschaft des Betroffenen, der man aufgrund der Anforderungen an ihre Ausprägung, Auswirkung auf die Wirksamkeit von entweder mehreren (gar allen) oder weniger (gar nur eine) Handlungen zuspricht.

Um die These, wonach bereits *de lege lata* eine relative Geschäftsfähigkeit anerkannt werden könne, zu stützen, wird teils dafür plädiert, die Regelung zur Testierunfähigkeit in § 2229 Abs. 4 BGB in die Interpretation des § 104 Nr. 2 BGB miteinzubeziehen, da der Wortlaut des § 2229 Abs. 4 BGB einer Auslegung zugunsten einer relativen Testierunfähigkeit zugänglich sei.²²²⁷ Dies bedarf näherer Betrachtung.

²²²⁴ Müller 1998, S. 21 f. Siehe oben zur vertretenen Ansicht, wonach der relativen Geschäftsunfähigkeit ein Kausalitätserfordernis immanent sei unter 3. Kapitel A.I.1.c)aa).

²²²⁵ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.c)aa). So auch das Ergebnis der Rechtsvergleichung, z. B. zum Schweizer Recht, wo ein solches Kausalitätserfordernis ebenso nicht angenommen wird: 3. Kapitel C.II.2.b)bb)(1) bei Fn. 1987.

²²²⁶ Müller 1998, S. 21 f.

²²²⁷ Gebauer AcP (154) 1954, S. 332 (363), wonach § 2229 Abs. 4 BGB einer Auslegung im relativen Sinne zugänglich sei, wobei Gebauer relative Geschäftsunfähigkeit vor allem als kausalen Einfluss der geistigen Beeinträchtigung auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts versteht. Zur Auslegung von § 2249 Abs. 4 BGB in einem relativen d. h. abgestuften Sinne Schmidt RabelsZ (76) 2012, S. 1022 (1030 ff.); Baumann ZEV 2020, S. 193 (194); zur Heranziehung des § 2229 Abs. 4 BGB auch zur Auslegung von § 104 Nr. 2 BGB: Flume 1992, S. 187 f.; Holzbauer, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B52), im Übrigen relative Geschäftsunfähigkeit wie Gebauer verstehend, alles andere nennt er „abgestufte“ Geschäftsunfähigkeit, S. B 53 f.; Spickhoff AcP (208) 2008, S. 345 (383); Gutch 2019, S. 155 f.

b) Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB

aa) Absolute oder relative Testierunfähigkeit

(1) Absolute Testierunfähigkeit in der Rechtsprechung

In § 2229 Abs. 4 BGB heißt es: „Wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kann ein Testament nicht errichten.“

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es nicht zwei Geschäftsfähigkeiten bzw. Geschäftsunfähigkeiten geben kann, eine absolute in § 104 Nr. 2 BGB und eine relative in § 2229 Abs. 4 BGB. Denn entweder bestimmt sich die rechtliche Handlungsfähigkeit anhand des konkreten Rechtsgeschäfts oder eben abstrakt. Wer für § 104 Nr. 2 BGB eine absolute Geschäftsunfähigkeit vertritt, kann § 2229 Abs. 4 BGB nicht gegenteilig interpretieren, dessen Funktion es nicht etwa war, von § 104 Nr. 2 BGB abzuweichen, sondern nur für eine „gemeinverständliche Umschreibung“ zu sorgen.²²²⁸ Dem entspricht es, dass die Rechtsprechung auch eine relative Testierunfähigkeit ablehnt.²²²⁹

Inkonsequent ist aber wiederum, dass die Art und Weise, wie die Rechtsprechung sodann die Testierunfähigkeit definiert, nicht zum Konzept absoluter Testierunfähigkeit passt: So wird Testierfähigkeit gemeinhin definiert wird als Fähigkeit, „sich ein klares Urteil zu bilden, welche Tragweite seine Anordnungen haben, insbesondere welche Wirkungen sie auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen ausüben.“²²³⁰ Hierbei sind aber eindeutig Verstandesfähigkeiten angesprochen, die sich anhand des konkreten

²²²⁸ Vgl. *Holzhauser*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B52), ebenso darauf hinweisend, dass § 104 Nr. 2 BGB und § 2229 Abs. 4 BGB nicht unterschiedlich ausgelegt werden können; *Schmidt* RabelsZ (76) 2012, S. 1022 (1026 ff.); *Humm* ZEV 2022, S. 253 (255).

²²²⁹ OLG München NJW-RR 2008, S. 164 (166); OLG Hamm, Urt. v. 7.12.2016 – 11 U 41/07, BeckRS 2016, 115426 Rn. 174; OLG Frankfurt FGPrax 2017, S. 273 (274); OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1682) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*; a.A. *Baumann* ZEV 2020, S. 193 ff.; *Humm* ZEV 2022, S. 253 (258); MüKo BGB/Band 11-Sticherling 2022, § 2229 BGB Rn. 22.

²²³⁰ OLG Hamm, Urt. v. 7.12.2016 – 11 U 41/07, BeckRS 2016, 115426 Rn. 173; ebenso BGH, Urt. v. 29.1.1958 – IV ZR 251/57, BeckRS 1958, 31372778; BayObLGZ 1991, S. 59 (63); BayObLG NJW 2000, S. 1959 (1959); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.9.2013 – 3 Wx 116/13, BeckRS 2014, 6493; OLG Karlsruhe BWNotZ 2019, S. 411 (417 f.); OLG Hamm NJW-RR 2020, S. 464 (464); OLG Celle NJW 2021, S. 1681 (1682) m. Anm. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*; siehe auch OLG München NJW-RR 2008, S. 164 (166): Diese Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildungen *brauche* nicht darin zu Tage zu treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellung vom Inhalt oder von der Tragweite seiner letzten Anordnungen, insbesondere von ihrer Auswirkung auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermöge. Mit anderen Worten *kann* sie aber in dieser Form zu Tage treten. Siehe auch dazu, dass die Gerichte, obwohl sie das Gegenteil behaupten, eine relative Testierunfähigkeit praktizieren: *Humm* ZEV 2022, S. 253 (257).

Testaments bemessen, insbesondere anhand von dessen Komplexität.²²³¹ Dasselbe geht aus anderen Umschreibungen hervor, wenn es etwa heißt, zur Testierfähigkeit gehöre des Weiteren, eine konkrete Vorstellung von seinem letzten Willen zu haben²²³² bzw. die Gründe zu kennen, die für oder gegen die Anordnung sprechen,²²³³ oder die Bedeutung der letztwilligen Verfügung einzusehen.²²³⁴

Nicht nur stellt die Rechtsprechung trotz des angeblichen Gleichlaufs zwischen § 104 Nr. 2 BGB und § 2229 Abs. 4 BGB damit andere bzw. höhere Anforderungen an die Testierfähigkeit als an die allgemeine Geschäftsfähigkeit, da Geschäftsfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB gerade auch dann noch vorliegen soll, wenn eine Person die Tragweite ihrer Erklärung nicht mehr ermessen kann.²²³⁵ Vor allem prüft die Rechtsprechung längst eine relative Testierunfähigkeit, auch wenn sie offensichtlich noch darum bemüht ist, sich vom Gegenteil zu überzeugen.²²³⁶ Weil sie aber einerseits tatbestandsmäßig eine relative Testierunfähigkeit prüft, andererseits aber auf Rechtsfolgenseite trotzdem dem Konzept absoluter Testierunfähigkeit nachhängt, entstehen dieselben Inkonsistenzen und Widersprüchlichkeiten, die auch schon für § 104 Nr. 2 BGB festgestellt wurden: Eine nach relativen Gesichtspunkten festgestellte Testierunfähigkeit sagt nichts darüber aus, ob der Betroffene zur Vornahme eines ganz anderen Testaments in der Lage wäre, sodass zwar rechtlich auf Rechtsfolgenseite die absolute Testierunfähigkeit ausgesprochen wird, während dies aber nicht notwendigerweise den Tatsachen entspricht.

Dies ist aber nicht der einzige Grund, weshalb eine absolute Testierunfähigkeit verfehlt ist. Denn selbst wenn man von absoluter Testierunfähigkeit parallel zur absoluten Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB immer nur dann ausginge, wenn eine Person tatsächlich bezüglich gar keines Testaments mehr einen freien Willen bilden kann, und somit die Testierfähigkeit jedenfalls solange noch bestehen bliebe, wie eine Person einfache Sachverhalte noch verstehen kann, so hätte dies ebenso nicht hinnehmbare Konsequenzen: Man müsste auch solche Testamente als wirksam behandeln, die der Erblasser nicht verstanden hat, nur weil er einfachere Geschäfte noch vornehmen könnte.²²³⁷ Zwar müsste

²²³¹ MüKo BGB/Band 11-Sticherling 2022, § 2229 BGB Rn. 22; Kössinger, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 5; Humm ZEV 2022, S. 253 (257).

²²³² OLG Karlsruhe BWNotZ 2019, S. 411 (418).

²²³³ Statt vieler BayObLG NJW 2000, S. 1959 (1959). Siehe auch OLG Hamburg, Beschl. v. 20.2.2018 – 2 W 63/17, BeckRS 2018, 24285 Rn. 29: Testierunfähig sei, wer nicht in der Lage sei, sich über die für und gegen die sittliche Berechtigung einer letztwilligen Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden.

²²³⁴ BayObLG ZEV 2002, S. 234 (235).

²²³⁵ Kruse NotBZ 2001, S. 405 (407); zu den höheren Anforderungen an die Testierfähigkeit auch Humm ZEV 2022, S. 253 (257).

²²³⁶ Schmidt RabelsZ (76) 2012, S. 1022 (1032); „mantraartige“ Ablehnung der relativen Geschäftsunfähigkeit: Humm ZEV 2022, S. 253 (257).

²²³⁷ Flume 1992, S. 188; Kössinger, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 15.

zumindest bei einem notariellen Testament der Notar die Beurkundung verweigern, wenn der Testator das Testament nicht verstanden hat.²²³⁸ Es kann aber die Gefahr interessengeleitet handelnder Notare nicht ausgeschlossen werden.²²³⁹ Dass Testamente entstehen, die der Testator nicht verstanden hat, ist zudem auch dann zu befürchten, wenn dem Testator von einem Dritten ein vorformuliertes Testament vorgelegt wird.²²⁴⁰ Durch das Konzept der absoluten Testierfähigkeit wird dem Schutz vor Selbstgefährdung und der Sicherung der Selbstbestimmungsfähigkeit daher nicht hinreichend Rechnung getragen.²²⁴¹

Im Übrigen ist sich die Rechtsprechung auch noch nicht einmal einig, was unter absoluter rechtsgeschäftlicher Handlungsunfähigkeit zu verstehen sein soll, denn es scheinen zu § 104 Nr. 2 BGB und § 2229 Abs. 4 BGB gar unterschiedliche Konzepte vertreten zu werden: Während eine Person im Rahmen von § 104 Nr. 2 BGB wie eben dargestellt gerade noch nicht geschäftsunfähig ist, wenn sie nur komplexe Sachverhalt nicht mehr erfasst, finden sich für die Testierfähigkeit auch gegenteilige Tendenzen: So soll schon testierunfähig sein, wer nur noch einfache Sachverhalte erfassen könne,²²⁴² bzw. eine Person sei „insgesamt“ testierunfähig, weil sie die „vergleichsweise komplexen Ausführungen“ des fraglichen Testaments nicht verstanden habe.²²⁴³ Abgesehen davon, dass das letzte Zitat schon deswegen nicht zu einem Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit passt, weil die Prüfung wieder relativ erfolgt, hat diese Herangehensweise zur Folge, dass also derjenige, der keine schwierigen Testamente mehr durchblickt, insgesamt testierunfähig ist, und dies auch in Bezug auf einfache Testamente. Dies wiederum schränkt die Privatautonomie über Gebühr ein,²²⁴⁴

²²³⁸ Kössinger, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 15.

²²³⁹ Siehe oben unter 3. Kapitel B.V.2.c)cc).

²²⁴⁰ Flume 1992, S. 188; Spickhoff AcP (208) 2008, S. 345 (383 f.); Kössinger, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 15.

²²⁴¹ Humm ZEV 2022, S. 253 (257).

²²⁴² OLG Karlsruhe BWNotZ 2019, S. 411 (418).

²²⁴³ OLG Hamm, Urt. v. 7.12.2016 – 11 U 41/07, BeckRS 2016, 115426 Rn. 174. Wegen des fehlenden Verständnisses geht das OLG Hamm davon aus, die Beklagte habe nur unter Einfluss des Klägers testiert. Zwar entspricht es in der Tat der gängigen Rechtsprechung, dass Geschäftsunfähigkeit auch dann gegeben ist, wenn der Wille eines Dritten den Willen des Betroffenen vollständig überlagert. Hier ist aber Ausgangspunkt dennoch gerade die Unfähigkeit, die Inhalte des Testaments zu verstehen. Wenn dies aber nach der Regel irrelevant sein soll, dann dürfte man auch nicht so ohne Weiteres über den Umweg, also habe ein Dritter den Willen des Betroffenen überlagert, zu Geschäftsunfähigkeit gelangen können.

²²⁴⁴ BeckOGK-Grziwotz, § 2229 BGB Rn. 7; Humm ZEV 2022, S. 253 (257). Unklar bei Muscheler 2010, S. 856, wonach § 104 Nr. 2 BGB und § 2229 Abs. 4 BGB zum Ausdruck brächten, „dass das bloße Unvermögen, die Tragweite einer Willenserklärung zu erfassen, die Geschäfts- und Testierunfähigkeit nicht ausschließt.“ [Hervorhebung durch Autorin]. Aus dem Kontext ergibt sich aber wohl eher, dass Muscheler verdeutlichen will, dass ein solches Unvermögen die rechtliche Handlungsfähigkeit nicht ausschließt und entsprechend Rechtsgeschäfte trotzdem wirksam sind. Zu den beiden Extremen (Testierunfähigkeit, sobald eine Person

sodass auch ein solches Verständnis absoluter Handlungsunfähigkeit verfehlt ist.

Bei einem dem § 104 Nr. 2 BGB entsprechenden Verständnis absoluter Testierunfähigkeit ist, wie auch bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden, zwar darauf hinzuweisen, dass das BGB natürlich weitere ergänzende Schutzvorschriften vorsieht. Dieser Schutz, den das BGB dem Testator ergänzend zu § 2229 Abs. 4 BGB gewährt, um seine Selbstbestimmung bei Errichtung der letztwilligen Verfügung zu gewährleisten, ist stellenweise gar weitreichender als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, aber dennoch nicht vergleichbar mit der Schutzwirkung einer relativen Testierunfähigkeit: Es kann zu den Ausführungen zu ergänzenden Schutznormen bei Rechtsgeschäften unter Lebenden noch hinzugefügt werden, dass der Erblasser Einzeltestamente grundsätzlich gem. §§ 2254 ff. BGB widerrufen kann, wobei diese Widerrufsmöglichkeit aber versagt, wenn der Erblasser die Notwendigkeit hierzu nicht erkennt oder dauerhaft einer Willensbeeinflussung ausgesetzt ist.²²⁴⁵ Aus diesem Grund sind auch der Rücktritt von einem Erbvertrag bzw. der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments, §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 2 S. 1 BGB, für sich allein keine geeigneten Schutzinstrumente, zumal diese Gestaltungsrechte auch notwendigerweise bedingen, dass der jeweils andere Beteiligte von ihrer Ausübung Kenntnis erlangt, was insbesondere bei Beeinflussbarkeit des Erblassers hinderlich ist.²²⁴⁶

Letztwillige Verfügungen können auch wegen Erklärungs- und Inhaltsirrtums angefochten werden, § 2078 Abs. 1 BGB, ebenso wegen Drohung, § 2078 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Für den Erblasser selbst spielen diese Anfechtungsrechte allerdings eine untergeordnete Rolle, da dieser sein Testament ohnehin jederzeit widerrufen kann. Das Anfechtungsrecht ist nach § 2080 Abs. 1 BGB auf die Person beschränkt, der die Aufhebung der Verfügung zugutekäme, also beispielsweise dem gesetzlichen Erben.

Den Erbvertrag kann der Erblasser zwar auch selbst anfechten, § 2281 Abs. 1 BGB,²²⁴⁷ es stellt sich hier aber wieder wie bei allen Gestaltungsrechten die Frage, ob er zwingend die Notwendigkeit hierzu erkennt. Außerdem können sich für das Vorliegen des Anfechtungsgrundes wiederum die zu § 119 BGB dargestellten Probleme ergeben, insbesondere das Problem, ob überhaupt ein Irrtum und insbesondere ein Inhaltsirrtum beim Erblasser vorliegt oder inwiefern das Ausnutzen einer Zwangslage an eine Drohung heranreicht.²²⁴⁸ Zu betonen ist allerdings, dass, anders als bei sonstigen Rechtsgeschäften, auch wegen Moti-

schwierige Sachverhalte nicht mehr versteht, vs. Testierfähigkeit, solange sie einfache Sachverhalte noch erfasst) auch *Seibert* 2015, S. 113 f.

²²⁴⁵ *Röthel AcP* (210) 2010, S. 32 (60); *Boehm* 2017, S. 127 f.

²²⁴⁶ *Boehm* 2017, S. 128.

²²⁴⁷ Zur analogen Anwendung auf gemeinschaftliche Testamente *Boehm* 2017, S. 132.

²²⁴⁸ Dazu, dass das Ausnutzen einer Zwangslage keine Drohung darstellt, *Boehm* 2017, S. 133. *Boehm* schlägt vor, das BGB um einen § 2278a BGB zu ergänzen, sodass auch die unberechtigte Einflussnahme nach dem Tod des Erblassers zur Anfechtung berechtigt, siehe

virrtums angefochten werden kann, § 2078 Abs. 2 BGB, wobei der zur Anfechtung berechtigende Umstand gerade der bewegende Grund für die letztwillige Verfügung gewesen sein muss.²²⁴⁹ Relevante Motivirrtümer können in Fehleinschätzungen über die gegenwärtige Lage begründet sein, etwa wenn der Erblasser sein Vermögen über- oder unterschätzt²²⁵⁰ oder wenn er fälschlicherweise Familienverhältnisse annimmt, die nicht bestehen.²²⁵¹ Auch Wahnideen, die noch nicht zu Testierunfähigkeit führen, können einen Motivirrtum begründen.²²⁵²

(2) Argumente für eine relative Testierunfähigkeit

Für die Anerkennung einer relativen Testierfähigkeit bzw. Testierunfähigkeit spricht schon, dass es nicht sinnvoll wäre, für die allgemeine Geschäftsunfähigkeit ein relatives Modell zu fordern, dies aber sodann nicht auch für die Testierunfähigkeit zu tun. Rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeiten sollten einheitlich bestimmt werden.²²⁵³

Zudem drohen bei einem absoluten Verständnis der Testierfähigkeit, jedenfalls dann, wenn dieses Verständnis dem des § 104 Nr. 2 BGB entspricht, nicht nur vergleichbare Schutzlücken zu entstehen wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden.²²⁵⁴ Es gibt auch im Bereich der Testierunfähigkeit keine sinnvollen Argumente gegen ein relatives Verständnis. Die Argumente, die gegen eine relative Testierunfähigkeit angeführt werden, sind dabei im Wesentlichen dieselben wie diejenigen, die gegen eine relative Geschäftsunfähigkeit im Allgemeinen ins Feld geführt werden: So gefährde die relative Testierunfähigkeit die Rechtssicherheit, weil es bereits schwierig genug sei, Kriterien zur Beurteilung der Testierunfähigkeit zu finden, was durch eine weitere Relativierung nur weiter verschärft werde.²²⁵⁵ Letztwillige Verfügungen seien zudem von besonderer rechtlicher Bedeutung für die Kontinuität privatrechtlicher Verhältnisse, sodass Rechtssicherheit auch im öffentlichen Interesse gefordert sei.²²⁵⁶

Boehm 2017, S. 243. *Boehm* beschränkt ihre Untersuchung auf die krankheitsbedingte Beeinflussbarkeit Demenzkranker.

²²⁴⁹ BGH NJW-RR 1987, S. 1412 (1413).

²²⁵⁰ BeckOGK-*Harke*, § 2078 BGB Rn. 26; MüKo BGB/Band 11-*Leipold* 2022, § 2078 BGB Rn. 28.

²²⁵¹ BeckOGK-*Harke*, § 2078 BGB Rn. 26; MüKo BGB/Band 11-*Leipold* 2022, § 2078 BGB Rn. 28.

²²⁵² BayObLGZ 2001, S. 289 (295 f.).

²²⁵³ So im Ergebnis auch *Heber* 2022, S. 303 ff.

²²⁵⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel E.III.1.b)aa)(1).

²²⁵⁵ *Muscheler* 2010, S. 856 f.; vgl. BeckOK BGB-*Litzenburger*, § 2229 BGB Rn. 4, i. E. aber anders.

²²⁵⁶ *Staudinger BGB-Baumann* 2022, § 2229 BGB Rn. 35.

Das Argument der zunehmenden Rechtsunsicherheit wurde aber bereits im Zusammenhang mit § 104 Nr. 2 BGB als äußerst schwach entlarvt.²²⁵⁷ Insbesondere ist auch im Zusammenhang mit der Testierunfähigkeit darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber durch Abschaffung der Entmündigung und damit eines klaren Abgrenzungskriteriums selbst Rechtsunsicherheit in den Rechtsverkehr getragen hat.²²⁵⁸ Auch durch die Entscheidung des BVerfG zugunsten der Testierfreiheit trotz faktischer Testierunfähigkeit sprech- und schreibunfähiger Personen wurde auf ein für die Bestimmung der Testierunfähigkeit eindeutig zu bestimmendes Kriterium – nämlich die faktische Testierunfähigkeit – verzichtet.²²⁵⁹ Außerdem ist in die Erstellung einer letztwilligen Verfügung, jedenfalls bei einfachen Testamenten, ohnehin kein Dritter involviert, dessen Vertrauen auf die Wirksamkeit der Verfügung zu schützen wäre bzw. zu dessen Schutz die Wirksamkeit rechtssicher bestimmbar sein müsste.²²⁶⁰ Die verglichen mit dem Bereich sonstiger Rechtsgeschäfte geringere Bedeutung der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes im Bereich letztwilliger Verfügungen zeigt auch die Möglichkeit, wegen Motivirrtums anzufechten, § 2078 Abs. 2 BGB. Und schließlich geht es bei der Testierfähigkeit auch nur um die Beurteilung der Wirksamkeit einer einzigen Verfügung, sodass es besonders naheliegt, die konkrete Verfügung für diese Beurteilung miteinzubeziehen.²²⁶¹

Nicht überzeugend ist im Übrigen die Annahme, die relative Testierunfähigkeit erübrige sich, wenn man die Testierfähigkeit als partielle Geschäftsunfähigkeit begreife.²²⁶² Weder sind partielle und relative Geschäftsunfähigkeit gleichbedeutend. Noch ist richtig, dass innerhalb eines partiell begrenzten Bereichs dürfe, anders als bei einer „vollständigen“ Geschäftsunfähigkeit, automatisch nach Schwierigkeitsgraden unterschieden werden.²²⁶³ Es ist nicht nachzuvollziehen, woher diese Annahme rührt: Eine partielle Geschäftsunfähigkeit ermöglicht es nur, die Handlungsunfähigkeit auf einem bestimmten Lebensbereich zu beschränken. Darin ist aber nicht gleichzeitig auch angelegt, innerhalb dieses Lebensbereichs die Handlungsunfähigkeit nach Schwierigkeitsgrad oder Tragweite abzustufen. Wenn dies für die vollständige Geschäftsunfähigkeit abgelehnt wird, ist nicht zu ergründen, weshalb dies im Rahmen einer partiellen Geschäftsunfähigkeit möglich bzw. in dieser geradezu angelegt sein soll.

²²⁵⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel E.II.2.a).

²²⁵⁸ *Cypionka* NJW 1992, S. 207 (209); *Baumann* ZEV 2020, S. 193 (196 f.); Staudinger BGB-Baumann 2022, § 2229 BGB Rn. 35; *Humm* ZEV 2022, S. 253 (256).

²²⁵⁹ *Baumann* ZEV 2020, S. 193 (196); Staudinger BGB-Baumann 2022, § 2229 BGB Rn. 35; zur entsprechenden Entscheidung: BVerfG JuS 2000, S. 288 ff.

²²⁶⁰ *Seibert* 2015, S. 120 ff.

²²⁶¹ *Schmidt* RabelsZ (76) 2012, S. 1022 (1031 f.).

²²⁶² MüKo BGB/Band 11-Sticherling 2022, § 2229 BGB Rn. 24 Fn. 53 a. E.

²²⁶³ Siehe auch schon oben zur falschen Annahme, innerhalb einer partiellen Geschäftsunfähigkeit könne relativiert werden, in 3. Kapitel A.I.1.d)bb) bei Fn. 106.

Im Ergebnis ist nicht anders als bei der Geschäftsfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB auch eine relative Testierfähigkeit zu fordern. Beschränkungen der Testierfähigkeit stellen einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG dar, sodass die Anforderungen an die Rechtfertigung von die Testierfähigkeit berührenden Regelungen nicht geringer sind als die zur allgemeinen Geschäftsfähigkeit. Der Schutz der selbstbestimmten Entscheidung verdient aber im Bereich letztwilliger Verfügungen denselben Schutz wie im Bereich von Rechtsgeschäften unter Lebenden, sodass Regelungen mit derselben Schutzintensität gerechtfertigt sind.

bb) Auslegung des § 2229 Abs. 4 BGB i. S. e. relativen Testierunfähigkeit

Da auch die Testierunfähigkeit relativ verstanden werden sollte, stellt sich die eingangs aufgeworfene Frage, ob dies schon unter Geltung des § 2229 Abs. 4 BGB anerkannt werden könnte. Dagegen wird angeführt, die Testierfähigkeit sei keine Qualifikation der einzelnen Willenserklärung, sondern eine solche des Erblassers. Entsprechend werde in § 2229 Abs. 4 BGB auch nicht von „dem“ in Rede stehenden Testament und „der“ darin enthaltenen Willenserklärung gesprochen, sondern allgemein nur von „einer“ Willenserklärung.²²⁶⁴ Die Bezugnahme auf „eine [...] Willenserklärung“ im Gesetzestext von § 2229 Abs. 4 BGB meine folglich nicht das konkrete Rechtsgeschäft, sondern Willenserklärungen (im Bereich des Testierens) im Allgemeinen: Es müsse abstrakt gesehen die Fähigkeit vorliegen, Willenserklärungen in diesem Bereich, also letztwillige Verfügungen generell, in ihrer Bedeutung und Tragweite zu erfassen.²²⁶⁵

Allerdings stellt sich schon die Frage, was die Fähigkeit, Willenserklärungen oder Testamente „allgemein“ in ihrer Bedeutung und Tragweite erfassen zu können, kennzeichnen soll. Denn allein die Erkenntnis, überhaupt zu testieren, reicht nach ständiger Rechtsprechung für Testierfähigkeit zumindest nicht aus.²²⁶⁶ Hinzukommt, dass es sich dem Wortlaut nach gerade um das Erkennenkönnen der Bedeutung einer „abgegebenen Willenserklärung“ handelt. Durch die Bezugnahme auf die „abgegebene“ Erklärung wird die Willenserklärung, die Referenzpunkt der Prüfung ist, gerade konkretisiert: Der Betroffene hat *eine* Willenserklärung abgegeben, die Bedeutung *dieser* Willenserklärung muss er sodann, um testierfähig zu sein, kennen. Allein die Verwendung des Wortes „einer“ kann daher für sich allein nicht ausschlaggebend sein, um einer Auslegung des § 2229 Abs. 4 BGB in einem relativen Sinne entgegenzustehen, im Gegenteil: Der Wortlaut von § 2229 Abs. 4 BGB spricht aufgrund der Bezugnahme

²²⁶⁴ OGHBrZ, Köln, NJW 1949, S. 544 (545) zu § 2 Abs. 2 TestG a. F.

²²⁶⁵ Boehm 2017, S. 55 f., 64.

²²⁶⁶ BGH, Urt. v. 29.1.1958 – IV ZR 251/57, BeckRS 1958, 31372778; OLG Karlsruhe BWNotZ 2019, 411 (417 f.); vgl. auch Kössinger, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 5: nicht schlüssig, das konkrete Rechtsgeschäft außer Betracht zu lassen, wenn gerade eine nur allgemeine Vorstellung von der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht genügen soll.

auf die Einsicht in die *Bedeutung* einer *abgegebenen* Erklärung gerade dafür. Somit verstärkt § 2229 Abs. 4 BGB die These, dass auch § 104 Nr. 2 BGB i.S.e. relativen Handlungsfähigkeit interpretiert werden kann.

2. Relative Geschäftsfähigkeit *de lege ferenda*

a) Wertungsoffenheit

Nach hier vertretener Ansicht könnte man bereits *de lege lata* eine relative Geschäftsfähigkeit bzw. Geschäftsunfähigkeit annehmen. Da dies allerdings höchst umstritten ist und mehrheitlich abgelehnt wird, sollte der Gesetzgeber den § 104 Nr. 2 BGB durch eine neue Vorschrift ablösen.

Ganz zu Beginn der Arbeit wurde dabei die Frage aufgeworfen, ob der Gesetzgeber die Reichweite und die Voraussetzungen der relativen Geschäftsunfähigkeit klar vorgeben sollte oder ob es empfehlenswert ist, den Tatbestand wertungsoffen zu gestalten.²²⁶⁷ Im Ergebnis empfiehlt sich allein eine offene Fassung des Tatbestands, wie sie auch im österreichischen und im Schweizer Recht zu finden ist:

Zum einen lässt sich die relative Geschäftsfähigkeit schon nicht auf das intellektuelle Verstehenkönnen klar vorherbestimmter Aspekte eines Rechtsgeschäfts reduzieren, die vorab in einer neuen Vorschrift zur Geschäftsunfähigkeit benannt werden könnten. Relative Geschäftsfähigkeit bedeutet vielmehr übergreifend, die Freiheit der Willensentscheidung in Bezug auf das konkret in Frage stehende Rechtsgeschäft zu prüfen.²²⁶⁸ Dazu gehören natürlich auch intellektuelle Fähigkeiten, also die Fähigkeit zu verstehen, was das Rechtsgeschäft im Wesentlichen bewirkt und welche Auswirkungen es hat. Dazu gehören aber auch sonstige geistige Zustände, die dem Grunde nach bereits jetzt unter § 104 Nr. 2 BGB fallen, die aber dennoch nicht bei allen Rechtsgeschäften gleichermaßen eine Rolle spielen sollten: Nicht jedes Rechtsgeschäft erfordert beispielsweise, dass eine Person zeitlich und örtlich orientiert ist. Nicht für alle Rechtsgeschäfte sind dieselben Anforderungen an die Motivbildung zu stellen. Manche Rechtsgeschäfte benötigen unter Umständen überhaupt kein besonderes Motiv, sondern sie haben ihre Grundlage in Impulsen, die nicht weniger anerkenungsfähig sind.²²⁶⁹ Eine Regelung, die sich darauf beschränkte, dass geschäftsfähig ist, wer Aspekte X und Y eines Rechtsgeschäfts verstanden hat, wäre demnach unvollständig.

Zum anderen lässt sich auch für das Erfordernis des intellektuellen Verstehenkönnens nicht pauschal für alle Rechtsgeschäfte festlegen, welche Aspekte eine Person verstanden haben muss, denn dies hängt wiederum von der Kom-

²²⁶⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel A.II.2.

²²⁶⁸ Siehe zusammenfassend zu den Teilfähigkeiten einer relativen Geschäftsfähigkeit oben unter 3. Kapitel E.I.2.

²²⁶⁹ Siehe oben zum Schweizer Recht unter 3. Kapitel C.II.2.b)bb)(1) ab Fn. 1994.

plexität und der Tragweite des Rechtsgeschäfts ab. Rechtsgeschäfte sind viel zu vielgestaltig, als dass vorab eine abschließende Aufzählung erfolgen könnte.

Somit sind angemessene Ergebnisse weniger durch strenge Vorgaben, sondern vielmehr auf der Anwendungsebene im Einzelfall zu finden.²²⁷⁰ Die neue Regelung zur Geschäftsunfähigkeit wird so zu einer echten Schutzvorschrift, die es in jedem Einzelfall ermöglicht zu prüfen, ob es angemessen ist, den Betroffenen an das konkrete Geschäft zu binden.²²⁷¹

Für die Neufassung des § 104 Nr. 2 BGB sollte aber nicht einfach nur die Formulierung des § 2229 Abs. 4 BGB übernommen werden, da auch diese wie gezeigt Interpretationsspielraum gegen eine relative Geschäftsfähigkeit lässt. Es sollte eine Formulierung gewählt werden, durch die die notwendigen Teilfähigkeiten deutlich hervortreten, also die Willensbildungs- und die Willensumsetzungsfähigkeit bzw. Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Dabei muss auch notwendigerweise eine Konkretisierung erfolgen, wonach sich diese Fähigkeiten anhand des konkreten Rechtsgeschäfts bemessen. Durch eine nicht abschließende Aufzählung kann auch umschrieben werden, welche Fähigkeiten im Detail für die Prüfung der Geschäftsunfähigkeit zu berücksichtigen sind (z.B. Verstehenkönnen von Bedeutung und Folge, Fähigkeit zu rationaler Abwägung etc.), wobei zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt sein muss, dass sich das notwendige Maß dieser Fähigkeiten von Fall zu Fall, je nach Art und Tragweite des Geschäfts, unterscheidet.

b) Einzelfragen

aa) Kein Kausalitätsnachweis

Von einem Kausalitätsnachweis dergestalt, dass sich die geistige Beeinträchtigung im Rechtsgeschäft niederschlagen müsste, sollte nach wie vor abgesehen werden. Dies wird und wurde in der Vergangenheit zwar teils befürwortet: Geschäfte, die objektiv vernünftig seien, weil auch ein Geschäftsfähiger, also ein vernünftiger Mensch in der Situation des Geschäftsunfähigen, sie vorgenommen hätte, müssten Bestand haben. Die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit sollten daher überhaupt nur dann einsetzen, wenn ein vernünftiger Mensch das Geschäft nicht geschlossen hätte.²²⁷² Dies werde den Interessen aller gerecht, denn es sei kein Grund ersichtlich, weshalb irgendeine Person an einem solchen

²²⁷⁰ Zur Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise im Fall der Zwangsbehandlung und damit für die Frage, wann es zulässig ist, den natürlichen Willen einer Person zu übergehen: BVerfG NJW 2017, S. 53 (57). Von den Umständen des Einzelfalls hänge auch ab, wie intensiv der natürliche Wille zu berücksichtigen sei.

²²⁷¹ So wie auch die entsprechenden Regelungen in Österreich, siehe 3. Kapitel C.I.3.a), und in der Schweiz, siehe 3. Kapitel C.II.3.a).

²²⁷² Danz JW 1913, S. 1016 (1019); Gerstberger, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (21 f., 30 f.).

Geschäft nicht festhalten wollte.²²⁷³ Insbesondere komme man damit dem Verkehrsschutz entgegen, da sich die Zahl der wichtigen Geschäfte reduziere.²²⁷⁴ Mit diesem Kausalitätsnachweis fordere man von Gerichten auch nichts Unmögliches, denn was diese im Rahmen von §§ 119 ff. BGB zu leisten in der Lage seien, müsse ihnen auch im Rahmen von § 104 Nr. 2 BGB gelingen.²²⁷⁵

Zunächst einmal muss nochmals dem Irrglauben begegnet werden, relative Geschäftsunfähigkeit setze zwingend einen Kausalitätsbezug voraus.²²⁷⁶ Nicht nur gibt es hierfür keine zwingenden logischen Gründe. Dass dies nicht der Fall ist, zeigte auch die rechtsvergleichende Untersuchung, die ergab, dass in Österreich und in der Schweiz, wo eine relative Geschäftsunfähigkeit anerkannt ist, ein solches Kausalitätserfordernis ebenso nicht existiert: Es können die für Geschäftsunfähigkeit vorgesehenen Rechtsfolgen auch dann eintreten, wenn das Rechtsgeschäft objektiv vernünftig ist und ohne dass sich die geistige Beeinträchtigung inhaltlich im Rechtsgeschäft niedergeschlagen hätte. Erforderlich ist allein, dass die geistigen Fähigkeiten im Zeitpunkt des Abschlusses für konkret dieses Geschäft fehlten; insofern sollte dann aber nicht von Kausalität gesprochen werden, da dies missverständlich ist.

In Österreich und in der Schweiz wird aber zumindest von der Rechtsprechung anerkannt, dass der Inhalt eines Rechtsgeschäfts als Erkenntnisquelle hinzugezogen werden kann und in Zweifelsfällen den Ausschlag für oder gegen die Annahme von Geschäftsunfähigkeit geben kann.²²⁷⁷ Dies ist so auch vereinzelt in der deutschen Rechtsprechung zu beobachten.²²⁷⁸ Diese Vorgehensweise läuft aber dem Grundsatz zuwider, wonach sich Selbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit nicht nach der Vernünftigkeit des Tuns bemessen. Der Inhalt kann daher allenfalls Anlass sein, um die Geschäftsfähigkeit zu überprüfen.

bb) Anknüpfung an krankhaften oder sonstigen Zustand, unabhängig von der Dauerhaftigkeit

Wie gesehen muss auch die Geschäftsunfähigkeit bei einem relativen Verständnis nach wie vor an das Vorliegen einer medizinisch relevanten geistigen Beein-

²²⁷³ Gerstberger, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (22).

²²⁷⁴ Gerstberger, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (22), wenn auch nicht in ausreichendem Maße, sodass Gerstberger zudem eine vollständige Abschaffung der Nichtigkeitsfolge fordert und diese durch ein Anfechtungsrecht ersetzen will, S. 23 ff.

²²⁷⁵ Gerstberger, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (22); ebenso die Parallele zu §§ 119 ff. BGB ziehend Danz JW 1913, S. 1016 (1020).

²²⁷⁶ Hierzu bereits oben unter 3. Kapitel E.III.1.a) ab Fn. 2224.

²²⁷⁷ Siehe zu Österreich oben unter 3. Kapitel C.I.2.c) und zur Schweiz oben unter 3. Kapitel C.II.2.b)bb)(1) ab Fn. 1986 sowie unter 3. Kapitel C.II.2.c) ab Fn. 2017.

²²⁷⁸ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.c)aa) ab Fn. 26, insbesondere Fn. 28, ebenso noch unten 3. Kapitel E.III.2.c)aa) ab Fn. 2298.

trächtigung anknüpfen.²²⁷⁹ Insofern ist auch die Behauptung verfehlt, die relative Geschäftsunfähigkeit laufe auf eine „allgemeine Billigkeitskontrolle durch die Hintertür“ hinaus.²²⁸⁰

Diese medizinisch relevante Beeinträchtigung sollte dabei aber, wie im Schweizer Recht, weitverstanden und auch auf sonstige Zustände, insbesondere das Alter, erweitert werden: So können auch Altersschwächen erfasst werden, da altersbedingte Verminderungen der Geisteskräfte nicht selten eine erhöhte Beeinflussbarkeit nach sich ziehen und die Entschlusskraft beeinträchtigen oder verlangsamen.²²⁸¹ Beschränkte man den Tatbestand der Geschäftsunfähigkeit auf den Begriff krankhafter Störungen, so entstünden gerade in Bezug auf Hochbetagte wiederum Schutzlücken. Diese Erweiterung ist im Übrigen auch bereits in § 2229 Abs. 4 BGB angelegt, wo nicht nur die krankhafte Störung der Geistestätigkeit als Grund für eine Testierfähigkeit genannt ist, sondern auch die Geistesschwäche. Vom Wortsinn ausgehend kann Geistesschwäche dabei auch eine andauernde geistige Insuffizienz beschreiben, unabhängig davon, ob diese von einem krankhaften Zustand verursacht wurde oder nicht.²²⁸²

Auf den gegebenenfalls als diskriminierend empfundenen Begriff der „geistigen Behinderung“ kann daher ebenfalls verzichtet werden.²²⁸³ Intelligenzminderungen jeglichen Ursprungs müssen nicht gesondert hervorgehoben werden, wenn der Auffangtatbestand des sonstigen Zustands neben den der psychischen Erkrankung gestellt wird.

Eine Regelung zur relativen Geschäftsunfähigkeit sollte nicht zwischen dauerhaften und vorübergehenden Störungen unterscheiden, sondern es sollte für den Eintritt der an die Geschäftsunfähigkeit geknüpften rechtlichen Wirkungen allein darauf ankommen, ob die Fähigkeit zur freien Willensbildung im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts krankheitsbedingt fehlte oder nicht, aber unabhängig von der Dauer des krankhaften Zustands. Auch im Schweizer Recht sowie im österreichischen Recht wird entsprechend nicht nach der Dauer unterschieden,²²⁸⁴ ebenso wenig im Übrigen bereits im aktuellen Recht bei der Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB.

Aktuell differenziert das deutsche Recht aber nicht nur in §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 und 2 BGB zwischen dauerhaften und vorübergehenden Zuständen, sondern auch beim Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen: Vorüber-

²²⁷⁹ MüKoBGB/Band 1-Spickhoff 2021, § 104 Rn. 57; Humm'ZEV 2022, S. 253 (256).

²²⁸⁰ So in Bezug auf Hochbetagte Rademacher 2020, S. 219f.

²²⁸¹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 96; OFK-Fankhauser und Bleichenbacher 2021, Art. 16 ZGB Rn. 8, 11; ebenso der Vorschlag von Heber 2022, S. 271 f.

²²⁸² Taupitz, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 489 (524).

²²⁸³ Zum diskriminierenden Effekt des Begriffs Behinderung im Allgemeinen von Bar 2023, S. 305 Rn. 255. Siehe auch zur Streichung der Kategorie „geistig“ im neuen § 1814 Abs. 1 BGB: BT-Drucks. 19/24445, S. 230f.

²²⁸⁴ Siehe zu Österreich oben unter 3. Kapitel C.I.2.a) und zur Schweiz oben unter 3. Kapitel C.II.2.a).

gehend geistig beeinträchtigten Personen gehen Willenserklärungen wie geschäftsfähigen Personen zu, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Lediglich bei Geschäftsunfähigen, also bei Personen, die sich in einem dauerhaften Zustand geistiger Störung befinden, muss die Willenserklärung, um wirksam zu werden, dem Vertreter zugehen, § 131 Abs. 1 BGB. Die Frage ist, ob diese Differenzierung beim Zugang von Willenserklärungen aufrechterhalten bleiben sollte, selbst wenn der neue § 104 Nr. 2 BGB an die Dauerhaftigkeit nicht mehr anknüpft.

Das österreichische Recht beispielsweise, wo sich die Geschäftsunfähigkeit ebenso unabhängig von der Dauer der geistigen Störung bestimmt, kennt eine solche Sonderregel beim Zugang für nur vorübergehende Zustände zwar nicht: Dort setzt der Zugang einer Willenserklärung ganz allgemein Geschäftsfähigkeit des Empfängers voraus, jedenfalls sofern die Willenserklärung nicht nur vorteilhaft ist.²²⁸⁵

Die Begründung, weshalb im deutschen Recht bei vorübergehenden Zuständen ein Zugang beim Betroffenen selbst möglich sein soll, trifft aber grundsätzlich auch dann immer noch zu, wenn man für die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB das Merkmal der Dauerhaftigkeit fallen lässt: Bei nur kurzzeitigen Störungen gibt es in der Regel keinen Vertreter, dem die Erklärung zugehen könnte.²²⁸⁶ Außerdem entspricht diese Sichtweise der herrschenden Meinung zu § 130 BGB, wonach auch etwa urlaubs- oder krankheitsbedingte Abwesenheit dem Zugang einer Willenserklärung nach allgemeinen Grundsätzen nicht entgegensteht.²²⁸⁷ Im Übrigen könnte sonst auch der Zugang von Willenserklärungen dadurch vereitelt werden, indem sich der Empfänger in Vollrausch versetzte.²²⁸⁸ Es spricht folglich nichts dagegen, hinsichtlich des Zugangs von Willenserklärungen die schon vorhandene Unterscheidung zwischen dauerhaften und vorübergehenden Zuständen beizubehalten. Dies stärkt im Ergebnis auch die Handlungsfähigkeit von Personen, deren Fähigkeit zur freien Willensbestimmung nur vorübergehend beeinträchtigt ist.

cc) *Kein Gutglaubensschutz*

Und schließlich sollte auch der Grundsatz beibehalten werden, wonach die an die Geschäftsunfähigkeit geknüpften Rechtsfolgen auch dann eintreten, wenn die Geschäftsunfähigkeit für den Vertragspartner nicht erkennbar war.²²⁸⁹ Dies folgt unmittelbar aus den grundrechtlichen Schutzpflichten. Um aber im Gegenzug bzw. als Ausgleich dem Verkehrsschutz besser Rechnung zu tragen als

²²⁸⁵ OGH, Urt. v. 20.6.1990, 1 Ob 529/90; Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 865 ABGB Rn. 45.

²²⁸⁶ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (704 f.).

²²⁸⁷ BeckOGK-Gomille, § 131 BGB Rn. 13.

²²⁸⁸ BeckOGK-Gomille, § 131 BGB Rn. 13.

²²⁸⁹ Anders aber aus Verkehrsschutzgründen *Holzhauer* FamRZ 1995, S. 1463 (1467).

bislang durch § 105 Abs. 1 BGB, sollten auch auf Rechtsfolgenebene, also im Bereich von § 105 Abs. 1 BGB, Reformüberlegungen angestellt werden.²²⁹⁰

dd) Nebeneinander von § 105a BGB und relativer Geschäftsfähigkeit

Relative Geschäftsfähigkeit und § 105a BGB heben sich nicht gegenseitig auf, sondern ergänzen sich, sodass § 105a BGB beizubehalten ist. Insbesondere geht die relative Geschäftsfähigkeit nicht bereits in § 105a BGB auf. So gewährt § 105a BGB keine vollständige Geschäftsfähigkeit, sondern schließt nur – in umstrittenem Maße – Rückforderungsansprüche aus, und dies auch nur dann, wenn Leistung und Gegenleistung bewirkt wurden.²²⁹¹ Außerdem erfolgt die Bestimmung der Geschäftsunfähigkeit bei einem relativen Verständnis nicht anhand der Differenzierung zwischen alltäglichen und nicht alltäglichen Geschäften, sondern anhand des Schwierigkeitsgrades und der Gefährlichkeit des Rechtsgeschäfts, abgestimmt auf die geistigen Fähigkeiten des Betroffenen. Hat eine Person beispielsweise nicht mehr die Fähigkeiten, um ein ganz bestimmtes komplexes und gefährliches Rechtsgeschäft abzuschließen, bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass sie deswegen nur noch zu alltäglichen Rechtsgeschäften, die mit geringfügigen Mitteln zu bewirken sind, in der Lage wäre. Sie bleibt zu all den Geschäften in der Lage, für die ihre geistigen Fähigkeiten ausreichen, unabhängig von deren Einordnung als alltäglich oder nicht. Die relative Geschäftsfähigkeit ermöglicht daher eine wesentlich feingliedrigere Abstufung, die durch Betrachtung jedes einzelnen Rechtsgeschäfts vollständig ausgeschöpft werden sollte, statt die Handlungsfähigkeit von vornherein auf die pauschale Kategorie der Alltäglichkeit zu beschränken.

Allerdings sollte der § 105a BGB umgekehrt auch nicht abgeschafft (allerdings reformiert²²⁹²) werden, denn dieser wird durch Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit nicht überflüssig.²²⁹³ Wenn also angeführt wird, § 105a BGB habe bei relativer Geschäftsunfähigkeit keinen Platz, weil es nicht angemessen sei, selbst nur alltägliche Geschäfte als wirksam zu behandeln, wenn die geistige Beeinträchtigung schon so weit fortgeschritten sei, dass der Betroffene nicht einmal mehr diese überblicken könne,²²⁹⁴ wird verkannt, dass exakt dies aber auch aktuell der Anwendungsbereich von § 105a BGB ist: Denn § 105a BGB soll alltägliche Geschäfte trotz Geschäftsunfähigkeit aufrecht erhalten, was nach aktuell mehrheitlich vertretenem absoluten Verständnis von § 104 Nr. 2 BGB bedeutet, dass sich eine Person also in einem Zustand befindet, in dem sie gar kein Geschäft mehr versteht, und daher auch nicht mehr einfachs-

²²⁹⁰ Siehe unten 4. Kapitel B.

²²⁹¹ Siehe unten 4. Kapitel B.II.1.

²²⁹² Siehe noch unten unter 4. Kapitel B.IV.2.c)aa): Keine Wirksamkeitsfiktion, sondern echte Geschäftsfähigkeit. Siehe zum konkreten Formulierungsvorschlag unter 5. Kapitel B.

²²⁹³ A.A. Heber 2022, S. 300f.; Gutch 2019, S. 186.

²²⁹⁴ Heber 2022, S. 300f.

te der alltäglichen Sorte. Den Kritikern zufolge dürfte § 105a BGB folglich schon jetzt nicht existieren. Seine Existenz ist aber gerechtfertigt, um aber die Handlungsfähigkeit Geschäftsunfähiger so weit wie möglich zu erhalten und das Selbstbestimmungsrecht so weit wie möglich zu gewährleisten, jedenfalls im Bereich alltäglicher und damit stets ungefährlicher Rechtsgeschäfte.

c) Ausgestaltung weiterer Sonderrechtsfähigkeiten

aa) Testierfähigkeit

Die relative Bestimmung der Handlungsfähigkeit soll sodann nicht auf die Geschäftsfähigkeit beschränkt bleiben, sondern muss auf die speziell geregelten Handlungsfähigkeiten erstreckt werden, insbesondere auch auf die Testierfähigkeit.²²⁹⁵

Hinsichtlich der Ausgestaltung einer relativen Testierfähigkeit gelten insofern keine anderen als die zur relativen Geschäftsfähigkeit bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ausgeführten Grundsätze.²²⁹⁶ Es soll nur noch unter Verweis auf die rechtsvergleichende Untersuchung spezifiziert werden, dass es sich bei einer letztwilligen Verfügung um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft handelt, was für die Anforderungen an die Handlungsfähigkeit eine Rolle spielen muss: Diese ist im Zweifel großzügiger anzunehmen. Hinsichtlich der Umstände, in Bezug auf die der Betroffene sodann zur freien Willensbildung in der Lage sein muss, die er also erfassen können muss und in Bezug auf die seine Willensbildung auch nicht in sonstiger Weise krankheitsbedingt verzerrt sein darf, kann im Wesentlichen bereits auf aktuelle Rechtsprechung zurückgegriffen werden, die, auch wenn sie es nicht zugibt, bereits eine relative Testierfähigkeit praktiziert. Im Übrigen lassen sich hier auch wieder Erkenntnisse aus der rechtsvergleichenden Untersuchung gewinnen, wo es zum Schweizer Recht beispielsweise heißt: Der Testator müsse seine Lebensumstände, insbesondere die Höhe und Zusammensetzung seines Vermögens, und sowie seine Beziehungen zur Familie sowie zu sonstigen Personen, die er als Erben möglicherweise einsetzen will, kennen sowie seine Verfügungen entsprechend in diesen Kontext einordnen können.²²⁹⁷

²²⁹⁵ Siehe oben zum Erfordernis einer relativen Testierfähigkeit unter 3. Kapitel E.III.1.b) aa)(2).

²²⁹⁶ Siehe zu den Teilfähigkeiten einer allgemeinen relativen Geschäftsfähigkeit oben unter 3. Kapitel E.I.2. sowie zur Ausgestaltung der allgemeinen relativen Geschäftsfähigkeit de lege ferenda unter 3. Kapitel E.III.2.a) und b).

²²⁹⁷ *Aebi-Müller successio* 2012, S. 4 (7f.); siehe zum Realitätsbezug in Bezug auf die Erstellung von Testamenten auch *Wolf und Setz*, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (38); *Breitschmid*, in: Urteilsfähigkeit, S. 91 (112). Siehe auch zur Rechtsprechung zur Testierfähigkeit im Schweizer Recht oben unter 3. Kapitel C.II.2.c) ab Fn. 2011. Siehe auch zum notwendigen

Auch die relative Testierunfähigkeit setzt keinen Kausalitätsnachweis voraus.²²⁹⁸ Eine Person ist also nicht nur dann testierunfähig, wenn ihr Testament objektiv unvernünftig ist bzw. sie bei geistiger Gesundheit anders verfügt hätte. Nichtsdestotrotz wird das Testament selbst, jedenfalls in Grenzen, zur Beurteilung der Testierfähigkeit des Erblassers herangezogen: So soll jedenfalls ein Inhalt, der keinen Sinn ergibt, Indizien für eine Testierunfähigkeit sein.²²⁹⁹ Weitergehend wird teils auch der Inhalt selbst zum Gegenstand der Beurteilung gemacht.²³⁰⁰ So hat etwa das BayObLG die Testierfähigkeit nach der Vernünftigkeit des Testaments beurteilt,²³⁰¹ gleichzeitig jedoch feststellend, dass auf der Basis der Testierfreiheit niemand seine Verfügung durch vernünftige oder für Dritte nachvollziehbare Gründe rechtfertigen müsse.²³⁰² Dieser Widerspruch zeigt jedoch bereits, dass auf die „Vernünftigkeit“ des Inhalts grundsätzlich gar nicht abgestellt werden kann, da gerade auch unvernünftige Verfügungen von der Testierfreiheit als Ausdruck der Selbstbestimmung gedeckt sind. Allenfalls in seltenen Ausnahmefällen, wenn ein Testament offenkundig wahnhaftes Motiv oder eine krankheitsbedingt Realitätsverkenntung oder eine Beeinflussbarkeit des Erblassers erkennen lässt, da etwa mehrere Testamente verschiedenen Inhalts und verfasst an verschiedenen Orten vorliegen, kann der Inhalt des Testaments für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit herangezogen werden.²³⁰³ So kann etwa in einem Fall, in dem der Erblasser von der paranoiden Vorstellung beherrscht wird, seine Frau und sein Sohn wollten ihn umbringen, die testamentarische Ausschluss beider von der Erbfolge als Indiz für die Testierunfä-

Verständnis hinsichtlich der vermögensbezogenen und der persönlichkeitsrechtlichen Tragweite bei Annahme relativer Testierfähigkeit *Seibert* 2015, S. 132 ff.

²²⁹⁸ Missverständnis insofern BayObLG ZEV 2002, S. 234 (235): „Eine geistige Erkrankung des Erblassers steht der Gültigkeit seiner letztwilligen Verfügung nicht entgegen, wenn diese mit der Erkrankung nicht in Verbindung steht, von ihr nicht beeinflusst ist.“ Damit gemeint ist aber keine inhaltliche Beeinflussung, sondern die Tatsache, dass sich die Krankheit auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit auswirken muss. („Aufgabe des zur Beurteilung der Testierfähigkeit hinzugezogenen psychiatrischen Sachverständigen ist es daher nicht nur, den medizinischen Befund einer Geisteskrankheit oder -schwäche festzustellen, sondern vor allem deren Auswirkung auf die Einsichts- und Willensbildungsfähigkeit des Erblassers abzuklären.“).

²²⁹⁹ BeckOGK-Grziwotz, § 2229 BGB Rn. 58: Dann Ermittlung von Amts wegen.

²³⁰⁰ Siehe zum Folgenden *Boehm* 2017, S. 84 f.

²³⁰¹ BayObLGZ 1991, S. 59 (65 f.).

²³⁰² BayObLGZ 1991, S. 59 (64); so auch BayObLGZ 2001, S. 189 (294 f.); *Cording* Fortschr Neurol Psychiat (72) 2004, S. 147 (154); siehe auch OLG Rostock, Beschl. v. 5.6.2009 – 3 W 47/09, BeckRS 2009, 22699, wonach es bei der Frage nach der Testierunfähigkeit nicht darum gehe, das Testament nach seiner Angemessenheit zu beurteilen.

²³⁰³ *Cording* Fortschr Neurol Psychiat (72) 2004, S. 147 (154); *Rauch* Der medizinische Sachverständige 1962, S. 1 (6) mit dem Beispiel eines an Depressionen leidenden Arztes, der seine Patienten als Erben einsetzte mit der Begründung, er habe sie alle falsch behandelt und sei ein Mörder; *Wetterling et al.* ZEV 1995, S. 46 (49 f.); *Boehm* 2017, S. 85; vgl. auch *Holzhauser*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B53).

higkeit gewertet werden.²³⁰⁴ Grundsätzlich ist ein auffälliger Inhalt aber vor allem nur Anlass, die Testierfähigkeit zur überprüfen.

bb) Ehefähigkeit

Die Rechtsprechung prüft die Ehefähigkeit unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 GG und der Höchstpersönlichkeit der Ehe als „partielle Geschäftsfähigkeit“, die bestehen kann, auch wenn die Geschäftsfähigkeit in anderen Bereichen zweifelhaft ist.²³⁰⁵ Faktisch läuft dies bei näherer Betrachtung aber auf eine relative Geschäftsfähigkeit hinaus: So mag es zwar grundsätzlich keine Unterscheidung zwischen „einfachen“ und „schwierigen“ Eheschließungen geben, sodass es kaum vorstellbar sein dürfte, dass eine Person in Bezug auf eine Eheschließung geschäftsfähig ist, in Bezug auf eine andere hypothetisch gedachte hingegen nicht.²³⁰⁶ Relativ ist die geprüfte Geschäftsfähigkeit im Bereich der Eheschließung aber dennoch: Denn die partielle Geschäftsfähigkeit der Ehefähigkeit ist so kleinteilig parzelliert, dass sie nur noch einen einzigen Anwendungsbereich hat. Sie ist denklogisch auf die Prüfung zur Fähigkeit, *ein einziges* Geschäft – die Eheschließung – vornehmen zu können, reduziert.²³⁰⁷ Nichts anderes ist aber Gegenstand einer relativen Geschäftsunfähigkeit: Die Bewertung der geistigen und intellektuellen Fähigkeiten anhand des konkret in Frage stehenden Geschäfts.

Außerdem bemühen die Gerichte bei der Prüfung der Ehefähigkeit zwar die übliche Definition, wonach nicht „so sehr die Fähigkeiten des Verstandes ausschlaggebend seien“, sondern vielmehr die „Freiheit des Willensentschlusses“, definieren diese Freiheit sodann aber als Einsicht in das „Wesen der Ehe“, indem sich der Betroffene unter der Ehe „etwas vorstellen“ können müsse und den „Sinn der Ehe“ sowie die Veränderungen im Leben, die eine Heirat herbeiführe, begreifen können müsse.²³⁰⁸ Dabei ist aber äußerst fraglich, was für die Einsicht in die genannten Umstände denn dann gefordert sein soll, wenn nicht gewisse

²³⁰⁴ BayObLGZ 2004, S. 237 (242).

²³⁰⁵ BVerfG NJW 2003, S. 1382 (1383); Taupitz, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 489 (521).

²³⁰⁶ Spickhoff, in: Recht der Älteren, S. 101 (119f.).

²³⁰⁷ So ausdrücklich sogar BayObLG 1996, S. 100 (102): Wie die Testierfähigkeit sei die Ehefähigkeit auf einen konkreten Rechtsakt bezogen. Siehe auch S. 104: „Eine Person, deren intellektuelle Fähigkeiten nicht ausreichen, bestimmte schwierige rechtliche Beziehungen verstandesmäßig zu erfassen, ist deswegen noch nicht in Bezug auf die Eingehung der Ehe geschäftsunfähig.“ Das BayObLG erkennt also an, dass an den Eheschluss nicht dieselben Anforderungen zu stellen sind (i. E. offenbar geringe Anforderungen), wie andere Rechtsgeschäfte bzw. dass im Zentrum der Betrachtung gerade die Anforderungen für das Rechtsgeschäft Ehe stehen.

²³⁰⁸ BayObLG 1996, S. 100 (103); OLG Brandenburg, Urt. v. 7.7.2010 – 13 UF 55/09, BeckRS 2010, 17186; OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.3.2017 – 10 UF 54/15, BeckRS 2017, 118463 Rn. 17. Alternativ heißt es, der Betroffene müsse „die Bedeutung der mit der Ehe verbundenen Rechtshandlung [...] erkennen“: LG Osnabrück FPR 2002, S. 90. Siehe auch zu den geringen

Fähigkeiten des Verstandes. Und diese Berücksichtigung von Verstandesfähigkeiten, um das konkrete Geschäft verstehen zu können, ist wiederum (auch) Charakteristik der relativen Geschäftsfähigkeit.

Im Übrigen sollen zu diesem „Wesen“ bzw. „Sinn“ nicht die Rechte und Pflichten, die mit einer Eheschließung entstehen, gehören. Diese seien nur Konsequenzen, denen sich jemand, um ehefähig zu sein, nicht bewusst sein müsse.²³⁰⁹ Dann allerdings ist äußerst unklar, was abzüglich der entstehenden Rechte und Pflichten vom „Wesen“ der Ehe und den Veränderungen im Leben, die eine Heirat bewirkt, noch übrig bleibt, zumal zur Feststellung der Ehefähigkeit gleichzeitig stellenweise sogar die Fähigkeit, die „Tragweite einer Eheschließung“ erfasst zu haben, herangezogen wird.²³¹⁰ Was Inhalt dieser Tragweite ist, wird dabei nicht näher erläutert.

Mit solchen Formulierungen sollen die Anforderungen an die Ehefähigkeit aufgrund der Höchstpersönlichkeit des Rechtsgeschäfts vermutlich geringgehalten werden, was grundsätzlich richtig ist.²³¹¹ Sinnvoller ist es aber dennoch, wenn, wie im Schweizer Recht, für die Ehefähigkeit etwas konkreter vorausgesetzt wird, dass eine Person das Wesen der Ehe und die den Ehegatten daraus erwachsenden Rechte und Pflichten erkennen kann.²³¹² Ihr muss entsprechend bewusst sein, welche Erwartungen und Pflichten mit dem Eingehen der „durchschnittlichen Ehe“ verbunden sind, beispielsweise also dass wirtschaftliche Vorsorge zu treffen ist, dass Haushaltsführung und Kindererziehung anfallen, über die es sich abzustimmen gilt, und dass das Zusammenleben ein gewisses Maß gegenseitiger Achtung und Zuneigung verlangt.²³¹³ Dabei soll aber jedenfalls nicht Voraussetzung sein, dass der Betroffene Daten, Zeitablauf etc. erfas-

Voraussetzungen MüKo BGB/Band 9-Wellenhofer 2022, § 1304 BGB Rn. 3; *Taupitz*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 489 (525).

²³⁰⁹ OLG Brandenburg, Urt. v. 7.7.2010 – 13 UF 55/09, BeckRS 2010, 17186; ebenso LG Osnabrück FPR 2002, S. 90. Zustimmend BeckOGK-Kriewald, § 1304 BGB Rn. 14, da sich der Geschäftswille hierauf ebenso nicht beziehen müsse.

²³¹⁰ BayObLG 1996, S. 100 (104). Die Betroffene, deren Eheunfähigkeit als nicht nachweisbar galt, habe außerdem geäußert: „Erstens einmal, daß ich abgesichert bin, daß ich kein Sozialfall werde. Wir wollen auch nie auseinandergehen. Ich möchte ein geregeltes Leben leben. Erstens einmal haben wir uns gern und zweitens einmal gehen wir ja schon länger miteinander.“ (S. 104). Sofern das BayObLG diese Aussage zugrunde legte, ist aber doch nicht zu leugnen, dass gerade der erste Satz durchaus mit dem in einer Ehe entstehenden Rechten und Pflichten zu tun hat.

²³¹¹ *Taupitz*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 489 (525).

²³¹² BGE 109 II 273 E.4.a) S. 277.

²³¹³ BGE 109 II 273 E.4.a) S. 277; siehe auch BGE 77 II 102 S. 106: Die Verlobten müssten in der Lage sein, hinsichtlich des Abschlusses und der Führung der Ehe mit dem gerade in Frage stehenden Partner vernünftig zu handeln, also die Probleme, die sich mit ihrem konkret gewählten Partner stellen würden, zu überblicken. Sei dies nicht der Fall, trete aber keine Nichtigkeit von Amts wegen ein – anders, wenn der Betroffene schon das Wesen der Ehe per se und die sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten im Allgemeinen nicht überblicke –, sondern lediglich ein Anfechtungsrecht des Betroffenen.

sen kann, sondern es genügt, dass er in dem Umfeld, in dem er lebt, für das Alltägliche und Nächstliegende Verständnis aufweist.²³¹⁴

cc) Prozessfähigkeit

Prozessfähigkeit ist Wirksamkeitsvoraussetzung von prozessualen Handlungen, wie Vollmachterteilung, Klageerhebung oder die Stellung von Beweisanträgen.²³¹⁵ Aktuell ist prozessfähig, wer geschäftsfähig ist, bzw. prozessunfähig, wer geschäftsunfähig ist, § 52 ZPO. Dies ist unter Zugrundelegung eines Konzepts absoluter Geschäftsunfähigkeit auch schlüssig, da nach diesem Konzept Geschäftsunfähigkeit einen Zustand beschreibt, in dem eine Person in Bezug auf keine Handlung einen freien Willen bilden kann. Dieser Zustand erfasst notwendigerweise auch Prozesshandlungen. Mit Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit ändert sich dies jedoch: Kann eine Person bezüglich eines bestimmten Rechtsgeschäfts keinen freien Willen bilden, so lässt dies die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung in anderen Bereichen und in Bezug auf andere Rechtshandlungen unberührt. Es kann dann nicht mehr von Geschäftsunfähigkeit auf Prozessunfähigkeit geschlossen werden, sondern die Prozessunfähigkeit muss für sich selbst definiert werden. Wird folglich eine relative Prozessunfähigkeit bislang mit Verweis auf die nicht anerkannte relative Geschäftsunfähigkeit mehrheitlich abgelehnt,²³¹⁶ so nötigt die Einführung der relativen Geschäftsunfähigkeit auch im Bereich der Prozessunfähigkeit zu einem Umdenken. Dasselbe gilt für die in § 9 Abs. 1 Nr. 1 FamFG geregelte Verfahrensfähigkeit, wonach bislang ebenso die nach dem bürgerlichen Recht Geschäftsfähigen verfahrensfähig sind.

Dabei bleiben Prozess- und Geschäftsfähigkeit aber natürlich wesensverwandt: Eine Verknüpfung mit der Geschäftsfähigkeit findet nach wie vor insofern statt, als sich die Prozessfähigkeit grundsätzlich nach denselben Voraussetzungen wie die Geschäftsfähigkeit richtet bzw. als beide Fähigkeiten nach denselben Kriterien geprüft werden müssen: Maßgeblich ist die Willensbildungs- und Willensumsetzungsfähigkeit, wobei die Willensbildungsfähigkeit die Einsicht in die unmittelbare Rechtsfolge sowie in die wirtschaftliche und lebensgestaltende Bedeutung der fraglichen Handlung voraussetzt, ebenso ein Mindestmaß intellektueller Fähigkeiten und rationaler Beurteilungsfähigkeit, sowie Denkvermögen und Urteilskraft, wozu auch gehört, die Außenwelten in ihren Realitäten zu erfassen.²³¹⁷ Worauf sich insbesondere das intellektuelle

²³¹⁴ Vgl. BGE 109 II 273 E.5 S. 279.

²³¹⁵ Taupitz, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 489 (522).

²³¹⁶ Siehe nur MüKo ZPO/Band 1-Lindacher und Hau 2020, §§ 51, 52 ZPO Rn. 9; Musielak/Voit-Weth 2023, § 52 ZPO Rn. 5.

²³¹⁷ Siehe oben zu den Teilfähigkeiten der relativen Geschäftsfähigkeit unter 3. Kapitel E.I.2.

Verstehenkönnen sodann beziehen muss bzw. wie einwandfrei der Willensbildungsprozess ablaufen muss, hängt wiederum von Komplexität und Tragweite des Rechtsgeschäfts bzw. des Prozesses ab. Im Ergebnis wird es häufig so sein, dass eine Person, die in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft geschäftsunfähig ist, in Bezug auf denselben Sachverhalt im Zweifel auch nicht prozessfähig sein wird.

Anhaltspunkte dafür, was relative Prozess- bzw. Verfahrensfähigkeit bedeutet, lassen sich wiederum dem Rechtsvergleich entnehmen. So bestimmt das Schweizer Bundesgericht Prozessfähigkeit etwa danach, ob eine Person „einigermassen Rechenschaft davon geben kann, worum der Streit geht“ und eine mehr oder weniger rudimentäre – abhängig von der Höchstpersönlichkeit des Gegenstands des Verfahrens – Vorstellung davon hat, was mit dem Prozess bzw. mit der eigenen Klage bzw. Klageerwiderung erreicht werden soll.²³¹⁸ Fehlt diese allgemeine Vorstellung, fehlt Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit auch in Bezug auf die einzelne Prozesshandlung. Liegt diese allgemeine Vorstellung vor, so ist aber dennoch nicht ausgeschlossen, dass der Betroffene in Bezug auf vereinzelte Prozesshandlungen prozessunfähig ist, da die relative Betrachtung bedingt, die geistigen Fähigkeit in Bezug auf die jeweilige konkrete Handlung zu begutachten. Insgesamt kommt es aber, und dies muss nochmals betont werden, ebenso wenig wie bei der relativen Geschäftsunfähigkeit, nur auf das Verstehenkönnen von Sachverhalten an, sondern auch nach wie vor auf die Fähigkeit, einen Willen unbeeinflusst von einer Krankheit zu bilden, also insbesondere nicht durch die Krankheit verzerrte Motive auszubilden. Wer folglich nach aktuellem Recht beispielsweise aufgrund von „Querulantenwahn“ (partiell) prozessunfähig ist,²³¹⁹ der ist es auch bei Anerkennung einer relativen Prozessunfähigkeit noch immer.

²³¹⁸ BGE 77 II 7 E.2 S. 11 f.

²³¹⁹ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.b) bei Fn. 20.

4. Kapitel

Reformfragen auf Rechtsfolgenebene

Reformfragen auf Rechtsfolgenebene stellen sich in zweierlei Hinsicht. Nach aktuellem Recht sind Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger bis auf wenige Ausnahmen nichtig (A.). Unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Vorgaben sind aber Handlungsspielräume von Menschen mit psychischen Krankheiten oder Intelligenzminderungen zum einen so weit wie möglich auszudehnen, jedenfalls sofern dies mit dem Schutz dieser Personengruppen vereinbar ist. Andere Modelle als das der strikten Nichtigkeit wie Zustimmungs- oder Anfechtungsmodelle sind unter Umständen besser geeignet, diesen Anforderungen gerecht zu werden (B.). Zum anderen stellt sich die Frage, ob es nicht auch einer Stärkung der Interessen und des Schutzes des Vertragspartners bedarf, der die Geschäftsunfähigkeit und damit die Nichtigkeit des Geschäfts häufig nicht erkennen kann (C.).

A. Einführung

Gemäß § 105 Abs. 1 BGB ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig. § 131 Abs. 1 BGB regelt spiegelbildlich für den Empfang von Willenserklärungen: Eine Willenserklärung, die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben wird, wird nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Der Geschäftsunfähige ist damit nach dem Willen des Gesetzgebers vollständig handlungsunfähig, ohne Rücksicht auf mögliche eigene Interessen an einer Vertragswirksamkeit und ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Vertragspartners (I.). Ausnahmen von dieser Handlungsunfähigkeit gibt es wenige (II.).

I. Nichtigkeit

Die Idee von der vollständigen Handlungsunfähigkeit geht bereits auf die 1. Kommission zurück: Wer des „Vernunftgebrauches beraubt“ sei, sei geschäftsunfähig; die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen sei nichtig.¹ Dies gelte auch für vorteilhafte Geschäfte, wie etwa die auf Annahme einer Schenkung

¹ *Mugdan* 1899a, S. 423.

gerichtete Willenserklärung: Es gebe keinen Anlass, die Regel in Bezug auf solche Sachverhalte zu durchbrechen, da eine Schenkung nicht nur von einem gesetzlichen Vertreter angenommen werden könne, sondern auch von einem Dritten im Wege einer Geschäftsführung ohne Auftrag.² Die Kommission sprach sich zudem gegen ein Anfechtungsmodell aus,³ wonach Geschäfte zunächst wirksam sind, aber nachträglich vom Geschäftsunfähigen vernichtet werden können.

Nichtsdestoweniger wurde im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens zum BGB der Vorschlag geäußert, zumindest wegen Geisteskrankheit Entmündigte nicht als geschäftsunfähig, sondern beschränkt geschäftsfähig zu behandeln: Es gebe keinen vernünftigen Grund, weshalb wegen Geisteskrankheit Entmündigte nicht zumindest solche Handlungen vornehmen können sollten, durch die sie lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangten. Ihnen die Vornahme solcher Geschäfte zu gestatten – und darüber hinaus mit Genehmigung des Vormunds auch alle sonstigen Geschäfte – sei völlig unbedenklich, praktischer und für den Betroffenen vorteilhafter.⁴ Zwar könne es Zustände vollständiger Handlungsunfähigkeit geben, dies bedeute aber nicht, dass wegen Geisteskrankheit Entmündigte deshalb als vollständig handlungsunfähig behandelt werden müssten, indem auch dem vorhandenen Willen jede Wirksamkeit abgesprochen werde.⁵ Allgemein widerspreche die vollständige Nichtigkeit von nur vorteilhaften Geschenken auch dem Anstands- und Rechtsempfinden: Es könne, was gar nicht so selten vorkomme, eine Großmutter ihren Enkelkindern vor ihrem Ableben nicht rechtswirksam ihren Schmuck schenken, bzw. die Schenkungen an die unter siebenjährigen Kinder seien unwirksam, die an die älteren wirksam.⁶

Diesem Ansatz stellte sich die 2. Kommission im Ergebnis jedoch entgegen: So gebe es schlicht Zustände, in denen auch ein vorhandener Wille keine rechtliche Berücksichtigung verdiene, auch dann nicht, wenn ein Vertreter zustimme.⁷ Im Übrigen handle es sich bei den einschlägigen Fällen, wenn beispielsweise einem Geschäftsunfähigen etwas geschenkt werde, um vernachlässigungswerte Einzelfälle, die ohnehin nicht angefochten würden, sodass es hier im

² *Mugdan* 1899a, S. 423.

³ *Mugdan* 1899a, S. 423: Das französische Recht enthalte „eigenartige Vorschriften [...], welche die Geltendmachung der Ungültigkeit in einer mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen schwer vereinbaren, durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit nicht ausreichend gerechtfertigten Weise beschränken.“

⁴ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1897, S. 46 f.

⁵ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1897, S. 47.

⁶ *Mugdan* 1899a, S. 963.

⁷ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1897, S. 48, 56. Siehe auch *Egger*, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstage, S. 711 (719f.).

Ergebnis auch nicht zu Missständen komme.⁸ Es genüge, dem geschäftsunfähigen Beschenkten Besitzschutzrechte zur Seite zu stellen.⁹

Diese Nichtigkeitsfolge im Fall von Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB ist seit 1900, seit Inkrafttreten des BGB, unverändert. Wie gesehen ändert auch die Anordnung einer Betreuung sowie eines Einwilligungsvorbehalts nichts an der Anwendbarkeit von § 105 Abs. 1 BGB. Der betreute Geschäftsunfähige wird hierdurch nicht beschränkt geschäftsfähig.¹⁰

Dennoch wird die strenge Nichtigkeitsfolge schon seit über einem Jahrhundert in zweierlei Hinsicht immer wieder kritisiert: Nicht nur könnten für den Geschäftsunfähigen, wie schon im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses beanstandet, unbillige Ergebnisse zustande kommen, weil auch ihn nur begünstigende bzw. für ihn günstige Verträge ausnahmslos nichtig seien.¹¹ Das BGB praktiziere geradezu einen „radikalen“ Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen.¹² Besonders frappierend seien folgende Beispiele: So könne dem Geschäftsunfähigen nicht einmal ein Lotteriegewinn ausgezahlt werden, weil schon der Erwerb des Loses nichtig sei.¹³ Der Geschäftsunfähige müsse sich auch die Nichtigkeit seines Versicherungsvertrages entgegenhalten lassen, auch wenn alle Prämien bezahlt worden seien und der Versicherungsfall eingetreten sei.¹⁴ Dieses Ergebnis „schlage dem Geschäftsunfähigen geradezu ins Gesicht.“¹⁵ Um dieses Problem zu beheben, wird schon seit geraumer Zeit eine entsprechende Anwendung von §§ 107 ff. BGB,¹⁶ alternativ ein Anfechtungsrecht des Geschäftsunfähigen,¹⁷ vorgeschlagen. Beide Lösungsansätze werden im Folgenden untersucht.¹⁸

Zudem solle die starre Nichtigkeitsfolge zwar einerseits Rechtssicherheit schaffen, da bei vorliegender Geschäftsunfähigkeit anders als beispielsweise

⁸ *Mugdan* 1899a, S. 963.

⁹ *Mugdan* 1899a, S. 963.

¹⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel B.I.2.b)bb)(2)(a).

¹¹ *Rümelin* 1912, S. 47; *Jaeger* 1946, S. 48; siehe auch *Danz* JW 1913, S. 1016 (1016 f.), der eine teleologische Reduktion von § 105 Abs. 1 BGB vorschlägt, wenn die Nichtigkeit dem Schutz des Geschäftsunfähigen zuwiderläuft; ebenso *Canaris* JZ 1987, S. 993 (996 ff.) für eine analoge Anwendung von §§ 107 ff. BGB. Siehe auch zur Frage, ob die Handlungsfähigkeit des Geschäftsunfähigen zu stark eingeschränkt wird, noch ausführlich weiter unten unter 4. Kapitel B.II.2.a).

¹² *Dölle*, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag. 21. Januar 1965, S. 23 (23).

¹³ *Rümelin* 1912, S. 47; *Jaeger* 1946, S. 48.

¹⁴ *Canaris* JZ 1987, S. 993 (996).

¹⁵ *Canaris* JZ 1987, S. 993 (996).

¹⁶ Siehe etwa *Canaris* JZ 1987, S. 993 (996 ff.).

¹⁷ Siehe etwa *Rümelin* 1912, S. 58 ff.

¹⁸ Siehe ausführlich zum Zustimmungsmodell unten unter 4. Kapitel B.II. Siehe ausführlich zum Anfechtungsmodell unten unter 4. Kapitel B.III.

beim Zustimmungsmodell der §§ 107 ff. BGB kein Schwebezustand eintrete.¹⁹ Allerdings werde der Vertragspartner als Laie auch die zur Nichtigkeit führenden Geschäftsunfähigkeit schon häufig nicht erkennen können.²⁰ Aufgrund des fehlenden Gutgläubensschutz vernachlässigten die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB daher selbst massiv den Verkehrsschutz und die Rechtssicherheit.²¹ In der Tat erweist sich die Kombination aus fehlendem Gutgläubensschutz und strikter Nichtigkeit als besonders rechtsunsicher: Denn anders als eben gerade bei einem Zustimmungsmodell haben der Vertragspartner und der Geschäftsunfähige keinerlei Möglichkeit, dem Rechtsgeschäft doch noch zu Wirksamkeit, also zu dem Zustand, den der Vertragspartner legitimerweise erwartet hat, zu verhel-
fen.

Die besondere Schutzwürdigkeit des Rechtsverkehrs, der den §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB nicht gerecht werde, ergebe sich dabei insbesondere daraus – so die Kritik kurz nach Erlass des BGB, was heute umso mehr gilt –, dass rechtsgeschäftliche Beziehungen mehr und mehr auf Distanz stattfänden und ein persönlicher Kontakt hingegen häufig nicht mehr gegeben sei.²² Vor allem im Bankengewerbe schienen die Konsequenzen der Nichtigkeit bei Geschäften mit Geschäftsunfähigen besonders spürbar zu sein.²³ Viel zitiert ist das Beispiel des geschäftsunfähigen Kaufmanns, der nach Italien reiste, dort Wahnvorstellungen entwickelte und sich sodann von seiner Bank telegrafisch mehrere tausend Mark überweisen ließ. Der Kaufmann verschleuderte das Geld sodann in seinem Wahn.²⁴

Teils wurde gar ein Bild eines berechnend agierenden Geschäftsunfähigen gezeichnet: Es gelte zu verhindern, dass Personen ihre Unverantwortlichkeit ausnutzten und „drauflos wirtschafteten“, um dann gegebenenfalls zu verkünden:

¹⁹ Lorenz 1997, S. 48, allerdings zu Recht einschränkend, dass dies natürlich auch richtige Subsumtion voraussetze.

²⁰ Siehe auch oben unter 3. Kapitel D.II.2.a).

²¹ Zu den Begrifflichkeiten: Verkehrsschutz als Gutgläubensschutz in *Fuchs*, in: Rechtswörterbuch, Stichwort „Verkehrsschutz“, „Gutgläubensschutz“. Dieser Vertrauensschutz i. S. d. Gutgläubensschutzes ist ebenso ein Aspekt von Rechtssicherheit: Dürig/Herzog/Scholz-Grzeszick, Art. 20 GG VII. Rechtsstaat Rn. 69. Zur fehlenden Rechtssicherheit bzw. fehlenden Verkehrsschutz durch §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB: *Rümelin* 1912, S. 47; *Gerstberger*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 ff.; *Jaeger* 1946, S. 48; siehe auch *Danz JW* 1913, S. 1016 (1019f.), der zum Schutz des Vertragspartners eine teleologische Reduktion von § 105 Abs. 1 BGB vorschlägt, wenn ein vernünftiger Mensch das Rechtsgeschäft ebenso abgeschlossen hätte.

²² *Breit Bank-Archiv* 1911/1912, S. 140 (141); *Mönch* 1927, S. 13: Der Rechtsverkehr sei durch „Telegraph und Telephon“ ins Riesenhafte gestiegen.

²³ Der Zentralverband des Deutschen Banken- und Bankiersgewerbes forderte im Jahre 1905 sogar selbst eine dem § 122 BGB entsprechende Regelung, um dem durch den Geschäftsunfähigen Geschädigten einen Ersatz des negativen Interesses zu ermöglichen, siehe *Breit Bank-Archiv* 1911/1912, S. 140 (140f.).

²⁴ *Breit Bank-Archiv* 1911/1912, S. 140 (140); *Mönch* 1927, S. 13; *Rümelin* 1912, S. 56.

„Uns kann keiner, wir sind geisteskrank!“²⁵ So krank seien sie aber häufig nicht, dass sie nicht mehr wüssten, was sie täten, und nicht auch in der Lage seien, diesen Zustand auszunutzen.²⁶ Die Möglichkeiten, die sich für böswillige und säumige Schuldner ergeben, möge man sich gar nicht vorstellen!²⁷ Jedenfalls könne ein jeder durch Benennung von Zeugen und durch Geltendmachung seiner eigenen Unzurechnungsfähigkeit den Prozess verschleppen.²⁸ Gefordert wurde ein „straffes Anziehen und die strikte Durchführung des Grundsatzes der Verantwortlichkeit“,²⁹ es gehe nicht an, dass demjenigen, der noch unschuldiger sei als der normal erscheinende Geschäftsunfähige, der Schaden aufgebürdet werde.³⁰ Geschäftsunfähigkeit sei keine private Angelegenheit –, „nein, [die Geschäftsunfähigkeit] ist Krankheit des Verkehrs, eine juristische Ansteckungsgefahr.“³¹ Wenn auch in gemäßigterer Wortwahl, aber dennoch wird auch in neuerer Zeit die Außerachtlassung des Schutzes des guten Glaubens im Rechtsverkehr immer wieder als bedenklich bewertet.³²

Um den gutgläubigen Vertragspartner vor Schaden zu bewahren,³³ forderten zahlreiche Autoren nicht nur die Einführung eines Anfechtungsrechts des Geschäftsunfähigen, um unbillige Ergebnisse zu Lasten des Geschäftsunfähigen zu vermeiden, sondern paarten diese mit einer Schadensersatzpflicht bei Ausübung dieses Rechts, um auch unbillige Ergebnisse für den Vertragspartner auszuschließen.³⁴ Alternativ sollte, im Wege der Einschränkung der Nichtigkeits-

²⁵ *Neubecker* 1910, S. 31, dort auch das Zitat; dieses Zitat aufgreifend *Mönch* 1927, S. 12: Es gebe Personen, die aus der gesetzlichen Regelung bewusst Vorteile zögen, sie seien immer dann geisteskrank, wenn ihnen ein Schaden drohe. Man müsse darüber nachdenken, diese Personen aus dem Verkehr zu ziehen. Vgl. *Rümelin* 1912, S. 54 und siehe dort S. 55: Die Beschreibungen *Neubeckers* mögen eine Übertreibung sein, ein wahrer Kern sei darin aber sicher enthalten. Diese Bedenken ebenso bei *Püschel* JW 1914, S. 564 (565): Es bestehe die Gefahr, dass der Geschäftsunfähige sich nur auf seinen Zustand berufe, wenn ihm dies nütze, also wenn das geschlossene Rechtsgeschäft für ihn wirtschaftlich nachteilhaft sei. Siehe auch *Kuhlenbeck* Bank-Archiv 1905/1906, S. 285 (287): Es sei zu befürchten, dass der Geschäftsunfähige „recht arglistig“ vorgehe („Verrücktschlaueit“).

²⁶ *Neubecker* 1910, S. 31.

²⁷ *Neubecker* 1910, S. 31.

²⁸ *Neubecker* 1910, S. 31.

²⁹ *Neubecker* 1910, S. 31.

³⁰ *Neubecker* 1910, S. 32.

³¹ *Neubecker* 1910, S. 32 [Ergänzung durch Autorin].

³² *Bucher* AcP (186) 1986, S. 1 (39).

³³ Siehe unten noch ausführlich zu Schadensersatzansprüchen unter 4. Kapitel C.II.

³⁴ *Rümelin* 1912, S. 58 ff.; *Brandt* 1936, S. 62 ff.; *Breit* Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (141 f.); *Gerstberger*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (23 ff.), zusätzlich das Anfechtungsrecht aber nur gewährend, wenn ein Geschäftsfähiger das Geschäft nicht abgeschlossen hätte; im Schweizer Recht *Jaeger* 1946, S. 60 f. Den mangelnden Verkehrsschutz auch kritisierend *Mönch* 1927, S. 50 ff., aber statt einer Schadensersatzlösung vorschlagend, das Anfechtungsrecht dem Geschäftsunfähigen nur dann zusprechend, wenn der Gegner die Geschäftsunfähigkeit zumindest fahrlässig verkannt habe, S. 52 f. Wie *Jaeger* wohl auch *Neubecker* 1910, S. 31: Menschen, die im Verkehr stünden, „sollten einfach so im Verkehr genommen werden, wie sie darin stehen und wie sie darin erscheinen.“ Dies spricht dafür, dass der

folge, die Nichtigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB nur dann eintreten, wenn ein Geschäftsfähiger das fragliche Geschäft nicht geschlossen hätte³⁵ bzw. gar nur dann, wenn der Vertragspartner die Geschäftsunfähigkeit habe erkennen können.³⁶

II. Ausnahmen

Vereinzelt sind spezialgesetzliche Ausnahmen zur Nichtigkeitsfolge des § 105 Abs. 1 BGB geregelt. Diese beziehen sich neben dem Abschluss von alltäglichen Geschäften (1.) auf Werkstattverträge (2.), Heimverträge (3.) sowie die Verfahrensfähigkeit im Zusammenhang mit bestimmten Verfahren nach dem FamFG (4.). Wo solche Sonderregelungen fehlen, kann die Nichtigkeitsfolge allenfalls über den Einwand des Rechtsmissbrauchs abgewehrt werden (5.).

1. § 105a BGB

a) Zweck

Gemäß § 105a BGB³⁷ gilt ein von einem volljährigen³⁸ Geschäftsunfähigen abgeschlossener Vertrag, der mit geringwertigen Mitteln, typischerweise Barzahlung,³⁹ bewirkt werden kann, als in dem Moment wirksam, in dem Leistung und Gegenleistung bewirkt sind, Absatz 1. Es darf dabei aber keine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen bestehen, Absatz 2.

§ 105a Abs. 1 BGB zielt darauf ab, Geschäftsunfähigen in Grenzen einen rechtlichen Autonomiebereich zu schaffen, auch zur Förderung ihrer sozialen Emanzipation und ihrer Kommunikation und zur Stärkung ihrer Fähigkeiten im Allgemeinen:⁴⁰ So sollen insbesondere geistig Behinderte in das gesellschaftliche Leben integriert werden, indem ihnen ein Mindestmaß an rechtsgeschäft-

nicht erkennbar Geschäftsunfähige an seinem Rechtsgeschäft festgehalten werden sollte. Diese Interpretation der Aussage *Neubeckers* auch bei *Rümelin* 1912, S. 57 Fn. 2.

³⁵ *Danz* JW 1913, S. 1016 (1019f.); das Kausalitätserfordernis im Ergebnis befürwortend, wenn auch in Kombination mit einer Anfechtungslösung: *Gerstberger*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (30f.).

³⁶ Vgl. *Gerstberger*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (4).

³⁷ Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten, in Kraft seit 1.8.2002, BGBl. 2002 I, 2850.

³⁸ Den Anwendungsbereich auf volljährige Geschäftsunfähige beschränkend: MüKo BGB/Band 1-*Spickhoff* 2025, § 105a BGB Rn. 4. Kritisch und nach systematischer bzw. teleologischer Auslegung eine solche Beschränkung auf volljährige Geschäftsunfähige als nicht zwingend erachtend: *Ludyga* FPR 2007, S. 3 (3f.); jedenfalls für Minderjährige im Alter zwischen 7 und 18 Jahren eine entsprechende Anwendung befürwortend: *Neuner* 2023, S. 392 Rn. 14.

³⁹ BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

⁴⁰ *Ludyga* FPR 2007, S. 3 (3); *Czeguhn* 2003, S. 42.

licher Betätigung ermöglicht wird.⁴¹ Gleichzeitig wird der Gefahr begegnet, dass Massengeschäfte des täglichen Lebens rückabgewickelt werden müssten, wobei diese Gefahr zugegebenermaßen recht gering sein dürfte: Angesichts des geringen Streitwerts solcher Geschäfte besteht an einer solchen Rückabwicklung vermutlich ohnehin kein Interesse; dem entspricht auch, dass bis Erlass der Regelung keine veröffentlichten Gerichtsentscheidungen bekannt waren, die eine solche Rückabwicklung zum Gegenstand gehabt hätten.⁴² Nichtsdestoweniger sind damit auch wirtschaftlich geringerwertige Geschäfte einem ordnungsgemäßen rechtlichen Rahmen zugeführt.⁴³

Diese Sondervorschrift wird dennoch teils als überflüssig bewertet: Wer einfache und „vernünftige“ Geschäfte des täglichen Lebens wahrnehme, der sei entweder schon gar nicht geschäftsunfähig oder handle zumindest in einem „lichten Augenblick“.⁴⁴ Dieser Annahme liegt jedoch die Fehlvorstellung zugrunde, dass sich eine Person automatisch im Zustand der Geschäftsfähigkeit befindet, wenn sie nur so erscheint und das Geschäft nach objektiven Maßstäben vernünftig ist.⁴⁵ Richtig ist vielmehr, dass beide Situationen vorstellbar sind: Eine Person kann im Zeitpunkt der Vornahme des alltäglichen Geschäfts einen „lichten Augenblick“ haben, sodass es § 105a BGB in dieser Situation tatsächlich nicht bedarf.⁴⁶ Sie kann das alltägliche Geschäft aber eben auch im Zustand der Geschäftsunfähigkeit schließen, sodass ein Rückgriff auf § 105a BGB notwendig ist.⁴⁷ So oder so bietet § 105a BGB aber den Vorteil, dass nicht geprüft werden muss, ob ein „lichter Moment“ vorgelegen hat.⁴⁸

b) Voraussetzungen

Ein Geschäft i. S. v. § 105a BGB meint zunächst ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, was sich zum einen aus dem in § 105a BGB ebenfalls verwendeten Begriff des „Vertrags“ und zum anderen aus der Voraussetzung einer Leistungserbringung ergibt.⁴⁹ Eine analoge Anwendung auf einseitige Geschäfte wie Kündigungen und Anfechtungen wird zu Recht abgelehnt, da insofern auch die Alltäglichkeit fehlen dürfte.⁵⁰ Der Vertrag wird i. S. v. § 105a BGB „geschlossen“, wenn, abgesehen von der mangelnden Geschäftsfähigkeit, alle Voraussetzungen für eine

⁴¹ Casper NJW 2002, S. 3425 (3425 und 3429); Staudinger BGB-Klumpff 2021, § 105a BGB Rn. 4; MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 1.

⁴² Casper NJW 2002, S. 3425 (3428 f.).

⁴³ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (700).

⁴⁴ Jauernig-Mansel 2023, § 105a BGB Rn. 3.

⁴⁵ Löbnig und Schärftl AcP (204) 2004, S. 25 (29).

⁴⁶ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (700).

⁴⁷ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (700).

⁴⁸ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (700); Staudinger BGB-Klumpff 2021, § 105a BGB Rn. 8.

⁴⁹ Löbnig und Schärftl AcP (204) 2004, S. 25 (31 f.).

⁵⁰ Löbnig und Schärftl AcP (204) 2004, S. 25 (32).

wirksame Willenserklärung vorliegen.⁵¹ § 105a BGB erfasst im Übrigen auch die Fälle, in denen beide Parteien des Rechtsgeschäfts geschäftsunfähig sind.⁵²

Das Geschäft muss alltäglich sein und mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden können, wobei nicht ganz eindeutig ist, wie und ob sich beide Merkmale unterscheiden, insbesondere dann, wenn auch für die Frage der Alltäglichkeit auf die Höhe des Preises abgestellt wird.⁵³ Was alltäglich ist, lässt sich kaum abstrakt festlegen.⁵⁴ Laut Gesetzesbegründung ist jedenfalls beim Merkmal „täglich“ weder auf existenznotwendige Geschäfte im engsten Sinne abzustellen noch ist verlangt, dass das in Frage stehende Geschäft notwendigerweise jeden Tag vorgenommen wird.⁵⁵ Es kommt vielmehr grundsätzlich darauf an, ob das entsprechende Geschäft von der Verkehrsauffassung zu den alltäglichen Geschäften gezählt wird.⁵⁶ So erfasst die Norm den Erwerb von Gegenständen des täglichen Gebrauchs, wie etwa „einfache, zum alsbaldigen Verbrauch bestimmte Nahrungs- bzw. Genussmittel, die nach Menge und Wert das übliche Maß nicht übersteigen (z. B. Lebensmittel), kosmetische Artikel (z. B. Zahnpasta), einfache medizinische Produkte (z. B. Halsschmerztabletten), Presseerzeugnisse (z. B. Illustrierte), Textilien“ aber auch „einfache Dienstleistungen (z. B. Friseur, Versendung von Briefen, Museumsbesuch, Fahrten mit dem Personennahverkehr)“.⁵⁷ Insgesamt soll an die Kasuistik zu § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB a. F. bzw. § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB n. F. angeknüpft werden,⁵⁸ wobei allerdings auch dort aussagekräftige Rechtsprechung dünn gesät ist.⁵⁹

§ 105a Abs. 1 BGB ist zudem angelehnt an die aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum bekannten „*necessaries*“-Verträge⁶⁰ und nicht auf Austauschgeschäfte beschränkt, sofern die Alltäglichkeit des Geschäfts gegeben ist.⁶¹ Auch Anstandsschenkungen vom oder an den Geschäftsunfähigen sollen von § 105a

⁵¹ Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 20.

⁵² Statt vieler und mit zahlreichen Nachweisen Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 12.

⁵³ BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1825 BGB Rn. 79.

⁵⁴ Lipp 2000, S. 91: „funktionslos und unpraktikabel“ im Zusammenhang mit § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB a. F.

⁵⁵ BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

⁵⁶ BT-Drucks. 14/9266, S. 43; siehe auch Casper NJW 2002, S. 3425 (3426).

⁵⁷ BT-Drucks. 14/9266, S. 43; siehe auch Casper NJW 2002, S. 3425 (3426) mit Verweis auf die zu § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB a. F. entwickelte Kasuistik.

⁵⁸ Löbnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (33).

⁵⁹ Siehe die Nachweise bei BeckOGK-Schmidt-Recla, § 1825 BGB Rn. 76 Fn. 249. Siehe beispielsweise LG Gießen NJW-RR 2003, S. 439: Inanspruchnahme eines Krankentransports für Ausflugsfahrten in Gaststätten (Kosten: 369,35 EUR) keine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens; AG Wuppertal, Urt. v. 8.4.2009 – 35 V 376/08: Fahrt in S-Bahn als „kleineres Geschäft des täglichen Lebens“. Siehe zu § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB oben unter 3. Kapitel B.I.2.b)cc).

⁶⁰ BT-Drucks. 14/9266, S. 43; MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 2.

⁶¹ Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 18.

BGB erfasst sein.⁶² Nicht korrekt ist jedoch, dass jede Schenkung an den Geschäftsunfähigen wirksam ist. Dies wäre nur der Fall, wenn § 105a BGB wie § 107 BGB statt auf die Alltäglichkeit auf die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Geschäfts abstellte.⁶³

Dabei ist in Grenzfällen fraglich, ob noch Alltäglichkeit gegeben ist, etwa bei Rechtsgeschäften mit besonderen Vertriebsmodalitäten, wie bei Haustürgeschäften oder Fernabsatzverträgen. Während dies für Haustürgeschäfte aufgrund des Überrumpelungseffekts, vor dem der Geschäftsunfähige zu schützen sei, meist abgelehnt wird,⁶⁴ soll für Fernabsatzverträge, je nach bestelltem Gegenstand, jedenfalls nach teilweise vertretener Ansicht, die Alltäglichkeit gegeben sein.⁶⁵ Richtigerweise sind aber solche Rechtsgeschäfte, für die der Gesetzgeber selbst geschäftsfähige Verbraucher als so schutzwürdig erachtet hat, dass er umfangreiche Informations- und Widerrufsrechte geregelt hat, nicht unter § 105a BGB zu fassen:⁶⁶ Es liefe dem Schutz des Geschäftsunfähigen zuwider, wenn dieser an Verträge, die der Gesetzgeber selbst als gefährlich eingestuft hat, gebunden wäre, zumal fraglich ist, ob der Geschäftsunfähige überhaupt in der Lage wäre, die Informations- und Widerrufsrechte zu nutzen. Diese Schutzmechanismen laufen schon bei geschäftsfähigen Personen Gefahr, wirkungslos zu sein. Diese Gefahr besteht in besonderer Weise bei geschäftsunfähigen Personen,⁶⁷ wobei auch unklar ist, ob diese besonderen Rechte aufgrund der begrenzten Wirksamkeitsfiktion des § 105a BGB überhaupt zur Entstehung gelangen würden.⁶⁸ Und selbst wenn dies der Fall wäre: § 105a BGB erfasst gerade keine einseitigen Rechtsgeschäfte, sodass der Geschäftsunfähige insbesondere zur Ausübung des Widerrufsrechts ohnehin nicht in der Lage wäre. Im Übrigen ist bei Fernabsatzverträgen ohnehin fraglich, ob der Geschäftsunfähige seine Leistung überhaupt „bewirken“ könnte, weil er die meist üblichen Zahlungsmethoden wie etwa Überweisungen wegen § 105 Abs. 1 BGB gar nicht ausführen kann.⁶⁹

Schließlich stellt sich die Frage, ob sich die Geringwertigkeit der Mittel, mit denen das Geschäft bewirkt werden können muss, nach objektiven Maßstäben oder nach den persönlichen Lebensverhältnissen des Betroffenen bestimmt. Laut Gesetzesbegründung jedenfalls dürfen für das Kriterium der Geringfügigkeit der Mittel nicht die wirtschaftlichen Verhältnisse des Geschäftsunfähigen

⁶² *Löhnig und Schärftl AcP* (204) 2004, S. 25 (32); a. A. *Lipp FamRZ* 2003, S. 721 (727).

⁶³ *Löhnig und Schärftl AcP* (204) 2004, S. 25 (32); Staudinger *BGB-Klump* 2021, § 105a BGB Rn. 18; a. A. *Lipp FamRZ* 2003, S. 721 (727).

⁶⁴ *Löhnig und Schärftl AcP* (204) 2004, S. 25 (33).

⁶⁵ *Löhnig und Schärftl AcP* (204) 2004, S. 25 (33) mit dem Beispiel eines über das Internet bestellten Taschenbuchs; a. A. Staudinger *BGB-Klump* 2021, § 105a BGB Rn. 24.

⁶⁶ *Adena* 2009, S. 37 f.

⁶⁷ So auch *Adena* 2009, S. 37.

⁶⁸ Staudinger *BGB-Klump* 2021, § 105a BGB Rn. 24.

⁶⁹ *Löhnig und Schärftl AcP* (204) 2004, S. 25 (33).

gen herangezogen werden, da dies die Sicherheit des Rechtsverkehrs erschwere und, aufgrund der Rechtsunsicherheit, gerichtliche Verfahren nach sich ziehe. Orientierungspunkt sei das durchschnittliche Preis- und Einkommensniveau.⁷⁰

Allerdings erfordert der Schutzzweck des § 105a BGB eine solche Beschränkung nicht: Dem Schutz des Geschäftsunfähigen ist ausreichend Rechnung getragen, wenn das Geschäft gemessen an seinen Lebensverhältnissen mit geringfügigen Mitteln bewirkt werden kann.⁷¹ Dagegen lassen sich auch keine Rechtssicherheitsbedenken anführen.⁷² Wer Gefahren für die Rechtssicherheit vorträgt, hat die Unsicherheit des Vertragspartners vor Augen, nicht zu wissen, ob das mit dem Geschäftsunfähigen getätigte Rechtsgeschäft nun unter § 105a BGB fällt oder nicht. Dabei gilt aber zum einen, dass niemand mit einem erkennbar geschäftsunfähigen Menschen kontrahieren muss.⁷³ Zum anderen wird bei unerkannter Geschäftsunfähigkeit durch Anwendung von § 105a BGB keine Situation erhöhter Rechtsunsicherheit geschaffen, sondern im Gegenteil durch möglichst weite Auslegung von § 105a BGB vielmehr dazu beigetragen, der Erwartungshaltung des Vertragspartners verstärkt Rechnung zu tragen: In gewissem Maße rechtsunsicher ist zunächst jeder Abschluss eines Rechtsgeschäfts, weil stets die Möglichkeit besteht, dass eine der Parteien unerkannt geschäftsunfähig ist. Wenn bei festgestellter Geschäftsunfähigkeit sodann möglichst ausnahmslos Nichtigkeit eintritt, dann ist die Rechtslage zwar insofern „sicher“, als die Konsequenzen der Geschäftsunfähigkeit rechtlich gesehen vorhersehbar sind. Dies ändert aber nichts daran, dass der Vertragspartner bei Vertragsschluss trotzdem nicht damit rechnet, der geschlossene Vertrag werde nichtig sein. Daher kommt § 105a BGB, durch den Rechtsgeschäfte zumindest in seinem Anwendungsbereich kondiktionsfest sind, den Erwartungen des Vertragspartners entgegen. Dies spricht dafür, den Anwendungsbereich weit zu fassen, so weit eben, wie es mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen vereinbar ist. Im Übrigen wird man, sollen die individuellen Verhältnisse für die Frage der Geringfügigkeit berücksichtigt werden, die persönlichen Verhältnisse auch schon zur Bestimmung der Alltäglichkeit heranziehen müssen, da es, wenn sich die Alltäglichkeit ohnehin nur rein objektiv bestimmte, auf den Maßstab der individuellen Verhältnisse bei der Geringwertigkeit der Mittel meist gar nicht mehr ankäme. Dies zeigt wiederum, wie eng verzahnt beide Merkmale sind.

Im Übrigen ist es schließlich auch nicht so, als seien die Tatbestandsvoraussetzungen des § 105a BGB bei Anlegung eines objektiven Maßstabs klar zu de-

⁷⁰ BT-Drucks. 14/9266, S. 43; Czeguhn 2003, S. 43.

⁷¹ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 10; auf die individuellen Verhältnisse abstellend auch *Franzen* JR 2004, S. 221 (225); dem entspricht auch die gängige Auslegung zu § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB, siehe oben unter 3. Kapitel B.I.2.b)cc).

⁷² So aber *Casper* NJW 2002, S. 3425 (3426).

⁷³ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 10.

finieren: Auch dann lässt sich eine allgemeine Grenze kaum ziehen.⁷⁴ Dem Verkehrsschutz ist im Ergebnis ausreichend genüge getan, wenn solche Geschäfte, die – trotz aller Bestimmungsschwierigkeiten – objektiv alltäglich und objektiv mit geringwertigen Mitteln vorgenommen werden können, auf jeden Fall von § 105a BGB erfasst bleiben, in Einzelfällen aber der Anwendungsbereich aufgrund der Verhältnisse des Betroffenen noch etwas weiter reicht.⁷⁵ Eine entsprechende Verständnis liegt im Übrigen auch der mit § 105a BGB vergleichbaren Vorschrift des § 242 Abs. 3 ABGB im österreichischen Recht zugrunde, wo es heißt: „Schließt eine volljährige Person, die nicht entscheidungsfähig ist, ein Rechtsgeschäft des täglichen Lebens, das *ihre Lebensverhältnisse* nicht übersteigt, so wird dieses [...] mit der Erfüllung der sie treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam.“⁷⁶

Maßgeblich für die Frage, ob das Geschäft mit geringwertigen Mitteln vorgenommen werden kann, soll laut Gesetzesbegründung sodann beim Erwerb mehrerer Artikel der Gesamtkaufpreis sein. Dies diene dem Schutz des Geschäftsunfähigen vor Verschwendung und gewährleiste, dass auch im Hinblick auf die Zahl einzelner Vertragspositionen die Angelegenheit für den Geschäftsunfähigen überschaubar bleibe.⁷⁷ Dem wird entgegengehalten, der Kauf solle auch noch unter § 105a BGB fallen, wenn es sich um eine vernünftige Vorratsanlegung handle, sodass der Gesamtkaufpreis dann irrelevant sei.⁷⁸ Damit würde aber das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Geringfügigkeit zu weitgehend übergangen. Ist der Gesamtkaufpreis daher nicht einmal gemessen an den individuellen Verhältnissen noch geringfügig, findet § 105a BGB keine Anwendung. § 105a BGB ist hingegen dann anwendbar, wenn der Geschäftsunfähige in einer Vielzahl von Geschäften hintereinander mit verschiedenen Vertragspartnern einzelne Gegenstände erwirbt und jedes Geschäft für sich unter § 105a BGB fällt; dann steht der Schutz des Geschäftsunfähigen hinten an.⁷⁹ Im Übr-

⁷⁴ Vgl. Jauernig-Mansel 2023, § 105a BGB Rn. 5. Mansel vergleicht die Schwierigkeit, zwischen Geschäften, die § 105a BGB unterfallen, und solchen, die von dieser Vorschrift nicht erfasst sind, zu unterscheiden gar mit der Schwierigkeit, schwierige von einfachen Geschäften abzugrenzen, wie es bei Annahme einer relativen Geschäftsfähigkeit notwendig wäre (und was die h.M. gerade mit Blick auf diese Abgrenzungsschwierigkeiten verneint): Jauernig-Mansel 2023, § 105a BGB Rn. 2.

⁷⁵ So im Ergebnis auch Adena 2009, S. 40 ff., allerdings an die Alltäglichkeit des Geschäfts wiederum einen rein objektiven Maßstab anlegend, was jedoch nicht recht überzeugt: Wer über größere finanzielle Möglichkeiten verfügt, für den können andere Geschäfte alltäglich sein als für Menschen mit geringer finanzieller Ausstattung.

⁷⁶ Hervorhebung durch Autorin.

⁷⁷ BT-Drucks. 14/9266, S. 43; MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a Rn. 9; BeckOK BGB-Wendtland, § 105a BGB Rn. 4 ff.; Adena 2009, S. 43 ff.

⁷⁸ Löbnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (34); Casper NJW 2002, S. 3425 (3426); Czeguhn 2003, S. 43; Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 31.

⁷⁹ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 9.; Löbnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (34). Siehe aber sogleich zum Schutz durch § 105 S. 2 BGB unter 4. Kapitel A.II.1.c) dd).

gen setzt § 105a BGB aber nicht voraus, dass auch die Gegenleistung geringwertig sein müsste. Der Schutz des Geschäftsunfähigen erfordert eine solche Beschränkung nicht.⁸⁰

Schließlich müssen Leistung und Gegenleistung „bewirkt“ worden sein. Dies bedeutet nicht, dass wirksam erfüllt worden sein müsste: Angesichts der Geschäftsunfähigkeit mindestens eines Vertragspartners ist dies gar nicht möglich, da auch die im Rahmen eines dinglichen Verfügungsgeschäfts i. S. v. § 929 BGB abgegebene oder empfangene Willenserklärung dem § 105 Abs. 1 BGB bzw. § 131 Abs. 1 S. 1 BGB zum Opfer fällt. Eine wirksame Erfüllung zu fordern, führte daher dazu, dass § 105a BGB vollständig leer liefe.⁸¹ Es genügt daher, dass Leistung und Gegenleistung so erfolgen, wie es einer wirksamen Erfüllung entspräche: Es sind all diejenigen Leistungshandlungen erfasst, die bei hypothetischer Wirksamkeit des Vertrages vorzunehmen wären, um die Vertragserfüllung herbeizuführen, und die nur deshalb nicht zum Leistungserfolg führen, weil § 105 Abs. 1 BGB auch einer wirksamen Erfüllungshandlung entgegensteht.⁸² Werden alle notwendigen Leistungshandlungen vorgenommen, wird das Bewirken der Leistung fingiert.⁸³ Dies entspricht auch der Gesetzesbegründung, wonach das Erfüllungsgeschäft „für die Zwecke des S. 1“ wirksam vorgenommen werden können soll und nicht an der Geschäftsunfähigkeit scheitern soll.⁸⁴ Dass es sich um eine Fiktion handelt, bedeutet dabei, dass das Erfüllungsgeschäft nicht tatsächlich wirksam ist: Es kommt zu keiner Verschiebung der Eigentumsverhältnisse.⁸⁵

Bei Übergabe einer mangelhaften Sache im Rahmen eines „Kaufvertrags“ liegt im Übrigen kein Bewirken vor, da nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB die Verschaffung einer mangelfreien Sache geschuldet ist.⁸⁶ Erfüllungssurrogate sind dabei möglich, sofern diese als alltäglich anzusehen sind.⁸⁷

⁸⁰ Adena 2009, S. 46 f.: Der Geschäftsunfähige könne daher ein Los kaufen und den Lotteriegewinn behalten.

⁸¹ Casper NJW 2002, S. 3425 (3426).

⁸² Löbnig und Schärftl AcP (204) 2004, S. 25 (39); Casper NJW 2002, S. 3425 (3426).

⁸³ Franzen JR 2004, S. 221 (224), allerdings – versehentlich – Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft verwechselnd („Damit soll die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts insoweit fingiert werden, wie es erforderlich ist, um die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts herbeizuführen.“ Es ist jedoch genau andersherum.).

⁸⁴ BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

⁸⁵ Franzen JR 2004, S. 221 (224); a. A. Casper NJW 2002, S. 3425 (3427 f.). Siehe auch noch sogleich unter 4. Kapitel A.II.1.b).

⁸⁶ Jauernig-Mansel 2023, § 105a BGB Rn. 6; Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 34; Löbnig und Schärftl AcP (204) 2004, S. 25 (40); Wedemann Jura 2010, S. 587 (590).

⁸⁷ Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 35.

c) Wirkung

aa) Ausschluss von Herausgabeansprüchen

§ 105a BGB legt fest, dass der vom Geschäftsunfähigen geschlossene Vertrag in Ansehung von Leistung und, soweit vereinbart, Gegenleistung als wirksam gilt, sobald Leistung und Gegenleistung bewirkt sind. Indem der Gesetzeswortlaut nicht auf die abgegebene Willenserklärung abstellt, sondern auf den geschlossenen Vertrag, der als wirksam „gilt“, zielte der Gesetzgeber darauf ab, die Rechtsstellung von behinderten Personen zu stärken, ohne mit dem Grundsatz der absoluten Nichtigkeit von Willenserklärungen, die von Geschäftsunfähigen abgegeben werden, brechen zu müssen.⁸⁸ Dieses Festhalten an der Nichtigkeitsfolge bei gleichzeitiger Wirksamkeitsfiktion bringt jedoch eine Reihe rechtssystematischer Schwierigkeiten mit sich,⁸⁹ da sich die Frage stellt, wie weit diese Wirksamkeitsfiktion denn nun reichen soll.

Nach herrschender Meinung hat § 105a BGB keineswegs zur Folge, dass der Verpflichtungsvertrag vollständig bzw. tatsächlich wirksam ist. Es sollen nur bereicherungsrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von Leistung und Gegenleistung ausgeschlossen werden, sodass § 105a BGB einen Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB ausschließenden Rechtsgrund erzeugt.⁹⁰ Diese Betrachtungsweise wird durch den Wortlaut des § 105a BGB gestützt, der gerade nicht von einer vollständigen Wirksamkeit des Vertrags spricht, sondern nur davon, dass der Vertrag „in Ansehung von Leistung und, soweit vereinbart, Gegenleistung“ als wirksam gilt, woraus zu schließen ist, dass die Parteien keine Ansprüche gegeneinander haben sollen.⁹¹

Auch dingliche Herausgabeansprüche sollen bzw. müssen ausgeschlossen sein, allerdings führt § 105a BGB nach herrschender Meinung nicht zu einer Wirksamkeitsfiktion des Erfüllungsgeschäfts. Dagegen spricht wiederum der Wortlaut, der sich nur auf den Vertrag (Einzahl) in Ansehung von Leistung und Gegenleistung, und damit ganz offensichtlich auf das Kausalgeschäft, bezieht.⁹² Der Gesetzgeber wollte dem Erfüllungsgeschäft über die für § 105a Abs. 1 BGB notwendige Fiktion des „Bewirkens“ hinaus nicht aus dem Zustand der Nichtigkeit heraushelfen.⁹³ Dem dinglichen Herausgabeanspruch steht vielmehr

⁸⁸ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (677). Siehe auch BT-Drucks. 14/9266, S. 43: „Bei der Regelung des § 105a bleibt die in § 104 Nr. 2 statuierte Definition der Geschäftsunfähigkeit ebenso unberührt wie die in § 105 Abs. 1 niedergelegte Rechtsfolgenbestimmung der Nichtigkeit der Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen.“

⁸⁹ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (678).

⁹⁰ BMJ – Diskussionsentwurf Antidiskriminierungsgesetz, S. 34; Löhnig und Schärftl AcP (204) 2004, S. 25 (41); Lipp FamRZ 2003, S. 721 (728).

⁹¹ Vgl. MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 21.

⁹² Löhnig und Schärftl AcP (204) 2004, S. 25 (37 f.); Franzen JR 2004, S. 221 (224); a. A. Lipp FamRZ 2003, S. 721 (726).

⁹³ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 14; a. A. Adena 2009, S. 65.

(nur) die ein Recht zum Besitz vermittelnde causa entgegen.⁹⁴ Es fallen also Besitz und Eigentum dauerhaft auseinander, was aber dem BGB zugegebenermaßen – siehe § 241a BGB – auch nicht völlig fremd ist.⁹⁵

bb) Keine partielle Wirksamkeit des Vertrags

Es wird darüber hinausgehend vorgeschlagen, dem schuldrechtlichen Vertrag zumindest eine partielle Wirksamkeit zuzusprechen: Jedenfalls dem Geschäftsunfähigen sollen alle vertraglichen Ansprüche zustehen, die ihm auch dann zustünden, wenn er unbeschränkt geschäftsfähig wäre.⁹⁶ Denn es sei wertungswidersprüchlich, wenn der Geschäftsunfähige beispielsweise eine mangelhafte Leistung behalten müsse und keine Rücktrittsrechte ausüben könne, während dies bei einem wirksamen Vertrag möglich sei.⁹⁷ Mit dem Sinn und Zweck des § 105a BGB sei diese Lösung vereinbar, denn schließlich ordne das BGB die Nichtigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB nur zum Schutz des Geschäftsunfähigen an. Seinem Schutz entspreche es aber eben auch, ihm sämtliche vertraglichen Folgeansprüche zuzugestehen.⁹⁸ Auch die Privatautonomie des Vertragspartners, der schließlich gerade einen solchen Vertrag, der die Erfüllung vertraglicher Pflichten (in mangelfreier Form) beinhalte, habe schließen wollen, spreche nicht dagegen.⁹⁹ Häufig wird auch eine Parallele mit den Grundsätzen des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses gezogen.¹⁰⁰ Dem Vertragspartner hingegen sollten hingegen keinerlei Ansprüche zustehen.¹⁰¹ Verschuldensabhängige Ansprüche scheiterten aber häufig ohnehin an der mangelnden Verschuldensfähigkeit bzw. Deliktsfähigkeit (§§ 276 Abs. 1 S. 2, 827 S. 1 BGB).¹⁰²

Aber im Ergebnis ist auch eine halbseitige Wirksamkeit zugunsten des Geschäftsunfähigen abzulehnen. Dies ergibt sich zum einen tendenziell aus der Gesetzesbegründung: Es heißt dort, die Fiktion des § 105a BGB habe „lediglich“ die Wirkung, die Rückabwicklung von bereits bewirkter Leistung und Gegenleistung auszuschließen.¹⁰³ Zwar ist dort auch zu lesen, der „Vertrag“ – die Gesetzesbegründung bedient sich der Anführungszeichen – sei nicht von Anfang an wirksam, „sodass keine gegenseitigen Vertragspflichten, die dem

⁹⁴ Franzen JR 2004, S. 221 (224); Löhnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (42).

⁹⁵ Löhnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (43).

⁹⁶ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 21 f.; Casper NJW 2002, S. 3425 (3427); Ludyga FPR 2007, S. 3 (4 ff.).

⁹⁷ Casper NJW 2002, S. 3425 (3427).

⁹⁸ Casper NJW 2002, S. 3425 (3427).

⁹⁹ Ludyga FPR 2007, S. 3 (4).

¹⁰⁰ Casper NJW 2002, S. 3425 (3427).

¹⁰¹ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 21 f.; Casper NJW 2002, S. 3425 (3427).

¹⁰² Löhnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (45 f.).

¹⁰³ BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

Schutz des Geschäftsunfähigen zuwiderlaufen könnten, begründet werden“.¹⁰⁴ Teils wird aus diesem letzten Satz geschlossen, dass also zumindest solche Pflichten begründet werden können, die seinem Schutz nicht zuwiderlaufen und ihn daher begünstigen.¹⁰⁵ Allerdings spricht ausdrücklich die Betonung, dass „lediglich“ Rückabwicklungsansprüche ausgeschlossen sein sollen, dagegen.¹⁰⁶

Zum anderen spricht auch der Wortlaut der Vorschrift selbst gegen die Begründung solcher Pflichten, da der Wortlaut die Wirksamkeit „in Ansehung von Leistung und Gegenleistung“ betont, was für ein restriktives Verständnis der Wirksamkeitsfiktion – ausschließlich bezogen auf den Ausschluss von Rückforderungsansprüchen – spricht.¹⁰⁷ Die Konstruktion des nur partiell wirksamen Vertrags versagt zudem spätestens dann, wenn zwei Geschäftsunfähige miteinander kontrahieren.¹⁰⁸ Außerdem vernachlässigte eine solche Lösung die Privatautonomie des Vertragspartners erheblich: Denn sicherlich wollte dieser einen Vertrag schließen, aber doch wohl keinen, der nur ihn selbst verpflichtet, den Geschäftsunfähigen hingegen nur berechtigt. Hinzutritt, dass das Prinzip des halbseitig wirksamen Vertrags der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre grundsätzlich fremd ist und sich daher als Fremdkörper darstellte.¹⁰⁹ Der „Integrationszweck“ des § 105a BGB erfordert es auch nicht, die Stellung des Geschäftsunfähigen so weitgehend derjenigen eines Geschäftsfähigen anzunähern: Es genügt, dass die vom Geschäftsunfähigen getätigten alltäglichen Geschäfte und damit die durch den Leistungsaustausch herbeigeführte tatsächliche Lage rechtliche Bestätigung und Stabilität erfährt.¹¹⁰

Außerdem besteht schon kein Bedürfnis für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen (Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der Leistung), wenn man das Verschaffen einer mangelhaften Sache bereits nicht als „Bewirken“ der Leistung auffasst.¹¹¹ Es kommt die Fiktionswirkung des § 105a BGB dann schon nicht zum Tragen, sodass sich die Frage nach Folgeansprüchen nicht stellt.¹¹² Der Geschäftsunfähige hat dann die Möglichkeit, sein Geld gegen die Herausgabe der mangelhaften Sache zurückzuverlangen, §§ 812 ff., 985 BGB,¹¹³ wobei insbesondere die bereicherungsrechtlichen Besonderheiten zum

¹⁰⁴ BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

¹⁰⁵ Ludyga FPR 2007, S. 3 (5).

¹⁰⁶ BeckOGK-Schneider, § 105a BGB Rn. 47.

¹⁰⁷ Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 41.

¹⁰⁸ Löbnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 24 (47).

¹⁰⁹ Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 41.

¹¹⁰ Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 41.

¹¹¹ So auch Löbnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 24 (46); Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 41; BeckOGK-Schneider, § 105a BGB Rn. 47; a. A. und daher Leistungsstörungenrechte begründend Adena 2009, S. 68 ff.

¹¹² Löbnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 24 (46 f.); Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 41.

¹¹³ Löbnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 24 (47).

Schutz nicht voll Geschäftsfähiger zu beachten sind (keine Pflicht zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB, keine Anwendung der Saldotheorie, Maßgeblichkeit der Kenntnis des Vertreters im Rahmen des §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB).¹¹⁴

cc) Beseitigung der Wirksamkeitsfiktion

Sofern im Einzelfall Rücktritts- oder Anfechtungsrechte in Betracht kommen, muss die Wirksamkeitsfiktion durch Ausübung dieser Gestaltungsrechte auch wieder aufgehoben werden können. Der Geschäftsunfähige kann nicht zwangsweise an den Vertrag gebunden bleiben müssen, während sich geschäftsfähige Personen bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Gestaltungsrechte von Verträgen wieder lösen können.¹¹⁵ Die entsprechenden Erklärungen kann er jedoch nicht selbst abgeben, sondern nur sein gesetzlicher Vertreter.¹¹⁶ Die Rechtsfolgen einer Beseitigung der Wirksamkeitsfiktion sind dabei zum Schutz des Geschäftsunfähigen zu modifizieren: Während dies für das Bereicherungsrecht ohnehin anerkannt ist, sollte der Geschäftsunfähige auch bei Ausübung des Rücktrittsrechts nicht mit der Rechtsfolge des Wertersatzes belastet werden, was sich durch analoge Anwendung des § 346 Abs. 3 BGB erreichen lässt.¹¹⁷

dd) Ausnahme des § 105 S. 2 BGB

Die Fiktionswirkung greift nur dann nicht ein, wenn eine „erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen“ besteht. Dabei hat der Gesetzgeber bewusst eine Parallele zu § 1903 Abs. 1 BGB a.F. bzw. § 1825 Abs. 1 BGB n.F. gezogen,¹¹⁸ sodass grundsätzlich eine Orientierung an den dort entwickelten Kriterien möglich sein soll.¹¹⁹ Unter gewissen Umständen sei der Geschäftsunfähige, so die Gesetzesbegründung, vor sich selbst zu schützen, wobei die Voraussetzungen des § 105a S. 2 BGB aber hoch anzusetzen seien.¹²⁰

Bei der Frage, ob eine erhebliche Gefahr der Schädigung vorliegt, kommt es auf das Vermögen des konkreten Geschäftsunfähigen und auf seine konkrete Person an, wobei der gute Glaube an eine fehlende Schädlichkeit nicht geschützt

¹¹⁴ Staudinger BGB-Klumpff 2021, § 105a BGB Rn. 43, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 76 ff.

¹¹⁵ Lönnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (49 f.).

¹¹⁶ Lönnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (49).

¹¹⁷ Lönnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (51).

¹¹⁸ BT-Drucks. 14/9266, S. 43; BeckOGK-Schneider, § 105a BGB Rn. 41.

¹¹⁹ Casper NJW 2002, S. 3425 (3427).

¹²⁰ BT-Drucks. 14/9266, S. 43; kritisch, weil bei der hochangesetzten Schwelle die Fiktionswirkung auch bei unvorteilhaften Vertragsbedingungen eintrete, solange diese nicht existenzgefährdend seien, was im Spannungsverhältnis zum von § 105 Abs. 1 BGB gewollten Schutz stehe, und daher eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB fordernd: Roth AcP (208) 2008, S. 451 (466 f., 479 ff.).

ist.¹²¹ Meist dürften im Rahmen von § 105a BGB erhebliche Gefahren für das Vermögen zwar ausgeschlossen sein, weil § 105a BGB ohnehin nur auf alltägliche Geschäfte, die mit geringfügigen Mitteln bewirkt werden können, anwendbar ist.¹²²

Bei der Untersuchung von § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB zeigte sich aber, dass eine Gefährdung des Vermögens insbesondere dann in Betracht kommt, wenn der Betreute viele Einzelgeschäfte tätigt, die für sich genommen geringfügig und alltäglich sind, aber in der Gesamtschau diesen Anforderungen nicht mehr genügen. Dann kann das Gericht einen Einwilligungsvorbehalt auch für solche Einzelgeschäfte anordnen.¹²³ Eine solche Interpretation ist aufgrund der Systematik des § 105a BGB zwar problematisch: Denn, wenn es in einer solchen Situation im Rahmen von Satz 1 nur auf die Betrachtung des Einzelgeschäfts ankommt, dann kann dies im Rahmen von Satz 2, der als Ausnahme von Satz 1 ausgestaltet ist, grundsätzlich nicht anders sein. Auch bei Satz 2 kann demnach keine Gesamtschau von Geschäften stattfinden.¹²⁴ Gleichzeitig versagt aber der Schutz des Geschäftsunfähigen, wenn es nicht gelingt, § 105a S. 2 BGB zur Anwendung zu bringen. Dies spricht für ein weites Verständnis dieser Ausnahmegvorschrift. Jedenfalls aber dann, wenn eine erworbene Sache erhebliche Folgekosten auslöst, kommt § 105a S. 2 BGB zur Anwendung.¹²⁵

Ein alltägliches, mit geringwertigen Mitteln vorzunehmendes Geschäft kann vor allem Gefahren für die Person des Geschäftsunfähigen darstellen. Eine Gefahr für die Person soll beispielsweise bestehen, wenn der Betroffene Alkohol oder Medikamente kauft, vor allem, wenn er suchtkrank ist,¹²⁶ oder billige und gefährliche Feuerwerkskörper erwirbt.¹²⁷

2. § 221 Abs. 5, 6 SGB IX

Mit § 105a BGB wurde auch eine entsprechende Vorschrift für den Bereich der Werkstattverträge eingeführt, § 138 Abs. 5 SGB IX a. F.,¹²⁸ die durch das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinde-

¹²¹ Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 37f.

¹²² BeckOGK-Schneider, § 105a BGB Rn. 42.

¹²³ Siehe oben unter 3. Kapitel B.I.2.b)cc).

¹²⁴ Siehe zur Einzelbetrachtung unter Absatz 1 bereits oben unter 4. Kapitel A.II.1.b). So im Ergebnis auch Löhnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (36); a. A. Staudinger BGB-Klump 2021, § 105a BGB Rn. 38; MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 20; BeckOGK-Schneider, § 105a S. 2 BGB Rn. 42.

¹²⁵ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 105a BGB Rn. 20; kritisch, ob solche Geschäfte überhaupt denkbar sind: Löhnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (35f.).

¹²⁶ BeckOGK-Schneider, § 105a BGB Rn. 42; zweifelnd, ob man den Erwerb von gesundheitsschädlichen Substanzen überhaupt als alltägliches Geschäft ansehen kann: Löhnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (35).

¹²⁷ BeckOGK-Schneider, § 105a BGB Rn. 42; Casper NJW 2002, S. 3425 (3427).

¹²⁸ Siehe zum entsprechenden Änderungsgesetz oben bei Fn. 37.

rung vom 23.12.2016¹²⁹ unverändert in § 221 Abs. 5 SGB IX überführt wurde. In der Gesetzesbegründung zu § 138 Abs. 5 SGB IX a.F. wird ausdrücklich auf § 105a BGB und die zu dieser Vorschrift erfolgten Ausführungen der Begründung Bezug genommen.¹³⁰

Welche Einrichtungen unter den Begriff der Werkstatt fallen und welchen Anwendungsbereich diese Wirksamkeitsfiktion für Werkstattverträge damit hat, richtet sich nach § 219 Abs. 1 S. 1 SGB IX, wonach unter einer Werkstatt eine „Einrichtung zur Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben [...] und zur Eingliederung in das Arbeitsleben“ zu verstehen ist. Sie dient dazu, behinderten Menschen eine angemessene berufliche Bildung und Beschäftigung anzubieten und ihnen zu ermöglichen, ihre Leistungs- und Erwerbsfähigkeit zu erhalten, zu entwickeln, zu erhöhen oder wiederzugewinnen und dabei ihre Persönlichkeit weiterzuentwickeln, § 219 Abs. 1 S. 2 SGB IX.

Konkret regelt § 221 Abs. 5 SGB IX, dass der von einem volljährigen behinderten Menschen, der in den Arbeitsbereich einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen im Sinne des § 219 SGB IX aufgenommen wurde, geschlossene Werkstattvertrag „in Ansehung einer bereits bewirkten Leistung und deren Gegenleistung“ als wirksam gilt, „soweit diese [Leistung und Gegenleistung] in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen“. Auch hier wird also lediglich ein wirksamer Vertrag fingiert; eine echte Ausnahme von der Nichtigkeitsfolge des § 105 Abs. 1 BGB erfolgt nicht.¹³¹

§ 221 SGB IX soll also wie § 105a BGB Menschen mit Behinderung vor Rückforderungsansprüchen sowie vor einer sofortigen Vertragsbeendigung schützen.¹³² Entsprechend regelt auch Absatz 6, dass der Träger des Werkstattvertrags, wenn er sich vom „Vertrag“ lösen will, dieselben Voraussetzungen einhalten muss, als wäre der Vertrag wirksam zustande gekommen. Der Werkstattträger ist bei Abschluss eines Vertrags mit einem Geschäftsunfähigen also nicht bessergestellt als bei Abschluss mit einem Geschäftsfähigen.¹³³ So ist eine Kündigung entsprechend nur zulässig, wenn die Werkstattfähigkeit nach § 219 Abs. 2 SGB IX i. V. m. der Werkstättenverordnung zu verneinen ist, wenn der Reha-Träger die Förderung einstellt und die Kosten für den Beschäftigten nicht mehr getragen werden.¹³⁴

¹²⁹ BGBl. 2016 I 3234.

¹³⁰ BT-Drucks. 14/9266, S. 53.

¹³¹ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (677).

¹³² BT-Drucks. 14/9266, S. 53; BeckOK Sozialrecht-Jabben, § 221 SGB IX Rn. 12.

¹³³ BT-Drucks 14/9266, S. 53; BeckOK Sozialrecht-Jabben, § 221 SGB IX Rn. 13.

¹³⁴ Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht-Tolmein 2024, § 28 Rn. 152.

3. § 4 Abs. 2 WBG

Auch im Bereich des Heimrechts wurden dem § 105a BGB entsprechende Vorschriften eingeführt, zunächst geregelt in §§ 5 Abs. 12, 8 Abs. 10 HeimG a.F.¹³⁵ In § 5 Abs. 12 HeimG a.F. hieß es zunächst, dass der von einem zum Zeitpunkt der Aufnahme in ein Heim geschäftsunfähigen Bewohner geschlossene Heimvertrag „in Ansehung einer bereits bewirkten Leistung und deren Gegenleistung, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, als wirksam“ gilt. Die Gesetzesbegründung bezog sich wiederum ausdrücklich auf § 105a BGB und die zu dieser Vorschrift getätigten Ausführungen.¹³⁶ Entsprechend diente auch § 5 Abs. 12 HeimG a.F. dem Ausschluss von Rückgewähransprüchen, führte aber nicht zu einer vollständigen Vertragswirksamkeit, durch die der Geschäftsunfähige gar selbst Leistungspflichten ausgesetzt gewesen wäre.¹³⁷ Diese Vorschrift sollte lediglich dem gegenseitig entgegengebrachten Vertrauen gerecht werden, einen Beitrag zum Rechtsfrieden leisten sowie „dem rechtsökonomischen Gedanken ‚Geschaffenes und Bestehendes zu schützen‘“ entsprechen.¹³⁸ Im Ergebnis trug die Vorschrift dem Umstand Rechnung, dass Heimbewohner im Zeitpunkt ihrer Aufnahme häufig geschäftsunfähig sind.¹³⁹

Zudem sollten Bewohner nicht von einem Tag auf den anderen das Heim verlassen müssen, sodass § 8 Abs. 10 S. 1 HeimG a.F. es dem Unternehmer nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erlaubte, sich vom Vertrag lösen.¹⁴⁰ Insofern sollte der Heimbetreiber auch nicht bessergestellt sein als bei einem geschäftsfähigen Vertragspartner.¹⁴¹

Insgesamt entsprachen die §§ 5 Abs. 12 und 8 Abs. 10 S. 1 HeimG a.F. inhaltlich somit § 138 Abs. 5 und 6 SGB IX a.F. bzw. § 221 Abs. 5 und 6 SGB IX n.F. Zum 1.10.2009 wurden die §§ 5 Abs. 12 und 8 Abs. 10 S. 1 HeimG a.F. schließlich durch das jetzt geltende Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz¹⁴² abgelöst, das die Vorschriften des HeimG ersetzte und nochmals einige Änderungen mit sich brachte:

So sieht das WBG nun sogar eine echte Ausnahme von der allgemeinen Nichtigkeitfolge des § 105 Abs. 1 BGB vor, da nach § 4 Abs. 2 S. 1 WBG die Wirksamkeit des von einem Geschäftsunfähigen geschlossenen Heimvertrags von der Genehmigung des Bevollmächtigten oder Betreuers abhängt, wobei § 108 Abs. 2 BGB entsprechend gilt, § 4 Abs. 2 S. 2 WBG. In der Tat ist diese

¹³⁵ Eingefügt mit dem OLG Vertretungsgesetz, siehe oben Fn. 37.

¹³⁶ BT-Drucks. 14/9266, S. 53.

¹³⁷ BT-Drucks. 14/9266, S. 53.

¹³⁸ BT-Drucks. 14/9266, S. 53; LG Mühlhausen, Urt. v. 1.11.2007 – 1 S 99/07, BeckRS 2008, 12612.

¹³⁹ Drasdo NZM 2008, S. 665 (670).

¹⁴⁰ BT-Drucks. 14/9266, S. 53.

¹⁴¹ BT-Drucks. 14/9266, S. 53.

¹⁴² BGBl. 2009 I 2319.

erste und einzige Abkehr von § 105 Abs. 1 BGB so etwas wie „eine kleine Sensation“, auch wenn die Gesetzesbegründung dem keine Aufmerksamkeit schenkte:¹⁴³ Der Vertrag ist, obwohl ein Geschäftsunfähiger daran beteiligt ist, nur schwebend unwirksam.¹⁴⁴

Wird sodann die Genehmigung erteilt, wirkt diese *ex tunc*.¹⁴⁵ Für diese *ex tunc*-Wirkung spricht, dass der Gesetzgeber mit Anordnung der schwebenden Unwirksamkeit das Ziel verfolgte, Verträgen von Geschäftsunfähigen so weit wie möglich zur Geltung zu verhelfen.¹⁴⁶ Zudem zeigt auch die Regelung des § 4 Abs. 2 S. 3 WBVG – Wirksamkeit des Vertrags in Ansehung von Leistung und Gegenleistung, sofern Leistung und Gegenleistung bewirkt wurden –, dass Rückabwicklungen vermieden werden sollen, was ebenso für die Rückwirkung der Genehmigung spricht.¹⁴⁷

Insgesamt steht der Vertrag damit, trotz Geschäftsunfähigkeit des Verbrauchers, nicht zur Disposition des Unternehmers.¹⁴⁸ Dieser kann den Vertreter des Verbrauchers ausschließlich zur Erklärung über die Genehmigung auffordern, § 108 Abs. 2 BGB, sich nicht aber selbst vom schwebend unwirksamen Vertrag lösen.¹⁴⁹ Auf ein Widerrufsrecht entsprechend § 109 BGB bei beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen wurde verzichtet.¹⁵⁰ Lediglich, wie auch im alten Recht des HeimG, im Fall eines wichtigen Grundes kann der Unternehmer nach § 4 Abs. 2 S. 4 WBVG den Vertrag kündigen. Was einen wichtigen Grund darstellt, ergibt sich aus § 12 Abs. 1 S. 2 WBVG,¹⁵¹ auf den § 4 Abs. 2 S. 4 WBVG verweist. Auch im WBVG hängt der weitere Verbleib in der Einrichtung somit nicht vom Willen des Unternehmers ab.¹⁵²

Darüber hinaus enthält der bereits erwähnte § 4 Abs. 2 S. 3 WBVG zusätzlich eine dem § 105a BGB entsprechende Vorschrift, wonach der Vertrag in Ansehung einer bereits bewirkten Leistung und deren Gegenleistung als wirksam geschlossen gilt. Der Geschäftsunfähige soll auch dann, wenn die Leistungen vor oder trotz Verweigerung der Genehmigung ausgetauscht wurden, vor der

¹⁴³ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (679), dort auch das Zitat.

¹⁴⁴ Tamm VuR 2016, S. 370 (373).

¹⁴⁵ BSG, Urt. v. 13.7.2017 – B 8 SO 1/16 R, BeckRS 2017, 127285 Rn. 32; BeckOGK-Drasdo, § 4 WBVG Rn. 34, 38.

¹⁴⁶ BSG, Urt. v. 13.7.2017 – B 8 SO 1/16 R, BeckRS 2017, 127285 Rn. 32.

¹⁴⁷ BSG, Urt. v. 13.7.2017 – B 8 SO 1/16 R, BeckRS 2017, 127285 Rn. 32.

¹⁴⁸ BeckOGK-Drasdo, § 4 WBVG Rn. 34.

¹⁴⁹ BT-Drucks. 16/12409, S. 18.

¹⁵⁰ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (680).

¹⁵¹ Siehe z.B. § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WBVG: „Ein wichtiger Grund liegt insbesondere von, wenn 1. der Unternehmer den Betrieb einstellt, wesentlich einschränkt oder in seiner Art verändert und die Fortsetzung des Vertrags für den Unternehmer eine unzumutbare Härte bedeuten würde [...]“.

¹⁵² BT-Drucks. 16/12409, S. 18.

Pflicht zur Rückabwicklung bewahrt werden.¹⁵³ Das Erfordernis des *angemessenen* Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung wird zwar nicht mehr ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus § 7 Abs. 2 S. 2 WBVG, wonach der Verbraucher nur ein angemessenes Entgelt schuldet. Ein nicht angemessenes Entgelt kann zurückgefordert werden, auch dann, wenn die Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen nach Satz 3 fingiert wird.¹⁵⁴

4. §§ 275, 316 FamFG

a) *Verfahrensfähigkeit trotz Geschäftsunfähigkeit*

Hervorzuheben sind schließlich noch § 275 Abs. 1 FamFG und § 316 FamFG.¹⁵⁵ Gemäß § 275 Abs. 1 FamFG ist der Betroffene in Betreuungssachen ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig. Selbiges gilt nach § 316 FamFG für Unterbringungssachen.

Denn grundsätzlich ist die Verfahrensfähigkeit, also die Fähigkeit, seine Rechte im Verfahren selbst durch Vor- und Entgegennahme von Verfahrenshandlungen auszuüben,¹⁵⁶ an die Geschäftsfähigkeit geknüpft, § 9 Abs. 1 Nr. 1–3 FamFG. Verfahrensfähig ist, wer – und dies muss präzisiert werden – für den vom Verfahren betroffenen Bereich geschäftsfähig ist, sodass partielle Geschäftsunfähigkeit nicht schadet, ebenso wenig eine durch Einwilligungsvorbehalt gem. § 1825 BGB begründete beschränkte Geschäftsfähigkeit für einen anderen Bereich.

§ 275 FamFG bzw. § 316 FamFG i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 4 FamFG¹⁵⁷ sehen deswegen vom grundsätzlichen Erfordernis der Geschäftsfähigkeit eine Ausnahme vor, um die Rechtsposition des Betroffenen zu stärken: Der Betroffene soll nicht zum bloßen Verfahrensobjekt werden, es sollen nicht Dritte beispielsweise allein über betreuungsrechtliche Maßnahmen entscheiden können, die erhebliche Eingriffe in Freiheits- und Persönlichkeitsrechte darstellen.¹⁵⁸

Es ist dabei ungeklärt, ob der Betroffene zumindest noch einen in irgendeiner Weise „qualifizierten“ natürlichen Willen bilden können muss, um trotz Ge-

¹⁵³ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (680); Tamm VuR 2016, S. 370 (373); BSG, Urt. v. 13.7.2017 – B 8 SO 1/16 R, BeckRS 2017, 127285 Rn. 32; BT-Drucks. 14/9266 S. 53.

¹⁵⁴ BT-Drucks. 16/12409, S. 18.

¹⁵⁵ Erlassen im Rahmen des FGG-Reformgesetzes, siehe BGBl. 2008 I 2586. § 275 FamFG ersetzt § 66 FGG a.F., der durch Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz) vom 12.9.1990 (BGBl. I 1990, 2002) geschaffen wurde, § 316 FamFG ersetzt entsprechend § 70a FGG a.F.

¹⁵⁶ BeckOK FamFG-Günter, § 275 FamFG Rn. 2.

¹⁵⁷ „Verfahrensfähig sind 4. diejenigen, die auf Grund dieses oder eines anderen Gesetzes dazu bestimmt werden.“

¹⁵⁸ BT-Drucks. 11/4528, S. 89; BeckOK FamFG-Günter, § 275 FamFG Rn. 2; MüKo FamFG/Band 2-Schmidt-Recla 2019, § 275 FamFG Rn. 2; BGH NJW 2014, S. 215 (216).

schäftsunfähigkeit als verfahrensfähig zu gelten. Der natürliche Wille soll dabei irgendwo zwischen dem freien Willen, also der Geschäftsfähigkeit, einerseits und der vollständigen Denk- und Äußerungsunfähigkeit andererseits angesiedelt sein. Stellt man auf das Vorliegen eines bestimmten, noch Minimalanforderungen genügenden natürlichen Willens ab, ergibt sich allerdings die Folgefrage, wie weit die graduelle Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit denn dann reichen darf, bevor nicht nur der freie Wille, also die Geschäftsfähigkeit, sondern auch dieser natürliche Wille verneint werden muss:

So wird gefordert, der Betroffene müsse, um verfahrensfähig zu sein, „Bedeutung und Tragweite einer Maßnahme erkennen können“,¹⁵⁹ wobei sich sofort die Frage stellt, wie der natürliche Wille auf diese Weise ernsthaft vom freien Willen, also von der Geschäfts- und Verfahrensfähigkeit, unterschieden soll, wo sich (teils) ähnlicher Floskeln bedient wird.¹⁶⁰ Alternativ dürfe der Betroffene nicht jegliche Fähigkeit eingebüßt haben, „sich verständlich zu artikulieren, den Sinn und die Folgen seiner Erklärung auch nur ansatzweise zu erkennen oder sich eine wenigstens ungefähre Vorstellung von seiner Lage zu bilden“. ¹⁶¹ Merkmale wie „ansatzweise“ oder „ungefähr“ sind jedoch so wenig trennscharf, dass das Abstellen auf einen so definierten natürlichen Willen erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich brächte.¹⁶²

Insgesamt ergeben sich weder aus dem Wortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber nach verschiedenen Graden geistiger Leistungsfähigkeit hätte differenzieren wollen; er wollte vielmehr jedem Betroffenen unter Berücksichtigung von Art. 1 GG die Rolle eines Verfahrenssubjekts, nicht -objekts zukommen lassen.¹⁶³ Es kann daher nicht die Verfahrensfähigkeit im Betreuungsverfahren, das durch die krankheitsbedingt geistige Beeinträchtigung überhaupt erst ausgelöst wurde, durch Verweis auf jene Beeinträchtigung wiederum eingeschränkt werden.¹⁶⁴ Der Betroffene muss die Befugnis zur Vornahme eigener Verfahrenshandlungen vielmehr überhaupt nicht rechtfertigen.¹⁶⁵ Kann mit dem Betroffenen nicht mehr kommuniziert werden, ist ohnehin ein Verfahrenspfleger nach § 276 FamFG bzw. § 317 FamFG zu bestellen.¹⁶⁶ Wird also ein natürlicher Wille gefordert, so ist dieser lediglich als Gegenstück zum freien Willen i. S. d. der Geschäftsfähigkeit zu verste-

¹⁵⁹ OLG Saarbrücken FGPrax 1999, S. 108 (109).

¹⁶⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb), z. B. notwendiges Verständnis von „Bedeutung“ und „Wesen“ der Vollmacht für die Geschäftsfähigkeit, siehe OLG München NJW-RR 2009, S. 1599 (1601 f.); BGH NJW 2021, S. 63 (65).

¹⁶¹ OLG Saarbrücken FGPrax 1999, S. 108 (109); vgl. BGH NJW 2014, S. 215 (216).

¹⁶² BGH NJW 2014, S. 215 (216); MüKo FamFG/Band 2-Schmidt-Recla 2019, § 275 FamFG Rn. 2.

¹⁶³ BGH NJW 2014, S. 215 (216); OLG Schleswig, NJOZ 2007, S. 2445 (2446 f.).

¹⁶⁴ BGH NJW 2014, S. 215 (216).

¹⁶⁵ Sternal FamFG-Giers 2023, § 275 FamFG Rn. 5.

¹⁶⁶ Sternal FamFG-Giers 2023, § 276 FamFG Rn. 4.

hen: Fehlt Geschäftsfähigkeit, ist jede Willensäußerung, die zumindest von einem Handlungswillen getragen ist, Ergebnis eines natürlichen Willens, ohne dass an diesen irgendwelche Anforderungen zu stellen wären.¹⁶⁷

Der Betroffene erhält durch die Regelungen des § 275 FamFG bzw. § 316 FamFG alle Verfahrensrechte in vollem Umfang: Er kann durch tatsächliches Vorbringen auf das Verfahren Einfluss nehmen, ihm ist rechtliches Gehör zu gewähren und er kann alle verfahrensrechtlichen Anträge stellen.¹⁶⁸ Er ist auch selbst für die Entgegennahme von Verfahrenshandlungen zuständig: Ihm sind betreuungsrechtliche Entscheidungen persönlich bekanntzugeben und Zustellungen müssen, in Abweichung von § 170 Abs. 1 S. 1 ZPO, an ihn selbst erfolgen, selbst wenn er geschäftsunfähig ist.¹⁶⁹ Nach herrschender Meinung ist der Betroffene auch befähigt, selbst einen Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen.¹⁷⁰ Die Verfahrensfähigkeit erfasst im Ergebnis das ganze Verfahren, sodass dem Betroffenen alle Befugnisse eines Geschäftsfähigen zur Verfügung stehen.¹⁷¹

Aufgrund seiner gesetzlich angeordneten Verfahrensfähigkeit ist der Betroffene auch befugt, solche Verfahrenshandlungen vorzunehmen, die ihm schaden, z. B. durch Verzicht auf Rechtsmittel.¹⁷² Dies ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber den Betroffenen als vollwertiges Subjekt des Verfahrens behandelt wissen wollte. Die Nachteile, die sich aus dieser unbeschränkten Verfahrensfähigkeit ergeben können, hat er bewusst in Kauf genommen, da er auf die Möglichkeit verzichtet hat, entsprechende Einschränkungen in § 275 FamFG bzw. § 316 FamFG aufzunehmen.¹⁷³ Schutz erfährt der Betroffene durch die Möglichkeit, einen Verfahrenspfleger nach § 276 FamFG bzw. § 317 FamFG zu bestellen.¹⁷⁴ Dieser Verfahrenspfleger hat dann dafür zu sorgen, dass Rechtsmittel nicht verloren gehen.¹⁷⁵

Im Übrigen besteht Verfahrensfähigkeit Geschäftsunfähiger nicht nur in den Fällen der §§ 275, 276 FamFG. Ein Geschäftsunfähiger wird auch dann als prozessfähig behandelt, wenn über seine zweifelhafte bzw. bestrittene Prozessfä-

¹⁶⁷ Siehe zum diesem Verständnis des Begriff des natürlichen Willens, an den keinerlei qualitative Anforderungen zu stellen sind, bereits oben unter 2. Kapitel B.III.1.a)bb) bei Fn. 228.

¹⁶⁸ BeckOK FamFG-Günter, § 275 FamFG Rn. 4.

¹⁶⁹ BeckOK FamFG-Günter, § 275 FamFG Rn. 5.

¹⁷⁰ OLG Saarbrücken FGPrax 1999, S. 108 (109); BGH NJW 2014, S. 215 (216); Sternal FamFG-Giers 2023, § 275 FamFG Rn. 4.

¹⁷¹ BGH NJW 2014, S. 215 (215).

¹⁷² OLG Schleswig NJOZ 2007, S. 2445 (2446f.); BGH NJW 2014, S. 215 (216); BeckOK FamFG-Günter, § 275 FamFG Rn. 6; MüKo FamFG/Band 2-Schmidt-Recla 2019, § 275 FamFG Rn. 6; Sternal FamFG-Giers 2023, § 275 FamFG Rn. 5.

¹⁷³ OLG Schleswig NJOZ 2007, S. 2445 (2447); BGH NJW 2014, S. 215 (217). Siehe sogleich zur Bestellung eines Verfahrenspflegers im Einzelnen unter 4. Kapitel A.II.4.b).

¹⁷⁴ OLG Schleswig NJOZ 2007, S. 2445 (2447). Siehe auch sogleich noch unten bei Fn. 191.

¹⁷⁵ MüKo FamFG/Band 2-Schmidt-Recla 2019, § 275 FamFG Rn. 6.

higkeit im Rahmen eines Zwischenstreits zu entscheiden ist.¹⁷⁶ Denn auch dann muss gesichert sein, dass der Betroffene im Zusammenhang mit seiner eigenen Prozessfähigkeit gehört wird und nicht lediglich Objekt des Verfahrens ist.¹⁷⁷

b) Bestellung eines Verfahrenspflegers

Wie bereits angedeutet, kann dem Betroffenen, trotz grundsätzlich uneingeschränkter Verfahrensfähigkeit, in bestimmten Fällen ein Verfahrenspfleger an die Seite gestellt werden. So „hat“ gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 FamFG bzw. § 317 Abs. 1 S. 1 FamFG das Gericht dem Betroffenen einen Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen „erforderlich“ ist. Nach § 317 Abs. 1 S. 2 FamFG ist die Bestellung insbesondere erforderlich, wenn von der persönlichen Anhörung des Betroffenen abgesehen werden soll, was sich so ebenso in § 276 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 FamFG wiederfindet. Zudem ist die Situation erfasst, in der die Bestellung eines Betreuers oder die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts gegen den erklärten Willen des Betreuten erfolgen soll, § 276 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 FamFG. Stets erforderlich ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers auch bei der Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme oder deren Anordnung, § 317 Abs. 1 S. 3 FamFG. Da eine Unterbringung einen besonders massiven Grundrechtseingriff darstellt, wird auch dann die Erforderlichkeit i. S. v. § 317 Abs. 1 S. 1 FamFG angenommen.¹⁷⁸

Die Verfahrensfähigkeit des Betroffenen wird sodann aber durch die Bestellung eines Verfahrenspflegers nicht berührt.¹⁷⁹ Er soll vielmehr den Betroffenen im Verfahren begleiten und den Lauf des Verfahrens kritisch beobachten.¹⁸⁰ Er ist „neutraler Interessenvertreter“, der die Ordnungsmäßigkeit des Betreuungsverfahrens kontrolliert und dem Betroffenen insbesondere rechtliches Gehör verschafft.¹⁸¹

Gleichzeitig ist er aber nicht nur auf die Wahrnehmung objektiver Interessen beschränkt: Er muss auch den tatsächlichen und mutmaßlichen Willen des Betroffenen ermitteln und im Interesse des Betroffenen in das Verfahren einbringen,¹⁸² wie es in § 276 Abs. 3 S. 1 und § 317 Abs. 3 S. 1 FamFG ausdrücklich festgehalten ist. Insgesamt soll er den Betroffenen unterstützen und dessen Selbstbestimmungsrechte stärken: Er soll nur insoweit selbst tätig werden, wie

¹⁷⁶ *Taupitz*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 489 (522).

¹⁷⁷ *Taupitz*, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 489 (522).

¹⁷⁸ *Leeb und Weber* NJOZ 2014, S. 1201 (1204).

¹⁷⁹ *Sternal FamFG-Giers* 2023, § 275 FamFG Rn. 3.

¹⁸⁰ *BeckOK FamFG-Günter*, § 276 FamFG Rn. 4.

¹⁸¹ *MüKo FamFG/Band 2-Schmidt-Recla* 2019, § 276 FamFG Rn. 2. Zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör: BT-Drucks. 15/2494, S. 41; BGH NJW-RR 2012, S. 66 (66f.); BVerfG NJW 2013, S. 2658 (2659); BGH NJW 2014, S. 785 (786).

¹⁸² BT-Drucks. 15/2494, S. 41; BGH NJW-RR 2012, S. 66 (66f.); BVerfG NJW 2013, S. 2658 (2659); BGH NJW 2014, S. 785 (786).

der Betroffene hierzu allein nicht mehr in der Lage ist.¹⁸³ Er ist dabei nicht Vertreter des Betroffenen, sondern ein eigenständiger Verfahrensbeteiligter.¹⁸⁴ Der Verfahrenspfleger einerseits und der Betroffene bzw. dessen Vertreter andererseits können so beispielsweise unabhängig voneinander und sogar dem Willen des jeweils anderen widersprechende Rechtsmittel einlegen, die dann als Rechtsmittel verschiedener Einzelberechtigter anzusehen und zu bescheiden sind.¹⁸⁵

Der Verfahrenspfleger ist im Übrigen immer dann zu bestellen, wenn der Betroffene seine Interessen nicht mehr in ausreichendem Umfang selbst wahrnehmen kann. Dies wiederum hängt vom Grad der Krankheit oder Behinderung des Betroffenen sowie von der Bedeutung des Verfahrensgegenstands ab.¹⁸⁶ Die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist dann umso dringlicher, je weniger der Betroffene in der Lage ist, seine Interessen selbst wahrzunehmen, je eindeutiger erkennbar ist, dass die geplanten Betreuungsmaßnahmen gegen seinen Willen erfolgen und je schwerer und nachhaltiger der beabsichtigte Eingriff in die Rechte des Betroffenen ist.¹⁸⁷ Die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist beispielsweise dann erforderlich, wenn der Betroffene aufgrund seiner psychischen Krankheit nicht in der Lage ist, seine Einwendungen zur artikulieren und mit einer differenzierten Begründung dem Gericht nahezubringen¹⁸⁸ oder auf konkrete Fragen keine einfache und verständliche Antwort zu geben.¹⁸⁹ Sofern (auch) auf die fehlende Fähigkeit, einen freien Willen zu bilden, abgestellt wird,¹⁹⁰ ist dies missverständlich, da die Unfähigkeit zu freier Willensbildung bereits die Eingangsvoraussetzung für § 275 bzw. § 316 FamFG, also die Verfahrensfähigkeit trotz Geschäftsunfähigkeit, ist. Allein das Fehlen eines freien Willens kann daher für die Bestellung eines Verfahrenspflegers nicht ausreichen, da einem Geschäftsunfähigen gerade nicht stets ein Verfahrenspfleger an die Seite zu stellen ist, sondern nur unter zusätzlichen Voraussetzungen.

¹⁸³ *Leeb und Weber* NJOZ 2014, S. 1201 (1208).

¹⁸⁴ BVerfG NJW 2013, S. 2658 (2659). Zu seinen Rechten und Befugnissen: *Leeb und Weber* NJOZ 2014, S. 1201 (1209).

¹⁸⁵ OLG Schleswig NJOZ 2007, S. 2445 (2447); BVerfG NJW 2013, S. 2658 (2659); MüKo FamFG/Band 2-*Schmidt-Recla* 2019, § 275 FamFG Rn. 6; zur Berücksichtigung des Willens des Betroffenen durch den Verfahrenspfleger: *Leeb und Weber* NJOZ 2014, S. 1201 (1208).

¹⁸⁶ BT-Drucks. 11/4528, S. 171 zu § 67 FG a.F.; BGH NW 2014, S. 785 (786); BayObLG, Beschl. v. 12.3.2003 – 3Z BR 26/03, BeckRS 2003, 30311004.

¹⁸⁷ BGH NJW 2014, S. 786 (788). Zur Beiordnung eines Anwalts bei Aufhebung einer Betreuung als bedeutsamer Verfahrensgegenstand, da durch die Betreuung der Staat seiner Schutzpflicht nachkomme: LG Kleve NJW 2015, S. 176 (177).

¹⁸⁸ BayObLG, Beschl. v. 12.3.2003 – 3Z BR 26/03, BeckRS 2003, 30311004; BGH NJW 2014, S. 785 (786): „krankheitsbedingt erheblich eingeschränkte Fähigkeit, ihre Interessen wahrzunehmen“, „nicht möglich, ihre Einwendungen mit einer differenzierten Begründung vorzutragen“; BGH NJW-RR 2012, S. 66 (67): „nicht mehr in der Lage [...], seinen Willen kundzutun bzw. einen freien Willen überhaupt noch zu bilden“, zu „sachbezogener Kommunikation“ nicht mehr in der Lage.

¹⁸⁹ BGH NJW 2014, S. 786 (788).

¹⁹⁰ BGH NJW-RR 2012, S. 66 (67); BGH NJW 2014, S. 786 (788).

Die Bestellung eines Verfahrenspflegers soll im Übrigen unterbleiben bzw. aufgehoben werden, wenn die Interessen des Betroffenen von einem Rechtsanwalt oder einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten vertreten werden, § 276 Abs. 5 und § 317 Abs. 5 FamFG. So soll dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Rechnung getragen werden.¹⁹¹ Die Bestellung eines Verfahrenspflegers bleibt aber möglich, etwa, wenn die Gefahr besteht, dass der Bevollmächtigte nicht interessengerecht handelt.¹⁹²

5. § 242 BGB

a) Geringe Relevanz im deutschen Recht

Eine Ausnahme von der strengen Nichtigkeitsfolge besteht auch dann, wenn ihr der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB entgegensteht. Theoretisch kann sich dieser Einwand dabei nicht nur gegen den Vertragspartner des Geschäftsunfähigen richten, sondern auch gegen den Geschäftsunfähigen selbst.

Im deutschen Recht ist die Diskussion zum Einwand des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit § 104 Nr. 2 BGB nicht sehr fortgeschritten.¹⁹³ Sofern in der Literatur Erwähnung findet, soll er sich ausschließlich gegen den Vertragspartner des Geschäftsunfähigen richten können: So handle dieser rechtsmissbräuchlich, wenn er eine nicht rückgängig zu machende Leistung annehme.¹⁹⁴ Er habe dann das Recht verwirkt, sich auf die Ungültigkeit zu berufen.¹⁹⁵ So dürfe etwa ein Direktor seinem geisteskranken Schauspieler nach der Vorstellung nicht unter Berufung auf die Nichtigkeit die Gage verwehren.¹⁹⁶ Das selbe gelte, wenn ein Lotteriebetreiber sich weigere, dem geschäftsunfähigen Erwerber des Gewinnerloses den Gewinn auszuzahlen: Denn durch den Verkauf des Loses habe der Lotterieunternehmer bewusst das Risiko übernommen, möglicherweise selbst mehr leisten zu müssen, als er selbst erhalte. Eine Berufung auf die Nichtigkeit seines Handelns widerspreche seiner eigenen Handlungsweise.¹⁹⁷ Zum Schutz des Geschäftsunfähigen müsse also eine Aus-

¹⁹¹ *Leeb und Weber* NJOZ 2014, S. 1201 (1204).

¹⁹² *Leeb und Weber* NJOZ 2014, S. 1201 (1204); a. A. OLG Schleswig NJOZ 2007, S. 2445 (2447).

¹⁹³ Siehe die knappen Ausführungen bei Staudinger *BGB-Klump* 2021, § 105 BGB Rn. 22: Sonderfälle, in denen ein Geschäftspartner den Geschäftsunfähigen treuwidrig durch Berufung auf die Nichtigkeit übervorteilen wolle, könnten über § 242 BGB gelöst werden, wobei diese Fallgruppen eng zu halten seien.

¹⁹⁴ *Mönch* 1927, S. 12.

¹⁹⁵ *Mönch* 1927, S. 12.

¹⁹⁶ *Mönch* 1927, S. 11.

¹⁹⁷ *Mönch* 1927, S. 12.

nahme von der Nichtigkeit gemacht werden,¹⁹⁸ wobei dieser Fall – der Erwerb eines Loses – inzwischen auch von § 105a BGB erfasst sein dürfte.

Auch wenn nicht notwendigerweise über die Rechtsfigur Treu und Glauben, so ist aber jedenfalls im Bereich des Arbeitsrechts zum Schutz des Geschäftsunfähigen eine Ausnahme von der Nichtigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB anerkannt, konkret dann, wenn der Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrags geschäftsunfähig war, aber in der Folge dennoch Arbeit verrichtet hat: Gleich, ob man die Problematik über die Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis löst¹⁹⁹ oder ob man dem Arbeitgeber über § 242 BGB und dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens versagt, sich auf die Nichtigkeit zu berufen,²⁰⁰ das Ergebnis ist dasselbe. Dem Geschäftsunfähigen bleibt sein Anspruch auf Arbeitslohn erhalten.²⁰¹ Umstritten ist dabei im Einzelnen, was gilt, wenn der Geschäftsunfähige als Arbeitgeber auftritt.²⁰²

Wirkt ein Geschäftsunfähiger zudem bei der Gründung einer Gesellschaft mit, so entsteht zwar bei Vollzug der Gesellschaft keine faktische Gesellschaft unter Einschluss des Geschäftsunfähigen,²⁰³ er soll aber einen Anteil am Gewinn der Gesellschaft geltend machen können, sogar dann, wenn dieser über seinen Anspruch auf Herausgabe der geleisteten Einlagen hinausgeht.²⁰⁴ Auch hierin liegt eine Relativierung der Nichtigkeitsfolge, wiederum zu Gunsten des Geschäftsunfähigen.

Über diese Spezialbereiche hinaus finden sich in der Rechtsprechung nur sporadisch Überlegungen dazu, die Nichtigkeitsfolge ausnahmsweise nicht anzuwenden. Sofern solche Überlegungen angestellt werden, geht es dabei auch nie darum, dem Geschäftsunfähigen die Berufung auf die Nichtigkeit zu versagen, sondern stets nur anderen Beteiligten. Und auch dann darf sich die Ausnahme von der Nichtigkeit nicht (mehr) im Verhältnis zum Geschäftsunfähigen auswirken: So könne sich der Sohn und Erbe nicht auf die Nichtigkeit eines von seinem Vater zu Lebzeiten mit einem Dritten getätigten Geschäfts berufen, wenn er die Geschäftsunfähigkeit seines Vaters zum damaligen Zeitpunkt gekannt habe und den Dritten darüber nicht in Kenntnis gesetzt habe. Es verstoße gegen Treu und Glauben, den Geschäftsgegner ein Rechtsgeschäft abschließen sowie erfüllen zu lassen, die Gegenleistung zum großen Teil für sich zu nutzen

¹⁹⁸ *Mönch* 1927, S. 12.

¹⁹⁹ *Erfurter Kommentar-Preis* 2024, § 611a BGB Rn. 151.

²⁰⁰ *MüKo BGB/Band 1-Spickhoff* 2025, § 105 BGB Rn. 53.

²⁰¹ So nach der Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis BGH NZA 1986, S. 561 (562).

²⁰² Für eine Einschränkung der Nichtigkeit: *Siebert* 1958, S. 88f.; *Soergel BGB/Band 2/1-Gössl* 2023, § 104 BGB Rn. 12; a. A. *MüKo BGB/Band 1-Spickhoff* 2025, § 105 BGB Rn. 57.

²⁰³ BGH NJW 1955, S. 1067 (1069), BGH NJW 1983, S. 748; *Flume* 1992, S. 207f.

²⁰⁴ *Ganßmüller* NJW 1955, S. 1069; *Flume* 1992, S. 207f., jedenfalls in Bezug auf die Gewinnbeteiligung entsprechend der vom Geschäftsunfähigen erbrachten Leistung; *MüKo BGB/Band 1-Spickhoff* 2025, § 105 BGB Rn. 62: Aus § 242 BGB sei es der „Rest-Gesellschaft“ verwehrt, sich zu Lasten des Geschäftsunfähigen auf die Nichtigkeit zu berufen.

und später nach einer Verschiebung der Wertverhältnisse von Leistung und Gegenleistung die ihm schon zuvor bekannte Geschäftsunfähigkeit geltend zu machen.²⁰⁵

Ausnahmen zu § 105 Abs. 1 BGB lässt der BGH zudem im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts zu, aber auch wiederum nur, wenn die Ausnahme von der Nichtigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB nicht den Geschäftsunfähigen belastet, sondern nur die von ihm im Zustand der Geschäftsunfähigkeit vertretene Gesellschaft: Das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Wirksamkeit von mit einer GmbH getätigten Geschäfte sei schützenswert, so dass sich die Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Rechtsscheinhaftung nicht auf die Geschäftsunfähigkeit ihres im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers berufen könne, wenn dessen Geschäftsunfähigkeit für die Gesellschafter erkennbar gewesen und sein Handeln durch die Gesellschafter hätte verhindert werden können.²⁰⁶

b) Einwand des Rechtsmissbrauchs im Schweizer Recht

aa) Kritik an starrer Nichtigkeitsfolge

Auch im Schweizer Recht steht die von Art. 18 ZGB angeordnete strenge Nichtigkeit in der Kritik. Zum einen bleibe aufgrund der Nichtigkeitsfolge von Art. 18 ZGB der gute Glaube des Vertragspartners an die Urteilsfähigkeit ungeschützt.²⁰⁷ Überall und immer nur den Urteilsunfähigen zu schützen, erscheine aber als eine „zu einseitige Stellungnahme, als eine nicht richtige Interessenabwägung.“²⁰⁸ Der Geschäftspartner habe den ganzen aus der Vertragsnichtigkeit entstehenden Schaden zu tragen und sei auf Bereicherungsansprüche verwiesen, die bei fehlender Bereicherung des Geschäftsunfähigen ins Leere gingen.²⁰⁹ Wie noch zu zeigen sein wird, ist dies so pauschal allerdings nicht richtig; Art. 54 Abs. 1 OR ermöglicht es dem gutgläubigen Vertragspartner jedenfalls dann, wenn es der Billigkeit entspricht, seinen Schaden geltend zu machen.²¹⁰ Jedenfalls aber sei es dringliche Aufgabe der Rechtsordnung und der Rechtsprechung, dafür zu sorgen, dass der Schutz des guten Glaubens und da-

²⁰⁵ BGH NJW 1966, S. 773 (774).

²⁰⁶ BGH NJW 1991, S. 2566 (2567); siehe auch zur Wirksamkeit der Gründung einer GmbH bei Geschäftsunfähigkeit des alleinigen Gründungsgesellschafters im Interesse des auf die Eintragung im Handelsregister vertrauenden Rechtsverkehrs: KG NGZ 2001, S. 225 (226).

²⁰⁷ Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin 2023, Art. 18 ZGB Rn. 17.

²⁰⁸ Egger, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstage, S. 711 (714 f.); Jaeger 1946, S. 48; so auch Hausbeer und Aebi-Müller 2020, S. 84 Rn. 268: einseitiger und schematischer Schutz des Urteilsunfähigen.

²⁰⁹ Jaeger 1946, S. 48 und S. 51 (auch keine extensive Auslegung des Bereicherungsrechts zu Lasten des Urteilsunfähigen, wonach er selbst dann Bereicherungsansprüchen ausgesetzt sei, wenn er das Erlangte „unnütz vertan“ habe).

²¹⁰ Siehe unten unter 4. Kapitel C.III.2.

mit die Rechtssicherheit so wenig wie möglich durch die Annahme von Urteilsunfähigkeit beeinträchtigt werden.²¹¹

Die strikte Nichtigkeitssfolge trage zum anderen aber auch dem Schutz des Urteilsunfähigen nicht hinreichend Rechnung: So könne sich der urteilsfähige Vertragspartner auch dann auf die Nichtigkeit berufen, wenn der gesetzliche Vertreter des Urteilsunfähigen möglicherweise die Gültigkeit vorziehe.²¹² Der Urteilsunfähige werde zudem gegen seinen Willen geschützt, weil der Richter die Nichtigkeit stets von Amts wegen auszusprechen habe, wenn sich die Urteilsunfähigkeit aus den Unterlagen oder dem Vortrag der Gegenpartei ergebe; es fehle jeglicher Entscheidungsspielraum.²¹³ Vor dem Hintergrund, dass Art. 16 und 18 ZGB den Urteilsunfähigen aber gerade vor unbedachten Handlungen schützen sollten, gehe es zu weit, ihm diesen Schutz auch dort aufzudrängen, wo er ihn nicht brauche, insbesondere weil der gesetzliche Vertreter nach Beurteilung der Sachlage keine Schutzbedürftigkeit erkennen könne.²¹⁴ Dieser aufgedrängte Schutz sei mit dem Schutz der Selbstbestimmung, den sich das schweizerische Zivilrecht „auf seine Fahne geschrieben“ habe, nicht vereinbar.²¹⁵

Generell gebe es keinen Grund, weshalb sich die urteilsfähige Vertragspartei überhaupt auf die Nichtigkeit solle berufen dürfen: Bei Kenntnis der Urteilsunfähigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei diese Berufung ohnehin rechtsmissbräuchlich²¹⁶; bei Unkenntnis gehe die Vertragspartei hingegen gerade davon aus, einen gültigen Vertrag abgeschlossen zu haben, sodass auch nicht ersichtlich sei, woher das Recht, sich vom Vertrag lösen zu dürfen, komme, da Art. 16, 18 ZGB eben gerade den Urteilsunfähigen schützten, nicht den Urteilsfähigen.²¹⁷

Und schließlich sei nicht einzusehen, weshalb Geschäftsunfähige anders behandelt würden als Personen, denen bei grundsätzlich bestehender Urteilsfähigkeit „nur“ per Gesetz die Handlungsfähigkeit entzogen werde, die also unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stünden:²¹⁸ Denn bei einer unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stehenden Person habe der Vertreter ein Genehmi-

²¹¹ *Binder* 1964, S. 46f.

²¹² *Reetz*, in: *Figures juridiques. Rechtsfiguren*, S. 199 (202); diese Kritik auch bei *Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin* 2023, Art. 18 ZGB Rn. 19; vgl. BGE 117 II 18 E.7.a) S. 24.

²¹³ *Reetz*, in: *Figures juridiques. Rechtsfiguren*, S. 199 (202).

²¹⁴ *Reetz*, in: *Figures juridiques. Rechtsfiguren*, S. 199 (204).

²¹⁵ *Reetz*, in: *Figures juridiques. Rechtsfiguren*, S. 199 (204).

²¹⁶ Siehe zum Rechtsmissbrauch noch sogleich unter 4. Kapitel A.II.5.b)bb).

²¹⁷ *Reetz*, in: *Figures juridiques. Rechtsfiguren*, S. 199 (204).

²¹⁸ Die Handlungsfähigkeit wird bei der Mitwirkungsbeistandschaft auf bestimmte Bereiche beschränkt entzogen (Art. 396 ZGB) und bei der umfassenden Beistandschaft vollständig entzogen (Art. 398 ZGB). Es gelten dann die Art. 19 ff. ZGB, insbesondere Art. 19 Abs. 1 ZGB: „Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben.“

gungsrecht, sodass der Vertrag zum einen eine Wirksamkeitschance habe und zum anderen die urteilsfähige Gegenpartei darauf verwiesen werde, abzuwarten, wie sich der gesetzliche Vertreter entscheide. Warum dann aber beim Urteilsunfähigen, der doch wesentlich schutzwürdiger sei als der nur beschränkt Handlungsunfähige, die Gegenpartei die Möglichkeit haben solle, die Ungültigkeit des Vertrages herbeizuführen, sei nicht schlüssig.²¹⁹

Es wird folglich gefordert, Art. 18 ZGB vor dem Hintergrund des Zwecks und der Systematik des Handlungsunfähigkeitsrechts auszulegen und die Rechtsfolge an die des Art. 27 Abs. 2 ZGB anzunähern: Gemäß Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich niemand seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Verträge, bei denen sich eine Partei i. S. v. Art. 27 Abs. 2 ZGB übermäßig bindet, sind, so die Rechtsprechung, nicht per se nichtig, aber ungültig, wenn sich die sich übermäßig bindende Partei auf die Ungültigkeit beruft.²²⁰ Dies müsse so auch für Art. 18 Abs. 1 ZGB gelten: Die urteilsfähige Partei solle sich nicht gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters des Urteilsunfähigen auf die Nichtigkeit berufen dürfen und der Richter solle die Nichtigkeit von Amts wegen nur zu Gunsten des Urteilsunfähigen aussprechen dürfen.²²¹ Die bei Annahme strikter Nichtigkeit einzig verbleibende Möglichkeit der urteilsfähigen Gegenpartei, den Einwand des Art. 2 Abs. 2 ZGB („Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz.“) entgegenzuhalten, wird dabei zwar begrüßt, aber als nicht hinreichend gewertet.²²²

Im Übrigen gibt es aber, wie im deutschen Recht, auch vereinzelte Ausnahmen von der Nichtigkeitsfolge, wodurch zumindest punktuell für mehr Verkehrsschutz bzw. für eine Stärkung des Selbstbestimmungsrechts Urteilsunfähiger gesorgt wird: So sind nach der Lehre von den „faktischen Vertragsverhältnissen“ bestimmte Sachverhalte so zu behandeln, als sei ein wirksamer Vertrag zustandegekommen, obwohl es eigentlich an einem Vertragsschluss fehlt.²²³ Diese Lehre wird in begrenztem Umfang auf Handlungs-

²¹⁹ Reetz, in: *Figures juridiques. Rechtsfiguren*, S. 199 (205 f.).

²²⁰ BGE 129 III 209 E.2.2 S. 213 f.: keine Nichtigkeit, sondern lediglich das Recht des sich übermäßig Bindenden, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen. Er solle auf den Schutz des Art. 27 Abs. 2 OR verzichten können und den Vertrag erfüllen dürfen. Diese Unwirksamkeit wird dabei Art. 27 Abs. 2 ZGB selbst entnommen, nicht Art. 20 Abs. 1 OR (Art. 20 Abs. 1 OR: „Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“). Ebenso *Bucher AcP* (186) 1986, S. 1 (24 ff.): Bei Verstoß gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB keine Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR, da sich sonst beispielsweise auch die Gegenpartei auf die Nichtigkeit berufen könnte.

²²¹ Reetz, in: *Figures juridiques. Rechtsfiguren*, S. 199 (203, 208); ähnlich *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 84 Rn. 268 mit Verweis auf das Anfechtungsrecht im französischen Recht.

²²² Reetz, in: *Figures juridiques. Rechtsfiguren*, S. 199 (208).

²²³ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 18 ZGB Rn. 101.

unfähige bzw. Urteilsunfähige angewendet, etwa dann, wenn diese Alltagsgeschäfte tätigen,²²⁴ was im Ergebnis § 105a BGB entspricht.

Außerdem sieht das Gesetz vereinzelt ausdrückliche Ausnahmen von der Nichtigkeitsfolge vor, etwa in Art. 105 Ziff. 2 und 107 Ziff. 1 ZGB (Klage auf Ungültigkeit bei Eheschließung einer urteilsunfähigen Person) sowie Art. 519 ZGB (Ungültigkeitsklage bei Verfügung von Todes wegen einer urteilsunfähigen Person), wonach erst eine Klageerhebung die Wirksamkeit beseitigen kann.²²⁵

Und schließlich sollen auch prozessuale Instrumente ergänzend Verkehrsschutz bewirken, indem etwa aufgrund der Vermutung der Urteilsfähigkeit Volljähriger Urteilsunfähigkeit nur zurückhaltend angenommen wird.²²⁶ Allerdings ist diese Vermutung mit Einschränkungen zu versehen: Zwar obliegt der Beweis hinsichtlich des Vorliegens eines im Gesetz genannten Schwächezustands sowie die daraus folgende Unfähigkeit vernunftgemäßen Handelns in der Tat demjenigen, der die Urteilsfähigkeit bestreitet.²²⁷ Beim Grad des Beweises kommt die Rechtsprechung dem Beweisverpflichteten aber wiederum entgegen: Es genügt, so beispielsweise bei der Frage nach der Urteilsunfähigkeit – bzw. nach den tatsächlichen Grundlagen der Urteilsunfähigkeit²²⁸ – des verstorbenen Testators ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit, der jeden ernsthaften Zweifel ausschließt.²²⁹ Auch bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit noch lebender Personen hat das Bundesgericht auf dieses Beweismaß, dass es teils auch als überwiegende Wahrscheinlichkeit bezeichnet, zurückgegriffen.²³⁰ Ein höheres Beweismaß dürfe nicht verlangt werden, auch nicht zum Schutz der Verkehrssicherheit. Dem Schutz der Verkehrssicherheit werde bereits mit der Vermutung der Urteilsfähigkeit und der entsprechenden Beweislastverteilung hinreichend Rechnung getragen; nun auch das Beweismaß über Gebühr zu ver-

²²⁴ *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 83 Rn. 266; einschränkend aber bei Handlungsunfähigkeit aufgrund von Urteilsunfähigkeit bei *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 18 ZGB Rn. 104: Man könne nicht ohne weiteres auf einen quasi-vertraglichen Ausgleichsanspruch des Geschäftspartners aus dem Vermögen des Handlungsunfähigen schließen.

²²⁵ *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 83 Rn. 263.

²²⁶ *Binder* 1964, S. 47; *Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser* 2022, Art. 16 ZGB Rn. 47: Vermutung zum Schutz von Vertrauen und Verkehrssicherheit.

²²⁷ *Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser* 2022, Art. 16 ZGB Rn. 48; siehe *Gerber*, in: *Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité*, S. 284 (298): Es muss bewiesen werden, dass ein Zustand vorliegt, der eine permanente Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten nach sich zieht und der luzide Intervalle ausschließt.

²²⁸ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 192.

²²⁹ BGE 124 III 5 E.1.b) S. 8; BGE 74 II 202 E.1 S. 205; *Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser* 2022, Art. 16 ZGB Rn. 49.

²³⁰ BGE 108 V 121 E.4 S. 126; BGE 144 II 264 E.6.3.2 S. 274; *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 189; *Gerber*, in: *Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité*, S. 284 (301).

schärfen, würde der Schutzfunktion der Handlungsfähigkeitsregelungen widersprechen.²³¹

Des Weiteren kann gar eine Umkehr der Beweislast eintreten, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung, etwa bei bestimmten geistigen Erkrankungen oder altersschwachen Personen, zu vermuten ist, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts aufgrund der Verfassung der Person im Normalfall Urteilsunfähigkeit gegeben sein musste.²³² Greift die Beweislastumkehr, muss sich die Person, die sich auf die Gültigkeit beruft, nachweisen, dass der an sich Urteilsunfähige in einem luziden Intervall gehandelt hat,²³³ alternativ muss sie den Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis der Urteilsunfähigkeit antreten.²³⁴

Und schließlich, so *Binder*, sei es gerade die Relativität der Urteilsunfähigkeit selbst, die Verkehrssicherheit ermögliche: Es sei zum einen niemals jede Rechtshandlung von der Nichtigkeitsfolge betroffen, sondern immer nur die Handlung, in Bezug auf die die geistigen Fähigkeiten des Betroffenen völlig ungenügend gewesen seien. Indem die Voraussetzungen für die Urteilsunfähigkeit hoch seien – nur schwere Beeinträchtigungen der geistigen Gesundheit genühten – werde sichergestellt, dass auch nur solche Geschäfte nichtig seien, bei denen es tatsächlich ungerecht erscheine, den Betroffenen an den Folgen seiner Handlung festzuhalten. Da alle leichteren und mittelgradigen Beeinträchtigungen unberücksichtigt blieben, werde auf die Rechtssicherheit ausreichend Rücksicht genommen.²³⁵

²³¹ Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 190.

²³² BGE 124 III 5 E.1.b) S. 8f. So beispielsweise die Vermutung der Urteilsunfähigkeit bei Altersdemenz: BGer, 12.4.2012, 5A_436/2011, E.5.2.2. und E.5.6. sowie BGer, 12.10.2012, 5A_191/2012, E.4.1.2. Nicht aber genüge für die Vermutung der Urteilsunfähigkeit, dass der Betroffene aufgrund hohen Alters zeitweise verwirrt sei und Erinnerungslücken aufweise, siehe die beiden vorstehenden Quellen. Ebenso zur Umkehr der Beweislast bei Demenz BGer, 6.10.2004, 5C.32/2004, E.4.3.3. Siehe auch *von Werdt*, in: Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, S. 17 (24): Notwendig sei, dass die Person über einen längeren Zeitraum hinweg als urteilsunfähig anzusehen sei, etwa dann, wenn sie sich in einem dauernden Zustand alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus befinde. Schwer an Alzheimer Erkrankte gälten im Normalfall als urteilsunfähig; die Möglichkeit eines luziden Intervalls sei nach Ansicht von Medizinern ausgeschlossen. Siehe auch mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung *Gerber*, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (298 ff.).

²³³ BGE 124 III 5 E.1.b) S. 8f.; *Gerber*, in: Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité, S. 284 (298).

²³⁴ *Wolf und Setz*, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, S. 23 (45).

²³⁵ *Binder* 1964, S. 52; siehe auch *Rabel* RheinZ 1912, S. 135 (164): Das relative Verständnis führte dazu, dass Gefahren für Dritte verringert würden.

bb) Einwand des Rechtsmissbrauchs, Art. 2 Abs. 2 ZGB

Liegt keine der genannten Ausnahmen von Art. 18 ZGB vor, wird eine Korrektur der Nichtigkeitsfolge nach mehrheitlich vertretener Ansicht jedoch nicht durch Übertragung der Rechtsfolge des Art. 27 Abs. 2 ZGB erzielt, sondern in der Tat lediglich über Art. 2 Abs. 2 ZGB, also über den Einwand des Rechtsmissbrauchs.²³⁶ Dieser Einwand wird in der Schweizer Rechtsliteratur wesentlich intensiver diskutiert als in der deutschen Rechtsliteratur und soll sowohl zu Lasten des Vertragspartners als auch zu Lasten des Geschäftsunfähigen Anwendung finden, wobei er aber dem Urteilsunfähigen, der sich auf seine eigene Urteilsunfähigkeit beruft, nur höchstausnahmsweise entgegengehalten werden kann.²³⁷

Der Urteilsunfähige beruft sich beispielsweise dann rechtsmissbräuchlich auf seine Urteilsunfähigkeit, wenn dies erst lange Zeit nach Wiedererlangung der Handlungsfähigkeit oder nach Kenntnisnahme durch den gesetzlichen Vertreter erfolgt und allein aus dem Grund, um einer Veränderung der Marktlage Rechnung zu tragen.²³⁸ Die Urteilsunfähigkeit muss vielmehr zügig geltend gemacht werden, um den Geschäftspartner nicht zu lang im Unklaren zu lassen; spekulatives Abwarten ist unzulässig, insbesondere, wenn der Vertrag bereits freiwillig und irrtumsfrei erfüllt wurde.²³⁹ Zwar genügt die Vertragserfüllung für sich allein nicht, um es dem Urteilsunfähigen zu versagen, sich auf Art. 18 ZGB zu berufen; schließlich würde dies den Schutz des Handlungsunfähigen, der vor Verschleuderung seines Vermögens bewahrt werden soll, geradezu wieder aufheben.²⁴⁰ Tritt sonst kein weiterer Umstand hinzu, zieht Erfüllung daher nur dann den Einwand des Rechtsmissbrauchs nach sich, wenn die Erfüllung nach Wiedererlangung der Handlungsfähigkeit erfolgt; dann kann sich der Betroffene nicht auf Urteilsunfähigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berufen.²⁴¹

Auch dem Vertragspartner ist es nicht per se verwehrt, sich auf die Vertragsnichtigkeit zu berufen: Er soll nicht an einen Vertrag gebunden bleiben, der für sein Gegenüber nicht bindend ist.²⁴² Wenn aber aufgrund der Interessenlage au-

²³⁶ Jaeger 1946, S. 51 ff.; Binder 1964, S. 47 f.; Bucher AcP (186) 1986, S. 1 (40); Hausbeer und Aebi-Müller 2020, S. 83 Rn. 264 f.; Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 94 ff.

²³⁷ Zum Folgenden Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 94 ff.: Art. 2 Abs. 2 ZGB als „Notausgang für Ausnahmefälle“.

²³⁸ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 96; siehe auch bereits Jaeger 1946, S. 52: Durch Wahl des Zeitpunkts könne der Urteilsunfähige rechtsmissbräuchlich handeln.

²³⁹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 96.

²⁴⁰ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 96.

²⁴¹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 96.

²⁴² Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin 2023, Art. 18 ZGB Rn. 19; Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 99; vgl. BGE 117 II 18 E. 7.a) S. 24.

ßer Zweifel steht, dass der Vertrag noch erfüllt werden wird, bzw. dass der schon erfüllte Vertrag nicht in Frage gestellt werden wird, ist ein Fall von Rechtsmissbrauch gegeben.²⁴³ Rechtsmissbrauch liegt dabei erst recht dann vor, wenn sich der Vertragspartner trotz Abwicklung und irrtumsfreier Erfüllung erst lange Zeit nach Kenntniserlangung von der Urteilsunfähigkeit auf die Vertragsnichtigkeit beruft, um Veränderungen der Marktsituation oder Geldentwertungen zu seinen Gunsten zu nutzen.²⁴⁴ Das Abwarten, weil man sich erhofft, einen Nutzen aus der Vertragsnichtigkeit ziehen zu können, führt zu „Verwirkung wegen verzögerter Rechtsausübung.“²⁴⁵ Rechtsmissbrauch liegt schließlich auch vor, wenn er den Nichtigkeitsgrund von vornherein kannte, aber den Vertrag dennoch abgeschlossen hat (Einwand des widersprüchlichen Verhaltens).²⁴⁶

III. Zwischenfazit

Abgesehen von vereinzelten Ausnahmeregelungen sind Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger nichtig. Nur alltägliche und mit geringfügigen Mitteln zu bewirkende Geschäfte gelten gemäß § 105a S. 1 BGB nach Bewirken der Leistungen als wirksam, wobei nicht nur unklar ist, welche Geschäfte überhaupt diese Kriterien erfüllen, sondern die Wirksamkeitsfiktion zieht zudem eine Vielzahl dogmatischer Schwierigkeiten nach sich: Denn es handelt sich nicht um eine echte Ausnahme zu § 105 Abs. 1 BGB, sondern es soll, bei grundsätzlich gleichbleibender Nichtigkeit, lediglich eine Rückabwicklung ausgeschlossen werden. Auch in Spezialbereichen gibt es vergleichbare Regelungen: Für den Bereich der Werkstattverträge ist § 221 Abs. 5 SGB IX dem § 105a BGB nachempfunden. Für den Bereich von Heimverträgen geht § 4 Abs. 2 WBVG aber sogar über § 105a BGB hinaus und bewirkt eine echte Ausnahme zu § 105 Abs. 1 BGB: Heimverträge, die von einem Geschäftsunfähigen geschlossen werden, sind nur schwebend unwirksam und können vom gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter genehmigt werden. Diese Spezialvorschrift lässt folglich er-

²⁴³ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 99; ebenso eine Berufung auf die Nichtigkeit nach Vertragserfüllung ausschließend: Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin 2023, Art. 18 ZGB Rn. 19; vgl. BGE 117 II 18 E.7.a) und b) S. 24. Siehe auch bereits Jaeger 1946, S. 52: Rechtsmissbrauch liege vor, wenn sich der Handlungsfähige zum Schaden des Urteilsunfähigen auf die Nichtigkeit berufe. Recht weitgehend Bucher AcP (186) 1986, S. 1 (40): Sollte es Fälle geben, in denen der Urteilsunfähige am Vertrag festhalten wolle, nicht aber der Vertragspartner, so könne man über Art. 2 ZGB „Abhilfe schaffen“.

²⁴⁴ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 100; Hausbeer und Aebi-Müller 2020, S. 83 Rn. 265: „regelmäßig“ Rechtsmissbrauch bei Berufung auf Nichtigkeit nach Vertragsschluss.

²⁴⁵ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 100.

²⁴⁶ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 18 ZGB Rn. 100; Reetz, in: Figures juridiques. Rechtsfiguren, S. 199 (204).

ahnen, dass eine Aufweichung der strengen Nichtigkeitsfolge mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen nicht von vornherein unvereinbar sein kann.

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs zur Abwehr der Nichtigkeitsfolge findet im deutschen Recht kaum Erwähnung. Sofern er Erwähnung findet, soll damit die Nichtigkeit allenfalls zu Gunsten des Geschäftsunfähigen abgewehrt werden, um diesem die Wirksamkeit des Vertrags zu erhalten. Während, wenn auch nur in Ausnahmefällen, durch die Folge der Vertragswirksamkeit jedenfalls im Ergebnis eine Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Geschäftsunfähigen erreicht wird, so ist es dem Geschäftsunfähigen hingegen nicht verwehrt, sich auf die Nichtigkeit zu berufen; der Gutgläubensschutz des Vertragspartners steht insofern stets zurück. Der Verkehrsschutz wird allenfalls dann berücksichtigt, wenn sich die Abweichung von § 105 Abs. 1 BGB nicht auf den Geschäftsunfähigen auswirkt.

Im Schweizer Recht ist die Diskussion hierzu fortgeschrittener und es wird anerkannt, dass nicht nur dem Vertragspartner, sondern, wenn auch nur in engen Grenzen, grundsätzlich auch dem Urteilsunfähigen der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegengehalten werden kann. Gerade auch im Schweizer Recht wird die strikte Nichtigkeitsfolge nach Art. 18 ZGB generell heftig kritisiert und eine Aufweichung gefordert, nicht nur zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Urteilsunfähigen, sondern auch im Interesse des Verkehrsschutzes. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs könne dieses Ziel nur unzureichend erreichen.

B. Schutz und Selbstbestimmung des Geschäftsunfähigen: Verfügbarkeit milderer Mittel bei gleicher Schutzwirkung

Es stellt sich die Frage, ob zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts Geschäftsunfähiger auch andere Modelle als das der Nichtigkeit des § 105 Abs. 1 BGB in Betracht kommen, ohne dabei den Schutz des Geschäftsunfähigen aus den Augen zu verlieren. In Betracht kommt, den Geschäftsunfähigen dem Geschäftsfähigen durch Wirksamkeitsfiktion des gesamten Vertrags mehr oder weniger gleichzustellen (I.), die Einführung einer beschränkten Geschäftsunfähigkeit nach Vorbild des deutschen Minderjährigenrechts (II.) oder eine Anfechtungslösung nach Vorbild des französischen Rechts (III.).

I. Wirksamkeitsfiktion des gesamten Vertrags

Auf den ersten Blick erscheint es fernliegend, Geschäftsunfähige wie Geschäftsfähige zu behandeln, selbst nach vollständiger Bewirkung von Leistung und Gegenleistung und selbst unter Zuhilfenahme einer Fiktion nur „in Ansehung

von Leistung und Gegenleistung“, vergleichbar mit § 105a BGB: Würde der Geschäftsunfähige zur Erfüllung verpflichtet oder müssten jedenfalls nach Erfüllung die Leistungen bleiben, wo sie sind, negierte dies den Schutz von Menschen mit eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit vor selbstschädigenden Handlungen dem ersten Anschein nach vollständig und liefe dem System der Privatautonomie zuwider, welches die Richtigkeitsgewähr von Verträgen bzw. jedenfalls deren Richtigkeitschance voraussetzt.

So fernliegend also zunächst die Annahme erscheint, der Geschäftsunfähige könnte vollständig oder jedenfalls nach Bewirken von Leistung und Gegenleistung wie ein Geschäftsfähiger behandelt werden, so ist aber zu bedenken, dass Geschäftsunfähige in der Regel²⁴⁷ über §§ 1814 ff. BGB einen gesetzlichen Vertreter an ihrer Seite haben. Dieser Betreuer ist nach § 1821 Abs. 2 BGB an die Wünsche des Betreuten gebunden und muss diese umsetzen, damit der Betreute sein Leben nach seinen Wünschen gestalten kann. Es spielt dabei auch keine Rolle, wie rational dieser Wunsch zustande gekommen ist oder ob er objektiv betrachtet vernünftig ist.²⁴⁸ Den Wünschen muss der Betreuer nur nicht entsprechen, wenn die Person oder das Vermögen des Betreuten hierdurch erheblich gefährdet würden und der Betreute diese Gefahr krankheitsbedingt nicht erkennen oder nicht seiner Einsicht entsprechend handeln kann, § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

Dies bedeutet also, dass der Betreuer, wenn der Betreute ein bestimmtes Rechtsgeschäft abschließen möchte, dies, sofern die Grenze der erheblichen Gefährdung von Person oder Vermögen i. S. d. § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht erreicht ist, ohnehin für den Betreuten tun müsste. Es stellt sich damit die Frage, weshalb der Geschäftsunfähige diese Geschäfte dann nicht selbst abschließen kann, ohne den Umweg über den Betreuer gehen zu müssen, wenn sich die Funktion des Betreuers, überspitzt formuliert, auf das eines Sprachrohrs beschränkt.

Wesentlich weniger umständlich wäre es doch im Ergebnis, jedermann bis zur Grenze des § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB als geschäftsfähig anzuerkennen, so dass umgekehrt geschäftsunfähig nur noch wäre, wer drohte, sich in seiner Person oder seinem Vermögen erheblich zu schädigen und wem gleichzeitig die Fähigkeit fehlte, die Gefahr zu erkennen bzw. nach der gewonnenen Einsicht zu handeln. Bei genauer Betrachtung handelte es sich dabei um eine „verschärfte“ Form der relativen Geschäftsunfähigkeit: Es wäre dann nicht mehr anhand von Komplexität und Tragweite zu bestimmen, in Bezug auf welche Aspekte eine Person einsichts- und steuerungsfähig sein muss, um sich verpflichten zu können, sondern es wäre nur noch entsprechend den Vorgaben von § 1821 Abs. 3

²⁴⁷ Siehe im Einzelnen weiter oben zur Frage des Betreuungsbedarfs bei Geschäftsunfähigkeit unter 3. Kapitel B.I.1.b)bb)(2).

²⁴⁸ BT-Drucks. 19/24445, S. 252.

Nr. 1 BGB zu prüfen, ob der Betroffene erkennen kann, dass sein Geschäft mit den dort genannten Gefahren einhergeht.

Es liegt die Versuchung nahe, die ablehnende Antwort gegen ein solches Konzept im Verkehrsschutz zu suchen: Ob eine „erhebliche Gefährdung“ von Person oder Vermögen vorliegt, kann vom Rechtsverkehr nicht beurteilt werden, da sich insbesondere die Gefährdung des Vermögens nach der konkreten Vermögenssituation des Betreuten bestimmt und nicht anhand einer objektiven Wertgrenze.²⁴⁹ Hat ein Betreuter ein geringes Einkommen, können schon Vermögensgefährdungen im drei- oder vierstelligen Bereich erheblich sein, bei einem vermögenden Betreuten hingegen noch nicht.²⁵⁰ Dasselbe gilt für Gefahren für die Person des Betreuten: Auch die Fähigkeit, gesundheitliche Schäden zu akzeptieren und zu kompensieren, ist je nach Person unterschiedlich.²⁵¹ Hingegen also die Wirksamkeit eines Geschäfts davon ab, ob das Geschäft eine Person erheblich gefährdete, könnte der Rechtsverkehr dies kaum beurteilen.

Nun nimmt das deutsche Geschäftsunfähigkeitsrecht wie bereits mehrfach ausgeführt aber generell wenig Rücksicht auf den Verkehrsschutz, und so auch das hier ohnehin vorgeschlagene Konzept der relativen Geschäftsunfähigkeit, welches die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts an das Erkennen- und Verstehenkönnen von in jedem Einzelfall gesondert zu bestimmenden entscheidungserheblichen Aspekten knüpft.²⁵² Vor allem kann der Rechtsverkehr in der Regel schon nicht erkennen, ob bei einer Person überhaupt Einsichts- und Steuerungsfähigkeit vorliegt, worauf auch immer sich diese Fähigkeiten sodann beziehen muss, ob nun auf eine bestimmte Bedeutung und Tragweite des Rechtsgeschäfts i.S.d. des klassischen Konzepts relativer Geschäftsunfähigkeit oder eben auf eine erhebliche Gefährdung von Person und Vermögen i.S.d. § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Da stets schon eine Einschätzung des geistigen Zustands kaum möglich ist, tritt dahinter die Erkennbarkeit oder fehlende Erkennbarkeit der Aspekte, auf die sich eine fälschlicherweise angenommene Verstandeskraft sodann beziehen müsste, als nur sekundäres Problem geradezu zurück.

Auch der Schutz des Betroffenen selbst steht, jedenfalls aus rein rechtlicher Perspektive, dem Konzept einer allgemeinen Geschäftsfähigkeit bis zur Grenze von § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht zwingend entgegen. Denn überschreitet das Geschäft die Grenze, ist es schließlich nichtig, sodass es zumindest rechtlich gesehen keine Gefahr darstellen kann. Dass das Geschäft unter Umständen trotzdem erfüllt wird, ist ein Risiko, dass jedem Geschäftsunfähigkeitsmodell innewohnt, auch den aktuellen §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB.

Der Schutz des Betroffenen ist daher eher auf einer tatsächlichen Ebene als Argument gegen eine allgemeine Geschäftsfähigkeit bis zur Grenze des § 1821

²⁴⁹ Siehe *Dodegge FamRZ* 2022, S. 844 (847).

²⁵⁰ *Dodegge FamRZ* 2022, S. 844 (847).

²⁵¹ *Dodegge FamRZ* 2022, S. 844 (847).

²⁵² Zu diesem Konzept zusammenfassend oben 3. Kapitel E.

Abs. 3 Nr. 1 BGB heranzuziehen: Sind Rechtsgeschäfte auch unterhalb der Schwelle von § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB bei fehlender Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nichtig (oder, was als Alternativen noch zu untersuchen sein wird, zustimmungspflichtig bzw. anfechtbar²⁵³), stellt dies zwar eine weitreichendere Einschränkung der Handlungsfähigkeit dar, sorgt aber auch dafür, dass, unter den Voraussetzungen der §§ 1814 ff. BGB, ein Vertreter in das rechtsgeschäftliche Leben des Betroffenen involviert ist, um ihm weiterhin am Rechtsleben teilhaben lassen zu können. Der Betreuer kann daher zum einen dafür sorgen, dass der Geschäftsunfähige aus Geschäften, die er trotz Geschäftsunfähigkeit am Betreuer vorbei vornimmt, nicht in Anspruch genommen wird. Dies gilt natürlich und erst recht auch für Geschäfte, die die Schwelle von § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB überschreiten. Idealerweise führt die Betreuerbestellung auch dazu, dass der Betreute solche erheblich gefährdenden Geschäfte selbst gar nicht mehr abschließt, weil der Betreuer dies verhindern kann. Während also ein an § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB orientiertes Geschäftsfähigkeitsmodell nur rechtlichen Schutz bietet, kann die Zwischenschaltung eines Betreuers auch für tatsächlichen Schutz sorgen.

Zum anderen ist den Wünschen des Betreuten im Ergebnis zwar Folge zu leisten, dies bedeutet aber nicht, dass der Betreuer nicht versuchen dürfte und müsste, bei der Wunschbildung auf den Betreuten einzuwirken. Er kann dem Betreuten Gegenargumente und Gefahren aufzeigen, die der Betroffene möglicherweise selbst nicht erkannt hat, sodass es ihm gelingen kann, den Betreuten von einem Wunsch abzubringen. Denn auch Gefahren unterhalb der Grenze von § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB sollten nicht notwendigerweise blindlings eingegangen werden.

Hinzukommt, dass ein Geschäftsunfähigkeitskonzept, das auf eine Gefährdung von Person und Vermögen abstellte, dann versagte oder zumindest Unklarheiten verursachte, wenn ein Geschäft für sich genommen nicht erheblich gefährdend ist, viele einzelne Geschäfte aber schon. Vergleichbare Probleme sind von § 105a BGB bekannt.²⁵⁴ Der Betreuer jedenfalls hat auf der Grundlage von § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB unzweifelhaft die Möglichkeit, diese in der Gesamtschau schädigenden Geschäfte nicht vorzunehmen.

Im Übrigen sind der Wunschbefolgungspflicht des Betreuers noch weitere Grenzen gezogen als nur durch diejenige des § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB, die zum Schutz des Betroffenen nicht gezogen werden könnten, ließe man einem jeden bis zur Grenze von § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB vollständige Handlungsfähigkeit: So muss der Betreuer den Betreuten nur dabei unterstützen, dass dieser „nach seinen Möglichkeiten“ sein Leben gestalten kann, § 1821 Abs. 2 S. 1 BGB, was insbesondere bedeutet, dass der Wunsch aufgrund der wirtschaftlichen Gege-

²⁵³ Zu diesen möglichen Rechtsfolgen sogleich unter 4. Kapitel B.II. und III.

²⁵⁴ Siehe oben unter 4. Kapitel A.II.1.b) und A.II.1.c) dd).

benheiten, also aufgrund der Einkommens- und Vermögenssituation, überhaupt realisierbar sein muss,²⁵⁵ wobei allerdings ein wirtschaftlich nicht realisierbarer Wunsch wohl ohnehin auch gleichzeitig das Vermögen erheblich gefährden dürfte. Die Realisierbarkeit eines Wunsches als Kriterium kann aber für die Frage berücksichtigt werden, ob der Betreute mit dem angestrebten Rechtsgeschäft überhaupt seine damit verfolgten Zwecke erreichen kann. Ist dies nicht der Fall, muss der Betreuer dem Wunsch auch nicht Folge leisten.

II. Zustimmungsmodell

Das Zustimmungsmodell, ausgelöst durch die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach §§ 107, 108 Abs. 1 BGB, ist aus dem Minderjährigenrecht bekannt. Für jedes Rechtsgeschäft, welches nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, benötigt der Minderjährige, der das siebte Lebensjahr vollendet hat, die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter. Neben der Untersuchung, auch aus rechtsvergleichender Perspektive, wie im Detail die rechtliche Vorteilhaftigkeit und damit die Zustimmungsfreiheit bzw. -bedürftigkeit *de lege lata* zu bestimmen ist bzw. *de lege ferenda* bestimmt werden könnte (1.), stellt sich insbesondere die Frage, ob sich das Zustimmungsmodell auch für geschäftsunfähige Erwachsene eignet (2.). Die Idee, die strikte Nichtigkeit von §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB durch eine schwebende Unwirksamkeit i. S. d. §§ 107 ff. BGB zu ersetzen, ist dabei nicht neu.²⁵⁶ Diese Idee hat in der Literatur zwar Anhänger-schaft gefunden, durchsetzen konnte sie sich jedoch bislang nicht.²⁵⁷

1. Die schwebende Unwirksamkeit nach §§ 107, 108 Abs. 1 BGB

a) Schutzzweck

Die Vorschriften zur beschränkten Geschäftsfähigkeit Minderjähriger dienen zum einen dem Schutz des Minderjährigen vor Schädigungen seiner Person und seines Vermögens.²⁵⁸ Nur lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte können sie selbst vornehmen, da aus solchen Geschäften keine Gefahren drohen können,

²⁵⁵ BeckOK BGB-Müller-Engels, § 1821 BGB Rn. 11; Dodegge FamRZ 2022, S. 844 (846): Der Betreuer prüft, ob die vorhandenen Ressourcen die Realisierung des Wunsches ermöglichen. Siehe auch BT-Drucks. 19/24445, S. 252: Der Wunsch muss im Rahmen des Möglichen realisierbar sein.

²⁵⁶ So bereits Canaris JZ 1987, S. 993 ff.

²⁵⁷ Befürwortend etwa *de lege ferenda* Schwab, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, K8 (K17f.); Müller 1998, S. 24 ff., allerdings auch eine Anfechtungslösung in Betracht ziehend, S. 29; Spickhoff AcP (208) 2008, S. 345 (373 f.); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (693 ff.); HKK-Thier 2003, §§ 104–115 BGB Rn. 35; Gernhuber und Coester-Waltjen 2020, S. 947 Rn. 73; Heber 2022, S. 286 ff.; siehe auch bereits Bucher AcP (186) 1986, S. 1 (41).

²⁵⁸ Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (418).

sodass bei verständig ausgeübter elterlicher Sorge ohnehin eine Zustimmung erteilt würde. Daher kann auf eine ausdrückliche Zustimmung auch verzichtet werden.²⁵⁹

Zum anderen haben die Regelungen zur beschränkten Geschäftsfähigkeit, durch die der gesetzliche Vertreter in die Funktion der letztentscheidenden Instanz im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Bindung des beschränkt Geschäftsfähigen rückt, eine Erziehungsfunktion.²⁶⁰ Dadurch, dass der Minderjährige „ungefährliche“ Geschäfte allein und „gefährliche“ Geschäfte jedenfalls mit Zustimmung seiner Eltern durchführen kann, soll die rechtsgeschäftliche Entwicklung und Entfaltung des Minderjährigen gefördert²⁶¹ und er allmählich auf die Volljährigkeit, d.h. die rechtsgeschäftliche Eigenverantwortlichkeit, vorbereitet werden, gleichzeitig aber noch wegen seiner Unerfahrenheit geschützt werden.²⁶² Ihm soll ein kontrollierter Spielraum für rechtlich selbstständiges Handeln gegeben werden.²⁶³ Ein Generalkonsens, also eine elterliche Einwilligung in pauschal alle Rechtsgeschäfte, durch den der Minderjährige faktisch geschäftsfähig würde, wäre aber unzulässig.²⁶⁴

Der vom Geschäftsfähigkeitsrecht verfolgte Erziehungszweck kommt insbesondere auch im „Taschengeldparagraph“ § 110 BGB zum Ausdruck: Ohne diese Norm würde der rechtsgeschäftliche Handlungsspielraum insbesondere älterer Minderjähriger kurz vor Erreichen der Volljährigkeit stark reduziert. Könnten Minderjährige nur lediglich vorteilhafte Geschäfte selbst schließen und benötigten ausnahmslos bis zum 18. Geburtstag für alle anderen Geschäfte die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, widerspräche dies auch dem Gedanken des Gesetzes, den jungen Menschen allmählich auf die Selbstständigkeit vorzubereiten, § 1626 Abs. 2 BGB²⁶⁵. Da ein allgemeiner Generalkonsens der gesetzlichen Vertreter den Minderjährigen aber zu großen Haftungsrisiken aussetzen würde, kann der Minderjährige nach § 110 BGB, quasi als Mittelweg, mit den ihm überlassenen Mitteln vertragliche Leistungen erbringen, wenn sich der

²⁵⁹ Köhler JZ 1983, S. 225 (226); siehe auch die Motive der Ersten Kommission zum ersten Entwurf des BGB: *Mugdan* 1899a, S. 425: „Sie [die Minderjährigen] können durch sie [die vorteilhaften Geschäfte] nur gewinnen; eine Vorsorge ist nicht erforderlich.“ (Klammerzusätze von Autorin eingefügt).

²⁶⁰ Staudinger BGB-*Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. Rn. 26.

²⁶¹ Köhler JZ 1983, S. 225 (225 f.).

²⁶² Staudinger BGB-*Knothe* 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 Rn. 22; Staudinger BGB-*Knothe* 2012, § 107 BGB Rn. 1; *Cording*, in: Willensfreiheit – eine Illusion?, S. 223 (241); Casper 2002 S. 3425 (3429).

²⁶³ Soergel BGB/Band 2/1-*Gössl* 2023, § 106 BGB Rn. 2.

²⁶⁴ Köhler JZ 1983, S. 225 (226).

²⁶⁵ § 1626 Abs. 2 BGB: „Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln.“

Vertrag innerhalb der Grenzen einer eventuell vorgegebenen Zwecksetzung bewegt.²⁶⁶

Durch das Zustimmungsgeschäft wird als Kehrseite der Erziehungsfunktion auch das elterliche Sorgerecht nach § 1626 Abs. 1 S. 2 BGB geschützt.²⁶⁷ Denn die elterliche Sorge, die durch Art. 6 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich als Recht und als Pflicht abgesichert ist, kann nur dann Wirkung entfalten, wenn der Minderjährige diese nicht durch wirksame rechtsgeschäftliche Bindung vollständig aushebeln kann.²⁶⁸ Man denke an einen Werk- oder Dienstvertrag, den der Minderjährige abschließt: Die Eltern könnten dann Aufenthalt und Tätigkeit ihres Kindes i. S. d. § 1631 Abs. 1 BGB nicht mehr frei bestimmen, was ihre Personensorge beeinträchtigte. Ebenso entglitte ihnen die Vermögenssorge, wenn der Minderjährige unkontrolliert vermögenswerte Leistungsverpflichtungen eingehen könnte.²⁶⁹ Darüber hinaus können Dispositionen des Minderjährigen auch das Vermögen der Eltern selbst tangieren, sodass auch aus diesem Grund ein Interesse der Eltern besteht, an Rechtsgeschäften ihrer Kinder beteiligt zu werden.²⁷⁰ Ein und dasselbe Rechtsgeschäft kann dabei sowohl die Vermögens- als auch die Personensorge betreffen: So erfasst die Entscheidung für (oder gegen) den Kauf eines Motorrads sowohl finanzielle als auch pädagogische Erwägungen.²⁷¹

Dem Konzept der §§ 107 ff. BGB entsprechend hängt die Ausübung des Erziehungsrechts aber davon ab, dass sich die drohende Beeinträchtigung der Interessen des Kindes, dem die Eltern durch Wahrnehmung ihres Erziehungsrechts bzw. ihres Zustimmungsgeschäfts begegnen wollen, sich gerade in einem rechtlichen Nachteil manifestiert: Hat ein Geschäft negative Folgen nur ideeller Natur, ist jedenfalls im Außenverhältnis die elterliche Sorge nicht berührt.²⁷² Auch spielt, vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen wie etwa § 11c TierSchG,²⁷³ keine Rolle, dass von der erworbenen Sache tatsächliche Gefahren ausgehen.²⁷⁴

²⁶⁶ Staudinger BGB-Knothe 2012, § 110 BGB Rn. 1.

²⁶⁷ Staudinger BGB-Klumpff 2021, Vorbem. zu §§ 104 BGB Rn. 26 f.

²⁶⁸ Stürmer AcP (173) 1973, S. 402 (418); Köhler JZ 1983, S. 225 (226).

²⁶⁹ Stürmer AcP (173) 1973, S. 402 (418).

²⁷⁰ Köhler JZ 1983, S. 225 (226).

²⁷¹ Stürmer AcP (173) 1973, S. 402 (418).

²⁷² Stürmer AcP (173) 1973, S. 402 (419) mit dem Beispiel des Schenkens von Schundliteratur: Der schenkweise Erwerb sei, möge er auch dem Wohl des Kindes schaden, wirksam. Den Eltern bleibe dann nur die Möglichkeit, dem Kind das Buch wegzunehmen.

²⁷³ Wobei hier eher der Schutz des Wirbeltieres im Vordergrund steht, siehe BeckOGK-Duden, § 107 BGB Rn. 38.1.

²⁷⁴ BeckOGK-Duden, § 107 BGB Rn. 38.

b) Der „lediglich rechtliche Vorteil“ i. S. d. § 107 BGB

aa) Unmittelbare vs. mittelbare Nachteile

Da das Gesetz ausdrücklich nur vom rechtlichen Vorteil spricht und so nur für rechtliche Nachteile eine Zustimmungspflicht schafft, darf zudem keine wirtschaftliche Betrachtung erfolgen. Es ist daher für die Frage der Zustimmungspflichtigkeit gleichgültig, ob das Geschäft als „Schnäppchen“ anzusehen ist oder ob es gar wirtschaftlich nachteilig ist, wenn das Geschäft nicht abgeschlossen wird.²⁷⁵ Dennoch dienen die §§ 107, 108 BGB de facto dem Schutz vor Vermögensschäden, also vor wirtschaftlichen Schäden, da dem Gesetzgeber die Vorstellung zugrunde liegt, dass ein rechtlicher Nachteil auch eine Vermögensgefährdung indiziert.²⁷⁶ Das Merkmal des „rechtlichen Vorteils“ gilt aber als rechtssicherer, da ein „rechtlicher“ Vorteil leichter zu bestimmen sei als ein „wirtschaftlicher“. Der Rechtsverkehr könne so rasch feststellen, ob das Rechtsgeschäft eines Minderjährigen wirksam sei oder nicht.²⁷⁷ Im Einzelfall gestaltet sich die Frage, ob ein Geschäft einen rechtlichen Nachteil mit sich bringt oder nicht, aber dennoch schwierig.²⁷⁸

Zunächst ist offensichtlich, dass nicht jeder mit dem Rechtsgeschäft irgendwie zusammenhängende rechtliche Nachteil relevant sein kann, denn jeder Vertrag geht beispielsweise mit den Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten des § 241 Abs. 2 BGB einher oder theoretisch mit den Folgen der §§ 300ff. BGB bei Annahmeverzug.²⁷⁹ Wären diese Nachteile relevant, gäbe es überhaupt keine lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäfte mehr, sodass § 107 BGB keinen Anwendungsbereich hätte.²⁸⁰ Es kann dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden, er habe eine überflüssige Norm geschaffen. Hinzukommt, dass eine solch rigide Handhabung des § 107 BGB dem Minderjährigen jegliche eigenständige Handlungsfähigkeit nähme, obwohl ihm doch gerade zum Zwecke der rechtsgeschäftlichen Erziehung ein gewisser Freiheitsbereich eröffnet werden soll.²⁸¹

²⁷⁵ Statt aller BeckOGK-Duden, § 107 BGB Rn. 37. Zur Irrelevanz wirtschaftlicher Vorteile BGH NJW 2005, S. 415 (418).

²⁷⁶ Lange NJW 1955, S. 1339 (1339); MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 107 BGB Rn. 39; Harte 2008, S. 35f. mit Verweis auf einen Umkehrschluss zu Mugdan 1899a, S. 425 (Minderjährige könnten bei der Vornahme lediglich rechtlich vorteilhafter Geschäfte „nur gewinnen“, sodass solche Geschäfte zustimmungsfrei möglich sein müssten.); Rodi 2020, S. 14 Fn. 67.

²⁷⁷ Lange NJW 1955, S. 1339 (1339); BeckOGK-Duden, § 107 BGB Rn. 39; Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (420); Köhler JZ 1983, S. 225 (226); Rodi 2020, S. 185f., 255.

²⁷⁸ Daher zu Recht kritisch MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 107 BGB Rn. 36.

²⁷⁹ BeckOGK-Duden, § 107 BGB Rn. 40.

²⁸⁰ BeckOGK-Duden, § 107 BGB Rn. 41; siehe auch Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (417): Die konsequente Berücksichtigung jedes Rechtsnachteils müsste dazu führen, dass es überhaupt kein lediglich vorteilhaftes Geschäft mehr gebe.

²⁸¹ Staudinger BGB-Klump 2021, § 107 BGB Rn. 13; siehe auch OLG Dresden MittBay-Not 1996, S. 288 (290).

Rechtlich nachteilig sind daher allenfalls gegenüber den allgemeinen Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB gesteigerte Sorgfaltspflichten.²⁸²

Die Frage ist folglich, wie zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Nachteilen differenziert werden soll. Teils wird vorgeschlagen, zwischen unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft folgenden Nachteilen und nur mittelbar eintretenden Nachteilen zu unterscheiden. Es soll ein Nachteil immer dann beachtlich und damit unmittelbar sein, wenn er gewissermaßen Hand in Hand mit dem Rechtsgeschäft geht und es keiner weiteren Entstehungsvoraussetzungen bedarf.²⁸³ Diese Abgrenzung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Nachteilen erweist sich aber als zu rigide: So können auch solche Pflichten, deren Eintritt beispielsweise noch von einem weiteren (Fehl-) Verhalten des Minderjährige abhängt, eine erhebliche Belastung und Vermögensgefährdung darstellen, und Zweck des Minderjährigenrechts ist es schließlich, Schutz vor Vermögensgefährdungen zu erreichen.²⁸⁴ Man denke beispielsweise an den gesetzlich versicherten Minderjährigen, den, wenn er eine ärztliche Behandlung wünscht, grundsätzlich keine Zahlungspflicht trifft, sodass der Vertrag für ihn lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Wenn es sich aber um einen sog. Bestelltermin, also einen Termin, den der Arzt exklusiv reserviert, handelt und der Minderjährige diesen Termin nicht wahrnimmt, so ist er, da er sich im Annahmeverzug befindet, zahlungspflichtig, § 615 BGB.²⁸⁵ Hierbei handelt es sich zwar um einen mittelbaren Nachteil, aber um einen solchen von solcher Schwere – schließlich wird der Minderjährige faktisch zur Erbringung der Hauptleistung verpflichtet, wovon ihn § 107 BGB bewahren will –, sodass es nicht angemessen wäre, ihm den Schutz des Zustimmungserfordernisses zu versagen.²⁸⁶

Dass das Kriterium der weiteren Entstehungsvoraussetzung untauglich ist, zeigt auch die Tatsache, dass nach der Rechtsprechung ein rechtlicher Nachteil zudem auch dann vorliegt, wenn sich der Veräußerer eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks einen Nießbrauch an der Sache vorbehalten hat,

²⁸² Staudinger *BGB-Klump* 2021, § 107 BGB Rn. 17, 32 mit dem Beispiel von Kontoführungs- und sonstigen Zahlungsdienstverträgen: Der rechtliche Nachteil bei Kontoführungs- oder sonstigen Zahlungsdienstverträgen folge aus „den besonderen Sorgfalts- und Kontrollpflichten des Zahlungsdienstnutzers, so etwa die Pflicht, Fälschungen und Manipulationen auszuschließen sowie Fehlbuchungen zu melden.“ Verträge nach § 675f BGB bedürften daher auch bei Unentgeltlichkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Ebenso zur Eröffnung eines unentgeltlichen Girokontos *Harte* 2008, S. 52, 58f.; *Neuner* 2023, S. 339, § 34 Rn. 25.

²⁸³ *Feller* DNotZ 1989, S. 66 (70); jurisPK *BGB-Hansen* 2023, § 107 BGB Rn. 6; Staudinger *BGB-Klump* 2021, § 107 BGB Rn. 17, 23, diesem Konzept folgend, mangels befriedigenderer Alternativen.

²⁸⁴ Zu diesem Zweck MüKo *BGB/Band 1-Spickhoff* 2025, § 107 BGB Rn. 39.

²⁸⁵ Zur Zahlungspflicht bei Annahmeverzug im Fall von sog. Bestellterminen: AG Nettel NJW-RR 2007, S. 1216 (1217); Laufs/Kern/Rehborn-Kern und Rehborn 2019, § 74 Rn. 69; vgl. *Makowsky* JuS 2019, S. 332 (334).

²⁸⁶ So im Ergebnis auch MüKo *BGB/Band 1-Spickhoff* 2025, § 107 BGB Rn. 68; *Lauf und Birck* NJW 2018, S. 2230 (2233).

denn mit Beendigung des Nießbrauchs tritt der Minderjährige in das Miet- oder Pachtverhältnis ein.²⁸⁷ Dass mit der Beendigung des Nießbrauchs als das rechtliche Pflichten des Minderjährigen begründende Ereignis also ebenso zwingend ein Zwischenschritt nötig ist – und sei es nur der Tod des Nießbrauchers – hindert die Zustimmungspflichtigkeit des Geschäfts also nicht.²⁸⁸

Einer anderen Ansicht zufolge sollen nur solche Nachteile beachtlich – und damit unmittelbar – sein, die Inhalt der Willenserklärung selbst sind, während per Gesetz eintretende Nachteile unbeachtlich sind.²⁸⁹ Diese Unterscheidung überzeugt jedoch nicht, da es für den Schutz des Minderjährigen nicht darauf ankommen kann, ob der Rechtsnachteil unmittelbar aus der Vereinbarung oder aus dem Gesetz folgt.²⁹⁰ Außerdem ist es auch nicht nachvollziehbar, dass der geringfügigste unmittelbare Nachteil beachtlich sein soll, während erhebliche mittelbare (gesetzliche) Folgen, denen sich der Minderjährige nicht entziehen kann, keine Rolle spielen dürften.²⁹¹

bb) Sorgerechtliche Betrachtungsweise

Vereinzelt wird eine „sorgerechtliche Betrachtungsweise“ vertreten: Ausgangspunkt müsse sein, dass jeder Versuch, Rechtsgeschäfte als zustimmungsfrei zu werten, in Konflikt mit der elterlichen Sorge gerate. Denn bei Zustimmungsfreiheit setze der Gesetzesinterpret seine Auffassung hinsichtlich Nützlichkeit und Ungefährlichkeit des Geschäfts an die Stelle der gesetzlichen Vertreter, deren Recht und Pflicht es aber primär sei, diese Wertung zu treffen.²⁹² Leitgedanke müsse also die Zustimmungsbedürftigkeit von Rechtsgeschäften sein, um den gesetzlichen Vertretern nicht das Recht zu nehmen, zu entscheiden, was das Beste für ihr Kind sei.²⁹³ Ein Rechtsgeschäft soll hiernach dann zustimmungsbedürftig sein, „wenn nach Art und Umfang der damit verbundenen Nachteile eine Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter geboten ist.“²⁹⁴ Zustimmungsfrei sei es umgekehrt dann, wenn die Nachteile so „geringfügig oder fernliegend“ seien, dass eine Kontrolle entbehrlich erscheine. Unter Geltung dieser

²⁸⁷ BGH NJW 2005, S. 1430 (1431).

²⁸⁸ Vgl. Harte 2008, S. 44.

²⁸⁹ Soergel BGB/Band 2-Hefermehl 1999, § 107 BGB Rn. 1; Soergel BGB/Band 2/1-Gössl 2023, § 107 BGB Rn. 9; Fembacher DNotZ 2005, S. 627 (629). So auch in BGH NJW 1967, S. 1912 (1913); so wohl auch Erman BGB/Band 1-Müller 2023, § 107 BGB Rn. 3: „durch die Willenserklärung selbst oder durch den Vertrag“; vgl. BeckOGK-Duden, § 107 BGB Rn. 43; Staudinger BGB-Klump 2021, § 107 BGB Rn. 18.

²⁹⁰ Feller DNotZ 1989, S. 66 (70); Staudinger BGB-Klump 2021, § 107 BGB Rn. 18, 22.

²⁹¹ Köhler JZ 1983, S. 225 (227).

²⁹² Köhler JZ 1983, S. 225 (228).

²⁹³ Köhler JZ 1983, S. 225 (228).

²⁹⁴ Köhler JZ 1983, S. 225 (228).

Maxime müssten Fallgruppen gebildet werden, in denen typischerweise von Zustimmungsbefähigkeit oder -freiheit auszugehen sei.²⁹⁵ Durch diese Fallgruppenbildung sowie der Zweifelsregelung, wonach Zustimmungsbefähigkeit anzunehmen sei, werde der Rechtssicherheit hinreichend Rechnung getragen.²⁹⁶

Diese Ansicht widerspricht aber eklatant dem Wortlaut des § 107 BGB, der gerade auf einen rechtlichen Nachteil abstellt: Dass der Erziehungsberechtigte das Geschäft schädlich findet, führt allein nicht zur Zustimmungsbefähigkeit.²⁹⁷ Außerdem kann auch die rechtliche Unwirksamkeit des Geschäfts nichts an einer etwaigen, den Erziehungsberechtigten missfallenden seelischen oder körperlichen Schädigung des Minderjährigen ändern, da die Gefahr in der tatsächlichen Gebrauchsüberlassung liegt.²⁹⁸ Ihr Sorgerecht können die Eltern vielmehr auch bei wirksamen Erwerb ausüben, indem sie den Gegenstand dem Minderjährigen wieder entziehen.²⁹⁹

Zudem wird die Rechtssicherheit als Argument gegen die sorgerechtliche Betrachtungsweise angeführt: Es werde sich allein unbestimmter Rechtsbegriffe bedient und kein Kriterium geliefert, wonach sich die Zustimmungsfreiheit oder -pflichtigkeit konkret bemesse.³⁰⁰ Hiernach sei die persönliche Wertung des Gesetzesanwenders mehr denn je maßgeblich, was mit der Rechtssicherheit kaum vereinbar sei.³⁰¹ Hinzukomme, dass dann sogar solche Rechtsgeschäfte zustimmungsfrei sein könnten, die mit einer eindeutigen rechtlichen Verpflichtung einhergingen, wie etwa der Kauf eines pädagogisch sinnvollen Gegenstands.³⁰²

Die Notwendigkeit eines absoluten Schutzes des Rechtsverkehrs wird zwar wiederum recht apodiktisch als Argument angeführt, bedenkt man vor allem, dass der Begriff des rechtlichen Vorteils in keiner Auslegungsvariante ohne Graubereiche auskommt. Jedenfalls aber ist eine sorgerechtliche Betrachtungsweise für diese Untersuchung ohnehin untauglich, da sie nicht auf volljährige Geschäftsunfähige übertragen werden kann, die keinerlei Sorgerechten unterstehen.

²⁹⁵ Köhler JZ 1983, S. 225 (228).

²⁹⁶ Köhler JZ 1983, S. 225 (228).

²⁹⁷ Rodi 2020, S. 180.

²⁹⁸ Rodi 2020, S. 180 f.

²⁹⁹ Rodi 2020, S. 180.

³⁰⁰ Harte 2008, S. 38.

³⁰¹ Harte 2008, S. 38; Rodi 2020, S. 183.

³⁰² Rodi 2020, S. 183.

cc) Wirtschaftliche Betrachtungsweise

(1) Stürner

Stürner hat sich für eine wirtschaftliche Betrachtung stark gemacht: Seiner Ansicht nach müsse sich die Auslegung des § 107 BGB am Normzweck orientieren. Dieser bestehe darin, den Minderjährigen vor einer Gefährdung seines Vermögens und seines geistigen und leiblichen Wohls zu schützen. Aus Gründen der Rechtssicherheit habe sich der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Ziels zwar des Kriteriums des „lediglich rechtlichen Vorteils“ bedient, gleichzeitig führe aber nicht jeder rechtliche Nachteil zu einer Gefährdung des Vermögens oder des Wohls: Es könnten also – i. S. e. teleologischen Reduktion – solche Rechtsnachteile außer Acht bleiben, die nach ihrer abstrakten und generellen Natur regelmäßig keine solche Gefahr begründeten.³⁰³

So solle ein Rechtsnachteil dann ungefährlich sein, wenn er „typischerweise den wirtschaftlichen Zuwachs, den das Rechtsgeschäft mit sich bringt, nur mindern oder bestenfalls aufzehren kann.“³⁰⁴ Gefährlich sei er hingegen, wenn er zu einer Minderung des Vermögens des Minderjährigen gegenüber dem Zeitpunkt vor dem Rechtsgeschäft führen könne oder dem Minderjährigen ein gesondertes Tun oder Unterlassen abverlange.³⁰⁵ Die Unterscheidung zwischen typischerweise gefährlichen bzw. ungefährlichen Rechtsnachteilen bestimme sich nach allgemeiner Lebenserfahrung bzw. nach der Verkehrsauffassung.³⁰⁶

Ausnahmsweise müssten jedoch selbst abstrakt ungefährliche Rechtsnachteile beachtlich sein, wenn im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts die Vermögensbeeinträchtigung schon konkret feststehe und der Geschäftspartner des Minderjährigen diese vermögensbeeinträchtigende Wirkung kenne.³⁰⁷ Durch das Erfordernis der Kenntnis werde der Rechtssicherheit Genüge getan.³⁰⁸

(2) BGH

(a) Aussonderung unbeachtlicher wirtschaftlicher Nachteile

Die Rechtsprechung hat diese wirtschaftliche Betrachtung, jedenfalls vorsichtig, im Zusammenhang mit Eigentumsübertragungen an Immobilien übernommen.³⁰⁹ Nach Rechtsprechung des BGH ist eine Auflassung und damit der

³⁰³ Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (417).

³⁰⁴ Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (421).

³⁰⁵ Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (421).

³⁰⁶ Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (421).

³⁰⁷ Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (417).

³⁰⁸ Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (440).

³⁰⁹ So bereits die Wertung von Staudinger BGB-Klumppe 2021, § 107 BGB Rn. 21; Kaufmann 2011, S. 181, 184.

dingliche Erwerb von Grundstückseigentum zwar grundsätzlich nachteilig, wenn der Erwerber in der Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem Vermögen haftet.³¹⁰ Von dieser Nachteilhaftigkeit sei jedoch eine Ausnahme zu machen: So sei es zwar aufgrund des Wortlauts des § 107 BGB nicht möglich, das Kriterium des rechtlichen Vorteils durch den des wirtschaftlichen Vorteils zu ersetzen, dennoch könnten gewisse Rechtsnachteile wegen ihres „typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotentials“ wieder ausgesondert werden.³¹¹ Dies gelte jedenfalls für per Gesetz eintretende persönliche Verpflichtungen unter im Wesentlichen zwei Voraussetzungen: Zum einen müsse die Zahlungspflicht dem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich unbedeutend sein und zum anderen „in der Regel“ aus den laufenden Erträgen des Grundstücks beglichen werden können. Dem Umfang nach begrenzt seien dabei insbesondere Abgaben, die sich „entweder nach dem Wert des Grundstücks oder nach den der öffentlichen Hand durch die Erbringung bestimmter Dienstleistungen entstehenden Kosten“ bemessen.³¹²

Sei eine Zahlungspflicht entsprechend diesen Kriterien unbedeutend, so sei unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht gerechtfertigt, sodass das Beharren auf einer Genehmigung zu einem reinen Formalismus verkomme.³¹³ Auf die Zustimmung könne daher verzichtet werden. Die Rechtsprechung schlägt so den Weg der Fallgruppenbildung ein, um festzustellen, ob ein rechtlicher Nachteil vorliegt oder nicht, was der BGH im Übrigen als mit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit vereinbar bewertet: Der BGH stellt fest, dass eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit nicht gegeben sei, „wenn geschlossene, klar abgegrenzte Gruppen von Rechtsnachteilen ausgesondert werden, die nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringen.“³¹⁴

Zu diesen unbedeutenden Nachteilen gehört nach der Rechtsprechung etwa die Verpflichtung, die laufenden Grundstückslasten zu tragen.³¹⁵ Diese Lasten

³¹⁰ BGH NJW 2005, S. 415 (417); BGH NJW 2005, S. 1430 (1431); anders noch BayObLGZ 1967, S. 245 (246f.) und BayObLGZ 1998, S. 139 (144), wonach öffentlich-rechtliche Grundstückslasten per se unbeachtlich seien, da diese nicht an den Erwerbsvorgang, sondern an die Eigentümerstellung anknüpfen. An die „untrennbare Bindung“ von Grundstückslasten mit dem Eigentum anknüpfend auch jurisPK BGB-Hansen 2023, § 107 BGB Rn. 26.

³¹¹ BGH NJW 2005, S. 415 (418).

³¹² BGH NJW 2005, S. 415 (418).

³¹³ BGH NJW 2005, S. 415 (418).

³¹⁴ BGH NJW 2005, S. 415 (418); siehe zum Weg der Fallgruppenbildung durch den BGH bereits Staudinger BGB-Klumppe 2021, § 107 BGB Rn. 21.

³¹⁵ BGH NJW 2005, S. 415 (418); vgl. BGH NJW 2005, S. 1430 (1431); BGH NJW 2024, S. 1957 (1958); ebenso – im Ergebnis – bereits BayObLGZ 1967, S. 245 (246f.); BayObLGZ 1998, S. 139 (144).

wiederum erfassen beispielsweise die Kanal-, Wasser- und Schornsteinfegergebühren sowie die Grundsteuer und Notargebühren.³¹⁶ Sie könnten, so der BGH, in der Regel aus den laufenden Erträgen des Grundstücks gedeckt werden und führten typischerweise zu keiner Vermögensgefährdung.³¹⁷ Ob dies auch für außerordentliche Grundstückslasten wie Erschließungs- und Anliegerbeiträge gilt, ließ der BGH bislang aus anderen Gründen offen.³¹⁸

Bedeutend seien Nachteile hingegen, so der BGH, wenn ein geschenktes Grundstück verpachtet oder vermietet sei: Denn ob die Gefahren, die aus der Miete oder Pacht für das Vermögen des Minderjährigen ausgingen, hingenommen werden könnten, könne nicht abstrakt beurteilt werden, sondern obliege der Entscheidung des gesetzlichen Vertreters im Rahmen einer Einzelfallprüfung, da die wirtschaftliche Bedeutung solcher Verträge vom Einzelfall abhänge. Daher sei der Grundstückserwerb bei Bestehen von Miet- oder Pachtverträgen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.³¹⁹ Die Bestellung eines Nießbrauchs sei hingegen grundsätzlich nicht rechtlich nachteilhaft und damit zustimmungsfrei, gleich, ob der Minderjährige bereits ein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück erhalte oder sich der Schenker die Bestellung dieses Nießbrauchs vorbehalte.³²⁰ Dies gelte jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher über die §§ 1042 S. 2, 1047 BGB hinaus auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außerordentlichen öffentlichen Lasten zu tragen habe, sodass der Eigentümer nicht zum Ersatz gem. §§ 1049, 677 ff. BGB verpflichtet sei.³²¹ Nachteilig sei der Vorbehalt eines Nießbrauchs aber wiederum, wenn das aufzulassende Grundstück verpachtet oder vermietet sei, weil der Erwerber mit Beendigung des Nießbrauchs in den Miet- bzw. Pachtvertrag eintrete.³²²

Der Erwerb eines dinglich belasteten Grundstücks ist nach ganz herrschender Meinung hingegen rechtlich vorteilhaft: Bei der Belastung mit einem Grundpfandrecht hafte der Minderjährige in der Zwangsvollstreckung nicht persönlich, sondern es werde lediglich das Grundstück verwertet, sodass die Haftung auf die dem Minderjährigen zugewendete Sache beschränkt sei. Die Haftung minimiere zwar den im Eigentumserwerb liegenden Vorteil, beseitige ihn aber nicht.³²³ Entscheidend für das Vorliegen eines rechtlichen Vorteils sei allein, dass der Minderjährige nichts von dem Vermögen, das er bei Vertrags-

³¹⁶ Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (625 f.).

³¹⁷ BGH NJW 2005, S. 415 (418); so bereits Larenz und Wolf 1997, § 25 S. 490 f. Rn. 24 f.

³¹⁸ BGH NJW 2005, S. 415 (418), siehe sogleich zum weiteren Aussonderungskriterium der nur „theoretischen Möglichkeit“.

³¹⁹ BGH NJW 2005, S. 1430 (1431); BGH NJW 2024, S. 1957 (1958 f.).

³²⁰ BayObLGZ 1979, S. 49 (53 ff.); OLG Dresden MittBayNot 1996, S. 288 (290).

³²¹ BGH NJW 2005, S. 415 (417); OLG Dresden MittBayNot 1996, S. 288 (290).

³²² BGH NJW 2005, S. 1430 (1431).

³²³ BGH NJW 2005, S. 415 (417); ebenso BayObLGZ 1979, S. 49 (53), OLG Dresden MittBayNot 1996, S. 288 (290); Staudinger BGB-Klump 2021, § 107 BGB Rn. 49.

schluss schon besitze, aufgeben müsse, und dass er keine neuen Belastungen auf sich nehmen müsse, damit der Vertrag zustande komme.³²⁴ Daher ändere es auch nichts an der rechtliche Vorteilhaftigkeit, wenn sich der Veräußerer eine nachträgliche Begründung der Belastung im Übertragungsakt vorbehalte.³²⁵ Auch eine Überbelastung des Grundstücks mit Grundpfandrechten sei unschädlich.³²⁶ Dass der Minderjährige die Kosten der Zwangsvollstreckung tragen müsse, stelle für sich ebenso keinen rechtlichen Nachteil dar, da diese nicht aus dem Rechtsgeschäft, sondern erst aus der Durchführung der Zwangsvollstreckung folgten.³²⁷ Unschädlich sei auch die Eintragung einer Rückkauflassungsvormerkung, da diese lediglich bewirke, dass der Minderjährige das Erlangte wieder verliere.³²⁸

Rechtlich nachteilig soll aber wiederum der Erwerb einer Eigentumswohnung sein, da der Minderjährige nicht nur Eigentum erwerbe, sondern auch Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft werde. Die ihn hieraus treffenden Pflichten seien nicht unbedeutend und wirtschaftlich begrenzt, da insbesondere die Verpflichtung bestehe, anteilig die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs zu tragen sowie sich durch Sonderumlagen an Wohngeldausfällen zu beteiligen, § 16 Abs. 2 WEG.³²⁹ Insbesondere je nach Alter und Zustand des Gebäudes könnten diese Kosten ein erhebliches Ausmaß annehmen.³³⁰

Die von der Rechtsprechung im Ergebnis angestrebte Lockerung des rigiden Begriffs des rechtlichen Vorteils ist zwar begrüßenswert, die Art und Weise, wie die Rechtsprechung aber die Unbeachtlichkeit wirtschaftlicher Belastungen feststellen will, ist hingegen nicht frei von Kritik: Wenn für eine hinreichende Deckelung der wirtschaftlichen Belastung zum einen maßgeblich sein soll, welche Kosten der öffentlichen Hand durch Erbringung bestimmter Dienstleistungen entstehen, stellt sich die Frage, worin hierbei eine sinnvolle Begrenzung liegen soll, wenn die der öffentlichen Hand entstehenden Kosten selbst wiederum nicht gedeckelt sind. Vielmehr ist doch die Zahlungspflicht des Minderjährigen dann geradezu nach oben hin offen, eben abhängig davon, wonach sich der

³²⁴ BayObLGZ 1979, S. 49 (53).

³²⁵ OLG Frankfurt MDR 1981, S. 139.

³²⁶ BayObLGZ 1979, S. 49 (53).

³²⁷ Staudinger BGB-Klump 2021, § 107 BGB Rn. 49.

³²⁸ BGH NJW 2005, S. 415 (417).

³²⁹ BGH NJW 2010, S. 3643 (3644); ebenso *Wilhelm* NJW 2006, S. 2353 (2354); anders wohl noch BGH NJW 1981, S. 109 (110), wonach ein rechtlicher Nachteil jedenfalls dann vorliege, wenn die kraft Gesetzes eintretenden Verpflichtungen durch die zwischen den Wohnungseigentümern vereinbarte Gemeinschaftsordnung nicht unerheblich verschärft worden seien. Siehe auch BGH NJW 2024, S. 1957 (1959 f.): Dass der Minderjährige, der Miteigentum an einem Grundstück erwerbe, nach § 748 BGB die Kosten der Erhaltung, Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung zu tragen habe, sei unschädlich. „Ganz anders“ stelle sich die Sachlage aber beim Erwerb einer Eigentumswohnung dar.

³³⁰ BGH NJW 2010, S. 3643 (3644).

Kostenaufwand der öffentlichen Hand bei Erbringung ihrer Dienstleistung bestimmt.

Zum anderen ist auch fragwürdig, die Vermögensgefährdung gerade deswegen ablehnen zu wollen, weil Grundstücke „in der Regel“ Erträge abwerfen, sodass bestimmte mit dem Grundstückserwerb entstehende Kosten „typischerweise“ unbedeutend seien. Nicht nur entfernt sich der BGH recht weit vom Minderjährigenschutz, wenn er die Unbeachtlichkeit von Nachteilen vom Ertrag des Grundstücks und damit von einer, welcher konkret auch immer, Bewirtschaftung der Sache und damit von einem wirtschaftlichen Tätigwerden des Minderjährigen abhängig macht.³³¹ Vor allem aber werfen leerstehende Mietshäuser („Schrottimmobilien“), unbebaute brachliegende Flächen sowie im schlimmsten Fall mit Altlasten kontaminierte Grundstücke überhaupt keine Erträge ab, ebenso wenig solche Grundstücke bzw. Häuser, die als Eigenheim genutzt werden.³³² Den Fall des „typischerweise“ oder „in der Regel“ Erträge abwerfenden Grundstücks dürfte es damit kaum geben, zumal auch fraglich ist, wie hoch diese Erträge „typischerweise“ sein sollen. Überhaupt fragt man sich, um welche Erträge es sich denn konkret handeln soll: Ein vermietetes oder verpachtetes Grundstück kann der Minderjährige ohnehin nicht zustimmungsfrei erwerben, sodass Miet- und Pachtzins als Erträge ausscheiden. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung kommt man in der Tat zu dem fragwürdigen Ergebnis, dass der Minderjährige nach der Rechtsprechung beispielsweise ein auffälliges Haus auf einem Grundstück erwerben kann, nicht aber eine einzelne Wohnung.³³³

Jedenfalls muss der BGH diese atypischen Fälle – das Grundstück wirft nichts ab – aufgrund seiner typisierenden Betrachtungsweise unberücksichtigt lassen, sodass auch in diesen atypischen Fällen grundsätzlich Zustimmungsfreiheit vorliegt.³³⁴ Gerade in atypischen Situationen müsse, so die Kritik, der Minderjährige aber doch durch Einschaltung seines gesetzlichen Vertreters ge-

³³¹ Vgl. *Kölmel RNotZ* 2010, S. 618 (630), dies aber für unschädlich haltend.

³³² *Röthel und Krackhardt* Jura 2006, S. 161 (165 f.); ebenso *Staudinger* Jura 2005, S. 547 (551); *Kaufmann* 2011, S. 100; kritisch auch *Schmitt* NJW 2005, S. 1090 (1092): Generell sei die Übereignung einer wirtschaftlich wertlosen Immobilie, in Bezug auf welche aber öffentlich-rechtliche Lasten entrichtet werden müssten, die sich anhand des Aufwandes der öffentlichen Hand bemessen, wie etwa Straßenreinigungsgebühren (Kommunalabgaben i. S. v. außerordentlichen Lasten), bedenklich. Ebenso *Kölmel RNotZ* 2010, S. 618 (626): bedenklich, hochkontaminiertes Grundstück an Minderjährigen zu übereignen und Sanierungspflichten auf diesen abzuwälzen.

³³³ *MüKo BGB/Band 1-Spicehoff* 2025, § 107 BGB Rn. 48. Dies gilt allerdings nur, solange der Minderjährige nicht gleichzeitig als Zustandsstörer in Anspruch genommen werden kann bzw. Verkehrssicherungspflichten bestehen, siehe sogleich unter 4. Kapitel B.II.1.b)cc)(2)(b) ab Fn. 370.

³³⁴ *Schmitt* NJW 2005, S. 1090 (1092); diese Kritik klingt auch an bei *Stürner* AcP (173) 1973, S. 402 (410), wonach die Rechtsprechung öffentlich-rechtliche Lasten – aus Sicht des Autors – unverständlicherweise pauschal unberücksichtigt lasse.

schützt werden, da ihm in solchen Konstellationen seine Geschäftsunerfahrenheit zum Verhängnis werden könne.³³⁵ Dabei ist aber dennoch und zu Gunsten der Rechtsprechung einschränkend zu bemerken, dass in den genannten atypischen Fällen häufig auch aus anderen Gründen vom Grundstück eine Vermögensgefährdung ausgehen wird, die die Zustimmungspflichtigkeit bewirkt.³³⁶ Insofern sind diese atypischen Fälle nicht automatisch zustimmungsfrei. Und selbst wenn sich in einem Fall, in dem ein Grundstück keine Erträge produziert, die Zustimmungspflichtigkeit nicht aus anderen Umständen ergibt, ist das Vermögen des Minderjährigen auch dann dem Grunde nach nicht unerträglich gefährdet, da nach Rechtsprechung des BGH überhaupt nur wirtschaftlich unbedeutende Verpflichtungen als unbeachtliche Nachteile in Betracht kommen: In atypischen Fällen muss der Minderjährige also gewisse Nachteile hinnehmen, keinesfalls aber ruinöse Vermögensgefährdungen,³³⁷ wobei allerdings wie gesehen wiederum fraglich ist, ob die Art und Weise, wie der BGH die Geringfügigkeit der Belastung feststellen will, geeignet ist, auch wirklich nur geringfügige Belastungen auszusondern.

Im Übrigen fasst das BayObLG den Bereich zustimmungsfreier Geschäfte noch weiter als der BGH: Nach Ansicht des BayObLG ist eine Vermögensgefährdung auch dann ausgeschlossen, wenn der Minderjährige aus dem Vermögen, wie es *vor Vertragsschluss bestand*, nichts aufgeben muss und keine neuen Belastungen auf sich nimmt.³³⁸ Diese Ausnahme ist so weit formuliert, dass auch solche Belastungen unbeachtlich sind, die nur die Zuwendung selbst aufzehren oder zumindest mindern, und dies – so auch die Überlegung von *Stürner* – selbst dann, wenn der Minderjährige das Zugewendete erst wieder veräußern muss, um die Kosten wieder zu decken.³³⁹ Dass er also bis zur hypothetischen Veräußerung der Zuwendung – die möglicherweise gar nie erfolgt – die Kosten faktisch aus seinem sonstigen Vermögen erbringen muss, wäre damit unbeachtlich, da es nur auf einen Vergleich der Vermögensmasse insgesamt ankäme.³⁴⁰

Dieser Ansatz, wonach eine Vermögensgefährdung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Kosten zumindest durch Weiterveräußerung der erworbenen Sache wieder gedeckt werden könnten, lässt sich der Rechtsprechung des BGH nicht entnehmen: Zwar betrachtet der BGH gerade eine auch nur dingliche Haftung nicht als rechtlichen Nachteil und auf den ersten Blick ist die Situation, in der der Minderjährige das Grundstück veräußert, um die (vorgestreckten)

³³⁵ *Schmitt* NJW 2005, S. 1090 (1092); *Harte* 2008, S. 90 f.

³³⁶ Siehe sogleich zu Verkehrssicherungspflichten und Polizeipflichtigkeit unter 4. Kapitel B.II.1.b)cc)(2)(b) ab Fn. 370.

³³⁷ *Schmitt* NJW 2005, S. 1090 (1092).

³³⁸ BayObLG NJW 1967, S. 191 (193); BayObLGZ 1998, S. 139 (144).

³³⁹ So beispielsweise *Stürner* AcP (173) 1973, S. 402 (421, 428 mit dem Beispiel von Anliegerbeiträgen, die zumindest bei Veräußerung des Grundstücks wieder gedeckt seien).

³⁴⁰ Daher zu Recht kritisch *Köhler* JZ 1983, S. 225 (227).

Kosten zu decken, wirtschaftlich gesehen nicht viel anders als die, in der der einzige Nachteil des Rechtsgeschäfts von vornherein darin liegt, dass er das Grundstück wieder verliert bzw. der Wert des Grundstücks gemindert ist, wie bei der Belastung eines Grundstücks mit Grundpfandrechten. Aber gleichzeitig ist nicht zu vernachlässigen, dass, wollte man für die rechtliche Vorteilhaftigkeit auch die Möglichkeit der Veräußerung zur Deckung von Kosten aus einer persönlichen Haftung genügen lassen, dem Minderjährigen das Risiko der Veräußerbarkeit und vor allem des wirtschaftlichen Erfolgs der Veräußerung aufgebürdet würde. Hinzukommt, dass mit diesem Argument prinzipiell jede Zahlungspflicht vernachlässigt werden könnte: Auch Zahlungspflichten wie solche aus § 1049 S. 1 BGB ließen sich durch Veräußerung möglicherweise wieder eintreiben, dennoch lehnt der BGH einen rechtlichen Vorteil, wenn der Minderjährige dem Nießbraucher zu Kostenersatz verpflichtet ist, ausdrücklich ab.³⁴¹ Die Rechtsprechung des BGH ist also nicht so weitgehend, eine der Saldotheorie gleichkommende Betrachtung zulassen zu wollen, wonach sich die rechtliche Vorteilhaftigkeit danach bemisst, ob sich der Minderjährige nach der Veräußerung des Zugewendeten noch im Plus befindet oder nicht.

(b) Aussonderung von nur „theoretisch möglichen“ Rechtsnachteilen

Im Übrigen fordert die Rechtsprechung, dass ein drohender rechtlicher Nachteil hinreichend konkret sein muss, um einen rechtlichen Nachteil darzustellen: So heißt es, die bloß theoretische Möglichkeit, dass es zu einem Rechtsnachteil kommen könne, reiche nicht aus.³⁴² Denn dann fehle es „an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten“, auf die die gesetzlichen Vertreter ihre Entscheidung über Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung stützen könnten.³⁴³

Daher stelle die nur theoretische Möglichkeit, mit außerordentlichen Grundstückslasten wie Erschließungs- und Anliegerbeiträgen belastet zu werden, keinen rechtlichen Nachteil dar.³⁴⁴ Im Falle des Nießbrauchs differenziert der BGH: Habe sich der Veräußerer den Nießbrauch an einem schon vermieteten oder verpachteten Grundstück vorbehalten, so sei die Möglichkeit, dass der Minderjährige mit Beendigung des Nießbrauchs etwa durch den Tod des Nießbrauchers mit Pflichten aus dem Miet- oder Pachtvertrag belastet werde, „hinreichend konkret“ und genüge, um einen Rechtsnachteil anzunehmen.³⁴⁵ Wenn allerdings noch kein Mietverhältnis vorliege, so sei die Tatsache, dass sich der Veräußerer den Nießbrauch vorbehalten habe, nicht nachteilig; die dann nur

³⁴¹ Siehe oben Fn. 321.

³⁴² BGH NJW 2005, S. 415 (418); BGH NJW 2005, S. 1430 (1431).

³⁴³ BGH NJW 2005, S. 415 (418).

³⁴⁴ BGH NJW 2005, S. 415 (418).

³⁴⁵ BGH NJW 2005, S. 1430 (1431); a. A. *Fembacher* DNotZ 2005, S. 627 (629): Der Eintritt des Minderjährigen in das Pacht- oder Mietverhältnis durch Tod des Nießbrauchers sei lediglich eine theoretische Möglichkeit.

theoretische Möglichkeit einer künftigen Vermietung schade der rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Grundstücksauflassung nicht.³⁴⁶

Diese Berücksichtigung „hinreichend konkreter“ künftiger Belastungen ist in der Literatur einerseits auf Kritik gestoßen: Dass im Fall des Nießbrauchs, wenn von diesem Recht durch Verpachtung oder Vermietung bereits Gebrauch gemacht worden sei, eine „hinreichend konkrete“ Belastung vorliege und dies als Rechtsnachteil genüge, mute eher als Behauptung denn als Begründung an.³⁴⁷ Richtigerweise könne es nur darauf ankommen, ob das Rechtsgeschäft im Zeitpunkt des Vertragsschlusses rechtlich nachteilig sei.³⁴⁸ Die Differenzierung zwischen „theoretisch möglichen“ und „hinreichend konkreten“ künftigen Rechtsnachteilen sei in § 107 BGB nicht angelegt.³⁴⁹ Sie führe zu Zufallsergebnissen und lade zu Umgehungen ein, wie gerade im Fall des Nießbrauchs, wenn das Mietverhältnis durch den Veräußerer vor Beurkundung aufgehoben werde und nach Grundbuchvollzug in seiner Rolle als Nießbraucher sofort wieder begründet werde.³⁵⁰ Außerdem seien beide Kriterien wenig handhabbar, was sich gerade wieder an der Rechtsprechung zum Nießbrauch zeige, da der BGH im Fall des schon verpachteten oder vermieten Grundstücks das Bestehen eines Nießbrauchsrechts als nachteilig bewerte, nicht aber, wenn das Grundstück noch nicht vermietet oder verpachtet sei. In beiden Fällen brauche es aber doch, damit der Nachteil eintrete, den Eintritt völlig ungewisser Ereignisse, wobei nicht einzusehen sei, weshalb dieser Eintritt das eine Mal hinreichend konkret sein sollte, das andere Mal hingegen nicht.³⁵¹

Andererseits wird aber auch angemahnt, den Minderjährigenschutz nicht aus dem Blick zu verlieren, und es wird gerade für die Einbeziehung künftig entstehender Nachteile plädiert.³⁵² Dabei lasse sich sicherlich darüber streiten, nach welcher Maßgabe künftige Belastungen zu berücksichtigen oder gerade zu vernachlässigen sein sollten. Feststehe aber zum einen, dass nicht jede abstrakte negative Fernwirkung die Zustimmungsbefähigung begründen könne, da es ansonsten nahezu überhaupt keine zustimmungsfreien Rechtsgeschäfte mehr gäbe.³⁵³ Zum anderen dürfe der Minderjährige vor nahezu sicher eintretenden

³⁴⁶ BGH NJW 2005, S. 1430 (1431).

³⁴⁷ Everts ZEV 2005, S. 211 (211).

³⁴⁸ Everts ZEV 2005, S. 211 (211); Fembacher DNotZ 2005, S. 627 (630).

³⁴⁹ Everts ZEV 2005, S. 211 (211).

³⁵⁰ Everts ZEV 2005, S. 211 (211).

³⁵¹ Fembacher DNotZ 2005, S. 627 (629).

³⁵² Rodi 2020, S. 314; Benecke ZJS 2008, S. 217 (222); Harte 2008, S. 44: Berücksichtigung grundsätzlich aller möglichen Nachteile, denn der Minderjährige müsse auch vor künftigen noch nicht sicher voraussagbaren Verpflichtungen geschützt werden. Es sollten nur solche Nachteile ausgesondert werden, die unter abstrakt-generellen Gesichtspunkten nicht geeignet seien, das Vermögen des Minderjährigen zu schädigen, oder dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen seien, S. 45 ff.

³⁵³ Rodi 2020, S. 148.

Belastungen aber auch nicht schutzlos gelassen werden.³⁵⁴ Das Kriterium der „theoretischen Möglichkeit“ des BGH sei als Abgrenzungskriterium dabei allerdings unzureichend: Dieses sei nicht konturenscharf und verschleierte nur die dahinterstehende reine Wertentscheidung, die je nach Norminterpret unterschiedlich ausfalle.³⁵⁵ Diese Abgrenzung sei derselben Kritik ausgesetzt wie das Unmittelbarkeitskriterium, wobei dieses aber jedenfalls im Ansatz noch besser fassbar erscheine.³⁵⁶

Hinter der Kritik der Berücksichtigung künftig entstehender Belastungen bzw. hinter der Kritik des Kriteriums der „theoretischen Möglichkeit“ steckt letztlich das Argument der Rechtssicherheit. Dabei ist zunächst in der Tat richtig, dass der Rechtssicherheit nur vollständig genüge getan werden kann, wenn man entweder ausnahmslos alle oder ausnahmslos keine künftigen Belastungen berücksichtigt. Ersteres ist keine Option, da dem § 107 BGB dann der Anwendungsbereich genommen würde. Letzteres ginge erheblich zu Lasten des Minderjährigenschutzes, dem grundsätzlich Vorrang vor dem Schutz der Rechtssicherheit einzuräumen ist, was sich beispielsweise am fehlenden Gutgläubensschutz zeigt.³⁵⁷ So darf nicht in Vergessenheit geraten, dass der Zweck des Minderjährigenrechts primär dessen Schutz vor Vermögensgefährdungen ist.³⁵⁸ Dies bedeutet zwar auch nicht, dass die Rechtssicherheit vollständig zu vernachlässigen wäre, was der Gesetzgeber unter anderem mit dem Begriff des „rechtlichen Vorteils“ in § 107 BGB zum Ausdruck gebracht hat.³⁵⁹ Dass aber auch dieser Begriff die Rechtssicherheit nur sehr unzureichend gewährleisten kann, zeigt der Aufwand, der betrieben werden muss, um diesen Begriff mit Inhalt zu füllen.

Wenn es folglich heißt, man müsse sich stets fragen, ob der Zugewinn an Einzelfallgerechtigkeit die Einschränkung der Rechtsicherheit überwiege,³⁶⁰ ist dies stets vor dem Hintergrund zu betrachten, dass die Rechtssicherheit im Geschäftsfähigkeitsrecht ohnehin nie so sehr im Zentrum der Betrachtung steht, wie es häufig behauptet wird.³⁶¹ Dies bedeutet nicht, dass die Rechtssicherheit als Argument völlig auszuscheiden hätte, aber es verliert jedenfalls als schlagendes Gegenargument an Überzeugungskraft. Die Rechtssicherheit ist mehr als „zu berücksichtigender Umstand“ zu beschreiben.³⁶²

³⁵⁴ Rodi 2020, S. 147.

³⁵⁵ Rodi 2020, S. 150.

³⁵⁶ Rodi 2020, S. 151.

³⁵⁷ Rodi 2020, S. 232, 185 f. (zum Vorrang des Minderjährigenschutzes) und S. 147 (zum Bedürfnis, auch künftige Belastungen zu berücksichtigen).

³⁵⁸ Diesen Zweck hervorhebend MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 107 BGB Rn. 39.

³⁵⁹ Rodi 2020, S. 185.

³⁶⁰ Benecke ZJS 2008, S. 217 (221) im Zusammenhang mit der Problematik der Aussonderung unbeachtlicher Rechtsnachteile aus § 107 BGB.

³⁶¹ Siehe auch bereits weiter oben unter 3. Kapitel E.II.2.a).

³⁶² Rodi 2020, S. 185.

Damit muss letztlich ein Mittelweg gefunden werden, der es ermöglicht, den Minderjährigenschutz zu gewährleisten, ohne die Rechtssicherheit nach Möglichkeit völlig hintanzustellen. Man kann versuchen, das Kriterium zur Abgrenzung beachtlicher und unbeachtlicher künftiger Belastungen im Interesse der Rechtssicherheit noch näher zu konkretisieren, als der BGH dies getan hat, indem etwa nur solche Umstände berücksichtigt werden, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bis zum Erreichen der Volljährigkeit eintreten, da dies fernliegende Möglichkeiten aussortieren und der Minderjährige sich nach Erreichen der Volljährigkeit selbst aus der Belastung befreien kann.³⁶³ Aber auch hier lässt sich im Einzelfall streiten, ob beispielsweise der Tod eines zum Zeitpunkt der Übertragung eines Grundstücks an das Enkelkind 80 oder 90-jährigen Großvaters, der als Nießbraucher Vermieter des Grundstücks bleibt, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der Volljährigkeit eintreten wird oder nicht. Solche Unklarheiten bleiben auch bestehen, wollte man sich am Polizeirecht orientieren und die Relevanz eines Nachteils vom Verhältnis von Eintrittswahrscheinlichkeit zur drohenden Schädigung abhängig machen.³⁶⁴ Es wird stets eine Frage der Wertung bleiben, ob eine künftige Belastung zu berücksichtigen ist oder nicht.

Die Frage ist aber, ob es zwingend zu verurteilen ist, dass Wertungselemente verbleiben. Denn wenn man akzeptiert, dass der Minderjährigenschutz gebietet, auch künftige Belastungen zu berücksichtigen, so stellt sich die Frage, wie eine bessere alternative Lösung aussehen sollte als eine gezwungenermaßen wertungsoffene Beurteilung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Zu denken wäre allenfalls daran, den Vertrag zunächst als (schwebend) wirksam zu behandeln und i. S. e. „negativen Wirksamkeitsdynamik“ erst dann, wenn sich der zu Nachteilen führende Umstand tatsächlich realisiert, die schwebende Unwirksamkeit eintreten zu lassen.³⁶⁵ Das Konzept einer solchen „teleologisch induzierten Evaneszenz“³⁶⁶ ist aber abzulehnen. Nicht nur wird eine solche im Zusammenhang mit anderen Normen weitestgehend abgelehnt, so etwa im Rahmen von § 138 BGB,³⁶⁷ auch das Minderjährigenrecht selbst macht deutlich, dass eine nachträgliche schwebende Unwirksamkeit eines zunächst wirksamen Geschäfts nicht vorgesehen ist: So kann der Vertragspartner trotz erteilter Innengenehmigung durch Aufforderung das Rechtsgeschäft zwar in den Zustand der schwebenden Unwirksamkeit zurückholen, § 108 Abs. 2 S. 1 BGB; bei einem durch Einwilligungserteilung von Anfang an wirksamen Geschäft besteht die-

³⁶³ Benecke ZJS 2008, S. 217 (222).

³⁶⁴ Rodi 2020, S. 314 Fn. 945, siehe aber S. 324: Schutz vor „hinreichend wahrscheinlichen Nachteilen“.

³⁶⁵ Siehe die ausführliche Untersuchung von Rodi 2020, S. 289 ff.

³⁶⁶ Rodi 2020, S. 290.

³⁶⁷ Rodi 2020, S. 39 ff., 290.

ses Aufforderungsrecht hingegen nicht.³⁶⁸ Schließlich führte eine solche Lösung zu einer äußerst asymmetrischen Verteilung von Vor- und Nachteilen: Der Minderjährige erhalte, da das Rechtsgeschäft wirksam ist, das Eigentum sowie den Besitz an der Sache übertragen – der Minderjährige könnte über § 985 BGB den Besitz sogar sofort einfordern – und könnte diese über Jahre hinweg vollständig abnutzen, bliebe aber dann, wenn beispielsweise die polizeirechtliche Zustandsstörerhaftung als Rechtsnachteil plötzlich eintritt, aufgrund der ex nunc eintretenden schwebenden Unwirksamkeit von den Belastungen vollständig verschont.³⁶⁹

Da also das Abwarten, ob sich ein nachteiliger Umstand in der Zukunft überhaupt realisiert, keine Option darstellt, bleibt nur die Möglichkeit, (irgend)ein Kriterium anzuwenden, das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Berücksichtigung bestimmter künftig eintretender Umstände ermöglicht, andere wiederum aussortiert. Dies führt letztlich doch zurück zu den in der Rechtsprechung verwendeten Kriterien der „hinreichenden Konkretisierung“, der „nicht nur theoretischen Möglichkeit“ bzw. der in der Literatur vorgeschlagenen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretenden Belastung“, die an das Unmittelbarkeitskriterium anknüpfen,³⁷⁰ angereichert um eine zeitliche Komponente.

Nutzt man folglich eines dieser Kriterien, so lässt sich auch für die Fälle einer Polizeipflichtigkeit bzw. des Bestehens von Verkehrssicherungspflichten überzeugend differenzieren: So ist umstritten, ob eine etwaige Polizeipflichtigkeit³⁷¹ einen rechtlichen Nachteil darstellen kann. Polizeipflichtigkeit bedeutet, dass der Eigentümer einer Sache als Zustandsstörer in die Pflicht genommen werden kann, Gefahren zu beseitigen, die von seiner Sache für die Allgemeinheit ausgehen.³⁷² So trifft auch den Grundstückseigentümer eine Sanierungspflicht bei einer Kontaminierung des Grundstücks mit Altlasten.³⁷³ Dass ein Grundstückseigentümer abstrakt ein Zustandsstörer sein kann, weil irgendwann einmal eine Gefahr durch das Grundstück entstehen kann, kann nicht genügen, um einen rechtlichen Nachteil zu bilden; es würde sonst jeglicher Eigentumserwerb von vornherein unmöglich.³⁷⁴ Es handelt sich hierbei, wie vom BGH formuliert, nur um eine „theoretische Möglichkeit“. ³⁷⁵ Anders ist dies aber, wenn

³⁶⁸ Rodi 2020, S. 295 f.

³⁶⁹ Rodi 2020, S. 296 f.

³⁷⁰ Unmittelbarkeitskriterium „in anderer Form“: Staudinger BGB-Klumppe 2021, § 107 BGB Rn. 21.

³⁷¹ Diese gilt ebenso als außerordentliche Grundstückslast: Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (625).

³⁷² BVerfG NJW 2000, S. 2573 (2573).

³⁷³ BVerfG NJW 2000, S. 2573 (2573 f.).

³⁷⁴ Im Ergebnis auch Harte 2008, S. 107.

³⁷⁵ BGH NJW 2005, S. 415 (418); im Ergebnis so auch Harte 2008, S. 106 f., wonach es

die eine Zustandsstörerhaftung auslösende Gefahr schon bei Übereignung bestand³⁷⁶ oder jedenfalls konkret absehbar war. Dann bildet die Polizeipflichtigkeit einen rechtlichen Nachteil, insbesondere auch, weil ein Rückerstattungsanspruch des in Anspruch genommenen Zustandsstörers gegen Träger öffentlicher Gewalt ausgeschlossen ist.³⁷⁷

Im Übrigen sind die dem Zustandsstörer entstehenden Kosten auch nicht wirtschaftlich unerheblich i. S. d. Rechtsprechung des BGH: Zwar betont das BVerfG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Inanspruchnahme des Zustandsstörers, insbesondere muss die mit der Sanierungspflicht einhergehende finanzielle Belastung zumutbar sein. Dies bemesse sich durch einen Vergleich der Höhe der Sanierungskosten mit dem Verkehrswert nach Sanierung. Seien die Sanierungskosten höher als der spätere Verkehrswert, sei die Pflicht grundsätzlich unzumutbar. Dabei handle es sich aber nicht um eine absolute Grenze, sondern lediglich um einen Anhaltspunkt, weil insbesondere das individuelle Interesse am Grundstück den Verkehrswert überschreiten könne.³⁷⁸

Zum einen genügt es wie oben gesehen für die Annahme eines rechtlichen Vorteils aber ohne nicht, wenn erst nach Veräußerung des sanierten Grundstücks in Plus im Vermögen des Minderjährigen verbleibt, der Minderjährige aber Kosten zunächst aus seinem sonstigen Vermögen decken muss.³⁷⁹ Zum anderen kommt hinzu, dass das BVerfG von einer Deckelung der Sanierungspflicht auch Ausnahmen zulässt: So soll es auch eine den Verkehrswert überschreitende Sanierungspflicht geben, wenn der Eigentümer das Grundstück in Kenntnis von Altlasten erworben bzw. in fahrlässiger Weise die Augen davor verschlossen hat.³⁸⁰ Bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Minderjährigen³⁸¹ oder seines gesetzlichen Vertreters – gleich, auf wen man abstellen möchte – ist eine Vermögensgefährdung aufgrund der der Höhe nach unbeschränkten Sanierungspflicht also erst recht gegeben. Man wird den Fall der Kenntnis oder des Kennenmüssens auch kaum als atypischen Einzelfall bezeichnen können, sodass die Zustandsstörerhaftung noch nicht einmal „typischerweise“ auf den

keinen rechtlichen Nachteil darstellt, wenn sich eine die Zustandsstörerhaftung auslösende Gefahr noch nicht konkretisiert hat.

³⁷⁶ Harte 2008, S. 108 ff.

³⁷⁷ BVerfG NJW 2000, S. 2573 (2573).

³⁷⁸ BVerfG NJW 2000, S. 2573 (2575); in den Art. 14 GG und der Rechtsprechung des BVerfG zu entnehmenden Wertungen grundsätzlich eine „erhebliche Begrenzung“ der Gefahren, als Zustandsstörer in Anspruch genommen zu werden, sehend: Harte 2008, S. 106, im Ergebnis aber dennoch die Gefahren für den Minderjährigen als zu erheblich einstufend; ebenso die Rechtsprechung des BVerfG als dem Minderjährigenschutz nicht hinreichend Rechnung tragend bewertend: Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (633 f.).

³⁷⁹ Siehe oben ab Fn. 338.

³⁸⁰ BVerfG NJW 2000, S. 2573 (2575 f.).

³⁸¹ Harte 2008, S. 105 f., auf das Wissen des Minderjährigen abstellend.

Verkehrswert beschränkt ist. Im Ergebnis ist also die Zustandsverantwortlichkeit ein rechtlicher Nachteil.³⁸²

Wie für die Zustandsstörerhaftung ist im Übrigen auch für Verkehrssicherungspflichten im Allgemeinen zu verfahren: Meist heißt es zwar, die Entstehung von Verkehrssicherungspflichten stelle keinen rechtlichen Nachteil dar.³⁸³ Dies kann aber nur dann gelten, wenn diese Entstehung – mit den Worten des BGH – nur eine „theoretische Möglichkeit“ darstellt. Ähnlich wie bei der Zustandshaftung muss es darauf ankommen, ob sich eine Gefahr für die Rechtsgüter anderer Personen bereits konkretisiert hat.³⁸⁴ Zumindest aber dann, wenn die Gefährdung absehbar ist oder bei Übertragung des Eigentums bereits besteht, kann das Geschäft nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft sein.³⁸⁵ Jedenfalls wäre es zu formalistisch, darauf abzustellen, dass die Verkehrssicherungspflicht an die Eigentümerstellung geknüpft ist und nicht an den Erwerbsvorgang, denn schließlich zielt doch die Auflassung oder die Einigung nach § 929 BGB gerade auf den Erwerb der Eigentümerstellung ab.³⁸⁶ Sofern angeführt wird, auch das Erfordernis einer Zustimmung sei nicht in der Lage, den Minderjährigen vor eigenem deliktischen Verhalten zu schützen,³⁸⁷ so ist dem zu begegnen, dass es aber zumindest der Kontrolle der gesetzlichen Vertreter obliegt, einzuschätzen, ob sie dem Minderjährigen das Eingehen eines Haftungsrisikos erlauben.³⁸⁸

Von der Entstehung von Haftungssituationen, die den Minderjährigen dazu zwingen, sein sonstiges Vermögen einzusetzen, ist im Übrigen die bloße wirtschaftliche Wertlosigkeit eines Gegenstands zu unterscheiden. Allein die wirtschaftliche Wertlosigkeit eines Gegenstands stellt keinen rechtlichen Nachteil dar,³⁸⁹ da diese für sich allein keine Pflichten begründet.

³⁸² Harte 2008, S. 106; Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (633 f.).

³⁸³ MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 107 BGB Rn. 42; vgl. Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (633); a. A. und die Beachtlichkeit von Verkehrssicherungspflichten bejahend: OLG Dresden NJW 2016, 2017 f. zur Schenkung einer Photovoltaikanlage.

³⁸⁴ Harte 2008, S. 113; Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (634 f.).

³⁸⁵ Harte 2008, S. 91; Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (635).

³⁸⁶ So im Zusammenhang mit Grundstückslasten und ebenso Verkehrssicherungspflichten bereits Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (626, 634); ebenso im Zusammenhang mit der Entstehung von Verkehrssicherungspflichten Harte 2008, S. 112.

³⁸⁷ BGH NJW 2005, S. 415 (417) im Zusammenhang mit einer Verschlechterung des Grundstücks und einer Haftung gegenüber dem Grundschuldgläubiger.

³⁸⁸ Harte 2008, S. 113 f.

³⁸⁹ So aber VG Lüneburg, Urt. v. 31.10.1995 – 7 A 81/95 Rn. 10: „Die formale Verschaffung einer Rechtsposition, die lediglich eine leere Hülse darstellt, dürfte kein rechtlicher Vorteil sein.“

c) Konzepte beschränkter Geschäftsfähigkeit im Ausland

aa) Österreich

(1) Beschränkte Geschäftsfähigkeit im österreichischen Recht

In Österreich sind nicht nur Minderjährige, die das siebte Lebensjahr vollendet haben,³⁹⁰ sondern auch nicht einsichtsfähige, also geschäftsunfähige Volljährige grundsätzlich nicht vollständig handlungsunfähig, sondern sie sind lediglich beschränkt geschäftsfähig.³⁹¹ Dies gilt für einsichtsunfähige Volljährige jedenfalls dann, wenn ihnen im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts für dieses Rechtsgeschäft ein Vertreter bestellt war. Dann ist das Geschäft lediglich schwebend unwirksam und kann mit Genehmigung des Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters und gegebenenfalls auch des Gerichts wirksam werden, § 865 Abs. 3 S. 1 und S. 2 ABGB:

Die Erwachsenenvertretung ist in den §§ 239 bis 276 ABGB geregelt.³⁹² Die §§ 239–259 ABGB enthalten allgemeine Bestimmungen, die für jede Art der Erwachsenenvertretung gelten. In §§ 260–263 ABGB ist sodann die Vorsorgevollmacht geregelt, deren Erstellung die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters oder die Entstehung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung obsolet werden lässt.³⁹³ Alternativ, subsidiär zur Vorsorgevollmacht, besteht die Möglichkeit der gewählten Erwachsenenvertretung, die mit dem 2. ErwSchG gänzlich neu geschaffen wurde: Diese Möglichkeit besteht insbesondere dann, wenn die Fähigkeiten des Betroffenen nicht mehr zur Errichtung einer Vollmacht ausreichen, sie aber eine bestimmte Person als ihren Vertreter wünscht.³⁹⁴ Die Voraussetzungen der gewählten Erwachsenenvertretung sind im Einzelnen in §§ 264–267 ABGB geregelt. Fehlt es an einer Vorsorgevollmacht oder der Wahl eines Vertreters, muss der Betroffene durch einen gesetzlichen, ersatzweise durch einen gerichtlichen Erwachsenenvertreter vertreten werden.³⁹⁵ Unter einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung, §§ 268–270 ABGB, versteht das Gesetz die Vertretung durch nächste Angehörige (siehe den Katalog von in Betracht kommenden Angehörigen in § 268 Abs. 2 ABGB).³⁹⁶ Die gerichtliche Erwachsenenvertretung, die die Sachwalterschaft abgelöst hat,³⁹⁷ kommt

³⁹⁰ Zu Minderjährigen, die unterhalb dieser Altersgrenze liegen, sogleich unter (2) sowie unter 4. Kapitel B.IV.3.

³⁹¹ Seit Inkrafttreten des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes am 1.7.2018, BGBl. I Nr. 59/2017.

³⁹² Siehe *Dullinger und Eliskases* JBl 2017, S. 481 ff. zu einem Überblick über das neue Erwachsenenschutzrecht.

³⁹³ *Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 594 (595 f.).

³⁹⁴ *Fritz*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 659 (659).

³⁹⁵ Zur Subsidiarität der gesetzlichen Vertretung gegenüber Vorsorgevollmacht und gewählter Erwachsenenvertretung: *Barth und Maier*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 693 (694).

³⁹⁶ *Barth und Maier*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 693 (693).

³⁹⁷ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 762 (762).

insbesondere dann in Betracht, wenn keine nächsten Angehörigen vorhanden sind.

Hat eine Person einen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder einen der genannten Erwachsenenvertreter, so tritt die Wirkung der schwebenden Unwirksamkeit im Übrigen nicht deswegen ein, *weil* für den Betroffenen ein Vertreter bestellt wurde; mangels Auswirkung der verschiedenen Vertretungsmodelle auf die Geschäftsfähigkeit, § 242 Abs. 1 ABGB, ist ein Geschäft trotz Bestellung eines Vertreters immer nur dann schwebend unwirksam, wenn der Betroffene zudem tatsächlich i. S. v. § 865 Abs. 1 S. 2 ABGB geschäftsunfähig ist.³⁹⁸

Jedenfalls aber ist anerkannt, dass bei Aufeinandertreffen von Geschäftsunfähigkeit und Vorhandensein eines Vertreters eine strengere Rechtsfolge als die der schwebenden Unwirksamkeit nicht gerechtfertigt ist: Die Lösung über die beschränkte Geschäftsfähigkeit habe für alle Beteiligten nur Vorteile, sowohl für den Geschäftsunfähigen als auch für den Rechtsverkehr.³⁹⁹ Der Vertreter könne dem Willen des Geschäftsunfähigen zur Geltung verhelfen, wobei der Geschäftsunfähige, eben wegen des Genehmigungserfordernisses, gleichzeitig keinen Gefahren ausgesetzt werde.⁴⁰⁰ Aber auch für den Vertragspartner sei die Regelung vorteilhaft, weil er, der auf die Wirksamkeit des Vertrages vertraue, so noch die Chance habe, dass das Geschäft tatsächlich wirksam werde.⁴⁰¹

Der Vertragspartner ist dabei nach § 865 Abs. 5 ABGB bis Erteilung der Genehmigung an seine Erklärung gebunden; er kann jedoch für die Erteilung der Genehmigung eine angemessene Frist setzen. Nach Ablauf der Frist ist der Vertragspartner an das Geschäft nicht mehr gebunden.⁴⁰² Die Genehmigung kann im Übrigen auch im Vornhinein für ein Geschäft erteilt werden, aber stets nur in Bezug auf ein konkretes Geschäft. Eine allgemeine Vorwegzustimmung kommt nicht in Betracht.⁴⁰³

Schwebende Unwirksamkeit tritt aber immer nur ein, wenn der Betroffene im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages schon einen Vertreter hatte. Erhält er diesen hingegen erst *nach* Vornahme des Geschäfts, kommt eine nachträgliche Genehmigung nicht mehr in Betracht.⁴⁰⁴ Eine solche Genehmigungsmög-

³⁹⁸ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 55.

³⁹⁹ *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (163); zustimmend *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (69).

⁴⁰⁰ *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (163).

⁴⁰¹ *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (163).

⁴⁰² OGH, 10.4.2008, 3 Ob 17/08h; Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger und Bydlinski 2020, § 865 ABGB Rn. 6.

⁴⁰³ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (70).

⁴⁰⁴ *Zierl et al.* 2018, Rn. 577; ebenso *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (70), mit Verweis auf den Wortlaut des § 865 Abs. 3 S. 1 ABGB: „[...] es sei denn, sie *haben* für das betreffende Rechtsgeschäft einen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter.“ [Hervorhebung durch Autorin].

lichkeit lehnte der Gesetzgeber ausdrücklich ab: Wer dies fordere, übersehe grundlegend, dass damit eine zeitlich möglicherweise unbegrenzte Bindung des Vertragspartners an seine Vertragserklärung einhergehe. Er müsse, gar über Jahre und Jahrzehnte hinweg, zu einer Erklärung stehen und sich zur Vertragserfüllung bereithalten, ohne irgendwann Gewissheit zu erlangen, ob der Vertrag nun irgendwann einmal wirksam zustande komme oder nicht. Dies sei eine erhebliche Belastung für den Geschäftsverkehr.⁴⁰⁵

(2) Annahme des „nur zum Vorteil gemachten Versprechens“

Parallel zu dieser Regelung des § 865 Abs. 3 S. 1 und S. 2 ABGB bleiben im Übrigen, wie in § 865 Abs. 3 S. 3 ABGB angeordnet, § 865 Abs. 2 ABGB und § 242 Abs. 3 ABGB anwendbar. Diese beiden letztgenannten Vorschriften sehen Ausnahmen von der schwebenden Unwirksamkeit vor. So existiert mit § 242 Abs. 3 ABGB eine dem § 105a BGB nachempfundene Regelung: Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, die die Lebensverhältnisse des Geschäftsunfähigen nicht übersteigen, werden mit Erfüllung der den Geschäftsunfähigen treffenden Pflichten rückwirkend wirksam.

Vor allem aber bestimmt § 865 Abs. 2 ABGB, dass jede Person „ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen“ kann.⁴⁰⁶ Bemerkenswert ist dabei zum einen, dass die Abgabe eines auf ein nur vorteilhaftes Geschäft gerichteten Angebot dem Geschäftsunfähigen dem Wortlaut nach nicht möglich ist. Zum anderen ist bemerkenswert, dass § 865 Abs. 2 ABGB für alle geschäftsunfähigen Personen gilt, gleich ob minderjährig oder volljährig. Vor Inkrafttreten des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes war dies noch anders: Es konnten lediglich Minderjährige ab sieben Jahren sowie Personen unter Sachwalterschaft solche Versprechen annehmen. Diese Beschränkung wurde mit Inkrafttreten des 2. ErwSchG beseitigt. Laut Gesetzesbegründung seien insbesondere geschäftsunfähige Kinder in solchen Situationen nicht schutzbedürftig: Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb ein sechsjähriges Kind eine Schenkung nicht annehmen könnten sollte. Insbesondere pädagogische Erwägungen, dem Kind solle ohne Zustimmung der Eltern nichts geschenkt werden, seien kein tragfähiges Gegenargument, da der Erziehungsberechtigte die geschenkte Sache ohnehin einfach an sich nehmen könne. Die Möglichkeit pädagogischer Interventionen werde also nicht beeinträchtigt. Ohnehin spielten sich solche Konflikte im ausschließlich faktischen Bereich ab und hingen nicht mit einer etwaigen Annahmefähigkeit des Kindes zusammen. Was für geschäftsunfähige Kinder gelte, müsse aber auch für geschäftsunfähige Erwachsene gelten; es gebe keinen Grund für unnötige Differenzierungen im Recht der Geschäftsfähigkeit.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 55.

⁴⁰⁶ Zu den Voraussetzungen dieser Annahme bereits oben unter 3. Kapitel C.I.3.b).

⁴⁰⁷ ErläutRV 1461 BlgNR 25, S. 54.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich dabei aber dagegen entschieden, den Vorteil näher zu qualifizieren und stellt insbesondere, anders als der deutsche Gesetzgeber, nicht auf einen „rechtlichen“ Vorteil ab. Zum Schutz des Geschäftsunfähigen ist jedoch anerkannt, dass eine strenge Beurteilung der Vorteilhaftigkeit erfolgen muss.⁴⁰⁸ Wirtschaftliche Günstigkeit des Geschäfts reicht demnach nicht aus.⁴⁰⁹ Ein Geschäft ist nur dann vorteilhaft, wenn jegliche rechtlichen, privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur, wirtschaftlichen und sonstigen Pflichten, Lasten oder Nachteile fehlen.⁴¹⁰

Dies führt dazu, dass der Bereich vorteilhafter Versprechen erheblich beschränkt ist. Nicht einmal der unentgeltliche Erwerb eines PKW ist nach der Rechtsprechung vorteilhaft: Der Minderjährige erfahre nicht lediglich einen Vermögenszuwachs, sondern mit dem Erwerb sei auch die Übernahme „gewisser Verpflichtungen und Haftungen“ verbunden.⁴¹¹ Ebenso nicht vorteilhaft ist die Zuwendung einer Sache, die mit wirtschaftlichen Lasten verbunden ist, wie es etwa bei einer Schenkung von Reitpferden der Fall ist: Diese bringt nicht nur Vorteile, sondern auch erhebliche wirtschaftliche Lasten, so etwa die Kosten der Fütterung, der ärztlichen Betreuung sowie einer abzuschließenden Haftpflichtversicherung.⁴¹² Die herrschende Meinung qualifiziert entsprechend auch den Erwerb eines Grundstücks aufgrund der damit verbundenen Grunderwerbssteuer als nachteilig.⁴¹³ Nicht vorteilhaft ist auch die Schenkung einer Eigentumswohnung, da diese mit Lasten verbunden ist.⁴¹⁴

Bestrebungen, den Anwendungsbereich zustimmungsfreier Geschäfte auf der Grundlage einer eingeschränkten wirtschaftlichen Betrachtungsweise durch Aussonderung bestimmter unbedeutender Nachteile zu erweitern, wie es der BGH-Rechtsprechung jedenfalls beim Grundstückserwerb entspricht, gibt es nicht. Es wird auch nicht zwischen unmittelbaren und mittelbaren Nachteilen unterschieden. Vielmehr ist jeglicher rechtliche oder wirtschaftliche Nachteil, der mit dem Erwerb irgendwie zusammenhängt, beachtlich, sodass das

⁴⁰⁸ Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 865 ABGB Rn. 31.

⁴⁰⁹ LGZ Wien, EFSlg 62.816, 9.5.1990, 44 R 278/90; Dullinger ÖJZ 1987, S. 33 (35); Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger und Bydlinski 2020, § 865 ABGB Rn. 5; Bucher AcP (186) 1986, S. 1 (41 Fn. 49).

⁴¹⁰ Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 865 ABGB Rn. 31; Schwimann/Neumayr-Kolmasch 2021, § 865 ABGB Rn. 19; Barth und Ganner, in: Handbuch des Erwachsenenschuttsrechts, S. 11 (65); LGZ Wien, EFSlg 62.81609, 9.5.1990, 44 R 278/90.

⁴¹¹ OGH, 7.4.1951, 2 Ob 261/52.

⁴¹² OGH, 18.2.1981, 1 Ob 719/80; siehe auch Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger und Bydlinski 2020, § 865 ABGB Rn. 5.

⁴¹³ Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger und Bydlinski 2020, § 865 ABGB Rn. 5; Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler 2021, § 865 ABGB Rn. 31; Schwimann/Neumayr-Kolmasch 2021, § 865 ABGB Rn. 19.

⁴¹⁴ LGZ Wien, EFSlg 62.816, 9.5.1990, 44 R 278/90: z. B. Haftung für die bürgerlichen Verbindlichkeiten und die Betriebskosten.

österreichische Recht in der Tendenz sogar noch strenger ist als das deutsche Recht.

bb) Schweiz

Im Schweizer Recht können gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 ZGB jedenfalls handlungsunfähige Personen, die aber gleichzeitig urteilsfähig sind, mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben. Nach Absatz 2 vermögen sie aber Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind. Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 2 ZGB ist es, dem Handlungsunfähigen den Abschluss solcher Rechtsgeschäfte zu ermöglichen, vor denen sie nicht geschützt werden müssen.⁴¹⁵

Weil diese beschränkte Geschäftsfähigkeit im Schweizer Recht nur urteilsfähigen Personen zusteht, sind die Urteilsunfähigen, also Geschäftsunfähigen, nicht erfasst.⁴¹⁶ Erfasst sind vielmehr nur urteilsfähige Minderjährige, die zwar mangels Volljährigkeit nicht handlungsfähig sind, aber dennoch bereits die Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln haben. Nicht handlungsfähig, aber gegebenenfalls urteilsfähig, sind zudem Volljährige unter teilweiser oder umfassender Beistandschaft, da diesen per Gesetz die Handlungsfähigkeit – nicht aber die Urteilsfähigkeit – entzogen wird, § 394 Abs. 2 bzw. § 398 Abs. 3 ZGB.⁴¹⁷

Hinsichtlich der Frage, was sodann den Begriff des „Vorteils, der unentgeltlich ist“ charakterisiert, kommt das Schweizer Recht dabei zu dem deutschen Recht ähnlichen Ergebnissen: Auf die wirtschaftliche Günstigkeit des Geschäfts kommt es nicht an.⁴¹⁸ Vielmehr ist entscheidend, dass dem Vorteil kein Nachteil und keine Belastung gegenübersteht.⁴¹⁹ Unter einem Nachteil bzw. einer Belastung ist dabei nicht nur die Verpflichtung zu einer Gegenleistung zu verstehen, sondern jede Belastung, beispielsweise auch eine Schenkung unter Auflage, und sei es nur, dass dem Beschenkten gewisse Verhaltenspflichten auferlegt werden.⁴²⁰ Der Unentgeltlichkeit stehen aber nur direkte bzw. unmittelbare Nachteile entgegen.⁴²¹ Indirekte Folgen des Geschäfts sind nach herrschen-

⁴¹⁵ *Bucher* 1999, S. 34f. Rn. 149.

⁴¹⁶ Kritisch *Hausheer und Aebi-Müller* 2016, § 7 Rn. 07.64., allerdings anerkennend, das Erfordernis der Urteilsfähigkeit entspreche „der Grundkonzeption der schweizerischen Regelung der Handlungsfähigkeit, die grundsätzlich nur dem vernünftigen und selbstverantwortlichen Menschen, d. h. dem Urteilsfähigen, die Fähigkeit, Rechtsfolgen auszulösen, zuerkennt.“ Ebenso *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 190.

⁴¹⁷ Siehe zum erfassten Personenkreis auch *Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser* 2022, Art. 19 ZGB Rn. 5.

⁴¹⁸ *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 91 Rn. 293.

⁴¹⁹ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 191; *Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser* 2022, Art. 19 ZGB Rn. 26.

⁴²⁰ *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 91 Rn. 293.; *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 193.

⁴²¹ *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 91 Rn. 293; *Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser* 2022, Art. 19 ZGB Rn. 26.

der Ansicht nicht erfasst.⁴²² Damit ist, anders als im österreichischen Recht, auch die Schenkung eines Autos ein unentgeltlicher Vorteil, auch wenn damit Ausgaben für Steuern und Benzin und Kosten für den Unterhalt verbunden sind.⁴²³ Selbiges gilt für die Schenkung eines Grundstücks: Die zu erwartenden Gebühren und Steuern hindern die Unentgeltlichkeit der Schenkung nicht.⁴²⁴ Denn die belastenden Wirkungen seien nicht Auswirkungen des Eigentumsübergangs, sondern der Eigentümerstellung.⁴²⁵ Auch die Gefährlichkeit eines Gegenstands steht der wirksamen Schenkung an einen urteilsfähigen Handlungsunfähigen nicht im Wege.⁴²⁶ Die Entgegennahme einer geschuldeten Leistung ist hingegen nicht unentgeltlich, weil hierdurch der Leistungsanspruch untergeht.⁴²⁷ Eine Ausnahme gilt für die Entgegennahme des Schenkungsobjekts, Art. 241 Abs. 1 OR.⁴²⁸

Im Übrigen muss das Geschäft, um unter Art. 19 Abs. 2 ZGB zu fallen, nicht einmal Vorteile im eigentlichen Sinn bringen; es genügt, wenn es der Verhinderung von Vermögensnachteilen dient, wie es etwa bei Erhebung einer Mängelrüge im Kaufrecht der Fall ist,⁴²⁹ bzw. es genügt, dass mit der Erklärung schlicht keine Verpflichtungen bzw. kein Rechtsverlust verbunden ist.⁴³⁰ Der urteilsfähige Handlungsunfähige kann auch Erklärungen entgegennehmen, solange diese ihn nicht belasten. Er kann beispielsweise eine Offerte entgegennehmen.⁴³¹ Auch hier ist nicht notwendig, dass die Erklärung tatsächlich Vorteile bringt, es genügt, wenn sie schlicht keine Nachteile nach sich zieht.⁴³² Daher kann er beispielsweise auch als Stellvertreter handeln.⁴³³ Insgesamt soll aber das Vorliegen

⁴²² *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 91 f. Rn. 293; *Basler Kommentar/ZGB I-Fankhauser* 2022, Art. 19 ZGB Rn. 26; *Bucher* 1999, S. 35 Rn. 149.

⁴²³ *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 92 Rn. 294; a. A. *Brückner* 2000, S. 69 Rn. 223, wonach auch die Schenkung eines pflegebedürftigen Haustiers nachteilig sei, ebenso solcher Gebrauch- und Abfallwaren (gebrauchte Fahrzeuge, Haushaltsgeräte und Computer), deren Entsorgung gemäß bestimmten Vorschriften mit Aufwand verbunden sei.

⁴²⁴ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 193; *Bucher* 1999, S. 35 Rn. 149; Steuern und Gebühren seien unbeachtlich; a. A. *Brückner* 2000, S. 69 Rn. 223: Nachteilig sei die Schenkung von Grundstücken, die unterhaltsbedürftig seien oder mit Altlasten behaftet seien und deren Erwerb mit einer öffentlich-rechtlichen Beseitigungspflicht einhergehe.

⁴²⁵ *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 92 Rn. 294, ein Argument, das im deutschen Recht als zu formalistisch abgewiesen wurde, siehe oben im Zusammenhang mit der Entstehung von Verkehrssicherungspflichten unter 4. Kapitel B.II.1.b)cc(2)(b) bei Fn. 386.

⁴²⁶ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 193 mit dem Beispiel eines Luftgewehrs.

⁴²⁷ *Hausheer und Aebi-Müller* 2020, S. 92 Rn. 297; *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 210 ff.

⁴²⁸ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 194 f.

⁴²⁹ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 192.

⁴³⁰ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 202.

⁴³¹ *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 204.

⁴³² *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 205.

⁴³³ *Bucher* 1999, S. 35 Rn. 150.

unentgeltlicher Vorteile nur zurückhaltend angenommen werden,⁴³⁴ wobei diese Zurückhaltung im Schweizer Recht wesentlich weniger ausgeprägt ist als im österreichischen Recht.

cc) Frankreich

Eine beschränkte Geschäftsfähigkeit, wie sie dem deutschen Recht entspricht, gibt es im französischen Recht grundsätzlich nicht, insbesondere nicht im Minderjährigenrecht. Sie sind es also nicht in dem Sinne, dass sie bei bestimmten Verträgen der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter bedürften. Sie sind es aber gewissermaßen auf eine andere Art und Weise, da sie unter bestimmten Voraussetzungen, anders als vollgeschäftsfähige Personen, das Recht haben, sich im Klageweg auf die Nichtigkeit ihres Rechtsgeschäfts zu berufen, konkret dann, wenn sie durch das fragliche Geschäft geschädigt werden ((1)). Vergleichbare Regelungen gibt es für Personen, für die eine Erwachsenenschutzmaßnahme angeordnet wird oder angeordnet wurde ((2)). Dabei soll hier noch nicht das französische Klagemodell als Konkurrenzmodell zum an dieser Stelle untersuchten Zustimmungsmodell im Fokus der Betrachtung stehen,⁴³⁵ sondern vor allem die Gründe beleuchtet werden, die im französischen Recht zum Recht, das Rechtsgeschäft auf dem Klageweg anzugreifen, führen: Der Fokus liegt auf der Frage, was unter einem Schaden, der zur Vertragsaufhebung berechtigt, zu verstehen ist.

(1) Geschäftsfähigkeit Minderjähriger

(a) Überblick über das Minderjährigenrecht

(aa) Systematik

Nach Art. 388 Code civil sind Minderjährige Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Es wird unterschieden zwischen *mineurs émancipés* (für volljährig erklärte Minderjährige, beispielsweise durch Eheschließung (Art. 438-1 Code civil) oder durch Bestimmung des Vormundschaftsgerichts, vorausgesetzt, der Minderjährige ist mindestens 16 Jahre alt (Art. 438-2 Code civil)), die Volljährigen grundsätzlich gleichgestellt und damit voll geschäftsfähig sind, einerseits und *mineurs non émancipés* (nicht für volljährig erklärte Minderjährige) andererseits. Für diese Untersuchung relevant sind die *mineurs non émancipés*.

Das französische Recht unterscheidet, auch wenn diese Unterscheidung nicht explizit im Code civil zu finden ist, innerhalb dieser Kategorie nicht für volljäh-

⁴³⁴ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 19–19c ZGB Rn. 192: Beeinflusst durch die deutsche Doktrin.

⁴³⁵ Das französische Anfechtungsmodell wird unter 4. Kapitel B.III. untersucht.

rig erklärter Minderjähriger zwischen einsichtsfähigen (*discernant*) und nicht einsichtsfähigen (*non discernant*) Minderjährigen. Denn vor Erreichen eines gewissen Alters und einer gewissen Reife gilt ein Minderjähriger als vollständig nicht in der Lage, einen festen und klaren Willen zu bilden: Sein vorhandener Wille sei nur rudimentär, der Minderjährige sei nicht in der Lage, zu widerstehen oder in die Zukunft zu denken.⁴³⁶ In dieser Phase der Minderjährigkeit komme den Handlungen des Minderjährigen überhaupt keine Bedeutung zu: Entweder entstehe schon das Rechtsgeschäft nicht; zumindest aber sei dieses „absolut nichtig“ (*nullité absolue*), was bedeutet, dass sich jedermann und damit auch der Vertragspartner auf die Nichtigkeit berufen könne.⁴³⁷ Die Dauer dieser Phase, bis sodann die differenzierteren Regelungen der Art. 1146 ff. Code civil – zu diesen sogleich – eingreifen, soll sich dabei nicht anhand starrer Altersgrenzen bemessen: Insbesondere wird die Vollendung des siebten Lebensjahrs (*âge de la raison*) nicht als maßgebliche Grenze anerkannt: Diese Schwelle habe zwar eine „Art Tradition“ für sich, wird aber als zu niedrig betrachtet.⁴³⁸ Entscheidend ist daher die Einsichtsfähigkeit von Fall zu Fall, je nach Entwicklung des Kindes und je nach Bedeutung des geschlossenen Vertrags.⁴³⁹ Damit kennt das französische Recht auch eine relative Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

Trotz der im Laufe seiner Entwicklung eintretenden Einsichtsfähigkeit behandelt das Gesetz den Minderjährigen aber nicht wie einen Volljährigen: Denn das französische Recht sieht vor, dass jede Person wirksam Verträge schließen kann, außer das Gesetz bestimmt ihre Geschäftsunfähigkeit (*incapacité*), Art. 1145 Code civil. Eine solche Bestimmung gibt es mit Art. 1146 Nr. 2 Code civil für Minderjährige: Minderjährige sind geschäftsunfähig, und dies auch dann, wenn sie einen „bewussten und intelligenten“ Willen bilden können, denn sie sind unerfahren und bedürfen daher des Schutzes.⁴⁴⁰

Die Rechtsfolge dieser Geschäftsunfähigkeit ergibt sich aus Art. 1147 Code civil, wonach das von einem Geschäftsunfähigen geschlossene Geschäft nichtig ist, was aber von dessen geschäftsfähigen Vertragspartner nicht geltend gemacht werden kann, sondern ausschließlich vom gesetzlichen Vertreter bzw. vom Minderjährigen ab Erreichen der Volljährigkeit, und dies im Übrigen nur auf dem Klageweg. Diese nur einseitig geltend zu machende Nichtigkeit wird als „relative Nichtigkeit“ bezeichnet (*nullité relative*).⁴⁴¹ Dem geschäftsfähigen Vertragspartner steht dabei aber der Einwand des Art. 1151 Code civil zur Verfügung: Er kann die gegen ihn geltend gemachte Nichtigkeit abwehren, indem

⁴³⁶ Carbonnier 2004, S. 880 Rn. 427.

⁴³⁷ Carbonnier 2004, S. 880 Rn. 427; siehe auch Conte und Montanier JCP N (La Semaine Juridique Notariale et Immobilière) 1986, S. 401 ff. Rn. 5.

⁴³⁸ Carbonnier 2004, S. 880 f. Rn. 427.

⁴³⁹ Carbonnier 2004, S. 881 Rn. 427.

⁴⁴⁰ Carbonnier 2004, S. 882 Rn. 428.

⁴⁴¹ Fabre-Magnan 2021, S. 354; Malaurie und Peterka 2022, S. 299 Rn. 331; Terré und Fenouillet 2012, S. 373 Rn. 390.

er nachweist, dass die Rechtshandlung der geschützten Person genützt und ihr keinen Schaden gebracht hat oder dass sie der geschützten Person zugutegekommen ist.

Vom Grundsatz der auf den Zustand der Minderjährigkeit gestützten „relativen Nichtigkeit“ gibt es aber auch Ausnahmen: So bestimmt seit einer Gesetzesreform im Jahr 2016⁴⁴² zum einen Art. 1148 Code civil, dass eine geschäftsunfähige Person Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens (*actes courants*), die nach dem Gesetz oder den Gepflogenheiten zulässig, also allgemein üblich, sind (*autorisés par la loi ou l'usage*), selbst wirksam durchführen kann, vorausgesetzt, sie werden zu normalen Bedingungen abgeschlossen. Diese Vorgaben werden in Art. 388-1-1 und 408 Abs. 1 Code civil speziell für Minderjährige nochmals wiederholt. Zum anderen können gemäß Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil⁴⁴³ Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens (*actes courants*) aufgrund einfacher Schädigung (*simple lésion*) für nichtig erklärt werden, im Wege der sog. Läsionsklage. In Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil kommt der Grundsatz „*minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus*“ zum Ausdruck:⁴⁴⁴ Die Handlung des Minderjährigen wird für nichtig erklärt, nicht, weil sie von einem Minderjährigen vorgenommen wurde, sondern weil sie schädigend war.

(bb) Abgrenzungsfragen

Das französische Recht unterscheidet also im Minderjährigenrecht grundsätzlich zwischen drei verschiedenen Rechtsgeschäften: die per Gesetz „relativ nichtigen“ Rechtsgeschäfte (Art. 1147 Code civil), die jedenfalls aufgrund von Schädigung vernichtbaren Rechtsgeschäfte (Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil) und die wirksamen Rechtsgeschäfte (Art. 1148 Code civil). Diese Regelungen werfen allerdings zahlreiche Abgrenzungsfragen auf. So liegt die Schwierigkeit darin, zu bestimmen, welches Rechtsgeschäft in welche Kategorie fällt. Diese Schwierigkeit wird dadurch erhöht, dass sich Art. 1148 und Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil einerseits desselben Begriffs bedienen, des „Geschäfts des täglichen Lebens“ (*acte courant*). Andererseits wird dieser Begriff in Art. 1148 Code civil um den Zusatz „nach dem Gesetz oder den Gepflogenheiten zulässig“ ergänzt, sodass diese Vorschrift also neben der Alltäglichkeit auch noch auf die allgemeine Üblichkeit abstellt. Es drängt sich folglich die Frage auf, ob sich die in Art. 1148 Code civil genannten Rechtsgeschäfte mit jenen des Art. 1149 Code civil überschneiden, sodass der Anwendungsbereich beider Vorschriften deckungsgleich

⁴⁴² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁴⁴³ Die alte Fassung bis zum 1.10.2016 lautete: „*La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions.*“

⁴⁴⁴ Malaurie und Peterka 2022, S. 316 Rn. 356; siehe auch Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (106): Der Minderjährige solle nicht gar keine Geschäfte abschließen können, er solle sich dabei nur nicht schädigen.

ist und die Läsionsklage damit nur für die Geschäfte zur Verfügung steht, die auch unter Art. 1148 Code civil fallen, oder ob der Anwendungsbereich des Art. 1149 Code civil über den des Art. 1148 Code civil hinausgeht bzw. gar vollständig von diesem abzugrenzen ist.⁴⁴⁵

Die Problematik um das Verhältnis von Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil zu Art. 1148 Code civil ist mit der seit jeher diskutierten Frage verknüpft, wie solche Rechtsgeschäfte, die i. S. v. Art. 1147 Code civil allein aufgrund von Minderjährigkeit „relativ nichtig“ – bzw. auf dem Klageweg vernichtbar – sind, von jenen zu unterscheiden sind, die nur wegen einer einfachen Schädigung i. S. d. Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil im Wege der Läsionsklage für nichtig erklärt werden können. Diese Abgrenzungsfrage ist seit langem umstritten, da auch schon vor 2016 die Vorgängervorschrift des Art. 1149 Code civil (Art. 1305 Code civil a. F.) vorsah, dass bei einer Schädigung des Minderjährigen die Rückgängigmachung (*rescision*) des fraglichen Geschäfts geltend gemacht werden konnte:

Der traditionellen Ansicht zufolge ist zwischen *actes de disposition* (Veräußerungsgeschäften) einerseits und *actes d'administration* (Verwaltungsgeschäften) andererseits zu unterscheiden: Erstere seien, sofern von einem Minderjährigen vorgenommen, stets i. S. v. Art. 1147 Code civil nichtig, und letztere seien nur im Fall einer Schädigung i. S. d. Art. 1149 Code civil vernichtbar.⁴⁴⁶ Von diesen beiden Rechtsgeschäftstypen nochmals zu unterscheiden sei eine dritte Kategorie, konkret die Geschäfte des täglichen Lebens, die nach Gesetz oder den Gepflogenheiten zulässig seien. Wie diese dritte Kategorie im Einzelnen zu behandeln ist, ist sodann wiederum strittig. Entweder ist sie aus Art. 1149 Code civil auszusondern: Solche alltäglichen Rechtsgeschäfte sind dann nach Art. 1148 Code civil uneingeschränkt wirksam, also ohne die zusätzliche Möglichkeit bzw. Notwendigkeit einer Läsionsklage im Fall einer Schädigung.⁴⁴⁷ Oder aber diese

⁴⁴⁵ Zu dieser Frage *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.); zu den jeweiligen Vorgängervorschriften *Grimaldi*, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (110 f.); *Conte und Montanier* JCP N (La Semaine Juridique Notariale et Immobilière) 1986, S. 401 ff. Rn. 23 ff.

⁴⁴⁶ *Grimaldi*, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (104 f.); *Conte und Petit* 1995, S. 66 Rn. 109; *Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux* 1996, Fasc. 40 Rn. 22; *Juris Classeur/Civil Code-Sana-Chaillé de Néré* 2017, Fasc. 10 Rn. 115; *Carbonnier* 2004, S. 884 Rn. 428; *Terré und Fenouillet* 2012, S. 372 f. Rn. 390; *Poirret* 2011, S. 317 f. Rn. 345; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 316 f. Rn. 357 f.; *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.).

⁴⁴⁷ Ausdrücklich nach den Gepflogenheiten zulässige Rechtsgeschäfte von der Möglichkeit der Läsionsklage ausnehmend und damit zwischen Art. 1148 und 1149 Code civil trennend: *Poirret* 2011, S. 329 Rn. 361; *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.); *Malaurie und Peterka* 2022, S. 319 f. Rn. 361: „Le mineur peut aussi faire seul des actes d'administration, mais ils sont rescindables pour lésion.“ (Der Minderjährige kann zudem auch allein Verwaltungsgeschäfte abschließen, aber diese sind bei Schädigung aufhebbar.) Im Umkehrschluss sind die alltäglichen Handlungen, um die es im zitierten Abschnitt geht, nicht nach Art. 1149 Code civil aufhebbar. Ebenso *Carbonnier* 2004, S. 885 Rn. 428: Der Minderjährige erhalte mit den Regelungen über die nach den Gepflogenheiten zulässigen Geschäfte

Rechtsgeschäfte fallen *auch* in den Anwendungsbereich des Art. 1149 Code civil, sodass die Läsionsklage nicht nur auf Verwaltungsgeschäfte, sondern zudem auch auf alltägliche Geschäfte anwendbar ist.⁴⁴⁸ Im alten Recht wurde jedenfalls vertreten, dass auch alltägliche Geschäfte mittels Läsionsklage angreifbar sein konnten, da Art. 1305 Code civil a.F., der die Läsionsklage regelte, dem Wortlaut nach für jegliche Art von Verträgen (*toute sortes de conventions*) gegolten habe und damit eben auch für die alltäglichen und allgemein üblichen.⁴⁴⁹

Wie im Übrigen innerhalb dieser traditionellen Ansicht zwischen Verwaltungs- und Veräußerungsgeschäften zu unterscheiden ist, ergibt sich aus dem Gesetz selbst: Art. 496 Abs. 3 Code civil bezeichnet Verwaltungsgeschäfte als solche, die mit der laufenden Verwaltung des Vermögens zu tun haben, und Veräußerungsgeschäfte als solche, die das Vermögen dauerhaft und wesentlich binden. Die Vorschrift verweist sodann für weitere Einzelheiten auf das Dekret vom 22. Dezember 2008,⁴⁵⁰ wo Verwaltungs- und Veräußerungsgeschäfte näher bezeichnet werden: Als Verwaltungsgeschäft gelten nach Art. 1 S. 1 dieses Dekrets Geschäfte zur Verwertung oder Aufwertung des Vermögens, denen kein ungewöhnliches Risiko innewohnt. Welche dies im Einzelnen sind, wird sodann im Anhang I des Dekrets tabellarisch aufgeführt, beispielsweise der Kauf oder Verkauf von Gegenständen für den täglichen Gebrauch (II.3.), wobei dieser Begriff sehr wertungs offen ist,⁴⁵¹ oder Reparaturen zur Instandhaltung von Immobilien (I.). Im Anhang 2 befindet sich eine weitere Tabelle, in der sich eine nicht erschöpfende Auflistung solcher Geschäfte befindet, die als Verwaltungsgeschäfte gelten, es sei denn, sie erfüllen im Einzelfall nicht die Anforderungen des Art. 1 S. 1, weil sie beispielsweise weitreichende Folgen für den Inhalt oder den Wert des Vermögens der geschützten Person haben oder für dessen Befugnisse oder dessen Lebensweise. Hierzu gehört beispielsweise die Kündigung eines Arbeitsvertrags als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer (III.).

Der Begriff des Veräußerungsgeschäfts ist in Art. 2 S. 1 näher spezifiziert: Veräußerungsgeschäfte sind Geschäfte, die das Vermögen in der Gegenwart

eine Geschäftsfähigkeit zugesprochen, die nicht vom Fehlen einer Schädigung abhängt. Ebenso Terré und Fenouillet 2012, S. 372 Rn. 390: Handle es sich nicht um ein nach den Gepflogenheiten wirksames Rechtsgeschäft, stelle sich die Frage, welches Schicksal diesen „*acte irrégulier*“ treffe: Nichtigkeit wegen Minderjährigkeit oder Nichtigkeit nur im Fall einer Schädigung.

⁴⁴⁸ Nerson RTD Civ. 1971, S. 613 (615), wonach auch nach den Gepflogenheiten zulässige Geschäfte für nichtig erklärt werden könnten, wenn sie den Minderjährigen schädigten; Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (111); ebenso Conte und Petit 1995, S. 65 Rn. 107.

⁴⁴⁹ Conte und Petit 1995, S. 65 Rn. 107.

⁴⁵⁰ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

⁴⁵¹ Terré und Fenouillet 2012, S. 309 Rn. 333 Fn. 7.

oder Zukunft durch eine wesentliche inhaltliche Veränderung, eine erhebliche Wertminderung oder eine dauerhafte Beeinträchtigung der Befugnisse des Inhabers belasten. Welche dies im Einzelnen sind, wird sodann ebenso im Anhang 1 tabellarisch aufgeführt. Hierzu gehören zahlreiche Geschäfte in Zusammenhang mit Grundstücken, wie der Kauf oder Verkauf oder die Bestellung von Grundpfandrechten oder Dienstbarkeiten (I.). Ebenso befindet sich im Anhang 2 eine Liste von solchen Rechtshandlungen, die ebenfalls als Veräußerungsgeschäfte gelten, es sei denn, sie erfüllen im Einzelfall nicht die Anforderungen von Art. 2 S. 1 aufgrund der geringen Folgen für den Inhalt oder den Wert des Vermögens oder für die Befugnisse oder die Lebensweise des Handelnden. Hierzu gehören zum Beispiel Darlehen (I.1.).

Veräußerungsgeschäfte und Verwaltungsgeschäfte lassen sich zudem auch danach unterscheiden, ob das Rechtsgeschäft dann, wenn der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen oder ein Vormund eines Volljährigen es selbst ausgeführt hätte, zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des Gerichts bzw. des Familienrats (*conseil de famille*⁴⁵²) bedurft hätte (dann Veräußerungsgeschäft) oder nicht (dann Verwaltungsgeschäft).⁴⁵³

Eine moderne Strömung in der Literatur tritt der Dreiteilung der traditionellen Ansicht entgegen und unterscheidet von vornherein nur zwischen wegen Minderjährigkeit per Gesetz nichtigen Rechtsgeschäften einerseits und alltäglichen und allgemein üblichen Geschäften, welche wiederum im Fall einer Schädigung aufgehoben werden können, andererseits. Hiernach sind also ausschließlich jene alltäglichen Geschäfte der Läsionsklage zugänglich, während alle anderen Geschäfte, gleich ob Veräußerungs- oder Verwaltungsgeschäfte, das Schicksal der Nichtigkeit wegen Minderjährigkeit trifft.⁴⁵⁴ Dies bedeutete für das Verhältnis von Art. 1148 und 1149 Code civil, dass der Anwendungsbe-

⁴⁵² Das Gericht kann einen sog. Familienrat einsetzen, also ein aus Familienmitgliedern des Betroffenen besetztes Organ. Dieses übernimmt dann Entscheidungen, die sonst einem Richter zustehen würden, etwa die Entscheidung, wer als Vormund (*tuteur*) eingesetzt wird (Art. 456, 457 Code civil). Siehe zu Funktion und Zusammensetzung des Familienrats *Malaurie und Peterka* 2022, S. 405 f. Rn. 488; *Teyssié* 2021, S. 700 ff. Rn. 1344 ff.

⁴⁵³ *Terré und Fenouillet* 2012, S. 373 Rn. 390; *Lemouland* RTD Civ. 1997, S. 1 ff. (unter Überschrift I.A.2.). In Art. 387-1 Code civil sind die Rechtsgeschäfte aufgelistet, für die der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen eine gerichtliche Genehmigung einholen muss. Für Vormünder Volljähriger ergibt sich die Genehmigungspflicht – Gericht oder *conseil de famille* – aus Art. 505 Abs. 1 Code civil, wo sogar ausdrücklich auf den Begriff des *acte de disposition* Bezug genommen wird.

⁴⁵⁴ *Conte und Montanier* JCP N (La Semaine Juridique Notariale et Immobilière) 1986, S. 401 ff. Rn. 31 (Diese Zweiteilung, wonach nur zwischen nichtigen und wegen Schädigung aufhebenden Geschäften unterschieden werden soll, bereits bei *Montanier* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1982, I, n° 3076 Rn. 2, 7, 11, sich dort allerdings nicht festlegend, nach welchen Kriterien diese Unterscheidung getroffen werden soll.); *Gouttenoire*, in: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, S. 163 (166, 170 f.); *La réforme du droit des contrats-Raoul-Cormeil* 2018, Art. 1149 Code Civil S. 109; vgl. *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.).

reich beider Vorschriften vollständig deckungsgleich wäre: Alltägliche Geschäfte fielen gleichermaßen unter Art. 1148 und Art. 1149 Code civil, alle anderen unter Art. 1147 Code civil.

(cc) *Stellungnahme*

Für die letztgenannte und moderne Ansicht spricht einerseits, dass sich der Gesetzgeber seit der Reform 2016 in Art. 1148 und 1149 Code civil desselben Begriffs bedient, nämlich jenem des *acte courant*, also des Geschäfts des täglichen Lebens. Zuzugeben ist auch, dass auch ein Verwaltungsgeschäft ein immer noch weitreichendes Geschäft sein kann und dass sich die Frage stellt, ob es sinnvoll ist, dass ein Minderjähriger, selbst wenn er sich dadurch nicht schädigt, alle Geschäfte, die der Gesetzgeber als Verwaltungsgeschäft einordne, wirksam abschließen können soll.⁴⁵⁵ Andererseits bezieht sich aber eben nur Art. 1148 Code civil ausdrücklich auf „nach den Gepflogenheiten zulässige“ Rechtsgeschäfte.⁴⁵⁶ Da Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil diese Begrenzung nicht enthält, hat er also wohl andere Geschäfte im Blick.

Zudem gilt Art. 1149 Code civil nur für Minderjährige, Art. 1148 Code civil aber für alle Geschäftsunfähigen: Folglich ist Art. 1149 Code civil wohl nicht als reine Ausnahmenvorschrift zu Art. 1148 Code civil konzipiert.⁴⁵⁷ Außerdem ist fraglich, ob es, wenn sich der Anwendungsbereich des Art. 1149 Code civil mit dem des Art. 1148 Code civil hätte decken sollen, der gesonderten Feststellung der Wirksamkeit in Art. 1148 Code civil überhaupt bedurft hätte: Denn wenn Art. 1149 Code civil ohnehin immer auch Anwendung finden soll, dann ergibt sich eben bereits aus dieser Vorschrift, dass ein Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam ist, es sei denn, es schädigt den Minderjährigen. Art. 1148 Code civil wäre bei deckungsgleichem Anwendungsbereich somit gar überflüssig. Es müssen daher beide Vorschriften einen eigenen Anwendungsbereich haben,⁴⁵⁸ und zwar einen vollständig eigenen: Art. 1149 Code civil geht damit nicht lediglich über Art. 1148 Code civil hinaus, sondern erfasst von vornherein ausschließlich solche Geschäfte, die nicht auch von Art. 1148 Code civil erfasst sind.

Der mehrheitlich in der Literatur vertretenen Ansicht und der traditionellen Dreiteilung folgend hat der Minderjährige also im Ergebnis zum einen die Möglichkeit, vollständig wirksam nach den Gepflogenheiten übliche Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, abzuschließen, worunter im Übrigen auch Veräußerungsgeschäfte fallen können, wenn sie nur alltäglich sind, Art. 1148 Code civil.⁴⁵⁹ Der Weg der Läsionsklage steht dann nicht mehr offen. Zum anderen

⁴⁵⁵ Conte und Montanier JCP N (La Semaine Juridique Notariale et Immobilière) 1986, S. 401 ff. Rn. 18. Siehe zur Definition des Verwaltungsgeschäfts mit Beispielen oben.

⁴⁵⁶ Peterka AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.).

⁴⁵⁷ Peterka AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.).

⁴⁵⁸ Peterka AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.).

⁴⁵⁹ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (105, 112); Poirret 2011, S. 327

besitzt der Minderjährige in Bezug auf Verwaltungsgeschäfte so etwas wie eine beschränkte Geschäftsfähigkeit („*semi-capacité*“).⁴⁶⁰ Ist ein Rechtsgeschäft also nicht schon alltäglich und nach den Gepflogenheiten zulässig, kann dieses immerhin als Verwaltungsgeschäft, wenn es den Minderjährigen nicht schädigt und keine Nichtigkeitsklage erhoben wird, wirksam sein, Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil.⁴⁶¹ Alle anderen Rechtsgeschäfte sind nach Art. 1147 Code civil „relativ nichtig“ und daher allein auf der Grundlage der Minderjährigkeit vom Minderjährigen selbst bzw. von dessen gesetzlichem Vertreter anfechtbar.

Ob diese Ansicht so auch der Wertung der Rechtsprechung entspricht, also ob die Rechtsprechung ebenso dieser traditionellen Dreiteilung anhängt, die streng zwischen Art. 1147, 1148 und 1149 Code civil unterscheidet, oder ob sie neueren Tendenzen entsprechend nur zwischen gleichermaßen unter Art. 1148 und 1149 Code civil fallenden alltäglichen Geschäften einerseits und unter Art. 1147 Code civil fallenden sonstigen Geschäften andererseits differenziert, ist dabei nicht ganz klar. Denn häufig nimmt die Rechtsprechung bei der Subsumtion unter Art. 1149 Code civil bzw. Art. 1305 Code civil a. F. gar keine Einordnung des Geschäfts als Veräußerungs- oder Verwaltungsgeschäft oder als allgemein übliches und alltägliches Geschäft vor, sondern befasst sich ohne weitere Einordnung nur mit der Frage nach einer Schädigung. Ohne nähere Einordnung beurteilte die Rechtsprechung somit etwa die Miete eines Fahrzeugs, wenn der Minderjährige einen Führerschein für dieses besitzt und die Kautions zahlen kann,⁴⁶² sowie den Abschluss eines Plattenvertrags als unter Art. 1149 Code civil bzw. Art. 1305 Code civil a. F. fallende Rechtsgeschäfte.⁴⁶³

Andere Urteile hingegen stehen gar in Widerspruch zueinander: Das Unterzeichnen eines Schuldanerkenntnisses im Falle einer Haftung des Minderjährigen auf Schadensersatz hat die Rechtsprechung als wirksam bewertet und dabei explizit auf die Natur des Geschäfts als Verwaltungsgeschäft verwiesen,⁴⁶⁴ was dafür spricht, dass sich das Gericht hier der traditionellen Ansicht anschließt.⁴⁶⁵ Zur Frage der Eröffnung eines Bankkontos im Zusammenhang mit einer Läsionsklage rügte die *Cour de Cassation* das Berufungsgericht hingegen, nicht ge-

Rn. 359. Insbesondere die Gegner der traditionellen Ansicht stimmen der Aussage zu, wonach der Charakter des Rechtsgeschäfts für die Frage, ob es alltäglich ist, irrelevant sei: *Conte und Petit* 1995, S. 65 Rn. 106; *Conte und Montanier* JCP N (La Semaine Juridique Notariale et Immobilière) 1986, S. 401 ff. Rn. 21; *Gouttenoire*, in: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, S. 163 (172).

⁴⁶⁰ *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.).

⁴⁶¹ Zur Wirksamkeit nicht schädigender *actes d'administration*: *Carbonnier* 2004, S. 884 Rn. 428.

⁴⁶² Cass. 1^{re} civ., 4. November 1970, n° 69-12788, Bull. Civ. 1970 I, n° 294.

⁴⁶³ Paris, 1^{re} Ch., 10. Juni 1964, JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale), 1965, II, n° 13980; Cass. 1^{re} civ., 4. Oktober 1966, n° 61-13767, Bull. Civ. 1966 I, n° 449.

⁴⁶⁴ TI Montmorillon, 19. Mai 1982, JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1984, II, n° 20219, m. Anm. *Jean-Claude Montanier*.

⁴⁶⁵ *Gouttenoire*, in: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, S. 163 (169).

prüft zu haben, ob es sich um ein Geschäft des täglichen Lebens handle.⁴⁶⁶ Dies wird so interpretiert, dass die *Cour de Cassation* also die Üblichkeit des Geschäfts zum maßgeblichen Kriterium erhoben und folglich die Läsionsklage auf alltägliche Geschäfte beschränkt habe, womit sie der traditionellen Ansicht eine Absage erteilt habe.⁴⁶⁷

Unklar war die Einordnung auch stets bei Kaufverträgen. Mit einer Schädigung, die im Ergebnis verneint wurde, und damit mit einer Subsumtion unter Art. 1149 Code civil befasste sich die *Cour de cassation* etwa im Zusammenhang mit dem Kauf und anschließendem Verkauf eines Vergnügungsboots, wobei die Schädigung des Minderjährigen im Übrigen aufgrund des erzielten Gewinns verneint wurde („une excellente affaire“).⁴⁶⁸ Das Gericht äußerte sich dabei aber wiederum nicht zur Natur des Geschäfts, wobei es zugegebenermaßen schwer fallen dürfte, den Kauf bzw. Verkauf eines Vergnügungsboots als alltägliches und allgemein übliches Geschäft zu bezeichnen. Es liegt also der Verdacht nahe, dass das Gericht dieses Geschäft als Verwaltungsgeschäft gewertet hat und Art. 1149 Code civil daher i.S.d. traditionellen Ansicht auch auf solche Geschäfte anwenden will.

Anders ging die *Cour de Cassation* beim Kauf eines Autos vor: Dieses Geschäft beurteilte das Gericht explizit allein danach, ob es sich um ein nach den Gepflogenheiten zulässiges Geschäft handelte, was es verneinte. Art. 1149 Code civil wurde sodann nicht mehr in Betracht gezogen, sondern mangels Alltäglichkeit des Geschäfts dessen unmittelbare Nichtigkeit ausgesprochen.⁴⁶⁹ Dies kann man nun so interpretieren, dass es sich beim Kauf offenbar um ein Veräußerungsgeschäft handeln soll, das der traditionellen Ansicht folgend von vornherein nicht an Art. 1149 Code civil zu messen ist, sondern für das, sofern dieses nicht ausnahmsweise als alltäglich und nach den Gepflogenheiten zulässig beurteilt werden kann, allein Art. 1147 Code civil maßgeblich ist.⁴⁷⁰ Oder aber man sieht in diesem Urteil eine Bestätigung der modernen These, wonach nur zwischen alltäglichen nach den Gepflogenheiten üblichen Geschäften, auf die sich sowohl Art. 1148 als auch Art. 1149 Code civil ausschließlich beziehen, einerseits und sonstigen Geschäften i.S.d. Art. 1147 Code civil andererseits zu unterscheiden ist: Wenn das Geschäft nicht alltäglich und allgemein üblich ist, kann dieses nur noch bzw. muss dieses nach Art. 1147 Code civil für nichtig erklärt werden.⁴⁷¹

⁴⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 12. November 1998, n° 97-13.248.

⁴⁶⁷ Gouttenoire, in: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, S. 163 (169).

⁴⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 3. Dezember 1991, n° 89-22043.

⁴⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1972, n° 71-10361, Bull. Civ. 1972 I, n° 122. Siehe auch die Entscheidung CA Caen, 15. Oktober 2015, n° 14/44, berichtet von *Raoul-Cormeil* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 2016, S. 526: Kauf eines Motorrollers kein Geschäft des täglichen Lebens.

⁴⁷⁰ Diese Interpretation bei *Nerson* RTD Civ. 1971, S. 613 (616).

⁴⁷¹ Diese Interpretation bei *Montanier* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale)

Da hier der traditionellen Ansicht gefolgt wird, sollen im Folgenden im Detail die Voraussetzungen der voll wirksamen Geschäfte i.S.d. Art. 1148 Code civil, der wegen Schädigung vernichtbaren Geschäfte i.S.d. Art. 1149 Code civil sowie der per Gesetz relativ nichtigen bzw. vernichtbaren Geschäfte i.S.d. Art. 1147 Code civil beleuchtet werden.

(b) Wirksamkeit nach Art. 1148 Code civil in Verbindung mit Art. 388-1-1 und 408 Code civil

Ein alltägliches Rechtsgeschäft, das nach dem Gesetz oder den Gepflogenheiten zulässig ist, kann ein Minderjähriger selbst wirksam vornehmen, Art. 388-1-1, 408, 1148 Code civil, wenn, so der Zusatz in Art. 1148 Code civil, dieses zu normalen Bedingungen vorgenommen wurde. Mit diesen Regelungen sollte das Recht an die tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden: Denn es entspreche der Rechtswirklichkeit, dass insbesondere Jugendliche als fähig behandelt würden, alltägliche Rechtshandlungen durchzuführen.⁴⁷² Es sei also faktisch gar nicht möglich, Minderjährige daran zu hindern, solche Geschäfte abzuschließen.⁴⁷³ Dem Gesetzgeber müsse gar Realitätsferne vorgeworfen werden, würde eine Person von heute auf morgen von einer vollständig geschäftsunfähigen Person zu einer vollständig geschäftsfähigen.⁴⁷⁴

Ohne diese Regelungen müsste, um die Wirksamkeit des durch den Minderjährigen getätigten Rechtsgeschäfts herbeizuführen, eine konkludente Vollmachterteilung durch die Eltern konstruiert werden – die Vertreterereigenschaft setzt keine Geschäftsfähigkeit voraus –, sodass letztlich die Eltern Vertragspartner würden.⁴⁷⁵ Für das sehr junge Kind, das im eigenen Wohnviertel kleine Besorgungen mache, sei diese Konstruktion noch einigermaßen plausibel.⁴⁷⁶ Sie sei es aber viel weniger für den siebzehnjährigen Jugendlichen, der, häufig weit weg von seinen Eltern oder zumindest ohne nach deren expliziten Erlaubnis zu fragen, kaufe, miete, leihe usw.⁴⁷⁷ Rechtsstreitigkeiten seien dazu in diesem Bereich selten.⁴⁷⁸ Auch dies spreche dafür, die vollzogenen Rechtsgeschäfte rechtlich zu festigen. Im Übrigen solle der Minderjährige schließlich auch an die Teilnahme am Rechtsverkehr herangeführt werden, indem er das Abschließen von Verträ-

1982, n° 3076 Rn. 11 und *Gouttenoire*, in: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, S. 163 (168).

⁴⁷² *Juris Classeur/Civil Code-Sana-Chaillé de Néré* 2017, Fasc. 10 Rn. 111; *Carbonnier* 2004, S. 887 Rn. 428: Die Minderjährigen dürfen und können selbstständig handeln, weil es der Sitte so entspricht.

⁴⁷³ *Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux* 1996, Fasc. 40 Rn. 30.

⁴⁷⁴ *Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux* 1996, Fasc. 40 Rn. 30: Früher, als die Volljährigkeit erst mit 21 eintrat, sah der Code civil noch einen solch brüsken Übergang vor.

⁴⁷⁵ *Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux* 1996, Fasc. 40 Rn. 30.

⁴⁷⁶ *Carbonnier* 2004, Rn. 428 S. 887.

⁴⁷⁷ *Carbonnier* 2004, Rn. 428 S. 887.

⁴⁷⁸ *Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux* 1996, Fasc. 40 Rn. 30.

gen erlerne und lerne, dass das gegebene Wort verbindlich sei.⁴⁷⁹ Diese beschränkte bzw. partielle Handlungsfähigkeit Geschäftsunfähiger besteht seit 1964.⁴⁸⁰

Eine Zulässigkeit nach Gesetz i.S.d. ersten Alternative des Art. 1148 Code civil soll immer schon dann gegeben sein, wenn der Minderjährige ein Grundrecht wahrnimmt.⁴⁸¹ Explizit regelt das Gesetz jedenfalls beispielsweise in Art. 328 Code civil: Auch ein minderjähriger Elternteil, dessen Mutter- oder Vaterschaft für ein Kind feststeht, kann auf Mutter- oder Vaterschaftsfeststellung einer anderen Person klagen.

Zu den nach den Gepflogenheiten zulässigen Rechtsgeschäften bzw. Rechtshandlungen i.S.d. der zweiten Alternative werden traditionellerweise pauschal sog. *actes conservatoires* (Sicherungsgeschäfte) gezählt.⁴⁸² Hierbei handelt es sich um Rechtsgeschäfte bzw. Rechtshandlungen, die dazu dienen, ein Gut vor einer Gefahr zu bewahren. Ein Sicherungsgeschäft liegt im Einzelnen vor, wenn es notwendig ist, nur mit geringen Ausgaben einhergeht, unter Berücksichtigung des Werts des betroffenen Guts und nicht für die Zukunft bindet.⁴⁸³

Ob solche Geschäfte jedoch uneingeschränkt von Art. 1148 Code civil erfasst und damit uneingeschränkt wirksam sein sollten, ist aber fraglich. Denn auch diese Geschäfte können einen beträchtlichen Umfang haben: Denn als Sicherungsgeschäft gilt beispielsweise auch die Aufnahme einer Hypothek im Zusammenhang mit einem Immobilienerwerb.⁴⁸⁴ Insbesondere spielt auch eine wirtschaftliche Betrachtung eine Rolle, da etwa auch die kostengünstige (gemessen am Wert des Gebäudes?) Reparatur eines beschädigten Gebäudes, um dieses vor dem Verfall zu retten, als Sicherungsgeschäft angesehen wird.⁴⁸⁵

Es sollte im Rahmen von Art. 1148 Code civil zum Schutz des Minderjährigen vielmehr stets gesondert geprüft werden, ob ein Rechtsgeschäft wirklich alltäglich und allgemein üblich ist oder nicht, unabhängig von der Kategorie, in die das Rechtsgeschäft fällt: Sowie also Veräußerungsgeschäfte nicht von vornherein auszusondern sind,⁴⁸⁶ sind Sicherungsgeschäfte nicht automatisch unter Art. 1148 Code civil zu fassen. Damit erfasst Art. 1148 Code civil jedenfalls unstreitig solche Geschäfte, die häufig vorgenommen und im Laufe des täglichen Lebens ständig wiederholt werden, wie der Kauf von Lebensmitteln, von Klei-

⁴⁷⁹ La réforme du droit des contrats-Raoul-Corueil 2018, Art. 1148 Code civil S. 107 f.

⁴⁸⁰ In Art. 389-3 und 450 Abs. 1 Code civil a.F. (Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation).

⁴⁸¹ La réforme du droit des contrats-Raoul-Corueil 2018, Art. 1148 Code civil S. 108.

⁴⁸² Malaurie und Peterka 2022, S. 319 Rn. 361.

⁴⁸³ Malaurie und Peterka 2022, S. 296 Rn. 326.

⁴⁸⁴ Malaurie und Peterka 2022, S. 296 Rn. 326. Zugegebenermaßen hindert aber auch im deutschen Recht die Belastung eines Grundstücks mit Grundpfandrechten nicht den wirksamen Erwerb des Grundstücks durch den Minderjährigen, siehe oben bei Fn. 323.

⁴⁸⁵ Malaurie und Peterka 2022, S. 296 Rn. 326.

⁴⁸⁶ Siehe oben bei Fn. 459.

dung sowie die Nutzung von Verkehrsmitteln, also der Abschluss von Beförderungsverträgen.⁴⁸⁷ Auch Anstandsgeschenke (*présent d'usage*) fallen, sofern sie den Vermögensverhältnissen des Minderjährigen entsprechen, darunter.⁴⁸⁸

Ob ein Rechtsgeschäft über diese eindeutigen Fälle hinaus so gewöhnlich ist, dass es nach den Gepflogenheiten als zulässig anzusehen ist, steht im Ermessen des Richters.⁴⁸⁹ Dies wird aus Gründen der Rechtssicherheit kritisch betrachtet, da der Dritte so im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts nicht sicher wisse, ob dieses wirksam sei oder nicht.⁴⁹⁰ Es wird daher nach Kriterien gesucht, um die Beurteilung vorhersehbarer zu machen, wobei insbesondere umstritten ist, ob dabei ein abstrakter oder ein konkreter Maßstab anzulegen ist: Teils wird in abstrakter Weise darauf abgestellt, eine Handlung sei alltäglich und allgemein üblich, wenn Personen einer bestimmten Altersklasse sie entweder aus Gewohnheit durchführten oder um die Bedürfnisse des täglichen Lebens zu befriedigen, ohne dass dies nach allgemeiner Ansicht bzw. nach Ansicht eines *bon père de famille* „unnormale“ erschiene.⁴⁹¹ Es soll hiernach also nicht auf den konkreten Minderjährigen abzustellen sein, sondern es muss zum einen allgemein festgestellt werden, wie sich das alltägliche Leben der Altersklasse gestaltet, der der Minderjährige angehört. Zum anderen muss die Einsichtsfähigkeit (*discernement*) dieser Altersgruppe untersucht werden, in Bezug auf die konkret vorgenommene Handlung.⁴⁹²

Andere wiederum befürworten einen konkreten Maßstab: Die Handlung müsse in Anbetracht des vorhandenen Vermögens des Minderjährigen angemessen erscheinen⁴⁹³ und seinen eigenen Lebensgewohnheiten bzw. denen seiner Familie entsprechen,⁴⁹⁴ unter Berücksichtigung der Tatsache, wie abhängig oder unabhängig das Verhältnis zwischen dem Minderjährigen zu seinen Eltern

⁴⁸⁷ La réforme du droit des contrats-Raoul-Corameil 2018, Art. 1148 Code civil S. 108.

⁴⁸⁸ Peterka AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 2. 2.1.); Patrin RTD Civ. 1995, S. 659 (663).

⁴⁸⁹ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (109); Gouttenoire, in: Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, S. 163 (172); Poirret 2011, S. 323 f. Rn. 356.

⁴⁹⁰ Conte und Montanier JCP N (La Semaine Juridique Notariale et Immobilière) 1986, S. 401 ff. Rn. 9; ebenso Gouttenoire, in: Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, S. 163 (171).

⁴⁹¹ Conte und Montanier JCP N (La Semaine Juridique Notariale et Immobilière) 1986, S. 401 ff. Rn. 13 ff.; Poirret 2011, S. 324; Farge 1998, S. 112 ff., 116 ff.

⁴⁹² Poirret 2011, S. 324 Rn. 357.

⁴⁹³ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (109); Peterka AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 2. 2.1.).

⁴⁹⁴ Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux 1996, Fasc. 40 Rn. 30. Wobei diese nicht zwingend übereinstimmen. Worauf dann abzustellen ist, ist fraglich. Diese Frage auch bei La réforme du droit des contrats-Raoul-Corameil 2018, Art. 1148 S. 108. Die Gepflogenheiten innerhalb einer Familie und das wirtschaftliche und soziale Umfeld des Minderjährigen als maßgeblich erachtend: Gouttenoire, in: Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, S. 163 (173).

generell ausgestaltet sei.⁴⁹⁵ Zudem sollen auch das Alter und die Reife des Minderjährigen zu berücksichtigen sein.⁴⁹⁶ Nicht immer schenkt die Rechtsprechung dem Aspekt des Alters aber Aufmerksamkeit: Ein fast 18-Jähriger soll beispielsweise nicht ohne die Erlaubnis seiner Eltern ein Motorrad kaufen können, hierbei handle es sich nicht um eine alltägliche und nach den Gepflogenheiten zulässige Handlung.⁴⁹⁷

Generell verwehrt die Rechtsprechung Minderjährigen den Kauf motorisierter Fahrzeuge aufgrund der damit verbundenen Gefahren.⁴⁹⁸ Aus dieser Rechtsprechung wird der allgemeine Schluss gezogen, ein nach den Gepflogenheiten zulässiges Rechtsgeschäft des täglichen Lebens sei generell nur ein solches, das dem Minderjährigen nicht schade.⁴⁹⁹ Dies ergebe sich auch aus dem Zusatz in Art. 1148 Code civil, wonach Wirksamkeitsvoraussetzung sei, dass das fragliche Geschäft „zu normalen Bedingungen vorgenommen“ wurde. Dieser Zusatz sei so weit gefasst und konturenlos, dass er es ermögliche, auch mit dem Vertragsschluss zusammenhängende Aspekte und damit Gefahren zu berücksichtigen:⁵⁰⁰ In die Beurteilung flössen folglich die Natur des Vertragsgegenstands selbst mit ein, ebenso die Umstände des Vertragsschlusses sowie der Nutzen des Vertrags.⁵⁰¹ Letztlich seien dieselben Überlegungen anzustellen wie im Rahmen des Art. 1149 Code civil, wenn es darum gehe, eine *simple lésion*, also eine einfache Schädigung, festzustellen.⁵⁰² Damit nähere sich die traditionelle Ansicht, wonach alltägliche Geschäfte unter Art. 1148 Code civil fielen, während sonstige Verwaltungsgeschäfte von Art. 1149 code civil erfasst seien, der modernen

⁴⁹⁵ Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux 1996, Fasc. 40 Rn.30; dagegen *Farge* 1998, S.116ff.: Eine solche Beurteilung sei rechtsunsicher, weil der Vertragspartner in die konkreten Verhältnisse des Minderjährigen keinen Einblick habe. Zudem gewähre dies dem Richter einen viel zu weiten Beurteilungsspielraum.

⁴⁹⁶ *Nerson* RTD Civ. 1971, S. 613 (614); *Montanier* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1982, I, n° 3076 Rn. 14; *Grimaldi*, in: *L'Enfant, la famille et l'argent*, S. 101 (109); *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107ff. (unter 2. 2.1.); *Malaurie und Peterka* 2022, S. 319 Rn. 360: Die Gepflogenheiten seien ein variabler Begriff, abhängig von den Umständen und vom Alter des Minderjährigen.

⁴⁹⁷ CA Caen, 15. Oktober 2015, n° 14/44, berichtet von *Raoul-Cormeil* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 2016, S. 526: Der Minderjährige kaufte das Motorrad 41 Tage vor seinem 18. Geburtstag. Hätten aber seine Eltern ihm in der Vergangenheit schon einmal eins gekauft, solle er sich selbst eines kaufen dürfen: *La réforme du droit des contrats-Raoul-Cormeil* 2018, Art. 1148 S. 108.

⁴⁹⁸ Zum Kauf eines Autos, das der Minderjährige nicht eigenständig erwerben könne: Cass. 1^{re} civ., 9. Mai 1972, n°71-10361, Bull. Civ. 1972 I, n° 122: „il ne saurait être ainsi des actes qui entraînent des risques particuliers.“ (Dies gilt nur für Rechtsgeschäfte, die besondere Gefahren nach sich ziehen.). Siehe auch bereits oben bei Fn. 469.

⁴⁹⁹ *Poirret* 2011, S. 324 Rn. 357; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 319 Rn. 361; *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107ff. (unter Überschrift 2. 2.1.) mit Rechtsprechung in Fn. 58; *Nerson* RTD Civ. 1971, S. 613 (616); a. A. *Carbonnier* 2004, S. 885 Rn. 428.

⁵⁰⁰ *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107ff. (unter Überschrift 2. 2.2.).

⁵⁰¹ *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107ff. (unter Überschrift 2. 2.2.).

⁵⁰² *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107ff. (unter Überschrift 2. 2.2.).

Ansicht, wonach sich sowohl Art. 1148 als auch 1149 Code civil nur auf alltägliche Rechtsgeschäfte bezögen, kompromissartig an.⁵⁰³

Unumstritten ist dieser Gleichlauf mit der *simple lésion* des Art. 1149 Code civil jedoch nicht, da beide Vorschriften sonst unter Umständen doch wieder dasselbe regelten.⁵⁰⁴ Dieser Einwand ist zwar nicht von der Hand zu weisen, aber dennoch muss, diesem systematischen Argument zum Trotz, zum Schutz des Minderjährigen auch im Rahmen von Art. 1148 Code civil sichergestellt werden, dass der Minderjährige sich nicht doch im Einzelfall schädigt. Dabei geht es auch weniger um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die ohnehin schon bei der Beurteilung des Geschäfts als alltäglich einfließen kann,⁵⁰⁵ sondern vor allem auch um tatsächliche Gefahren.

Um einen etwaigen Gleichlauf zu vermeiden, wird im Übrigen auch versucht, der Schädlichkeit in Art. 1148 Code civil eine etwas andere Bedeutung als in Art. 1149 Code civil zu verleihen: So komme es im Rahmen von Art. 1148 Code civil nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtung an, sondern es gehe vielmehr ausschließlich um die juristischen Umstände, in die der Vertragsschluss eingebettet sei. Aus diesen juristischen Umständen könne sich die Unrechtmäßigkeit des Vertragsschlusses ergeben, der dann nicht mehr als alltäglich angesehen werden könne. So könne der Minderjährige insbesondere keine Produkte erwerben oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen, die Minderjährige nicht konsumieren bzw. nutzen dürften.⁵⁰⁶ Alternativ wird vorgeschlagen, die Schädigungsfreiheit, um die es bei der Bewertung alltäglicher Geschäfte gehe, beziehe sich mehr auf die Tragweite, also die weiteren Folgen eines Geschäfts, unabhängig von dessen Nützlichkeit, während die Schädigungsfreiheit in Art. 1149 Code civil das unmittelbare Ergebnis des Geschäfts im Blick habe.⁵⁰⁷ Für die Bewertung der alltäglichen Geschäfte i. S. d. Art. 1148 Code civil komme es nur darauf an, dass das Rechtsgeschäft keine irreversiblen Konsequenzen für das Leben des Minderjährigen habe.⁵⁰⁸

(c) Läsionsklage aufgrund einfacher Schädigung, Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil

Handelt es sich nicht um ein alltägliches, unter Art. 1148 Code civil fallendes Rechtsgeschäft, so kann dieses dennoch unangreifbar wirksam sein, wenn es sich zumindest um ein Verwaltungsgeschäft⁵⁰⁹ handelt, bzw. um ein nicht alltägliches Sicherungsgeschäft, und dieses Geschäft den Minderjährigen nicht

⁵⁰³ Peterka AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 2. 2.2.).

⁵⁰⁴ La réforme du droit des contrats-Raoul-Cormeil 2018, Art. 1148 Code civil S. 108.

⁵⁰⁵ Siehe bei Fn. 493.

⁵⁰⁶ La réforme du droit des contrats-Raoul-Cormeil 2018, Art. 1148 Code civil S. 108.

⁵⁰⁷ Gouttenoire, in: Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, S. 163 (173).

⁵⁰⁸ Gouttenoire, in: Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, S. 163 (173).

⁵⁰⁹ Zur Definition oben ab Fn. 449.

schädigt, Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil.⁵¹⁰ Denn ist keine Schädigung gegeben, so gilt der Beweis als geführt, dass der Minderjährige in der Lage ist, sich um seine Angelegenheiten zu kümmern, und dass er daher keines besonderen Schutzes bedarf.⁵¹¹ Auch mit dieser Regelung wird der Autonomie des Minderjährigen Rechnung getragen: Alle Rechtshandlungen für nichtig zu erklären, bedeutete einen Überschuss an Schutz und hinderte den Minderjährigen vollständig an der Vornahme gewöhnlicher Handlungen in Bezug auf die Verwaltung des eigenen Vermögens.⁵¹²

Der Begriff der Schädigung wird weit verstanden und hat eine objektive und eine subjektive Komponente. So liegt zum einen dann eine Schädigung vor, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein Missverhältnis besteht, der Schaden also in Geld messbar ist. Dies ist ein Fall objektiver Schädigung.⁵¹³ Aber es wird zum anderen – und vor allem – auch eine subjektive, d. h. auf die Person des Minderjährigen bezogene Bewertung vorgenommen. Auch exzessive Ausgaben, die die Mittel des Minderjährigen übersteigen, bilden so einen Schaden.⁵¹⁴ Der Schadensbegriff ist dabei auch nicht auf eine rein wirtschaftliche Berechnung i. S. e. Vergleichs des Vermögens vor und nach Abschluss des Rechtsgeschäfts beschränkt, sondern es ist zudem ein möglicherweise fehlender Nutzen des getätigten Geschäfts für den Minderjährigen zu berücksichtigen: Unnütze Käufe können ebenso einen Schaden darstellen.⁵¹⁵ Im Ergebnis genügen also auch „Dummheiten des Minderjährigen“ (*sottises du mineur*) als Grund, die Nichtigkeit geltend zu machen.⁵¹⁶ Die Bestimmung des Schadens hängt daher auch stark mit dem Alter des Minderjährigen zusammen: So könne mit fortschreitendem Alter eher der Nutzen eines Geschäfts bejaht werden, ebenso stiegen die finanziellen Möglichkeiten an.⁵¹⁷

Die Verträglichkeit von Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil mit der Rechtssicherheit wird im Übrigen sehr unterschiedlich bewertet. So wird die Regelung einerseits gerade aus Gründen der Rechtssicherheit befürwortet: Der Rechtsverkehr brauche sich um die Minderjährigkeit des Vertragsschließenden nicht

⁵¹⁰ Siehe oben zum hier vertretenen Verständnis, wonach Art. 1148 und Art. 1149 Code civil je eigene Anwendungsbereiche haben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(1)(a)(cc).

⁵¹¹ Carbonnier 2004, Rn. 428 S. 884.

⁵¹² Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux 1996, Fasc. 40 Rn. 22.

⁵¹³ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (107); Malaurie und Peterka 2022, S. 317 Rn. 358; Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux 1996, Fasc. 40 Rn. 22; siehe auch Carbonnier 2004, S. 884 Rn. 428: „*préjudice pécuniaire*“.

⁵¹⁴ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (107); Terré und Fenouillet 2012, S. 373 Rn. 390; Malaurie und Peterka 2022, S. 317 Rn. 358.

⁵¹⁵ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (107); Carbonnier 2004, S. 884 Rn. 428; Malaurie und Peterka 2022, S. 317 Rn. 358; Terré und Fenouillet 2012, S. 373 Rn. 390.

⁵¹⁶ Malaurie und Peterka 2022, S. 317 Rn. 358; Montanier JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1982, I, n° 3076 Rn. 8.

⁵¹⁷ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (108).

zu kümmern, solange diesem kein Schaden zugefügt werde.⁵¹⁸ Interessant ist diese Feststellung insbesondere deswegen, da sich ein Schaden auch gerade erst aus einer subjektiven Betrachtungsweise ergeben kann. Die Minderjährigkeit dürfte daher für den Rechtsverkehr wesentlich leichter feststellbar sein als eine an den Verhältnissen des konkreten Minderjährigen gemessene Schädigung.

Andererseits wird gerade auf Rechtssicherheitsbedenken verwiesen, da die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Schädigung das Rechtsgeschäft „destabilisiere“ und Dritte gar davon abhalten könne, mit Minderjährigen Geschäfte abzuschließen.⁵¹⁹ Gleichzeitig nehme aber das Risiko der Nichtigkeitserklärung mit steigendem Alter des Minderjährigen wieder ab, da dann auch das Vorliegen einer Schädigung unwahrscheinlicher werde.⁵²⁰

Die Schädigung muss im Übrigen vom Minderjährigen bewiesen werden,⁵²¹ aber es obliegt dem Richter, zu beurteilen, ob die Schädigung hinreichend schwerwiegend ist.⁵²² Das Gesetz gibt keinen Prozentsatz vor, ab dem eine die Aufhebung des Vertrags rechtfertigende Schädigung vorliegt (daher der Begriff der „*simple lésion*“ als einfache bzw. bloße Schädigung⁵²³) – anders als in Spezialnormen, die sich mit dem Recht auf Vertragsaufhebung wegen Schädigung von Verträgen zwischen Geschäftsfähigen befassen: So regelt etwa Art. 1674 Code civil, dass der Verkäufer einer Immobilie die Aufhebung des Vertrags fordern kann, wenn er beim Preis um mehr als sieben Zwölftel geschädigt wurde.⁵²⁴

Ist eine Schädigung gegeben, kann, sofern eine Vertragsaufhebung gewünscht ist, der Minderjährige ab Erreichen der Volljährigkeit bzw. vor diesem Zeitpunkt dessen gesetzlicher Vertreter die Nichtigkeit gerichtlich feststellen lassen.⁵²⁵ Wird das Geschäft sodann für nichtig erklärt, so muss der Minderjährige im Übrigen auch nicht all das, was er empfangen hat, herausgeben, sondern nur den Gewinn, den er aus dem nichtigen Geschäft gezogen hat, Art. 1352-4 Code civil. Dies bedeutet, dass er empfangene Geldleistungen nicht herausgeben muss, wenn er diese ausgegeben hat. Zu seinem Schutz muss er also nichts aus seinem sonstigen Vermögen zurückführen.⁵²⁶

⁵¹⁸ Terré und Fenouillet 2012, S. 373 Rn. 390.

⁵¹⁹ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (107).

⁵²⁰ Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (107f.).

⁵²¹ Carbonnier 2004, S. 884 Rn. 428.

⁵²² Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux 1996, Fasc. 40 Rn. 22.

⁵²³ La réforme du droit des contrats-Raoul-Cormeil 2018, Art. 1149 Code civil S. 109.

⁵²⁴ Juris Classeur/Contrats Distribution 1-Veaux 1996, Fasc. 40 Rn. 22.

⁵²⁵ Carbonnier 2004, S. 884 Rn. 428.

⁵²⁶ Malaurie und Peterka 2022, S. 301 Rn. 334, S. 317f. Rn. 359; Fabre-Magnan 2021, S. 575 Rn. 729; noch weitergehender Carbonnier 2004, S. 885 Rn. 428: Der Minderjährige müsse eine empfangene Geldleistung grundsätzlich nicht zurückgeben, weil vermutet werde, dass er sie verschwendet hat. Eine Rückzahlungspflicht bestehe nur dann, wenn nachgewiesen werden könne, dass der Minderjährige aus dem empfangenen Geld Gewinn gezogen habe. Die Herausgabepflicht sei dann auf diesen Gewinn beschränkt.

Das Recht auf Vertragsaufhebung besteht aber nicht ausnahmslos. So kann dann nicht geklagt werden, wenn die Schädigung auf einem unvorhersehbaren Ereignis beruht, Art. 1149 Abs. 1 S. 2 Code Civil. Hieraus wird gefolgert, dass die Läsionsklage nur zur Verfügung steht, wenn der Schaden aus dem Rechtsakt selbst folgt, nicht aber, wenn ein Schaden nur aufgrund eines nachvertraglichen Verhaltens des Minderjährigen eintreten kann.⁵²⁷ Entsprechend wurde das Anmieten eines Autos trotz der mit der Nutzung verbundenen Gefahren als nicht schädigend gewertet.⁵²⁸ Dies wird kritisiert, da es sich dabei doch jedenfalls um sehr vorhersehbare Gefahren handle; das Gericht habe letztendlich nur den Gefplogenheiten, wonach sich ein Minderjähriger mit einem Führerschein auch das entsprechende Fahrzeug mieten könne, entsprechen wollen.⁵²⁹ Etwas widersprüchlich erscheint es dabei auch, dass beim Kauf eines Autos, der zwar nicht nach Art. 1149 Code civil, aber immerhin nach Art. 1148 Code civil beurteilt wurde, diese Gefahren als hinreichend gewichtig gewertet wurden, um dem Geschäft mangels Üblichkeit die Wirksamkeit zu versagen.⁵³⁰

Eine Vertragsaufhebung kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Minderjährige die fragliche Verpflichtung im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eingegangen ist, Art. 1149 Abs. 3 Code civil: Die Rechtssicherheit hat hier Vorrang vor dem Minderjährigenschutz.⁵³¹ Die Geltendmachung der Nichtigkeit ist zudem nicht möglich, wenn der Minderjährige nach Erreichen der Volljährigkeit das Rechtsgeschäft bestätigt hat, Art. 1151 Abs. 2 Code civil.

Im Übrigen steht der Vertragsnichtigkeit bzw. dem Recht, die Nichtigkeit wegen Schädigung geltend zu machen, nicht im Wege, dass der Minderjährige bei Vertragsschluss vorgegeben hat, minderjährig zu sein, Art. 1149 Abs. 2 Code civil. Die bloße Behauptung, volljährig zu sein, zieht auch keine Schadensersatzansprüche nach der schadensrechtlichen Generalklausel des Art. 1240 Code civil nach sich.⁵³² Schadensersatzpflichtig macht sich der Minderjährige nur dann, wenn er seine Geschäftsunfähigkeit durch betrügerisches Vorgehen verschleiert,⁵³³ wobei der gegen ihn gerichtete Anspruch auf Naturalrestitution sodann darin besteht, dass ihm die Geltendmachung der Nichtigkeit versagt und das Rechtsgeschäft als Strafe aufrechterhalten wird.⁵³⁴

⁵²⁷ Cass. 1^{re} civ., 4. November 1970, n° 69-12788, Bull. Civ. 1970 I, n° 294; vgl. *Nerson* RTD Civ. 1971, S. 613 (616).

⁵²⁸ Cass. 1^{re} civ., 4. November 1970, n° 69-12788, Bull. Civ. 1970 I, n° 294.

⁵²⁹ *Nerson* RTD Civ. 1971, S. 613 (616).

⁵³⁰ Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1972, n° 71-10361, Bull. Civ. 1972 I, n° 122.

⁵³¹ *La réforme du droit des contrats-Raoul-Cormeil* 2018, Art. 1149 Code civil S. 110.

⁵³² *Terré und Fenouillet* 2012, S. 374 Rn. 390.

⁵³³ *Terré und Fenouillet* 2012, S. 374 Rn. 390, mit dem Hinweis, dass das Kind aber verschuldensfähig sein musste; *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Art. 414-1 à 414-3, Fasc. 20 Rn. 180; *Malnivaud* 1965, S. 28 f.

⁵³⁴ *Terré und Fenouillet* 2012, S. 374 Rn. 390; *Peterka* AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.), die Versagung des Klagerechts allerdings nicht als Ergebnis eines Schadensersatzanspruchs betrachtend; *Malnivaud* 1965, S. 29 ff., ebenso die Versagung des Klage-

Bis 2016 war die Haftung Minderjähriger in Art. 1310 Code civil a.F.⁵³⁵ sogar ausdrücklich geregelt und dabei herrschte im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass Minderjährige, die die Folgen ihres Handelns noch nicht absehen können und damit nicht verschuldensfähig sind, nicht selbst haften.⁵³⁶ Allerdings hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit in zahlreichen Fällen dennoch trotz fehlender Verschuldensfähigkeit die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit Minderjähriger für zugefügte Schäden anerkannt.⁵³⁷ Fernliegend ist dies in der Tat nicht: Dieses Ergebnis wird dadurch gestützt, dass auch Volljährige, bei denen eine geistige Störung vorliegt, ausdrücklich auf Ersatz des von ihnen verursachten Schadens haften, Art. 414-3 Code civil. Wenn in Bezug auf die Haftung Volljähriger auf das Element der Zurechnungsfähigkeit verzichtet wird,⁵³⁸ dann muss dies auch für Minderjährige gelten.⁵³⁹ In der Literatur wird entsprechend auch die Anwendung von Art. 414-3 Code civil auf nicht einsichtsfähige Minderjährige vertreten.⁵⁴⁰

(d) Grundsatz der relativen Nichtigkeit nach Art. 1147 Code civil mit Möglichkeit des Einwands nach Art. 1151 Code civil

Handelt es sich weder um ein nach den Gepflogenheiten zulässiges Rechtsgeschäft noch um ein Verwaltungsgeschäft bzw. Sicherungsgeschäft, so bleibt es beim Grundsatz der Nichtigkeit nach Art. 1147 Code civil, die allerdings ebenso nur vom Geschützten, also vom Minderjährigen bzw. dessen Vertreter, geltend gemacht werden kann.

rechts nicht als Ergebnis eines Schadensersatzanspruchs ansehend, da die Vertragsnichtigkeit gesetzlich angeordnet und nicht als Schaden durch ein Fehlverhalten des Minderjährigen entstanden sei. Es handle sich vielmehr um eine Art Privatstrafe, S. 34.

⁵³⁵ „Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.“

⁵³⁶ Carbonnier 2004, S. 881 Rn. 427.

⁵³⁷ Cass. 2^e civ., 19. Februar 1997, n° 94-19.726: Die *Cour de Cassation* stellt ausdrücklich fest, dass ein Verschulden des Kindes auch dann möglich ist, wenn es keine Einsicht in die Konsequenzen und Gefahren seiner Handlung hat (konkret ging es um die Frage der Möglichkeit des Mitverschuldens einer Minderjährigen). Cass. ass. Plén., 9. Mai 1984, RTD Civ. 1984, S. 508f. Anm. Huet: Haftung aus Art. 1242 Code civil bzw. Art. 1384 Code civil a.F. (Haftung für durch Sachen zugefügte Schäden, für die der Schädiger die Verantwortung trug) eines dreijährigen Kindes für durch die mit einem Stock zugefügten Verletzungen. Auf die Einsichtsfähigkeit des Kindes komme es nicht an. Siehe auch Malaurie und Peterka 2022, S. 314 Rn. 353 („la faute de bébé!“ = „Babys Schuld!“) mit Fn. 7; Carbonnier 2004, S. 881 Rn. 427; Marty und Raynaud 1988, S. 519 Rn. 463 Fn. 7; Massip 2009, S. 185 Rn. 220.

⁵³⁸ Siehe zur Bedeutung des Art. 414-3 Code civil unten unter 4. Kapitel B.III 1.

⁵³⁹ In diesem Sinne Viney RTD Civ. 1970, S. 251 (265); ebenso *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 31, wenn auch eine enge Auslegung des Art. 414-3 Code civil vertretend und daher – auch wenn er dies bedauert – eine Haftung des nicht einsichtsfähigen Kindes ablehnend.

⁵⁴⁰ Malaurie und Peterka 2022, S. 370 Rn. 429; Terré und Fenouillet 2012, S. 598 Rn. 578, aber wohl beschränkt auf Minderjährige, die an einer geistigen Erkrankung leiden. Siehe wiederum auch die Rechtsprechung Cass. 2^e civ., 19. Februar 1997, n° 94-19.726 zum Verschulden des Kindes, das keine Einsicht in die Konsequenzen seiner Handlung hat.

Der Nichtigkeitsklage kann der Vertragspartner aber die in Art. 1151 Code civil genannten Einwände entgegenhalten: Er kann nach Absatz 1 einwenden, dass die Rechtshandlung der geschützten Person – dem Minderjährigen – genutzt und ihr keinen Schaden gebracht hat (erste Alternative) oder dass sie der geschützten Person einen Gewinn gebracht hat (zweite Alternative). Während sich Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code civil also mit dem Ausbleiben einer *simple lésion* begnügt, um die Nichtigkeit abzuwehren, scheint Art. 1151 Abs. 1 Alt. 1 Code civil auf den ersten Blick andere bzw. höhere Anforderungen zu stellen, indem in der ersten Alternative der Nachweis sowohl das Ausbleiben eines Schadens als auch zusätzlich ein Nutzen des Rechtsgeschäfts, also eine subjektive Komponente, gefordert wird.⁵⁴¹ Wie gesehen wird aber auch in Art. 1149 Abs. 1 S. 1 Code Civil der Schaden nicht nur rein objektiv bestimmt: Auch dort kommt es nicht allein auf das ausgewogene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung an, sondern es wird die Nützlichkeit des Geschäfts in die Wertung einbezogen. Damit ist trotz unterschiedlicher Formulierung ein Gleichlauf zwischen Art. 1149 Abs. 1 S. 1 und Art. 1151 Code civil hergestellt: In beiden Fällen muss das Rechtsgeschäft objektiv und subjektiv unschädlich sein.⁵⁴²

(e) *Fazit*

„Tout ce que la loi a voulu, dans les dispositions où elle s'occupe des intérêts du mineur, c'est, non pas qu'il ne pût jamais contracter seul, mais qu'il ne fût pas lésé en contractant“: Schon im Jahr 1844 stellte die *Cour de cassation* klar, dass es dem Gesetz niemals darum gehe, dass der Minderjährige nicht allein Rechtsgeschäfte schließen könne, sondern immer nur darum, dass er sich dabei nicht schädige.⁵⁴³ An diesem Grundsatz hat sich auch fast 200 Jahre später nichts geändert: Im französischen Recht hängt die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit maßgeblich davon ab, ob der Minderjährige sich durch die fragliche Handlung schädigt.

Im Einzelnen ist das Zusammenspiel der maßgeblichen Normen des Minderjährigenrechts allerdings nicht ganz eindeutig zu bestimmen, da Uneinigkeit herrscht, wie die Anwendungsbereiche abzugrenzen sind und in welchen Teilen es Überschneidungen gibt. Im Wesentlichen zeichnet sich aber folgendes Bild:

Ein alltägliches, nach den Gepflogenheiten zulässiges Rechtsgeschäft ist gemäß Art. 1148 Code civil wirksam: Unter Art. 1148 Code civil fallen Geschäfte über geringfügige Beträge bzw. auch solche, die gemessen am Alter des Minderjährigen und – allerdings umstritten – an seinen konkreten Vermögensverhältnissen als angemessen erscheinen. Umstritten ist dabei, inwiefern zu be-

⁵⁴¹ Peterka AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.1. und 1.2.).

⁵⁴² Peterka AJ contrat 2018, S. 107 ff. (unter Überschrift 1. 1.2.).

⁵⁴³ Gouttenoire, in: Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, S. 163 (163); Grimaldi, in: L'Enfant, la famille et l'argent, S. 101 (106).

rücksichtigen ist, ob das Rechtsgeschäft oder der Gegenstand des Rechtsgeschäfts Gefahren oder sonstige Schädigungsrisiken für den Minderjährigen birgt. Dagegen spricht einerseits, dass so eine Nähe zu Art. 1149 Code civil – der Möglichkeit, die Aufhebung von Rechtsgeschäften aufgrund von Schädigung zu verlangen – generiert würde, die darauf hinausliefe, dass beide Vorschriften faktisch dasselbe regelten. Andererseits liefe es dem Minderjährigenschutz zuwider, wenn eine etwaige aus dem Geschäft oder dem Geschäftsgegenstand resultierende Gefährlichkeit oder Schädlichkeit nicht berücksichtigt werden dürfte. Außerdem lässt sich eine gewisse Nähe schon dann nicht vermeiden, wenn für die Bewertung eines Geschäfts als alltäglich und nach den Gepflogenheiten zulässig auch auf die Vermögensverhältnisse des Minderjährigen abgestellt wird: Denn auch diese Betrachtungsweise zielt doch schon darauf ab, Schädigungen des Minderjährigen zu vermeiden. Allgemein ist die Abgrenzung zwischen Art. 1148 und Art. 1149 Code civil alles andere als eindeutig.

Ist ein Rechtsgeschäft jedoch von Art. 1148 Code civil erfasst, ist es wirksam, ohne Möglichkeit, dieses für nichtig erklären zu lassen. Fällt ein Rechtsgeschäft hingegen nicht unter Art. 1148 Code civil, so kann der Minderjährige bzw. der gesetzliche Vertreter die Aufhebung des Vertrags verlangen, wobei grundsätzlich unterschiedliche Vorschriften zur Verfügung stehen, je nachdem, welcher Kategorie das Rechtsgeschäft zuzuordnen ist: Handelt es sich um einen sog. *acte de disposition*, ein Veräußerungsgeschäft, so ermöglicht schon allein der Zustand der Minderjährigkeit, dass nach Art. 1147 Code civil auf Nichtigkeit geklagt werden kann. Der geschäftsfähige Vertragspartner kann die Nichtigkeit aber wiederum verhindern, indem er den Gegenbeweis erbringt, wonach das Rechtsgeschäft dem Minderjährigen nicht geschadet habe, Art. 1151 Abs. 1 Code civil. Handelt es sich um einen *acte conservatoire*, ein Sicherungsgeschäft, bzw. einen *acte d'administration*, ein Verwaltungsgeschäft, so kann die Vertragsnichtigkeit über Art. 1149 Code civil geltend gemacht werden, sofern das Rechtsgeschäft dem Minderjährigen schadet.

Wenn sowohl Art. 1151 als auch Art. 1149 Code civil die Vertragswirksamkeit vom Fehlen eines Schadens abhängig machen, wenn auch mit unterschiedlicher Beweislast, so ist zum einen anerkannt, dass sich dieser Schaden aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ergeben kann: Ein Schaden ist gegeben, wenn ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, wobei es dem Richter obliegt, festzulegen, welches Missverhältnis erheblich genug ist, um als Schaden qualifiziert werden zu können. Zum anderen kann sich ein Schaden auch aus der Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen ergeben, wenn seine Leistungspflicht seine finanziellen Verhältnisse übersteigt oder das Geschäft für ihn unnütz ist. Unklar ist dabei, ob der Schaden grundsätzlich schon im Geschäft selbst angelegt sein muss: Die *Cour de cassation* tendiert dazu, Schäden, die dem Minderjährigen erst durch nach-

vertragliches Verhalten entstehen können, nicht zu berücksichtigen. Hier tritt das auch im deutschen Recht diskutierte Unmittelbarkeitskriterium zutage.

(2) Geschäftsfähigkeit schutzbedürftiger Erwachsener

(a) Einführung

Zu den Erwachsenenschutzmaßnahmen im französischen Recht gehören mit unterschiedlicher Eingriffstiefe die *tutelle* (Vormundschaft), die *curatelle* (Pflegschaft), die *sauvegarde de justice* (gerichtliche Schutzbetreuung), die *habilitation familiale* (Familienbeistandschaft) sowie das *mandat de protection future* (Vorsorgevollmacht). Rechtsgeschäfte, die die jeweils geschützten Personen abschließen, sind dabei nicht notwendigerweise schon allein wegen Bestehens der Erwachsenenschutzmaßnahme nichtig bzw. auf dem Klageweg angreifbar, sondern häufig nur dann, wenn das Geschäft dem Geschützten einen Schaden zugefügt hat. Dieses Klagerecht aufgrund von Schädigung besteht dabei nicht nur ab dem Zeitpunkt der Anordnung der jeweiligen Maßnahme, sondern in manchen Fällen sogar für alle Rechtsgeschäfte, die im Zeitraum von zwei Jahren vor der Anordnung abgeschlossen wurden („*période suspecte*“). Dabei ist aber zu betonen, dass zum einen keine dieser Nichtigkeitsklagen den Nachweis natürlicher Geschäftsunfähigkeit wegen geistiger Störung i.S.v. Art. 414-1 Code civil voraussetzt und dass zum anderen, wenn der Betroffene zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts tatsächlich natürlich geschäftsunfähig war, immer die Möglichkeit verbleibt, auch über Art. 414-1 Code civil auf Nichtigkeit des Geschäfts zu klagen:⁵⁴⁴ Denn Art. 414-1 Code civil setzt nicht den Nachweis eines Schadens voraus, sondern das Recht, die Nichtigkeit geltend zu machen, steht dem Geschäftsunfähigen schon allein aufgrund seiner Geschäftsunfähigkeit zu. Auf Art. 414-1 wird an späterer Stelle gesondert eingegangen.⁵⁴⁵

(b) Rechtslage im Zeitraum von zwei Jahren vor Anordnung einer Schutzmaßnahme („*période suspecte*“)

(aa) Überblick

Schließt eine Person, für die eine Vormundschaft, eine Pflegschaft oder eine Familienbeistandschaft angeordnet wurde, innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren vor Bekanntmachung⁵⁴⁶ des entsprechenden Anordnungsbeschlusses ein

⁵⁴⁴ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 45.

⁵⁴⁵ Siehe unten unter 4. Kapitel B.III.1.

⁵⁴⁶ Durch Eintragung in die Geburtsurkunde, siehe zur Bekanntmachung dieser Anordnung bei *tutelle* und *curatelle*: Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 58.

Rechtsgeschäft ab, stehen dieser Person die Rechte aus Art. 464 Code civil⁵⁴⁷ zu. So können nach Absatz 1 zum einen Verpflichtungen aus Rechtsgeschäften, die die geschützte Person im genannten Zeitraum von zwei Jahren abgeschlossen hat, gemindert werden, wenn der Nachweis erbracht wird, dass die Person infolge der Beeinträchtigung ihrer persönlichen Fähigkeiten nicht zur Wahrnehmung ihrer Interessen in der Lage war und diese Unfähigkeit im Zeitraum, als die Handlungen vorgenommen wurden, allgemeinkundig oder jedenfalls dem Vertragspartner bekannt war. Zum anderen können diese Rechtsgeschäfte nach Absatz 2 unter denselben Voraussetzungen für nichtig erklärt werden, wenn eine Schädigung der geschützten Person nachgewiesen werden kann. Die Nichtigkeit ist grundsätzlich die gegenüber der Minderung subsidiäre Rechtsfolge, wobei umstritten ist, ob der Richter auch die eine Rechtsfolge anwenden kann, wenn nur auf die andere geklagt wird.⁵⁴⁸

Art. 464 Code civil gilt dabei als die gegenüber Art. 414-1 Code civil einfachere Möglichkeit, die Nichtigkeit oder zumindest eine Reduktion der eingegangenen Verpflichtung zu erlangen.⁵⁴⁹ Dies ist aber, wie noch zu zeigen sein wird, nur in Teilen richtig, da Art. 464 Code civil auch Voraussetzungen aufstellt, die Art. 414-1 Code civil gerade nicht fordert, und außerdem dem Richter in Bezug auf den Ausspruch der Rechtsfolge Ermessen einräumt.

(bb) Unfähigkeit zur Wahrnehmung der eigenen Interessen im genannten Zeitraum

Zunächst setzt Art. 464 Code civil den Nachweis voraus, dass der Betroffene im Zeitraum des fraglichen Rechtsgeschäfts aufgrund einer Beeinträchtigung seiner geistigen Fähigkeiten nicht in der Lage war, seine Interessen wahrzunehmen. Hier wird in zweierlei Hinsicht ein Unterschied zu Art. 414-1 Code civil deutlich: Zum einen muss, anders als bei Art. 414-1 Code civil, nicht nachgewiesen werden, dass eine Beeinträchtigung der Fähigkeiten genau *zum Zeitpunkt* des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorlag, sondern es genügt, dass dies *im Zeitraum* der Vornahme des fraglichen Rechtsgeschäfts der Fall war.⁵⁵⁰ Dieser Unterschied hat insbesondere dann Bedeutung, wenn es sich um zyklisch auftretende oder sich allmählich verschlechternde Zustände handelt, wenn also noch häufig luzide Intervalle bestehen.⁵⁵¹ Zugegebenermaßen sind aber auch im Zusammenhang mit Art. 414-1 Code civil bestimmte Vermutungsregelungen anerkannt, wonach unter bestimmten Voraussetzungen das Vorliegen einer

⁵⁴⁷ Für die *habilitation familiale* wird mit Art. 494-2 Code civil auf Art. 464 Code civil verwiesen.

⁵⁴⁸ *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.D.).

⁵⁴⁹ *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.A.); *Hauser* RTD Civ. 2014, S. 263.

⁵⁵⁰ *Malaurie und Peterka* 2022, Rn. 477 S. 397.

⁵⁵¹ *Juris Classeur/Civil Code-Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 30; zum altersbedingten geistigen Abbau Cass. 1^{re} civ. 14. Mai 1985, Bull. Civ. 1985 I, n° 153.

geistigen Störung zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäftsabschlusses vermutet werden kann, was in gewisser Weise auf die Annahme einer eigenen „*période suspecte*“ im Anwendungsbereich des Art. 414-1 Code civil hinausläuft.⁵⁵²

Zum anderen sind an die Unfähigkeit, die eigenen Interessen wahrzunehmen, i. S. d. Art. 464 Code civil geringere Anforderungen zu stellen als an die geistige Störung in Art. 414-1 Code civil: Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit der Vorgängervorschrift des Art. 464 Code civil, konkret Art. 503 Code civil a. F., der bis zum 1. Januar 2009 anwendbar war.⁵⁵³ Art. 503 Code civil a. F. hatte einen wesentlich engeren Anwendungsbereich und erfasste nur solche Rechtsgeschäfte, die in einem bestimmten Zeitraum vor Anordnung einer Vormundschaft als der weitreichendsten Erwachsenenschutzmaßnahme geschlossen wurden. Wurde nach Abschluss des Rechtsgeschäfts statt einer Vormundschaft also nur eine Pflegschaft angeordnet, stand Art. 503 Code civil a. F. nicht zur Verfügung.

Konkret war in Art. 503 Code civil a. F. der Nachweis gefordert, dass „der Grund, der zur Anordnung der Vormundschaft geführt hat, schon im Zeitraum des fraglichen Rechtsgeschäfts vorlag“. Hieraus wurde zwar teilweise geschlossen, dass dies de facto auf einen Nachweis natürlicher Geschäftsunfähigkeit nach Art. 414-1 Code civil (bzw. Art. 489 Code civil a. F.) hinauslaufe, da Gründe, die die Anordnung einer Vormundschaft rechtfertigten, im Wesentlichen einer natürlichen Geschäftsunfähigkeit entsprächen; Art. 503 Code civil a. F. und Art. 414-1 Code civil (bzw. Art. 489 Code civil a. F.) liefen damit parallel.⁵⁵⁴ Wenn der Richter sodann mit Anordnung der Vormundschaft später die natürliche Geschäftsunfähigkeit faktisch festgestellt habe, sei es nur konsequent, auch die vorher abgeschlossenen Rechtsgeschäfte für nichtig zu erklären, wenn die Geschäftsunfähigkeit damals bestanden habe.⁵⁵⁵

Bei genauerer Betrachtung erweist sich diese Annahme, Art. 503 Code civil a. F. habe einen Zustand der Geschäftsunfähigkeit vorausgesetzt, aber als falsch: So forderte insbesondere die *Cour de Cassation* nicht, dass die fragliche geistige Beeinträchtigung schon im Zeitraum des Abschlusses des Rechtsgeschäfts so ausgeprägt sein musste, dass schon zu diesem Zeitpunkt die Anordnung einer Vormundschaft als umfassendste Schutzmaßnahme notwendig bzw. möglich gewesen wäre. Art. 503 Code civil a. F. wurde vielmehr auch dann angewendet,

⁵⁵² *Lemouland und Noguéro* Recueil Dalloz 2021, S. 1257 ff. (unter I.B): Vermutung, wenn dauerhafte geistige Störung nachgewiesen bzw. Störung vor und nach Abschluss des Rechtsgeschäfts.

⁵⁵³ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), JO 7. März 2007.

⁵⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 18. Mai 2005, n° 03-20.734; *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.A.); dieser Gleichlauf auch bei *Hauser* RTD Civ. 2003, S. 478: Bestand der Grund für die *tutelle* schon vorher, so war die Person entsprechend nach Art. 489 Code civil a. F. geschäftsunfähig.

⁵⁵⁵ *Conte und Petit* 1995, S. 90 f. Rn. 142.

wenn die geistige Beeinträchtigung zunächst weniger weit fortgeschritten war, sodass nach Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts *zunächst* nur eine Pflegschaft und erst zu einem *späteren Zeitpunkt* eine Vormundschaft angeordnet wurde.⁵⁵⁶

Erst recht kann ein solcher Gleichlauf nicht mehr unter Geltung von Art. 464 Code civil vorausgesetzt werden,⁵⁵⁷ da der Anwendungsbereich nun ohnehin bewusst auf die spätere Anordnung auch anderer Schutzmaßnahmen als die Vormundschaft erstreckt wurde, die eben auch schon bei geringeren geistigen Beeinträchtigungen angeordnet werden können. Außerdem stellt auch der Wortlaut von Art. 464 Code civil nicht mehr explizit auf das Vorliegen genau der Gründe, die auch zur späteren Anordnung der späteren Schutzmaßnahme geführt haben müssen, ab, sondern nur noch allgemein auf die durch eine Beeinträchtigung der Fähigkeiten verursachte Unfähigkeit, die eigenen Interessen wahrzunehmen.

Diese in Art. 464 Code civil beschriebene Unfähigkeit muss auch nicht den Anforderungen von Art. 425 Code civil⁵⁵⁸ entsprechen, der übergreifend die allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung von Erwachsenenschutzmaßnahmen des Code civil benennt. So heißt es im Zusammenhang mit Art. 464 Code civil, es komme nicht so sehr auf den Nachweis der in Art. 425 Code civil geforderten „ärztlich festgestellten Beeinträchtigung der geistigen oder körperlichen Fähigkeiten, die eine Willensäußerung unmöglich macht“ an, sondern vielmehr auf den Nachweis der Unfähigkeit der Person, ihre Interessen wahrzunehmen.⁵⁵⁹ So wirklich klar lässt sich ein Unterschied zwischen Art. 425 Code civil und Art. 464 Code civil am Wortlaut der jeweiligen Vorschrift zwar nicht feststellen, da beide Vorschriften, wenn auch mit im Detail unterschiedlichen Formulierungen, sowohl eine Beeinträchtigung der Fähigkeiten als auch einer hieraus resultierenden Unfähigkeit zur Interessenwahrnehmung fordern.

Richtig ist aber, dass auch im Einklang mit der Rechtsprechung zu Art. 503 Code civil a.F. die geistige Beeinträchtigung im fraglichen Zeitraum des Abschlusses des Rechtsgeschäfts eben noch nicht ein solches Maß erreicht haben muss, dass schon zu diesem Zeitpunkt die Anordnung *irgendeiner* Erwachsenenschutzmaßnahme gerechtfertigt gewesen sein müsste. Sinn und Zweck des Art. 464 Code civil ist folglich nicht allein, den Betroffenen vor Versäumnissen seiner Angehörigen zu schützen, die sich gegebenenfalls nicht rechtzeitig um

⁵⁵⁶ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 29; Cass. 1^{re} civ., 24. Februar 1998, n° 95-21.473: Art. 503 Code civil anwendbar, obwohl zunächst auf die geistige Beeinträchtigung nur mit einer *curatelle* reagiert worden war.

⁵⁵⁷ Anders aber wohl Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.A.).

⁵⁵⁸ „Jede Person, die aufgrund einer ärztlich festgestellten Beeinträchtigung ihrer geistigen oder körperlichen Fähigkeiten, die eine Willensäußerung unmöglich macht, nicht in der Lage ist, allein für ihre Interessen zu sorgen, kann eine in diesem Kapitel vorgesehene Schutzmaßnahme in Anspruch nehmen.“

⁵⁵⁹ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 29.

die Anordnung einer Erwachsenenschutzmaßnahme gekümmert haben,⁵⁶⁰ wobei Art. 464 Code civil selbstredend gerade auch in einer solchen Situation seine Schutzwirkung entfaltet: Diese Schutzvorschrift wird gerade in Fällen von altersbedingten degenerativen Krankheiten bedeutsam, wenn es der Familie des Betroffenen widerstrebt, Schutzmaßnahmen einzuleiten, sie sich folglich erst sehr spät zu diesem Schritt entschließt und sich sodann mit sehr fragwürdigen Rechtsgeschäften konfrontiert sieht, die der Betroffene in der Zeit vor der Anordnung der Schutzmaßnahmen abgeschlossen hat.⁵⁶¹ Ohne Art. 464 Code civil wäre der Betroffene darauf angewiesen, seine Geschäftsunfähigkeit i. S. v. Art. 414-1 Code civil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nachweisen zu müssen.

Im Einzelnen ist es müßig, eine trennscharfe Abgrenzung zu Art. 414-1, Art. 425 und Art. 464 Code civil herstellen zu wollen, da die dort beschriebenen Unfähigkeiten aufgrund der teils sehr ähnlichen Formulierungen bzw. Interpretationen große Überschneidungsbereiche haben dürften: Wer i. S. v. Art. 464 Code civil unfähig ist, seine Interessen wahrzunehmen, der mag unter Umständen auch schon Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung nicht mehr erfassen können, was, wie noch zu zeigen sein wird, den Voraussetzungen von Art. 414-1 Code civil entspricht. Zudem lässt, wie gesehen, auch der Wortlaut von Art. 464 und 425 Code civil kaum eine klare Unterscheidung zu. Wichtig ist im Ergebnis nur die Feststellung, dass Art. 464 Code civil durch seine offene Formulierung an den Einzelfall angepasste Entscheidungen ermöglicht, ohne an die Vorgaben anderer Normen gebunden zu sein.

(cc) Allgemeinkundig oder dem Vertragspartner bekannt

Art. 464 Code civil findet nur Anwendung, wenn die Unfähigkeit zur Wahrnehmung der eigenen Interessen infolge der geistigen Beeinträchtigung allgemeinkundig (*notoire*) oder zumindest dem Vertragspartner bekannt war. Hinsichtlich dieses Aspekts ist Art. 464 Code civil strenger als Art. 414-1 Code civil, der die Nichtigkeit auch bei Unkenntnis des Vertragspartners von der geistigen Störung vorsieht. Damit gelten im Rahmen von Art. 464 Code civil alternativ zwei Maßstäbe: Es genügt einerseits, dass zumindest *irgendwer* die Unfähigkeit kannte, wobei die Voraussetzung der Allgemeinkundigkeit sehr streng interpretiert wird. Es wird gefordert, dass eine „hinreichende“ bzw. „gewisse“ Anzahl von Personen, die auch nicht nur dem Familienkreis angehören dürfe, von der Unfähigkeit Kenntnis habe, ohne dass diese Zahl jedoch näher definiert würde.⁵⁶² Das Erfordernis der Allgemeinkundigkeit soll der Rechtsi-

⁵⁶⁰ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 29.

⁵⁶¹ Hauser RTD Civ. 2014, S. 263.

⁵⁶² Conte und Petit 1995, S. 91 Rn. 144; siehe auch Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.C.).

cherheit dienen und gleichzeitig eine Art Bösgläubigkeit des Vertragspartners begründen bzw. vermuten lassen.⁵⁶³ Andererseits genügt auch, dass jedenfalls der Vertragspartner selbst bzw., einem weiten Verständnis entsprechend, schlicht der Begünstigte eines Geschäfts⁵⁶⁴ die Unfähigkeit kannte.⁵⁶⁵

(dd) Minderung der eingegangenen Verpflichtung oder Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

Art. 464 Abs. 1 Code civil ermöglicht, wenn die eben beschriebenen Voraussetzungen vorliegen, zunächst die Minderung der eingegangenen Verpflichtung. Eingangsvoraussetzung für eine Minderung ist, dass sich die von der geschützten Person eingegangene Verpflichtung als übermäßig und exzessiv erweist, weil sie etwa deren finanzielle Möglichkeiten übersteigt oder in keinerlei Hinsicht ihren Bedürfnissen entspricht,⁵⁶⁶ wobei der Richter auch hier naturgemäß bereits einen Einschätzungsspielraum hat.

Vor allem aber gibt das Gesetz dem Richter bei seiner Entscheidung, ob er sodann das Rechtsgeschäft aber tatsächlich auch modifiziert, einen weiten Ermessensspielraum an die Hand („kann“): Hierbei muss der Richter sowohl die Interessen der geschützten Person als auch diejenigen des Vertragspartners berücksichtigen und in Ausgleich bringen.⁵⁶⁷ Richtigerweise berücksichtigt er dabei auch, ob der Vertragspartner gegebenenfalls gutgläubig war. Zwar setzt Art. 464 Code civil keine Kenntnis des Vertragspartners vom Zustand des Betroffenen voraus, sondern es genügt auch Allgemeinkundigkeit.⁵⁶⁸ Dennoch zeigen die Parallelvorschriften zu Art. 464 Code civil, die die Bindung des Betroffenen an ein Rechtsgeschäft, dass er abgeschlossen hat, *während* er unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stand, dass die Gutgläubigkeit in die Ermessensentscheidung einfließen soll.⁵⁶⁹ Zumindest aber muss es möglich sein, die Gutgläubigkeit in Bezug auf die Schadenszufügung bzw. die Übermäßigkeit der Leistungsverpflichtung zu berücksichtigen.

⁵⁶³ Hauser RTD Civ. 2006, S. 89.

⁵⁶⁴ Auch wenn im Wortlaut von „Vertragspartner“ die Rede ist, so ist anerkannt, dass die Vorschrift auch auf andere Rechtsgeschäfte anwendbar ist, insbesondere auch auf einseitige Rechtsgeschäfte wie Testamente, siehe *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.B.).

⁵⁶⁵ *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.C.); *Juris Classeur/Civil Code-Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 33.

⁵⁶⁶ *Juris Classeur/Civil Code-Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 34; zur Berücksichtigung des Vermögens der geschützten Person und der Nützlichkeit bzw. Nutzlosigkeit des Geschäfts: *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.D.); *Carbonnier* 2004, S. 671 f. Rn. 341.

⁵⁶⁷ *Juris Classeur/Civil Code-Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 34.

⁵⁶⁸ Die Berücksichtigungsfähigkeit des guten Glaubens daher ablehnend: *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.D.).

⁵⁶⁹ Siehe z. B. weiter unten zu Rechtsgeschäften, die eine Person abgeschlossen hat, welche unter Vormundschaft oder Pflegschaft stand, ab Fn. 622.

Die Klage auf Minderung führt im Wesentlichen dazu, dass die Verpflichtung auf ein vernünftiges Maß reduziert wird, insbesondere gemessen am Vermögen der geschützten Person.⁵⁷⁰ So kann beispielsweise der Mietzins eines Mietvertrages, dem die geschützte Person zu für sie ungünstigen Bedingungen zugestimmt hat, neu bestimmt werden.⁵⁷¹ In manchen Fällen kommt eine Reduktion aber auch einer Nichtigserklärung gleich, so etwa, wenn der Gegenstand der Verpflichtung unteilbar ist.⁵⁷² Im Ergebnis – das Gesetz selbst benennt keinen Maßstab zur Reduktion der eingegangenen Verpflichtung – soll das Ergebnis hergestellt werden, das der *bon père de famille*, hätte dieser das Geschäft abgeschlossen, in dieser Situation herbeigeführt hätte.⁵⁷³

Gemäß Art. 464 Abs. 2 Code civil können Rechtsgeschäfte zudem für nichtig erklärt werden (*annulés*), wenn nachgewiesen wird, dass die geschützte Person einen Schaden (*préjudice*) erlitten hat. Der Gesetzgeber zielt mit der Voraussetzung des Schadenseintritts darauf ab, dass Rechtsgeschäfte, die vor Anordnung einer Schutzmaßnahme getroffen wurden, nach Möglichkeit wirksam bleiben.⁵⁷⁴ Schädigend sind insbesondere unentgeltliche Rechtsgeschäfte wie Schenkungen, es sei denn, es handelt sich um Anstandsgeschenke oder Gegenstände geringfügigen Wertes.⁵⁷⁵ Auch in Bezug auf Testamente sollen sich die Erben auf Art. 464 Abs. 2 Code civil berufen können,⁵⁷⁶ wobei sich die Frage stellt, wie die Schädlichkeit eines Testaments festgestellt werden soll.⁵⁷⁷ Generell definiert das Gesetz nicht, welche Schadensart es voraussetzt: Muss es um wirtschaftliche Übervorteilung gehen? Oder genügt bereits, dass das Geschäft für den Betroffenen unnütz ist?⁵⁷⁸ Für letzteres spricht, dass auch bei anderen Vorschriften, in denen das Gesetz die Schädigung zur Voraussetzung einer Klage macht, wie Art. 1149 Code civil, auch wenn dort nicht von *préjudice*, sondern von *lésion* die Rede ist, die Berücksichtigung subjektiver Kriterien anerkannt ist.

Auch hinsichtlich der Frage, ob bei nachgewiesenem Schaden Nichtigkeit eintreten soll, wird dem Richter ein Ermessensspielraum gewährt. Es soll beispielsweise das Verhalten des Vertragspartners berücksichtigt werden, ebenso

⁵⁷⁰ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 35; Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 49.

⁵⁷¹ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 35; Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 49.

⁵⁷² Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.D.); Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 35.

⁵⁷³ Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.D.).

⁵⁷⁴ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 40.

⁵⁷⁵ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 41.

⁵⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 14. Juni 2005, n° 02-19.038; Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 41.

⁵⁷⁷ Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.D.).

⁵⁷⁸ Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.D.).

die Alltäglichkeit bzw. Üblichkeit des Geschäfts,⁵⁷⁹ generell ist eine Interessenabwägung vorzunehmen: So kann von der Nichtigkeitserklärung auch abgesehen werden, wenn die Nichtigkeit im Einzelfall dem Schutz des Betroffenen widersprechen würde.⁵⁸⁰ Zudem wird vertreten, das Rechtsgeschäft könne auch aufrechterhalten werden, wenn nachgewiesen werde, dass es während eines luziden Intervalls geschlossen wurde.⁵⁸¹ Auf der einen Seite wird dagegen zwar eingewendet, dass luzide Intervalle aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers, in Art. 464 Code civil nur auf den Zeitraum und nicht auf den konkreten Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts abzustellen, gerade keine Rolle spielen sollten.⁵⁸² Auf der anderen fehlt es bei Vorliegen eines luziden Intervalls aber auch ersichtlich an der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen.

Die Nichtigkeit wirkt von Beginn an und führt zur Rückabwicklung der erbrachten Leistungen. Art. 1352-4 Code civil – Herausgabepflicht der geschützten Person ist auf das beschränkt, was als Gewinn aus dem Geschäft gezogen wurde – soll Anwendung finden.⁵⁸³ Unter Umständen macht sich der Betroffene aber aufgrund der durch seine Klage eingetretenen Nichtigkeit auch schadensersatzpflichtig.⁵⁸⁴

(c) Rechtslage ab Anordnung einer Schutzmaßnahme

(aa) Überblick

Bevor auf die einzelnen Schutzmaßnahmen und die damit verbundenen Möglichkeiten, auf dem Klageweg die Rechtsgeschäfte anzugreifen, die der Betroffene, während er unter einer Schutzmaßnahme stand, abgeschlossen hat, eingegangen wird, sollen zu Beginn einige Gemeinsamkeiten der verschiedenen Klagemöglichkeiten hervorgehoben werden: So lassen alle im Folgenden besprochenen Klagen parallel auch wiederum eine Nichtigkeitsklage wegen natürlicher Geschäftsunfähigkeit aus Art. 414-1 Code civil zu. Dies ergibt sich für die Vormundschaft (*tutelle*) und Pflegschaft (*curatelle*) explizit aus Art. 466 Code civil,⁵⁸⁵ wobei ein Rechtsgeschäft auch dann auf der Grundlage von Art. 414-1 Code civil für nichtig erklärt werden kann, wenn der Betroffene das Geschäft gemeinsam mit dem Pfleger abgeschlossen hat, wie es dem Prinzip der Pflegschaft entspricht; die Mitwirkungspflicht des Pflegers gleicht insofern eine fest-

⁵⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 25. April 1989, Dalloz 1989, S. 151 f.; Juris Classeur/Civil Code-*Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 43.

⁵⁸⁰ Juris Classeur/Civil Code-*Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 43.

⁵⁸¹ Juris Classeur/Civil Code-*Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 43.

⁵⁸² *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter II.D.).

⁵⁸³ Siehe zur Vorgängernorm Art. 1312 Code civil a.F.: Juris Classeur/Civil Code-*Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 44. Siehe auch bereits oben ab Fn. 525.

⁵⁸⁴ Juris Classeur/Civil Code-*Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 46; siehe zur Schadensersatzpflicht noch unten unter 4. Kapitel C.III.3.

⁵⁸⁵ Siehe auch *Malaurie und Peterka* 2022, S. 398 Rn. 477; *Teyssié* 2021, S. 677 Rn. 1288.

gestellte geistige Beeinträchtigung i.S.d. Art. 414-1 Code civil der unter Pflegschaft stehenden Person nicht aus.⁵⁸⁶ Für die Vorsorgevollmacht (*mandat de protection future*) ergibt sich das zusätzliche Klagerecht wegen natürlicher Geschäftsunfähigkeit aus Art. 488 Abs. 1 S. 1 Code civil, für die gerichtliche Schutzbetreuung (*sauvegarde de justice*) aus Art. 435 Abs. 2 S. 1 Code civil. Nichts anders kann, auch wenn es hierfür keine explizite Norm gibt, für die Familienbeistandschaft (*habilitation familiale*) gelten.⁵⁸⁷

Dabei sind die Klagemöglichkeiten, die sich speziell aus dem Bestehen einer Erwachsenenschutzmaßnahme ergeben, unter Umständen aber einfacher zu verfolgen, weil der Betroffene anders, als wenn sie sich auf Art. 414-1 Code civil berufen wollte, keine Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts nachweisen muss.⁵⁸⁸ Allerdings kann die Klage aus Art. 414-1 Code civil auch wiederum Vorteile haben, gerade wenn ohnehin schon eine Erwachsenenschutzmaßnahme angeordnet wurde: Zum einen ist der Nachweis einer geistigen Störung dann grundsätzlich einfacher zu führen als bei einer Person, die unter keiner Schutzmaßnahme steht.⁵⁸⁹ Zum anderen ist das Geschäft über Art. 414-1 Code civil, wenn Geschäftsunfähigkeit nachgewiesen wird, zwingend für nichtig zu erklären, ohne dass dem Richter irgendein Ermessen zustünde.⁵⁹⁰ Wird hingegen eine der Klagen, die spezifisch bei Anordnung einer Erwachsenenschutzmaßnahme zur Verfügung gestellt werden, gewählt, ist dies anders: Dann liegt der Ausspruch der Rechtsfolge im Ermessen des Richters.

Zudem ist allen Klagen gemeinsam, dass sie nur von der geschützten Person selbst erhoben werden können, was sich für die gerichtliche Schutzbetreuung aus Art. 435 Abs. 3 Code civil,⁵⁹¹ für die Vorsorgevollmacht aus Art. 488 Abs. 2 S. 1 Code civil und für die Familienbeistandschaft aus Art. 494-9 Abs. 4 Code civil⁵⁹² ergibt. Im Fall einer Vormundschaft oder Pflegschaft steht, mit Genehmigung des Richters oder des *conseil de famille* („Familienrat“⁵⁹³), das Klage-

⁵⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 27. Juni 2018, n° 17-20428, siehe auch die Anmerkung zu diesem Urteil bei *Lemouland* Recueil Dalloz 2018, S. 1732 ff.; Cass. 1^{re} civ., 15. Januar 2020, n° 18-26683, siehe auch die Anmerkung zu diesem Urteil bei *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2020, S. 805 ff.; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 398 Rn. 477.

⁵⁸⁷ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 47.

⁵⁸⁸ Zur *sauvegarde de justice* und der Klage nach Art. 435 Abs. 2 Code civil: *Malaurie und Peterka* 2022, S. 374 Rn. 437.

⁵⁸⁹ *Teyssié* 2021, S. 642 Rn. 1201; *Juris Classeur/Civil Code-Favier*, Art. 433 à 439 Rn. 50: Die Anordnung einer Schutzmaßnahme genügt für sich nicht, um eine Geistesstörung i.S.d. Art. 414-1 Code civil zu beweisen, ist aber bei der Prüfung zu berücksichtigen.

⁵⁹⁰ Siehe hierzu noch unten unter 4. Kapitel B.III.1.b).

⁵⁹¹ Mangels Vertreters kann die unter *sauvegarde de justice* stehende Person i.d.R. aber faktisch erst selbst klagen, wenn die Schutzmaßnahme aufgehoben wurde, da sie dann wohl erst wieder in der Lage ist, ihre Rechte wahrzunehmen, siehe *Juris Classeur/Civil Code-Favier*, Art. 433 à 439 Rn. 48.

⁵⁹² Mit Genehmigung des Vormundschaftsrichters.

⁵⁹³ Zur Funktion und Zusammensetzung des Familienrats oben in Fn. 452.

recht dem Vormund bzw. dem Pfleger zu, Art. 465 Abs. 2 Code civil.⁵⁹⁴ Dritte oder gar der Vertragspartner selbst können daher das Geschäft nicht angreifen.

Außerdem können die im Folgenden zu besprechenden Klagen nicht mehr erhoben werden, wenn das fragliche Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt wurde: Steht der Betroffene unter Vormundschaft, so kann er aufgrund des Bestehens dieser Schutzmaßnahme die Genehmigung nicht mehr selbst aussprechen. Dies kann aber sein Vormund für ihn übernehmen; da es sich dabei um einen *acte de disposition*⁵⁹⁵ handelt – schließlich verliert der Geschäftsunfähige das Recht, auf Nichtigkeit zu klagen – aber nur mit Genehmigung des Familienrats bzw. des Vormundschaftsrichters, Art. 505 Abs. 1 Code civil⁵⁹⁶ und in analoger Anwendung des Art. 387 Abs. 1 Nr. 4 Code civil⁵⁹⁷.⁵⁹⁸ Steht der Betroffene unter einer Pflegschaft, so kann er die Genehmigung nur gemeinsam mit seinem Pfleger aussprechen, Art. 467 Abs. 1 Code civil.⁵⁹⁹ Steht er unter gerichtlicher Schutzbetreuung oder hat er eine Vorsorgevollmacht errichtet, so verliert er sein Genehmigungsrecht nicht und kann dieses daher grundsätzlich allein ausüben.⁶⁰⁰

Sofern eine Erwachsenenschutzmaßnahme dem Betroffenen die Handlungsfähigkeit in Bezug auf die Genehmigung belässt, kann dieser die Genehmigung aber trotzdem nur vornehmen, wenn er nicht zugleich nach Art. 414-1 Code civil natürlich geschäftsunfähig ist. Faktisch soll damit eine eigene Genehmi-

⁵⁹⁴ Wobei fraglich ist, ob bei entsprechender Ermächtigung nur noch der Pfleger allein klagebefugt ist oder ob der Betroffene selbst trotzdem klagebefugt bleiben kann, jedenfalls gemeinsam mit dem Pfleger, wie es sich aus Art. 468 Abs. 3 Code civil („Die Mitwirkung [durch den Pfleger] ist auch notwendige Voraussetzungen für gerichtliche Handlungen.“) ergibt. Siehe zu dieser Frage *Juris Classeur/Civil Code-Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 88. Im Übrigen ist fraglich, weshalb sich das Erfordernis dieser Ermächtigung in Art. 465 Abs. 2 Code civil auch auf den *tuteur* bezieht. Denn das Gesetz spricht diesem eigentlich bereits in Art. 475 Abs. 1 und Art. 504 Code civil ganz unbeschränkt – jedenfalls in vermögensrechtlichen Angelegenheiten – ein Klagerecht zu.

⁵⁹⁵ So ausdrücklich die Einordnung durch Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, Anhang I Spalte 2.

⁵⁹⁶ „Der Vormund kann nicht ohne Genehmigung des Familienrats oder, wenn es keinen Familienrat gibt, des Richters im Namen der geschützten Person Veräußerungsgeschäfte durchführen.“

⁵⁹⁷ „Der gesetzliche Vertreter kann ohne vorherige Genehmigung des Vormundschaftsrichters nicht für den Minderjährigen auf ein Recht verzichten.“

⁵⁹⁸ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 172; ebenso *Terré und Fenouillet* 2012, S. 592 f. Rn. 575.

⁵⁹⁹ *Terré und Fenouillet* 2012, S. 592 Rn. 575; *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 172; *Juris Classeur/Civil Code-Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 92, wobei nicht eindeutig ist, ob der Pfleger die Genehmigung auch allein vornehmen kann. Dagegen spricht, dass er nur unterstützend, nicht vertretend tätig werden soll.

⁶⁰⁰ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 172, dort auch zu Ausnahmen.

gungserteilung in der Regel nur nach Beendigung der Schutzmaßnahme in Betracht kommen.⁶⁰¹

(bb) Vormundschaft (tutelle) und Pflegschaft (curatelle)

Voraussetzung und Wirkung von Vormundschaft und Pflegschaft

Die Anordnung einer jeden Erwachsenenschutzmaßnahme ist nur unter den Voraussetzungen des bereits erwähnten Art. 425 Abs. 1 Code civil zulässig: So kann gemäß Art. 425 Abs. 1 Code civil eine Schutzmaßnahme für Personen angeordnet werden, die aufgrund einer medizinisch festgestellten⁶⁰² Beeinträchtigung der geistigen oder körperlichen Fähigkeiten, die sie an der Äußerung ihres Willens hindern, nicht in der Lage sind, allein für ihre Interessen zu sorgen. Welche Schutzmaßnahme sodann im Einzelnen angeordnet wird, hängt vom Grad der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen ab.

Ist eine Person vollständig unfähig, selbstständig zu handeln, und ist ihre dauerhafte Vertretung im Rechtsleben notwendig, so wird eine Vormundschaft angeordnet, Art. 440 Abs. 1 und 3 Code civil, allerdings nur, wenn eine Pflegschaft oder eine gerichtliche Schutzbetreuung als weniger einschneidende Maßnahmen keinen hinreichenden Schutz gewähren würden, Art. 440 Abs. 4 Code civil. Eine Vormundschaft kommt etwa bei schweren psychischen Krankheiten in Betracht, aber auch, wenn die geistigen Fähigkeiten im Alter erheblich nachgelassen haben.⁶⁰³

Benötigt eine Person lediglich für die wichtigen Handlungen des Rechtslebens dauerhaft Unterstützung oder Aufsicht, so wird eine Pflegschaft angeordnet, Art. 440 Abs. 1 Code civil. Die Pflegschaft wird ebenso wiederum nur angeordnet, wenn eine gerichtliche Schutzbetreuung keinen hinreichenden Schutz gewährte, Art. 440 Abs. 2 Code civil. Auch die Pflegschaft kommt bei Personen hohen Alters in Betracht, wenn Personen unterstützungsbedürftig sind oder wenn eine Person aufgrund einer Krankheit besonders beeinflussbar ist oder aufgrund Verfolgungswahns langwierige und ruinöse Prozesse anstrebt.⁶⁰⁴

Eine Person, die unter Vormundschaft steht, ist grundsätzlich vollständig geschäftsunfähig und wird im Rechtsleben von ihrem Vormund vertreten, Art. 473 Abs. 1 Code civil.⁶⁰⁵ Es bestehen jedoch einige wenige Ausnahmen zu dieser Handlungsunfähigkeit: So sieht das Gesetz Bereiche vor, in denen die geschütz-

⁶⁰¹ So in Bezug auf die gerichtliche Schutzbetreuung: *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 172; *Juris Classeur/Civil Code-Favier*, Art. 433 à 439 Rn. 48. So in Bezug auf die Familienbeistandschaft: *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 172

⁶⁰² Von einem speziell zugelassenen Arzt, Art. 431 Abs. 1 Code civil. Siehe zu weiteren Einzelheiten *Teyssié* 2021, S. 634f. Rn. 1179ff.

⁶⁰³ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 405 Rn. 487.

⁶⁰⁴ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 399f. Rn. 479

⁶⁰⁵ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 404f. Rn. 486.

te Person selbst handlungsfähig bleibt, so etwa in Bezug auf die in Art. 458 Abs. 2 Code civil aufgezählten Rechtshandlungen, die als höchstpersönlich gelten (z.B. die Anerkennung eines Kindes, personensorgerechte Handlungen in Bezug auf die eigenen Kinder etc.), sowie generell für personenbezogene Rechtsgeschäfte (Art. 459 Code civil). Nur wenn die betroffene Person gar nicht mehr einsichtsfähig ist und auch eine Unterstützung durch den Vormund nicht erfolgsversprechend ist, kann der Richter bzw. Familienrat den Vormund ermächtigen, das fragliche Rechtsgeschäft stellvertretend vorzunehmen, Art. 459 Abs. 2 S. 2. Code civil.⁶⁰⁶

Für gewisse persönliche Rechtsgeschäfte existieren zudem Sondervorschriften: So kann eine unter Vormundschaft stehende Person beispielsweise selbstständig testieren, aber nur, wenn der Richter oder Familienrat dem Vorhaben zustimmen, Art. 476 Abs. 2 Code civil, ohne dass der Richter jedoch den Inhalt des Testaments prüfen müsste.⁶⁰⁷ Außerdem kann auch eine unter Vormundschaft gestellte Person selbst solche Rechtshandlungen vornehmen, die nach den „Gepflogenheiten zulässig“ sind, Art. 473 Abs. 1 und Art. 1148 Code civil. Der Richter kann aber auch bestimmte Geschäfte vollständig von der Vormundschaft ausnehmen oder zumindest bestimmen, dass der Betroffene diese jedenfalls gemeinsam mit seinem Vormund abschließen kann, Art. 473 Abs. 2 Code civil (sog. verminderte Vormundschaft (*tutelle allégée*), die im Ergebnis der Pflegschaft angenähert ist).⁶⁰⁸

Eine unter Pflegschaft gestellte Person wird nicht vertreten, sondern benötigt lediglich die Zustimmung des Pflegers, um wirksam Rechtsgeschäfte zu schließen. Die Zustimmungspflicht wird vom Gesetz in Bezug auf schriftliche Verträge mit der Voraussetzung der zusätzlichen Unterschrift des Pflegers auf dem Vertragsdokument umschrieben, Art. 467 Abs. 2 Code civil. Gemäß Art. 467 Abs. 1 Code civil besteht die Mitwirkungspflicht des Pflegers dabei bei solchen Rechtshandlungen, für die ein Vormund der Genehmigung des Richters oder des Familienrats, sofern ein solcher eingerichtet wurde,⁶⁰⁹ benötigen würde.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ Siehe ausführlich zu höchstpersönlichen sowie personenbezogenen Rechtsgeschäften Teyssié 2021, S. 706 ff. Rn. 1354 ff.

⁶⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 8. März 2017, n° 16-10.340 = RTD Civ. 2017, 354 f. m. Anm. Hauser; Teyssié 2021, S. 715 Rn. 1373.

⁶⁰⁸ Malaurie und Peterka 2022, S. 410 Rn. 496.

⁶⁰⁹ Siehe oben bei Fn. 453 zur Bedeutung und Zusammensetzung des Familienrats, welcher Aufgaben des Richters übernehmen kann.

⁶¹⁰ Wobei der Vormund nicht für alle Veräußerungshandlungen eine gerichtliche Zustimmung benötigt, beispielsweise nicht für die Annahme einer Erbschaft. Entsprechend, weil Art. 467 Abs. 1 Code civil nicht ausdrücklich auf Veräußerungsgeschäfte verweist, sondern auf die Genehmigungspflicht bei einer gedachten Vormundschaft abstellt, bedarf die unter Pflegschaft stehende Person für Veräußerungshandlungen, die nicht genehmigungspflichtig sind, auch keiner Zustimmung des Pflegers, siehe Malaurie und Peterka 2022, S. 401 Rn. 482. Siehe zu Beispielen für Geschäfte, für die ein Vormund eine Genehmigung einholen muss, Teyssié 2021, S. 675 Rn. 1282.

Vereinfacht bedeutet dies, dass eine unter Pflegschaft gestellte Person Verwaltungsgeschäfte (*actes d'administration*) selbst vornehmen kann, für Verfügungsgeschäfte (*actes de disposition*) aber grundsätzlich der Unterstützung des Pflegers bedarf.⁶¹¹

Aufgrund dieser beschränkten Handlungsfähigkeit kann die unter Pflegschaft stehende Person als – auch dem deutschen Verständnis entsprechend – beschränkt geschäftsfähig bezeichnet werden.⁶¹² Im Übrigen gilt für die persönlichen bzw. personenbezogenen Rechtsgeschäfte das für die Vormundschaft Gesagte, da die Art. 458 und 459 Code civil auf beide Schutzinstrumente Anwendung finden⁶¹³; diese verbleiben also grundsätzlich im alleinigen Zuständigkeitsbereich einer Person, auch wenn sie unter Pflegschaft gestellt wurde.

Nachträgliche Angreifbarkeit von Rechtsgeschäften

Damit bleiben sowohl bei der Vormundschaft als auch bei der Pflegschaft eigene Handlungsspielräume eröffnet, innerhalb derer die geschützte Person ihre rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit behält, allein oder gemeinsam mit der zu ihrem Schutz bestellten Person. Wenn der Schutz des Betroffenen es erfordert, sind aber auch diese Geschäfte, die der Betroffene grundsätzlich noch selbst vornehmen darf, anfechtbar. In welchen Situationen und mit welcher Wirkung das geschlossene Geschäft auf dem Klageweg angegriffen werden kann, regeln die vier Nummern des Art. 465 Abs. 1 Code civil je nach Art des geschlossenen Geschäfts und je nach Schutzmaßnahme. Im Folgenden werden die Klagen der Nummern 1–3 des Absatzes 1 besprochen, da es sich hierbei um die Klagen in Bezug auf die Geschäfte, die die geschützte Person selbst abgeschlossen hat, handelt. Die Nummer 4 behandelt hingegen die Geschäfte, die der Vertreter oder Beistand außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs abgeschlossen hat. Auf sie soll hier nicht näher eingegangen werden.

Gemäß Art. 465 Abs. 1 Nr. 1 Code civil kann bei solchen Geschäften, für die die geschützte Person auch ohne Mitwirkung des Pflegers oder Vormunds die alleinige Abschlusskompetenz hat, also bei der Pflegschaft insbesondere Verwaltungsgeschäfte und bei der Vormundschaft insbesondere nach den Gepflogenheiten zulässige Geschäfte, auf Rückgängigmachung bzw. Minderung der eingegangenen Verpflichtung geklagt werden. Explizit nicht anfechtbar sind

⁶¹¹ *Batteur und Manger-Vielpeau* 2021, S. 589 Rn. 1444. Siehe dort (Rn. 1448 ff.) auch zu verschiedenen Formen der *curatelle*, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, wie die *curatelle renforcée*, durch die der *curateur* die Einnahmen und Ausgaben verwaltet (Art. 472 Abs. 1 Code civil), die *curatelle élargie*, durch die die Mitwirkungspflicht des *curateur* auf weitere Rechtshandlungen erstreckt wird (Art. 471 Code civil), und die *curatelle allégée*, durch die die Mitwirkungspflicht hingegen beschränkt wird (Art. 471 Code civil). Ebenso zu den Geschäften, für die die geschützte Person der Zustimmung des *curateur* bedarf: *Juris Classeur/Civil Code-Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 72.

⁶¹² *Malaurie und Peterka* 2022, S. 398 Rn. 477.

⁶¹³ *Teyssié* 2021, S. 666 ff. Rn. 1258 ff., dort auch zu weiteren Details je nach Art des Rechtsgeschäfts.

dabei solche Rechtsgeschäfte, deren alleinige Vornahme bereits im Vorfeld durch den Richter oder den Familienrat ausdrücklich erlaubt wurde, wie z.B. die Errichtung eines Testaments im Falle der Vormundschaft. Ist der Anwendungsbereich von Art. 465 Abs. 1 Nr. 1 Code civil jedoch eröffnet, so ergeben sich die Voraussetzungen des Klagerechts durch den Verweis auf Art. 435 Code civil, welcher die Wirksamkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften solcher Personen, die unter gerichtliche Schutzbetreuung gestellt sind, regelt: Entsprechend Art. 435 Abs. 2 Code Civil kann folglich zum einen bei Vorliegen einer einfachen Schädigung (*simple lésion*) die Rückgängigmachung des Geschäfts verlangt werden. Zum anderen kommt bei Übermaß (*excès*) die Minderung der eingegangenen Verpflichtung in Betracht.

Wie in Art. 1149 Code civil, der sich in Bezug auf Minderjährige ebenso des Begriffs der *simple lésion* bedient, definiert der Gesetzgeber auch hier den Begriff der Schädigung nicht, ebenso wenig den Begriff des Übermaßes. Eine einfache Schädigung liegt aber auch hier insbesondere bei einem Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung vor, ohne dass ein Wert festgelegt würde, ab dem ein relevantes Missverhältnis anzunehmen ist.⁶¹⁴ Dass der vom Vertrag Begünstigte der geschützten Person nachträglich noch einen gewissen Betrag zahlt, um das Missverhältnis auszugleichen, hindert die Klage auf Rückgängigmachung aber jedenfalls nicht.⁶¹⁵ Die vom Klagerecht ausgehende Abschreckungswirkung auf Dritte – diese sollen nicht versuchen, unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stehende Personen auszunutzen – würde sonst beeinträchtigt.⁶¹⁶

Übermaß soll insbesondere, wie auch während der *période suspecte*,⁶¹⁷ dann vorliegen, wenn die Verpflichtung, die die geschützte Person eingegangen ist, ihr Vermögen unverhältnismäßig belastet.⁶¹⁸ Auch Unerfahrenheit im Geschäftsleben und daraus resultierend ein ungünstiger Vertragsabschluss sollen hierunter fallen.⁶¹⁹ Während die Herabsetzung wegen Übermaßes auf alle Rechtsgeschäfte Anwendung finden soll, soll sich die Rückgängigmachung wegen Schädigung aufgrund des notwendigen Vergleichs von Leistung und Gegenleistung nur auf entgeltliche Verträge beziehen können.⁶²⁰ Dies setzt aller-

⁶¹⁴ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 67; Teyssié 2021, S. 643 Rn. 1206; Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 45. Siehe aus der Rechtsprechung der Verkauf eines Grundstücks durch eine 88-jährige Person, die unter *sauvegarde de justice* stand, zu einem erheblich unter dem Marktwert liegenden Preis: CA Toulouse, 13. März 2006, n° 05/02794.

⁶¹⁵ Noguéro Les Petites Affiches 2010, S. 5 ff. (unter I.B.); Teyssié 2021, S. 644 Rn. 1206; Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 47.

⁶¹⁶ Vgl. Noguéro Les Petites Affiches 2010, S. 5 ff. (unter I.B., Fn. 12).

⁶¹⁷ Siehe oben Fn. 566.

⁶¹⁸ Teyssié 2021, S. 644 Rn. 1208.

⁶¹⁹ Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 45.

⁶²⁰ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 67; Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 45; vgl. auch Teyssié 2021, S. 642 Rn. 1202 und S. 643 Rn. 1206,

dings ein entsprechend enges Verständnis des Begriffs der Schädigung voraus, das sich dann ausschließlich auf ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung bezöge, welches so aber weder für Art. 464 Abs. 2 BGB⁶²¹ noch für Art. 1149 Code civil vertreten wird und daher auch an dieser Stelle nicht angenommen werden kann.

Ob Schädigung oder Übermaß vorliegen, unterliegt auch hier, wie während der *période suspecte*, der freien Würdigung des Richters,⁶²² ebenso seine Entscheidung, welche Rechtsfolge er ausspricht, wenn er eine Schädigung oder ein Übermaß festgestellt hat („die Rechtsgeschäfte *können* [...] rückgängig gemacht oder [...] herabgesetzt werden“). Dabei soll er ausdrücklich die in Art. 435 Abs. 2 Code civil genannten Aspekte berücksichtigen, also insbesondere die Nützlichkeit oder Nutzlosigkeit des Rechtsgeschäfts, den Umfang des Vermögens der geschützten Person, ebenso die Gut- oder Bösgläubigkeit des Vertragspartners. Es wird dabei nicht näher dargelegt, worauf sich eine etwaige Gut- oder Bösgläubigkeit beziehen soll, sodass davon auszugehen ist, dass das Wissen bzw. die Unkenntnis bezüglich aller relevanten Tatsachen in die ein oder andere Richtung ins Gewicht fallen kann, so also nicht nur bezüglich des geistigen Zustands des Betroffenen, sondern auch bezüglich der Verursachung eines Schadens.⁶²³ Insgesamt sollen damit nicht nur objektive, sondern auch subjektive Elemente in die Ermessensentscheidung einfließen können.⁶²⁴

Die Rückgängigmachung (*rescission*) des Rechtsgeschäfts hat, trotz der unterschiedlichen Formulierung im Gesetzestext, im Wesentlichen dieselbe Wirkung wie die anderorts, beispielsweise in Art. 464 Code civil, angeordnete Nichtigkeit (*nullité*).⁶²⁵ Das Rechtsgeschäft ist rückwirkend unwirksam und es muss der Zustand, der vor Abschluss des Rechtsgeschäfts bestand, herbeigeführt werden.⁶²⁶ Art. 1352-4 Code civil – Herausgabepflicht ist auf das beschränkt,

der die Rückgängigmachung wegen Schädigung unter der Überschrift „entgeltliche Rechtsgeschäfte“ behandelt und lediglich auf ein Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung eingeht. Der Begriff der *simple lésion* in Art. 1149 Code civil wird weniger eng interpretiert, was möglicherweise daran liegt, dass dort nicht ausdrücklich an einen *excès* andere Rechtsfolgen geknüpft werden. Ebenso Teyssié 2021, S. 674 f. Rn. 1280: Ein Testament, das eine Person unter *curatelle* (wirksam) verfasst hat, könne nur unter den Voraussetzungen des Art. 414-1 Code civil angegriffen werden. Mit anderen Worten kann keine *lésion* festgestellt werden (alldings wohl auch kein *excès*).

⁶²¹ Dort sind auch explizit unentgeltliche Geschäfte erfasst, siehe oben bei Fn. 575.

⁶²² Zum Ermessensspielraum des Richters bei der Frage, ob Schädigung oder Übermaß vorliegen: Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 45.

⁶²³ Vgl. zur Berücksichtigung der Bösgläubigkeit des Vertragspartners CA Toulouse, 13. März 2006, n° 05/02794: Den Käufern eines Grundstücks zu ungewöhnlich guten Konditionen müsse bewusst gewesen sein, ein gutes Geschäft zu machen.

⁶²⁴ Noguéro Les Petites Affiches 2010, S. 5 ff. (unter I.B.); Teyssié 2021, S. 643 Rn. 1206. Siehe auch bereits oben zu Art. 1149 Code civil ab Fn. 512.

⁶²⁵ Siehe auch Carbonnier 2004, S. 546 Rn. 292: Die *rescission pour lésion* entspricht dem Grunde nach der *nullité*, außer dass zusätzlich eine Schädigung vorausgesetzt wird.

⁶²⁶ Carbonnier 2004, S. 546 Rn. 292; Teyssié 2021, S. 644 Rn. 1207.

was als Gewinn aus dem Geschäft gezogen wurde – findet dabei Anwendung.⁶²⁷ Die Klage auf Minderung hat zur Folge, dass die Verpflichtung auf ein am Vermögen des Geschützten gemessenes vernünftiges Maß reduziert wird; ist eine Herabsetzung aufgrund der Unteilbarkeit der Leistung nicht möglich, so kann auch die Nichtigkeit des Geschäfts ausgesprochen werden.⁶²⁸

Beide Klagemöglichkeiten – Minderung und Rückgängigmachung –, durch die die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften nachträglich wieder in Frage gestellt werden kann, sind aufgrund der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit nicht frei von Kritik,⁶²⁹ wobei natürlich, wie gesehen, der Richter zumindest die Möglichkeit hat, auch die Gutgläubigkeit des Vertragspartners zu berücksichtigen. Per se ausschlaggebend ist sie für die Entscheidung jedoch nicht. Auch wird moniert, dass Dritte aufgrund des durch die Klagemöglichkeit entstehenden Misstrauens davon absehen könnten, mit den geschützten Personen Geschäfte abzuschließen, was deren Entfaltungsmöglichkeiten, die das Gesetz ihnen doch gerade einräumen wolle, faktisch einschränke.⁶³⁰ Diese Kritik ist zuzugeben, dass zumindest stets das Risiko einer Klage besteht, insbesondere, weil sich der Schaden oder das Übermaß aus Umständen ergeben kann, die der Dritte nicht einsehen kann, und weil seine Gutgläubigkeit nur ein zu berücksichtigender Faktor unter mehreren ist.

Nimmt die geschützte Person ein Rechtsgeschäft vor, welches zumindest mitwirkungspflichtig gewesen wäre, so kann sie unter den Voraussetzungen von Art. 465 Abs. 1 Nr. 2 Code civil auch dieses Geschäft nachträglich angreifen: Es kann auf Nichtigkeit geklagt werden, wenn die geschützte Person einen Schaden (*préjudice*) erlitten hat. Diese Nichtigkeitsklage steht insbesondere unter Pflegschaft gestellten Personen offen, die ohne die Zustimmung des Pflegers Veräußerungshandlungen vornehmen. Auch hier hat der Richter wieder einen doppelten Ermessensspielraum, hinsichtlich der Feststellung eines Schadens und hinsichtlich des Ausspruchs der Rechtsfolge („das Rechtsgeschäft *kann* für nichtig erklärt werden“).⁶³¹ Er berücksichtigt dabei auch hier unter anderem hier die Nützlichkeit des Geschäfts sowie die Gut- oder Bösgläubigkeit des Vertragspartners.⁶³²

Hätte die geschützte Person für das Rechtsgeschäft, welches sie vorgenommen hat, vertreten werden müssen, wie es im Fall einer Vormundschaft regel-

⁶²⁷ Siehe zur Vorgängernorm Art. 1312 Code civil a.F.: Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 94. Siehe auch bereits oben bei Fn. 526.

⁶²⁸ Noguéro Les Petites Affiches 2010, S. 5 ff. (unter I.B.); Teyssié 2021, S. 644 Rn. 1208.

⁶²⁹ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 66.

⁶³⁰ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 66.

⁶³¹ Malaurie und Peterka 2022, S. 401 f. Rn. 482; kritisch Noguéro Les Petites Affiches 2010, S. 5 ff. (unter II.): Wenn ein Schaden nachgewiesen werden könne, solle die Nichtigkeit ausgesprochen werden.

⁶³² Teyssié 2021, S. 677 Rn. 1287; Cass. 1^{re} civ., 16. Oktober 1985, Recueil Dalloz 1986, S. 154 f. m. Anm. Massip.

mäßig der Fall ist, so kann nach Art. 465 Abs. 1 Nr. 3 Code civil sogar auf Nichtigkeit geklagt werden, ohne dass ein Schaden nachgewiesen werden muss. In diesem Fall steht dem Richter hinsichtlich des Ausspruchs der Nichtigkeitsfolge kein Ermessen zu („das Rechtsgeschäft *ist* nichtig“). Selbst dann, wenn die geschützte Person den Eindruck macht, in voller Kenntnis der Tatsachen gehandelt zu haben, so ordnet das Gesetz, sofern der Vormund Klage erhebt, die Nichtigkeitsfolge an.⁶³³ Der Aspekt der Schädlichkeit des Geschäfts spielt hier aber zumindest mittelbar eine Rolle: Dem Beklagten steht der Einwand des Art. 1151 Code civil offen: Er kann die Nichtigkeitsfolge abwenden, indem er nachweist, dass die geschützte Person keinen Schaden erlitten hat.⁶³⁴

(cc) *Familienbeistandschaft (habilitation familiale)*

Die Familienbeistandschaft ist als weniger förmliches Schutzinstrument gedacht; es soll den Familien, die sich über die Art und Weise, wie die Interessen des Betroffenen wahrzunehmen sind, einig sind, die entsprechende rechtliche Ermächtigung, diese Interessen sodann auch wahrzunehmen, verleihen.⁶³⁵ Diese spezielle Schutzmaßnahme gibt es seit dem 1. Januar 2016:⁶³⁶ Der Richter bestimmt auf Antrag der in Art. 494-3 Code civil bezeichneten Personen⁶³⁷ einen der in Art. 494-1 Code civil bezeichneten nahen Verwandten oder den Partner des Betroffenen als Vertreter für alle oder bestimmte Rechtsgeschäfte, wie bei einer Vormundschaft,⁶³⁸ oder als Beistand, wie bei einer Pflegschaft. Wird dem Betroffenen ein Vertreter bestellt, verliert der Betroffene dann so weit, wie die Familienbeistandschaft reicht, seine Geschäftsfähigkeit, Art. 494-8 Abs. 1 Code civil.

Mit Art. 494-9 Code civil existiert sodann eine dem Art. 465 Code civil nachempfundene Vorschrift: Nimmt der Betroffene ein Rechtsgeschäft vor, für das er von der ermächtigten Person hätte vertreten werden müssen, so ist dieses nichtig, ohne dass ein Schaden nachgewiesen werden muss, und ohne dass der Ausspruch der Nichtigkeitsfolge im Ermessen des Richters stünde, Art. 494-9 Abs. 1 Code civil. Schließt der Betroffene ein Rechtsgeschäft ab, dem der Er-

⁶³³ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn.78; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 406 Rn. 489.

⁶³⁴ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 397 Rn. 477.

⁶³⁵ *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2015, S. 2335 (2335).

⁶³⁶ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

⁶³⁷ Beispielsweise die zu schützende Person selbst oder ein naher Verwandter i.S.v. Art. 494-1 Code civil.

⁶³⁸ Gleichzeitig sind die Handlungsspielräume der geschützten Person in manchen Bereichen größer als bei einer *tutelle*: So gibt es, anders als in Art. 476 Abs. 2 Code civil für die *tutelle*, keine Beschränkungen in Bezug auf die Fähigkeit, wirksam Testamente zu errichten. Bei einer *tutelle* ist dies nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Gerichts möglich. Siehe auch *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2015, S. 2335 (2338f.) mit weiteren Beispielen.

mächtigte hätte zustimmen müssen, so kann dieses für nichtig erklärt werden, wenn die geschützte Person einen Schaden nachweisen kann, Art. 494-9 Abs. 2 Code civil. Die weiteren Absätze lassen vermuten, dass dann als Rechtsfolge auch die Minderung einer übermäßigen Leistungspflicht ausgesprochen werden kann: So ist etwa in Absatz 4 und 6 von der „Klage auf Nichtigkeit oder Herabsetzung“ die Rede.

(dd) Gerichtliche Schutzbetreuung (*sauvegarde de justice*)

Mit der gerichtlichen Schutzbetreuung kennt der französische Code civil noch eine weitere Nuance der Geschäftsfähigkeit im Erwachsenenrecht: Wer unter gerichtlicher Schutzbetreuung steht, die vom *procureur de la République* (Oberstaatsanwalt) oder gerichtlich angeordnet werden kann,⁶³⁹ erhält grundsätzlich weder einen Vertreter noch einen mitwirkungsberechtigten Pfleger.⁶⁴⁰

Der Betroffene ist vielmehr dem Grunde nach vollständig geschäftsfähig, d.h. das Gesetz versagt ihm nicht per se den Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte, siehe Art. 435 Abs. 1 Code civil. Es findet aber ein nachträglicher Schutz statt, indem dem Betroffenen unter den Voraussetzungen des Art. 435 Abs. 2 Code civil der Klageweg eröffnet wird: Wie bereits im Zusammenhang mit den Rechtsinstituten der Vormundschaft und Pflegschaft besprochen, auf die Art. 435 Abs. 2 Code civil anwendbar ist,⁶⁴¹ kann nach Art. 435 Abs. 2 Code civil auf Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts geklagt werden, wenn der Betroffene einen Schaden (*simple lésion*) erlitten hat; alternativ kann bei übermäßiger Leistungsverpflichtung (*excès*) auf Minderung dieser Verpflichtung auf ein vernünftiges Maß geklagt werden. Insofern kann auf die Ausführungen zur Vormundschaft und zur Pflegschaft verwiesen werden.⁶⁴²

Eine gerichtliche Schutzbetreuung wird angeordnet, wenn die geistigen Fähigkeiten einer Person nur vorübergehend beeinträchtigt sind, sodass die Anordnung einer Pflegschaft oder Vormundschaft für den kurzen Zeitraum, den die Beeinträchtigung voraussichtlich andauern wird, nicht notwendig ist.⁶⁴³ Die gerichtliche Schutzbetreuung kommt aber auch in Betracht, wenn sich eine an einer psychischen Krankheit erkrankte Person auf dem Weg der Besserung befindet, gewissermaßen als Zwischenstadium zwischen Vormundschaft bzw.

⁶³⁹ Für weitere Details siehe *Malaurie und Peterka* 2022, S. 372 f. Rn. 432; *Teyssié* 2021, S. 637 ff. Rn. 1187 ff.

⁶⁴⁰ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 371 Rn. 430. Der Richter kann aber ausnahmsweise einen *mandataire spécial* ernennen, der für bestimmte Rechtsgeschäfte vertretend tätig werden kann, bzw. es kann für bestimmte Rechtsgeschäfte eine Mitwirkungspflicht dieses *mandataire spécial* angeordnet werden, Art. 437 Abs. 2 Code civil. Siehe ausführlich *Juris Classeur/Civil Code-Favier*, Art. 433 à 439 Rn. 54 ff.

⁶⁴¹ Siehe zur Auslegung des Art. 435 Abs. 2 Code civil oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(2) (c)(bb).

⁶⁴² Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(2)(c)(bb).

⁶⁴³ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 371 Rn. 430.

Pflegschaft einerseits und vollständiger Geschäftsfähigkeit andererseits.⁶⁴⁴ Sie ist auf die Dauer eines Jahres begrenzt und kann nur einmal verlängert werden, Art. 439 Abs. 1 Code civil.

Zudem wird sie in einem speziellen Register eingetragen, das gemäß Art. 1251-1 Code de procédure civil aber nur von spezifischen Personen eingesehen werden kann, etwa von Anwälten und Notaren und solchen Personen, die nach Art. 430 Code civil berechtigt sind, eine Schutzmaßnahme anzuregen.⁶⁴⁵ Dritten kann die geistige Beeinträchtigung sowie die Anordnung einer gerichtlichen Schutzbetreuung daher häufig verborgen bleiben.⁶⁴⁶ Dieses nur begrenzte Nachaußentreten wird damit gerechtfertigt, dass die Auswirkungen auf die Geschäftsfähigkeit zu gering seien, um aufwändige Maßnahmen zur Bekanntmachung dieses Schutzinstruments rechtfertigen zu können.⁶⁴⁷ Entsprechende Maßnahmen könnten Familien auch abschrecken, die Anordnung einer gerichtlichen Schutzbetreuung für ihre Angehörigen zu beantragen.⁶⁴⁸ Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit fließt aber wiederum zumindest in die Ermessensentscheidung des Richters mit ein, der für die Frage, ob er ein Geschäft für nichtig erklärt, nach Art. 435 Abs. 2 Code civil gerade auch die Gutgläubigkeit des Vertragspartners berücksichtigen muss.⁶⁴⁹

(ee) Vorsorgevollmacht (*mandat de protection future*)

Und schließlich ist in Kürze auf die Vorsorgevollmacht im französischen Recht einzugehen, die jeder Volljährige, der nicht unter Vormundschaft oder Familienbeistandschaft steht, errichten kann, Art. 477 Abs. 1 Code civil.⁶⁵⁰ Hat der Betroffene eine solche errichtet, geht diese allen anderen Schutzmaßnahmen vor, Art. 428 Code civil.⁶⁵¹ Sie kann, muss aber nicht, notariell beurkundet werden, wobei die notariell beurkundete Vollmacht weitreichendere Wirkung hat und beispielsweise den Bevollmächtigten zur Vornahme von Verfügungsge-
schäften (*actes de disposition*) ermächtigt.⁶⁵² Eine privatschriftliche Vollmacht

⁶⁴⁴ Malaurie und Peterka 2022, S. 371 Rn. 430; Teyssié 2021, S. 636 f. Rn. 1184 f.

⁶⁴⁵ Malaurie und Peterka 2022, S. 373 Rn. 435.

⁶⁴⁶ Malaurie und Peterka 2022, S. 373 Rn. 435; Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 43.

⁶⁴⁷ Teyssié 2021, S. 640 Rn. 1197.

⁶⁴⁸ Teyssié 2021, Teyssié 2021, S. 640 Rn. 1197.

⁶⁴⁹ Juris Classeur/Civil Code-Favier, Art. 433 à 439 Rn. 43.

⁶⁵⁰ Wer unter *curatelle* steht, kann eine Vorsorgevollmacht unter Mitwirkung des *curateur* errichten, Art. 477 Abs. 2 Code civil. In bestimmten Fällen kann auch eine Vorsorgevollmacht für einen Dritten erstellt werden, z. B. von Eltern für ihre Kinder, durch sie Dritte ermächtigen, als Vertreter für ihre Kinder aufzutreten, für den Fall, dass die Eltern selbst versterben oder die Interessen des Kindes nicht mehr wahrnehmen können, Art. 425 Abs. 3 Code civil.

⁶⁵¹ Malaurie und Peterka 2022, S. 377 Rn. 441, S. 381 Rn. 449. Siehe Art. 483 Code civil zu den Gründen, durch die eine in Kraft getretene Vorsorgevollmacht wieder außer Kraft tritt.

⁶⁵² Genauer zu solchen Geschäften, für die ein *tuteur* die Zustimmung des Richters oder des Familienrats benötigt, Art. 490 Abs. 1 Code civil. Eine Ausnahme gilt für unentgeltliche

beschränkt die Vertretungsmacht auf Verwaltungsgeschäfte (*actes d'administration*).⁶⁵³ Soll die Vollmacht nicht notariell beurkundet werden, so muss sie aber zumindest vom Vollmachtgeber selbst unterschrieben werden und zusätzlich entweder von einem Anwalt gegengezeichnet oder aber nach einer bestimmten Vorlage (entsprechend Dekret n° 2009-1628 vom 23. Dezember 2009) errichtet werden.⁶⁵⁴ Durch diese Vollmacht kann jede natürliche Person bevollmächtigt werden, Art. 480 Abs. 1 Code civil, die den Betroffenen dann im von der Vollmacht vorgegebenen Umfang vertritt, wobei auch hier insbesondere Art. 458 f. Code civil – höchstpersönliche Geschäfte nimmt der Bevollmächtigende grundsätzlich selbst vor – durch den Verweis in Art. 479 Abs. 1 Code civil anwendbar und auch nicht abdingbar sind.

Die Vorsorgevollmacht tritt nicht automatisch in Kraft, sondern erst, sobald ein auf einer speziell vom *procureur de la République* errichteten Liste aufgeführter Arzt feststellt, dass der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, seine Interessen selbst wahrzunehmen, wenn also die Voraussetzungen von Art. 425 Code civil erfüllt sind. Der Bevollmächtigte muss zudem diese medizinische Bescheinigung sowie die Vollmacht bei der Geschäftsstelle des Gerichts (*greffe du tribunal*) vorlegen, wo auf der Urkunde das Inkrafttreten bestätigt und das Datum des Inkrafttretens vermerkt wird, Art. 481 Abs. 1 und 2 Code civil.⁶⁵⁵ Die Vorsorgevollmacht soll in einem speziellen, durch Dekret zu schaffenden und näher auszugestaltenden Register veröffentlicht werden, Art. 477-1 Code civil; dieses Dekret wurde aber bis heute nicht erlassen. Entsprechend tritt das Bestehen von Vorsorgevollmachten bislang nicht nach außen.⁶⁵⁶

Tritt die Vollmacht in Kraft, wird dem Betroffenen die Geschäftsfähigkeit jedoch nicht entzogen.⁶⁵⁷ Er kann daher, wie im Fall einer gerichtlichen Schutzbetreuung, nur nachträglichen Schutz beanspruchen, insbesondere kann er wiederum nur im Fall einer Schädigung (*simple lésion*) bzw. im Fall einer übermäßigen Leistungsverpflichtung das Rechtsgeschäft rückabwickeln bzw. die Leistungsverpflichtung mindern, Art. 488 Abs. 1 Code civil.⁶⁵⁸ Der Richter soll auch hier bei seiner Entscheidung wieder alle Umstände des Einzelfalls berück-

Geschäfte, diese kann der Bevollmächtigte nur mit Genehmigung des Richters vornehmen, Art. 490 Abs. 2 Code civil.

⁶⁵³ Art. 493 Abs. 1 Code civil: Es können nur Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, für die ein *tuteur* keine gesonderte Genehmigung bräuchte, was im wesentlichen Verwaltungsgeschäfte erfasst.

⁶⁵⁴ *Batteur und Mauger-Vielpeau* 2021, S. 593 Rn. 1460.

⁶⁵⁵ Siehe Art. 483 Code civil zu den Gründen, durch die eine in Kraft getretene Vorsorgevollmacht wieder außer Kraft tritt, etwa wenn eine *tutelle* oder *curatelle* angeordnet wird.

⁶⁵⁶ *Batteur und Mauger-Vielpeau* 2021, S. 593 Rn. 1461: „C'est désespérant.“

⁶⁵⁷ Siehe auch Art. 1159 Abs. 2 Code civil: Eine durch Vertrag geschaffene Vertretungsmacht belässt dem Vertretenen das Recht zur Ausübung seiner Rechte.

⁶⁵⁸ Siehe oben zur gerichtlichen Schutzbetreuung unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(2)(c)(dd). Klagen kann nur die betroffene Person selbst bzw. nach ihrem Tod ihre Erben, und es gilt die fünfjährige Klagfrist, Art. 488 Abs. 2 Code civil.

sichtigen, insbesondere die Nützlichkeit oder Nutzlosigkeit des Rechtsgeschäfts, den Umfang des Vermögens der geschützten Person sowie die Gut- oder Bösgläubigkeit des Vertragspartners, Art. 488 Abs. 1 S. 2 Code civil.

Die Vorsorgevollmacht steht in der Kritik, da die in Betracht kommenden Klagemöglichkeiten den Betroffenen nur unzureichend schützten: Entweder man schütze ganz oder man schütze nicht, man schütze aber nicht zur Hälfte.⁶⁵⁹ Wer eine Vorsorgevollmacht errichte, wähne sich geschützt, unterliege dabei aber einer Fehlvorstellung.⁶⁶⁰ Die Klagemöglichkeit nach Art. 488 Abs. 1 Code civil stehe zwar offen, aber jeder kenne doch die mit der Anstrengung von Gerichtsverfahren einhergehenden Kosten und die Zufälligkeiten hinsichtlich ihres Ausgangs.⁶⁶¹

(c) Fazit

Wer natürlich geschäftsunfähig ist, kann im französischen Recht stets nach Art. 414-1 Code civil auf Nichtigkeit klagen. Die Nichtigkeit wird dann vom Richter, sofern Geschäftsunfähigkeit nachgewiesen werden kann, allein aufgrund der Geschäftsunfähigkeit ausgesprochen und hängt von keiner weiteren Voraussetzung ab. Steht ein Erwachsener zusätzlich unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme, stehen ihm parallel zu Art. 414-1 Code civil weitere Möglichkeiten zur Verfügung, um sich zumindest nachträglich vor von ihm selbst geschlossenen Geschäften zu schützen.

Sowohl im Zeitraum von zwei Jahren vor Anordnung einer Vormundschaft, einer Pflegschaft oder einer Familienbeistandschaft als auch während des Bestehens aller Erwachsenenschutzmaßnahmen hat der Betroffene das Recht, die Nichtigkeit der von ihm geschlossenen Geschäfte geltend zu machen, selbst wenn die Erwachsenenschutzmaßnahme seine Geschäftsfähigkeit für dieses Geschäft unangetastet lässt, sofern er nur einen Schaden nachweisen kann. Alternativ kann er, wenn er sich im Übermaß verpflichtet hat, auf Minderung seiner Leistungspflicht klagen. Aber nicht nur für die Erwachsenen, deren Geschäftsfähigkeit durch eine Schutzmaßnahme unberührt bleibt, ist die Frage, ob ihnen ein Schaden entstanden ist, maßgeblich: Denn auch dann, wenn ein Rechtsgeschäft schon allein wegen Bestehens einer Vormundschaft und des damit einhergehenden Entzugs der Geschäftsfähigkeit für nichtig erklärt werden könnte, steht dem Vertragspartner der Einwand nach Art. 1151 Code civil offen, dem Betroffene sei durch das Geschäft kein Schaden entstanden.

Es gibt nun zwar für die Auslegung der Begriffe des Schadens und des Übermaßes keine strikten Vorgaben, es ist aber jedenfalls eine einheitliche Ausle-

⁶⁵⁹ Vgl. *Malaurie und Peterka* 2022, S. 381 Rn. 449.

⁶⁶⁰ Vgl. *Malaurie und Peterka* 2022, S. 381 Rn. 449; siehe auch *Batteur und Mauger-Vielpeau* 2021, S. 593 Rn. 1462: wenig schützend.

⁶⁶¹ Vgl. *Malaurie und Peterka* 2022, S. 381 Rn. 449.

gung aller Vorschriften zu befürworten, abgestimmt mit dem Minderjährigenrecht, wo der Begriff des Schadens ebenso von zentraler Bedeutung ist. Die Kriterien, die im Erwachsenenschutzrecht über die Wirksamkeit von Verträgen entscheiden, sind dabei im Ergebnis im Wesentlichen dieselben wie im Minderjährigenrecht, wenn ein Minderjähriger die Läsionsklage i. S. d. Art. 1149 Code civil anstrebt:

Damit sind Schaden und Übermaß zunächst wirtschaftlich zu verstehen und liegen insbesondere dann vor, wenn Leistung und Gegenleistung in keinem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen. Maßgeblich sind aber auch die Vermögensverhältnisse des Betroffenen sowie sonstige subjektive Kriterien, also vor allem die Nützlichkeit oder Nutzlosigkeit des Geschäfts. Bei seiner Ermessensentscheidungen, ob er das Geschäft für nichtig erklärt oder jedenfalls die Leistungsverpflichtung mindert, berücksichtigt der Richter aber die Interessen beider Parteien, so wiederum auch, anders als im Minderjährigenrecht, die Gut- oder Bösgläubigkeit des Vertragspartners. Die Berücksichtigungsfähigkeit einer etwaigen Gutgläubigkeit vermag dabei die Rechtssicherheitsbedenken, die mit diesen Klagemöglichkeiten einhergehen, zumindest etwas zu relativieren.

d) Stellungnahme

aa) Unbedeutende Nachteile de lege lata und de lege ferenda

Eine wortlautgetreue Anwendung des Begriffs des lediglich rechtlichen Vorteils führte dazu, dass jeder Rechtsnachteil beachtlich sein müsste, was zur Folge hätte, dass kaum mehr ein Geschäft zustimmungsfrei wäre.⁶⁶² Dass § 107 BGB einer Einschränkung bedarf, ist also unbestritten, fraglich ist allerdings das „Wie“. ⁶⁶³ Im Ergebnis sollte diese Einschränkung durch eine stärkere Berücksichtigung wirtschaftlicher Kriterien erfolgen: Eine solche ist im Wortlaut des § 107 BGB zwar nicht angelegt, der Wortlaut des § 107 BGB sieht aber zum einen überhaupt keine Einschränkungsmöglichkeiten des Begriffs des rechtlichen Vorteils vor.⁶⁶⁴ Zum anderen dient § 107 BGB gerade dem Vermögensschutz, sodass dieses Ziel des Vermögensschutzes die Auslegung des § 107 BGB auch beeinflussen können muss.⁶⁶⁵ Insofern verliert das Wortlautargument, das einer durch wirtschaftliche Kriterien beeinflussten Auslegung entgegenstehen soll, an Überzeugungskraft.⁶⁶⁶

⁶⁶² Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (627).

⁶⁶³ Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (627).

⁶⁶⁴ Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (627).

⁶⁶⁵ Stürner AcP (173) 1973, S. 402 (417); Harte 2008, S. 36, 47; Kölmel RNotZ 2010, S. 618 (627 f.).

⁶⁶⁶ Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise grundsätzlich befürwortend auch Kaufmann 2011, S. 98 f.; kritisch aufgrund des Wortlauts aber Röthel und Krackhardt Jura 2006, S. 161 (165); Staudinger BGB-Klump 2021, § 107 BGB Rn. 22.

Die wirtschaftliche Betrachtung klingt in der Rechtsprechung des BGH zum Grundstückserwerb – ebenso im Schweizer Recht⁶⁶⁷ –, wenn auch in sehr eingeschränktem Maße, bereits an.⁶⁶⁸ So sollen zumindest wirtschaftlich unbedeutende Nachteile aussortiert werden können, weil diese in der Regel aus den Erträgen bestritten werden könnten und damit keine Vermögensgefährdung nach sich zögen. Dabei hat sich zwar der Ansatz als fragwürdig erwiesen, die Deckung der Kosten durch Erträge zum zentralen Argument zu erheben, weil auf diese Weise unberücksichtigt bleibt, dass verschiedene Grundstücke überhaupt keine Erträge abwerfen und der Minderjährige also die mit dem Grundstückserwerb zusammenhängenden Kosten doch aus seinem sonstigen Vermögen bestreiten muss. Überhaupt stellt sich die grundsätzliche Frage, weshalb der BGH ausgerechnet beim Grundstückserwerb nach unbeachtlichen Nachteilen sucht: Schließlich hat § 107 BGB zum Ziel, Kinder langsam in den Rechtsverkehr einzuführen, und es ist durchaus fraglich, weshalb diese Einführung ausgerechnet mit – gar mit Nießbrauch und Grundpfandrechten belasteten – Grundstücken geschehen muss.⁶⁶⁹

Es ist aber dennoch die in dieser Rechtsprechung angelegte Tendenz, den Begriff des rechtlichen Vorteils einzuschränken, wenn wirtschaftliche Nachteile nur unbedeutend sind, zu begrüßen: Der Minderjährigenschutz erfordert es nicht, ihn vor jedem noch so geringen wirtschaftlichen Nachteil zu schützen.⁶⁷⁰ Wie es im französischen Recht ausdrücklich anerkannt ist, sollten Sinn und Zweck des Rechts der beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht sein, den Minderjährigen wegen seiner Minderjährigkeit zu schützen, sondern ihn vor Schädigungen zu bewahren, und zwar auch nur vor nennenswerten Schädigungen, nicht aber notwendigerweise vor jeder noch so alltäglichen Handlung.

Als Gegenargument kann dabei nicht angeführt werden, dass man sich nun also darüber zu streiten habe, was einen unbedeutenden wirtschaftlichen Nachteil darstelle.⁶⁷¹ Bei einer allgemeinen Anerkennung dieser Ausnahme lassen sich durch eine Vielzahl von Einzelentscheidungen Fallgruppen bilden, die der Orientierung dienen, welche Nachteile bei welchen Rechtsgeschäften grundsätzlich unbedeutend sind.⁶⁷² Ein ähnlicher Streit existiert schließlich auch im

⁶⁶⁷ Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)bb).

⁶⁶⁸ Siehe oben bei Fn. 309.

⁶⁶⁹ Wilhelm NJW 2006, S. 2353 (2355); ähnlich Röthel und Krackhardt Jura 2006, S. 161 (166): Es bleibe die Frage, weshalb die Rechtsprechung beim Grunderwerb so bemüht sei, diesen als nicht zustimmungspflichtig zu qualifizieren.

⁶⁷⁰ Kaufmann 2011, S. 188 f., wonach eine gewisse Absenkung des Schutzniveaus akzeptabel sei, kritisch hingegen gegenüber einer „zu großzügigen Vernachlässigung von Rechtsnachteilen“ auf S. 183.

⁶⁷¹ So im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des BGH zum Grundstückserwerb durch Minderjährige: Harte 2008, S. 45; Müßig JZ 2006, S. 150 (152).

⁶⁷² Kritisch Benecke ZJS 2008, S. 217 (221) im Zusammenhang mit der Aussonderung wirtschaftlicher Nachteile: Es sei geradezu „absurd“ mit der Bildung von Fallgruppen zu argumentieren, von denen auch niemand wisse, wer sie bilden solle.

Zusammenhang mit § 105a BGB und § 1825 Abs. 3 S. 2 BGB, wenn es um die Bestimmung der Geringfügigkeit von Mitteln und der Alltäglichkeit von Geschäften geht; auch dort liegt die nähere Ausgestaltung in den Händen der Rechtsprechung.

Folgt man der Prämisse, dass der Minderjährige nicht um seiner Minderjährigkeit willen zu schützen ist, dann müssen die Überlegungen auch nicht bei der Aussonderung unbedeutender wirtschaftlicher Nachteile bei gleichzeitiger Beibehaltung des Begriffs des lediglich rechtlichen Vorteils stehen bleiben. Es soll nun an dieser Stelle kein vollständig neues Minderjährigenrecht entwickelt werden, insbesondere soll das Altersstufenmodell hier unberücksichtigt bleiben,⁶⁷³ dennoch lassen sich durch einen Blick nach Frankreich zumindest Anregungen formulieren, wie der Bereich zustimmungsfreier Geschäfte, jedenfalls de lege ferenda, noch weiter abgesteckt werden könnte: So ist dem Minderjährigen zwar auch im deutschen Recht über § 110 BGB durch die Überlassung von Mitteln ein über § 107 BGB hinausgehender Handlungsspielraum eröffnet, dennoch drängt sich die Frage auf, weshalb volljährigen Geschäftsunfähigen eine Vorschrift wie § 105a BGB zur Verfügung steht, Minderjährige aber auf den „Taschengeldparagrafen“ verwiesen sind. Denn entweder sind diese Art von Geschäften für einsichts- und steuerungsunfähige Personen ungefährlich oder nicht, dann aber für alle diese Personengruppen. Auch Minderjährige – jedenfalls zunächst einmal nach aktuellem Recht beschränkt geschäftsfähige Minderjährige – sollten zumindest Geschäfte des täglichen Lebens selbst abschließen können, sofern diese nur den Einsatz geringfügiger Mittel voraussetzen oder, wie im französischen Recht in Art. 1148 Code civil geregelt, sie nach den Gepflogenheiten zulässig und damit allgemein üblich sind und zu gewöhnlichen Bedingungen abgeschlossen werden. Das Erziehungsrecht der Eltern dürfte hierdurch nicht über Gebühr beeinträchtigt werden.⁶⁷⁴

Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise ließe sich sogar noch weiter auf die Spitze treiben: Ein Geschäft könnte, selbst wenn es kein alltägliches ist, überhaupt nur dann zustimmungsbedürftig sein, wenn sich der Minderjährige dem Verständnis des Art. 1149 Code civil entsprechend schädigt, also wenn entweder Leistung und Gegenleistung in keinem ausgewogenen Verhältnis zueinanderstehen oder das Geschäft die Verhältnisse des Minderjährigen übersteigt oder ihm zumindest nicht nützt.⁶⁷⁵ Hier ist jedoch aus zweierlei Gründen Vorsicht geboten:

⁶⁷³ Kritisch hinsichtlich des Altersstufenmodells etwa von Bar 2023, S. 359f., siehe auch dort S. 367f. zur unterschiedlichen Handhabung von Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

⁶⁷⁴ Für eine Erstreckung von § 105a BGB de lege ferenda auf Minderjährige auch bereits Löhnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (27); Roth AcP (208) 2008, S. 451 (465, 484ff.); eine solche Erstreckung bereits durch Auslegung für möglich haltend Ludyga FPR 2007, S. 3ff.; Pawlowski JZ 2003, S. 66 (67, 72).

⁶⁷⁵ Dagegen, bei allerdings nur sehr knappen Ausführungen: Kaufmann 2011, S. 197.

Zum einen wird selbst im französischen Recht Art. 1149 Code civil nicht auf alle Geschäftstypen angewendet, sondern, der traditionellen Ansicht zu Folge, nur auf sog. *actes d'administration* (Verwaltungsgeschäfte), während sog. *actes de disposition* (Veräußerungsgeschäfte), die Minderjährige vornehmen, nach Art. 1147 Code civil auch ohne den Nachweis einer Schädigung anfechtbar sind.⁶⁷⁶ Eine Vorschrift, die die Wirksamkeit bzw. Zustimmungspflichtigkeit uneingeschränkt an eine fehlende Schädigung knüpfte, empfiehlt sich daher nicht, sondern allenfalls begrenzt auf bestimmte Geschäftstypen. Denn manche Geschäfte sollten Minderjährigen aufgrund ihrer Reichweite unabhängig vom Schädigungspotential gänzlich vorenthalten bleiben, wie etwa der Verkauf von Grundstücken.⁶⁷⁷

Solche Begrenzungsmöglichkeiten ließen sich zwar finden. Auch wenn das deutsche Recht eine ausdrückliche Kategorisierung von Verwaltungs- und Veräußerungsgeschäften nicht kennt, so kennt es jedoch eine andere Differenzierung, die auch im französischen Recht zu finden ist und die auch dort in der Sache einer Unterscheidung zwischen Verwaltungs- und Veräußerungsgeschäft entspricht: So ist im französischen Recht ein Verwaltungsgeschäft im Wesentlichen ein solches, für dessen Abschluss ein gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen oder eines Erwachsenen keine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Familienrats benötigt, ein Veräußerungsgeschäft hingegen ein solches, das genehmigungspflichtig ist.⁶⁷⁸ Eine solche Differenzierung ist auch im deutschen Betreuungsrecht angelegt: Für manche Geschäfte bedarf ein Betreuer einer gerichtlichen Genehmigung, so etwa für die in §§ 1848 ff. BGB genannten Vermögensangelegenheiten, für manche hingegen nicht. Für die gesetzlichen Vertreter Minderjähriger gelten durch Verweisung ins Betreuungsrecht ähnliche Genehmigungspflichten, § 1643 BGB. Auch im deutschen Recht sind die genehmigungspflichtigen Geschäfte dabei offenkundig die gefährlicheren, die genehmigungsfreien die weniger gefährlichen. Diese Differenzierung könnte entsprechend auch für das Minderjährigenrecht fruchtbar gemacht werden, so dass ein Minderjähriger die Geschäfte zustimmungsfrei abschließen könnte, die ihn nicht schädigen *und* für die ein Betreuer bzw. der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen, nähme dieser das fragliche Geschäft vor, keiner gerichtlichen

⁶⁷⁶ Siehe zu dieser Einordnung oben unter 4. Kapitel B.II.2.c)cc)(1)(a)(bb). Alternativ wird vertreten, dass andere als nach den Gepflogenheiten wirksame Geschäfte stets mit der Nichtigkeitsklage angreifbar seien, auch unabhängig von einer Schädigung, während nach den Gepflogenheiten zulässige Geschäfte nur im Fall einer Schädigung angreifbar seien. Wollte man dies auf das deutsche Recht übertragen, könnte der Minderjährige folglich zustimmungsfrei nur noch nach den Gepflogenheiten zulässige Geschäfte, die nicht schädigend sind, zustimmungsfrei abschließen, während alle anderen Geschäfte schwebend unwirksam wären. Der traditionellen Ansicht zufolge sind nach den Gepflogenheiten zulässige Geschäfte nachträglich hingegen nicht anfechtbar, wobei auch dies im Einzelnen umstritten ist.

⁶⁷⁷ Siehe zur Einteilung von *actes d'administration* und *actes de disposition* oben ab Fn. 449.

⁶⁷⁸ Siehe oben bei Fn. 453.

Genehmigung bedürfte.⁶⁷⁹ Schädige sich der Minderjährige durch ein solches Geschäft hingegen, wäre es schwebend unwirksam. Geschäfte, für die ein Betreuer eine gerichtliche Genehmigung einholen müsste, wären hingegen stets und ohne die Voraussetzung eines Schadens schwebend unwirksam.

Wenn also gegen eine am französischen Recht orientierte Ausgestaltung des Minderjährigenrechts angeführt wird, diese sei aufgrund der wesentlichen Absenkung des Minderjährigenschutzes, der mit dem Begriff des Schadens einhergehe, abzulehnen,⁶⁸⁰ so ist dem zu entgegnen, dass das Merkmal der Schädigung ohnehin nur bei den tendenziell ungefährlicheren Geschäften entscheidungserheblich sein soll. Dass auch im französischen Recht das Merkmal der Schädigung nicht über die Wirksamkeit ausnahmslos aller Rechtsgeschäfte entscheidet, wird regelmäßig übersehen. Aber im Ergebnis ist dennoch einzuräumen, dass „ungefährlich“ relativ zu verstehen ist: Auch ein *acte d'administration* nach französischem Recht kann immer noch ein weitreichendes Geschäft sein,⁶⁸¹ ebenso andere als die nach §§ 1848 ff. BGB genehmigungsbedürftigen Geschäfte. Es stellt sich die Frage, ob es zwingend notwendig ist, die Handlungsfähigkeit Minderjähriger so weit auszudehnen.

Zum anderen lassen sich zumindest ergänzend auch Rechtssicherheitsbedenken ins Feld führen,⁶⁸² was darauf zurückzuführen ist, dass der Begriff des Schadens, interpretiert man ihn wie im französischen Recht, subjektiv eingefärbt ist, weil es auch auf die individuellen Vermögensverhältnisse und den Nutzen des Rechtsgeschäfts ankommt. Solche Aspekte kann der Vertragspartner aber nicht einsehen, sodass es für ihn, abgesehen vom klaren Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, nicht zwingend zu erkennen ist, ob ein Geschäft schädigend ist oder nicht. Nun ist der Schutz der Rechtssicherheit zwar nicht das primäre Ziel der §§ 104 ff. BGB, aber an dieser Stelle ist sie jedoch von besonderer Bedeutung:

Das Problem der mangelnden Erkennbarkeit des Schadens besteht dabei natürlich auch im französischen Recht, dort hat dies allerdings eine andere Konsequenz. Im französischen Recht ist auch das schädigende Geschäft zunächst wirksam und es obliegt dem Minderjährigen, dieses anzugreifen, wenn er sich aufgrund der Schädigung davon lösen will. Solche Situationen – zunächst Wirksamkeit, nach Ausübung eines Gestaltungsrechts rückwirkende Nichtigkeit – kennt auch das deutsche Recht, beispielsweise im Anfechtungsrecht, sodass Rechtsunsicherheitsbedenken hier nicht zwingend durchschlagen müssten.

⁶⁷⁹ Die Genehmigungspflicht des Betreuers ist umfangreicher, außer im Zusammenhang mit dem Abschluss von Mietverträgen, siehe § 1643 Abs. 4 BGB. Insofern böte es sich an, für die Einordnung eines Rechtsgeschäfts stets die jeweils strengere Vorschrift als maßgeblich zu erachten.

⁶⁸⁰ Kaufmann 2011, S. 198.

⁶⁸¹ Siehe zu Beispielen weiter oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(1)(a)(bb).

⁶⁸² Im Ergebnis auch Kaufmann 2011, S. 198.

Behält man im deutschen Minderjährigenrecht aber hingegen das Zustimmungsprinzip bei, führt die Schädigung zur schwebenden Unwirksamkeit, was dem Vertragspartner bestimmte Handlungsoptionen eröffnet: Er kann widerrufen, § 109 Abs. 1 BGB, oder er kann zur Genehmigung auffordern, § 108 Abs. 2 S. 1 BGB. Wenn aber der Vertragspartner die Schädlichkeit eines Geschäfts nicht erkennen kann, dann kann er auch nicht erkennen, ob ihm diese Handlungsoptionen zur Verfügung stehen oder ob er gar, mangels Schädlichkeit, bereits zur Vertragserfüllung verpflichtet ist. Um ganz sicher sein zu können, müsste er gar immer und bei allen Geschäften zusätzlich eine Genehmigung der gesetzlichen Vertreter einholen, wodurch die in §§ 107 ff. BGB angelegte Unterscheidung zwischen zustimmungsfreien und zustimmungsbedürftigen Geschäften ihren Sinn verlöre. Ein Zustimmungsmodell ist daher nur dann effektiv bzw. läuft nicht faktisch leer, wenn der Zustand der Zustimmungsbedürftigkeit möglichst objektiv erkennbar ist. Dies gelingt zugegebenermaßen zwar auch mit dem Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils nicht vollständig,⁶⁸³ aber immer noch besser, als wenn der Vertragspartner bei jedem Geschäft Nachforschungen anstellen müsste, wie es um das Vermögen des Minderjährigen bestellt ist oder ob das Geschäft diesem nützt.

Es kann zudem nicht damit argumentiert werden, dass aber auch nach aktuellem Recht der gute Glaube an eine Einwilligung nicht geschützt ist, ebenso nicht der gute Glaube daran, die nach § 110 BGB überlassenen Mittel werden nach den zu berücksichtigenden Vorstellungen der Erziehungsberechtigten verwendet.⁶⁸⁴ Zwar stellt sich der Vertragspartner auch dann möglicherweise einen Zustand des Rechtsgeschäfts vor, den dieses nicht hat, aber unberührt davon bleibt die grundsätzliche Möglichkeit, beurteilen zu können, ob das Geschäft auch ohne entsprechende Einwilligung wirksam ist oder nicht. Dieser fehlende Gutglaubensschutz nimmt dem Vertragspartner nicht die Möglichkeit zu erkennen, ob es sich um ein zustimmungsbedürftiges Geschäft handelt oder nicht, und er kann, wenn er ganz sicher sein möchte, sich bei den zustimmungspflichtigen Geschäften stets der Zustimmung vergewissern.

⁶⁸³ Auch bei, wie hier vorgeschlagen, Schaffung einer dem § 105a BGB entsprechenden Vorschrift im Minderjährigenrecht entsteht dieses Problem dem Grunde nach, jedenfalls dann, wenn man auch die Vermögensverhältnisse des Minderjährigen für die Feststellung der Geringfügigkeit des Rechtsgeschäfts berücksichtigen will. Diese Vorschrift hat aber zumindest einen begrenzten Anwendungsbereich auf alltägliche Geschäfte, sodass, anders als beim hier diskutierten „Schadensmodell“, das abgesehen von wenigen Geschäften auf alle Rechtsgeschäfte anwendbar sein soll, der Unterscheidung zwischen Zustimmungsfreiheit und Zustimmungspflichtigkeit nicht quasi vollständig der Boden entzogen würde.

⁶⁸⁴ AG Freiburg NJW-RR 1999, S. 637 (638); BeckOGK-Duden, § 110 BGB Rn. 30.

bb) Berücksichtigung mittelbarer Nachteile

De lege lata jedenfalls kann die wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Aussonderung unbedeutender wirtschaftlicher Nachteile führen; nach der Rechtsprechung des BGH allerdings nur dann, wenn diese in der Regel durch Erträge zu decken sind. Darüber hinaus bedarf § 107 BGB auch insofern einer Einschränkung, als nicht jeder noch so fernliegende Nachteil berücksichtigt werden kann. Ausgangspunkt sollte dem Ansatz des BGH entsprechend zunächst sein, dass unmittelbare Nachteile grundsätzlich beachtlich sind – es sei denn, sie sind wirtschaftlich unbedeutend –, mittelbare Nachteile hingegen nicht, jedenfalls dann nicht, wenn sie nur eine theoretische Möglichkeit darstellen und ihr Eintritt nicht hinreichend konkret feststeht.⁶⁸⁵ Über die konkrete Bezeichnung relevanter und irrelevanter Nachteile zu streiten, ist müßig, es sollte vielmehr schlichtweg anerkannt und transparent gemacht werden, dass hier eine Wertentscheidung notwendig ist – nicht anders im Übrigen, wenn festgelegt werden muss, wann unbedeutende wirtschaftliche Nachteile vorliegen – und die Zustimmungspflicht dort eingreift, wo der Minderjährigenschutz dies erfordert.⁶⁸⁶ Dabei sollte aber auch ein mittelbarer Schaden, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit ungewiss ist, umso eher zu berücksichtigen sein, je höher der drohende Schaden ist. Es ließe sich auch darüber nachdenken, an dieser Stelle die wirtschaftliche Wertlosigkeit einer Sache in die Betrachtung miteinfließen zu lassen, sodass an sich unbedeutende Nachteile aufgrund der Wertlosigkeit im Einzelfall doch Zustimmungsbedürftigkeit begründen könnten, sofern sich die Wertlosigkeit nicht ohnehin bereits in einer Polizeipflichtigkeit oder in Verkehrssicherungspflichten niederschlägt.

Dass diese Differenzierungen Graubereiche eröffnen, ist offensichtlich, aber auch unvermeidbar: Eine Einschränkung des § 107 BGB ohne Graubereiche wird sich kaum finden lassen.⁶⁸⁷ Sie ermöglicht aber im Grundsatz angemessene Lösungen: Damit lösen also solche Kosten die Zustimmungsbedürftigkeit aus, die ein Rechtsgeschäft auf jeden Fall nach sich zieht, so etwa, wenn der Minderjährige für den erworbenen Gegenstand persönlich haftet und die entstehenden

⁶⁸⁵ Siehe zu diesem Ansatz sowie zum Vorschlag, an der Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Nachteilen festzuhalten: Staudinger BGB-Klump 2021, § 107 BGB Rn. 21, 23.

⁶⁸⁶ Kaufmann 2011, S. 101, 179: Die Vernachlässigung von bestimmten Rechtsnachteilen sei eine Wertungsfrage, die nur sehr eingeschränkt von der Wahl des begrifflichen Ansatzes gesteuert werde. Kaufmann will daher ausschließlich den Begriff der teleologischen Reduktion verwenden, S. 102 ff., bzw. der teleologischen Auslegung, S. 107. Jedenfalls aber befürwortete er, für die Wertentscheidung ein „bewegliches System“ anzuwenden statt starrer Abgrenzungskriterien, S. 105 ff. Ebenso die nur nachrangige Bedeutung von Begrifflichkeiten hervorhebend: Spickhoff FamRZ 2018, S. 412 (414): Wichtiger als die „begriffsjuristische Abgrenzung“ sei die Besinnung auf den Zweck des Minderjährigenrechts.

⁶⁸⁷ Vgl. Staudinger BGB-Klump 2021, § 107 BGB Rn. 23.

Kosten stetig und im Umfang nicht begrenzt sind, wie die Kosten einer Tierhaltung.⁶⁸⁸ Zu berücksichtigen sind auch Verkehrssicherungspflichten, die bei Übertragung einer Sache bereits bestehen oder zumindest absehbar entstehen. Auch wenn die Haftung erst noch das Fehlverhalten des Minderjährigen voraussetzt, ist diese Haftungsmöglichkeit einzubeziehen, jedenfalls dann, wenn sich der Minderjährige entsprechend schwer schädigte: Als Beispiel sei wieder der Fall des gesetzlich versicherten Minderjährigen genannt, der einen Bestelltermin bei einem Arzt vereinbart. Die Vergütungspflicht trifft ihn nur, wenn er – als notwendige Zwischenhandlung – nicht erscheint. Dennoch wäre es unangemessen, dieses Geschäft als zustimmungsfrei zu werten, da der Minderjährige bei entsprechendem Fehlverhalten de facto zur Erbringung der vertraglichen Gegenleistung verpflichtet wird.⁶⁸⁹

Fraglich ist nur noch, ob die Zustimmungsbedürftigkeit in irgendeiner Form von der Kenntnis des Vertragspartners abhängen sollte, also beispielsweise von der Kenntnis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, dass der Eintritt von Nachteilen bereits hinreichend konkret feststeht.⁶⁹⁰ Der Rechtssicherheit würde hierdurch sicherlich ein Dienst erwiesen. Zwingend ist dies allerdings nicht, da die Kenntnis des Geschäftspartners von Umständen in den §§ 104 ff. BGB generell keine Rolle spielt: So muss der Geschäftspartner nicht wissen, dass er es mit einem Minderjährigen zu tun hat – ein Rechtsgeschäft ist unabhängig davon zustimmungspflichtig oder nicht. Auch muss generell die Tatsache, dass ein Rechtsgeschäft einen rechtlichen Nachteil nach sich zieht, nicht von der Kenntnis des Vertragspartners erfasst sein, sodass sich die Frage stellt, weshalb hiervon in manchen Fällen eine Ausnahme zu machen sein sollte.

2. Bewertung der Zustimmungslösung

a) Selbstbestimmung und Schutz des Geschäftsunfähigen

Es ist nicht zu bezweifeln, dass ein Modell beschränkter Geschäftsfähigkeit die Selbstbestimmung weniger beschneidet als die Nichtigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB.⁶⁹¹ Dem entspricht es, dass die vollständige Nichtigkeit vor Jahren gar als verfassungswidrig qualifiziert worden ist:⁶⁹²

⁶⁸⁸ Staudinger BGB-Klumpff 2021, § 107 BGB Rn. 47; jurisPK BGB-Hansen 2023, § 107 BGB Rn. 27. Hier ließen sich aber möglicherweise Unterschiede danach begründen, wie kostspielig die Haltung des konkreten Tieres ist.

⁶⁸⁹ Siehe oben bei Fn. 285.

⁶⁹⁰ Vgl. Staudinger BGB-Klumpff 2021, § 107 BGB Rn. 21; so Stürmer AcP (173) 1973, S. 402 (417).

⁶⁹¹ So aber Lipp 2000, S. 146: Die Nichtigkeit greife nur punktuell ein, während eine beschränkte Geschäftsfähigkeit den Betroffenen dauerhaft unter Einwilligungsvorbehalt stelle.

⁶⁹² Canaris JZ 1987, S. 993 ff.; Canaris JZ 1988, S. 494 ff.; siehe hierzu auch die Reaktionen von Ramm JZ 1988, S. 489 ff.; Wieser JZ 1988, S. 493 f.

Die Nichtigkeit sei weder erforderlich noch mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar; in verfassungskonformer Lückenfüllung müssten stattdessen die §§ 107 ff. BGB angewendet werden.⁶⁹³ Der Geschäftsunfähige könne insgesamt keine relevanten Nachteile erleiden, wenn das Geschäft bei rechtlicher Vorteilhaftigkeit wirksam und in allen anderen Fällen unter einem Genehmigungsvorbehalt stehe.⁶⁹⁴ Die absolute Nichtigkeit realisiere den Schutz des Geschäftsunfähigen nicht besser als schwebende Unwirksamkeit.⁶⁹⁵

Dabei ist es fraglich, ob es genügt, sich zur Wahrung der Verfassungsmäßigkeit auf das weite Ermessen des Gesetzgebers zurückzuziehen,⁶⁹⁶ denn nicht nur lässt sich nicht bestreiten, dass der Schutz des Geschäftsunfähigen diese Rechtsfolge absoluter Nichtigkeit nicht erfordert. Vielmehr noch: Der Umgang mit Menschen, die geistige Schwächen aufweisen, hat sich seit Schaffung des BGB im Jahr 1900 sehr gewandelt. Insofern ist auch nicht zu vergessen, auf welchen überholten Überlegungen die aktuellen Regelungen des §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB gegründet sind: Zwar mag der BGB-Gesetzgeber auch den Schutz der Geschäftsunfähigen im Blick gehabt haben; aus den Materialien ergibt sich aber auch die inzwischen nicht mehr vertretbare Vorstellung, der Wille dieser Personengruppe verdiene mangels Vernunftbegabung schlicht keine Berücksichtigung.⁶⁹⁷ Es geht bei einer solchen Aussage im Kern nicht einmal um den Schutz des Handlungsunfähigen, sondern um das Dogma: Unvernünftiges kann am Rechtsverkehr nicht teilnehmen.⁶⁹⁸

So zeigen zum einen die UN-Behindertenrechtskonvention sowie die Rechtsprechung des EGMR, dass sich diese Haltung nicht mehr aufrechterhalten lässt: Gefordert ist, die Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen zu fördern und ihnen die Teilnahme am Rechtsverkehr so weit wie möglich zu gewähren, und dies unabhängig davon, ob ihr rechtsgeschäftlicher Wille den etwaigen Anforderungen eines freien Willens genügt. So beweisen auch zahlreiche Regelungen des BGB, dass dem „nur“ natürlichen Willen einer Person sehr wohl Berücksichtigung beizumessen ist.⁶⁹⁹ Auch über § 105a BGB wird der Wille des Geschäftsunfähigen respektiert. Im Ergebnis ist die Bemerkung, ein Konzept der beschränkten Geschäftsfähigkeit bei volljährigen Geschäftsunfähigen schränke „den prinzipiell richtigen Grundsatz, Willensunfähige in eige-

⁶⁹³ Canaris JZ 1987, S. 993 (998).

⁶⁹⁴ Canaris JZ 1987, S. 993 (996).

⁶⁹⁵ Canaris JZ 1987, S. 993 (996).

⁶⁹⁶ Müller 1998, S. 27; jurisPK BGB-Hansen 2023, § 105 BGB Rn. 2.

⁶⁹⁷ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1897, S. 48, 56.

⁶⁹⁸ Jaeger 1946, S. 39; siehe auch Egger, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstage, S. 711 (719f.).

⁶⁹⁹ Siehe nur § 1821 Abs. 2 BGB zur Wunschbefolgungspflicht des Betreuers oder § 1832 BGB zu ärztlichen Zwangsmaßnahmen.

ner Person vom Rechts-Verkehr auszuschließen“ zu sehr ein,⁷⁰⁰ nicht mehr zeitgemäß.⁷⁰¹

Es überzeugt auch nicht, wenn gegen die Möglichkeit, dass auch volljährige Geschäftsunfähige rechtlich vorteilhafte bzw. neutrale Geschäfte zustimmungsfrei abschließen können, angeführt wird, ein Geschäft könne auch andere Nachteile als nur rechtliche mit sich bringen, vor denen der Geschäftsunfähige ebenso zu bewahren sei: „Man denke nur an den Verblödungseffekt eines Fernsehgeräts.“⁷⁰²

Dem ist zum einen schon entgegenzuhalten, dass es jedenfalls nach geltendem Recht nun einmal der gesetzgeberischen Entscheidung entspricht, die Zustimmungspflichtigkeit an die rechtliche Nachteilhaftigkeit, nicht an die sonstige Nachteilhaftigkeit zu knüpfen. Wenn dies in Bezug auf beschränkt geschäftsfähige Minderjährige toleriert werden kann, so ist nicht recht ersichtlich, weshalb dieses Kriterium in Bezug auf geschäftsunfähige Volljährige vollständig untauglich sein sollte. Auch wenn man davon ausginge, dass selbst bei beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen idealerweise nur solche Rechtsgeschäfte zustimmungsfrei sein dürften, die in jeder Hinsicht vorteilhaft seien, und dass der Gesetzgeber sich nur aus einer Notlösung heraus für die rechtliche Vorteilhaftigkeit entschieden habe,⁷⁰³ so ändert dies nichts an diesem Befund, im Gegenteil: Die „Notlösung“ schien ihm offensichtlich akzeptabel genug, um die §§ 107 ff. BGB so zu erlassen, wie er sie erlassen hat. Zum anderen muss man bei Volljährigen bei der Berücksichtigung von Nachteilen ohnehin besondere Vorsicht walten lassen. Volljährige, selbst wenn sie geschäftsunfähig sind, sind nicht *erst recht* vor Nachteilen zu schützen, sondern aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts allenfalls vor bestimmten:

Dies spiegelt sich gerade im neuen Betreuungsrecht und der dort geregelten Wunschbefolgungspflicht des Betreuers wider, § 1821 Abs. 2 S. 1 BGB, die nur

⁷⁰⁰ Dölle, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, S. 23 (31, 33). Bei Geschäften von erheblichem Wert solle sich der Geschäftsunfähige vertreten lassen. Dölle spricht sich nur für eine Wirksamkeit von Bagatell-Schenkungen aus. Er fordert dies, um beispielsweise in solchen Situationen, in denen ein Elternteil einem geschäftsunfähigen Kind etwa ein Spielzeug schenken wolle, wegen des Verbots des In-sich-Geschäfts des § 181 BGB die „Absurdität“ einer Pflegerbestellung zu verhindern: Es solle dann entweder die Schenkung unmittelbar wirksam sein oder zumindest den Vertretungsmöglichkeiten des gesetzlichen Vertreters unterfallen. Inzwischen ist aber in den Fällen, in denen das Geschäft für den Vertretenen nur lediglich rechtlich vorteilhaft ist, ohnehin die teleologische Reduktion von § 181 BGB anerkannt, siehe nur mit zahlreichen Nachweisen BeckOK BGB-Schäfer, § 181 BGB Rn. 19. Zudem erfasst § 105a BGB auch unentgeltliche Geschäfte des täglichen Lebens, sodass es auf eine Vertretung bei volljährigen Geschäftsunfähigen ohnehin nicht mehr ankommt, siehe oben unter 4. Kapitel A.II.1.b).

⁷⁰¹ Ebenso im Ergebnis Müller 1998, S. 27: Rigorose Nichtigkeit aus heutiger Sicht nicht mehr angemessen.

⁷⁰² Wieser JZ 1988, S. 493 (493).

⁷⁰³ Wieser JZ 1988, S. 493 (493).

durch eine erhebliche Gefährdung von Person oder Vermögen begrenzt wird, § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Nur bei sehr gewichtigen negativen Folgen ist es also gerechtfertigt, den Wunsch des Betreuten zu übergehen.⁷⁰⁴ Gerade durch die Einführung von § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB, durch die das „Wohl“ des Betreuten als Grenze der Wunschbefolgungspflicht abgelöst wurde (so noch § 1901 Abs. 3 S. 1 a.F.), sollte, wiederum angestoßen durch die UN-Behindertenrechtskonvention, gerade deutlicher als bislang dem Selbstbestimmungsrecht des Betreuten Vorrang vor fremdbestimmter Fürsorge eingeräumt werden.⁷⁰⁵ Ein „Verblödungseffekt“ wird daher kaum genügen, um einem Erwachsenen den Erwerb eines Fernsehgerätes zu untersagen. Daher muss und kann auch nicht das Argument bemüht werden, schädlichen Effekten könne ohnehin auch anders begegnet werden als durch Nichtigkeit des fraglichen Rechtsgeschäfts: Denn schließlich könne der gesetzliche Vertreter oder Vorsorgeberechtigte den schädlichen Gegenstand schließlich einfach wieder konfiszieren.⁷⁰⁶ So mag es zwar zu rechtfertigen sein, wenn Eltern als gesetzliche Vertreter im Rahmen ihres Erziehungsrechts den erworbenen Gegenstand wieder einkassieren. Das Verhältnis zwischen einem Volljährigen und dessen Vertreter ist jedoch ein anderes, wie die genannten Vorschriften des Betreuungsrechts eindrücklich zeigen. Das in den neuen Betreuungsregeln bekräftigte Selbstbestimmungsrecht streitet geradezu dafür, ihm den erworbenen Gegenstand zu belassen.⁷⁰⁷

Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Zustimmungslösung aufgrund der Tatsache, dass der Vertreter das Rechtsgeschäft gegebenenfalls nachträglich beurteilen muss, dem Schutz des Geschäftsunfähigen nicht genüge täte: Gegen die Möglichkeit einer Einwilligung als vorherige Zustimmung werden soweit ersichtlich ohnehin keine grundsätzlichen Gegenstimmen erhoben. Die vorherige Kontrolle ermögliche vielmehr den Schutz der Interessen des Vertretenen.⁷⁰⁸ Nur in Bezug auf die Option der nachträglichen Zustimmung wird die Besorgnis geäußert, dass, weil der Vertreter beim Vertragsschluss nicht selbst anwesend gewesen sei, die Gefahr bestehe, dass er die Vorteile des Rechtsgeschäfts über- und die Nachteile unterschätze.⁷⁰⁹ Denn der Vertreter, der bei rechtlich nachteiligen Geschäften seine Genehmigung erteile, sei nicht frei von Irrtümern. Es bestehe die Gefahr, dass der Vertreter auch solche Rechtsgeschäfte genehmige, in denen der Gesetzgeber aus guten Gründen die Nichtigkeit anordne.⁷¹⁰ Auf die Einschätzung des Geschäftsunfähigen könne der Vertreter

⁷⁰⁴ BT-Drucks. 19/24445, S. 252.

⁷⁰⁵ BT-Drucks. 19/24445, S. 249.

⁷⁰⁶ Canaris JZ 1988, S. 494 (498); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (694).

⁷⁰⁷ Vgl. auch zum alten Recht Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (694), im Ergebnis aber zusätzlich von einem Wegnahmerecht ausgehend.

⁷⁰⁸ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (694).

⁷⁰⁹ Wieser JZ 1988, S. 493 (493).

⁷¹⁰ Wieser JZ 1988, S. 493 (493).

dabei kaum vertrauen bzw. aus der Tatsache, dass dieser das Geschäft überhaupt abgeschlossen habe, könne er keine Schlüsse ziehen, da der Geschäftsunfähige allenfalls in Ausnahmefällen die Intelligenz und Willensstärke besitze, ein rechtlich nachteiliges Geschäft richtig zu bewerten.⁷¹¹ Der Gesetzgeber habe die Gefahr, dass ein Vertreter die Lage falsch einschätze, im Übrigen selbst gesehen, was sich dadurch zeige, dass er in Fällen, in denen es um besonders wichtige Angelegenheiten gehe, noch zusätzlich die Zustimmung des Gerichts angeordnet habe.⁷¹²

Allerdings stellt sich die Frage, worauf diese Besorgnis gründet: Denn warum sollte es per se schwieriger sein, das Rechtsgeschäft ex post zu beurteilen als ex ante?⁷¹³ So wie nicht ausgeschlossen ist, dass der Vertreter auch dann, wenn er ein Geschäft für den Vertretenen selbst abschließt, dieses Geschäft falsch beurteilt,⁷¹⁴ so ist dies natürlich auch im Nachhinein nicht ausgeschlossen, aber keinesfalls automatisch oder auch nur wahrscheinlicher der Fall. Hinzukommt wiederum, dass der Gesetzgeber bei beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen – ebenso wie im Übrigen bei Betreuten unter Einwilligungsvorbehalt, § 1825 Abs. 1 S. 3 BGB – die Möglichkeit der Genehmigung selbst vorgesehen hat: Wären tatsächlich ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Möglichkeit, die Interessen des zu Schützenden nachträglich ausreichend wahrzunehmen, anzu-melden, müsste man auch die Vereinbarkeit der Genehmigungsmöglichkeit mit dem Schutz nach aktuellem Recht beschränkt Geschäftsfähiger bezweifeln.⁷¹⁵ Auch im österreichischen Recht, wo diese Genehmigungsmöglichkeit auch bei volljährigen Geschäftsunfähigen besteht, wird sie als dem Schutz des Geschäftsunfähigen genügend angesehen.⁷¹⁶ Es spricht im Übrigen auch nichts dagegen, das im Betreuungsrecht vorgesehene gerichtliche Genehmigungserfordernisse der §§ 1848 ff. BGB nicht nur auf für vom Betreuer selbst geschlossene Geschäfte anzuwenden, sondern auch auf dessen Genehmigung dieser Geschäfte, wenn der Geschäftsunfähige sie selbst vornimmt, zu übertragen.

Am Zustimmungsmodell wird zudem kritisiert, es werde durch die Zustimmungsmöglichkeit nur die normative Unfreiheit durch individuelle Abhängigkeit ersetzt.⁷¹⁷ Es handle sich zudem nur um ein geringes Maß hinzugewonnener Freiheit und es erscheine zweifelhaft, „ob der Kampf hierfür mit dem Vorwurf des Übermaßes an der bisherigen Regelung geführt werden“ könne.⁷¹⁸ Es sei auch fraglich, was das neue Quäntchen Freiheit nutze, wenn der Vertreter

⁷¹¹ Wieser JZ 1988, S. 493 (493).

⁷¹² Wieser JZ 1988, S. 493 (493).

⁷¹³ Canaris JZ 1988, S. 494 (498); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (695); die Genehmigungsfähigkeit im Ergebnis auch bejahend Heber 2022, S. 298.

⁷¹⁴ Canaris JZ 1988, S. 494 (498).

⁷¹⁵ Siehe bereits Canaris JZ 1988, S. 494 (498).

⁷¹⁶ Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)aa).

⁷¹⁷ Ramm JZ 1988, S. 489 (491).

⁷¹⁸ Ramm JZ 1988, S. 489 (491).

jederzeit anstelle des Geschäftsunfähigen handeln dürfe.⁷¹⁹ Zudem verkompliziere das Zustimmungserfordernis den Rechtsverkehr erheblich.⁷²⁰

Es begründet aber weder das Zustimmungserfordernis eine Abhängigkeit, dies schon deshalb nicht, weil der Vertreter ohnehin an die Wünsche des Vertretenen gebunden ist. Somit ist viel eher der Vertreter abhängig vom Vertretenen als andersherum. Noch ist einzusehen, weshalb die Möglichkeit, durch Zustimmung des Vertreters wirksam Geschäfte abzuschließen, als zu vernachlässigender Freiheitsgewinn abgetan wird: Wenn diese Handlungsfreiheit so unerheblich ist, so stellt sich die Frage, weshalb sich der Gesetzgeber die Mühe gemacht hat, sie für Minderjährigen zwischen sieben und 18 Jahren einzuführen. Es macht doch auch einen erheblichen Unterschied, ob eine Person überhaupt kein Geschäft abschließen kann oder aber jedes, sei es auch teils nur mit Zustimmung. Dass sich der Rechtsverkehr dadurch so über Gebühr verkomplizieren soll, überzeugt ebenso nicht: Genehmigungserfordernisse kennt das Gesetz bereits; dieser Mechanismus ist dem Recht nicht fremd.

Und schließlich überzeugt auch der Einwand nicht, das Konzept der schwebenden Unwirksamkeit sei aufgrund der jedenfalls auch dahinterstehenden Erziehungsfunktion und des dahinterstehenden Zwecks, Minderjährige sollten an die Teilnahme am Rechtsverkehr herangeführt werden, nicht für volljährige Geschäftsunfähige geeignet.⁷²¹ Denn die dem §§ 107, 110 BGB innewohnende Lernfunktion greife bei volljährigen Geschäftsunfähigen zum überwiegenden Teil nicht.⁷²² Selbst wenn dies zuträfe, wenn also diese Funktion bei Volljährigen ins Leere ginge, so spricht aber zum einen nichts dagegen, diese Rechtsfolge aus anderen Gründen – Respektierung ihres Rechts auf Selbstbestimmung – auf Volljährige zu übertragen. Zum anderen ist aber auch nicht ersichtlich, weshalb durch eine beschränkte Geschäftsfähigkeit nicht auch die Rehabilitation und Entwicklung geistig erkrankter Menschen gefördert werden können sollte.⁷²³ Gerade im Alter kann rechtsgeschäftliche Tätigkeit therapeutisch wirken, wenn die geistigen Fähigkeiten nachlassen.⁷²⁴

Kritisch wird zu guter Letzt angeführt, das Konzept der §§ 107 ff. BGB sei nicht geeignet, § 105a BGB zu ersetzen: Denn Geschäfte des täglichen Lebens seien nicht lediglich rechtlich vorteilhaft; diese könne der Geschäftsunfähige dann stets nur nach Zustimmung seines Betreuers vornehmen.⁷²⁵ Dies spricht aber nicht gegen die Möglichkeit, Volljährige zusätzlich nach dem Recht der

⁷¹⁹ Ramm JZ 1988, S. 489 (491).

⁷²⁰ Wieser JZ 1988, S. 493 (493).

⁷²¹ So angedeutet bei Wieser JZ 1988, S. 493 (493); diesen Einwand ablehnend auch Heber 2022, S. 290 f.

⁷²² Casper NJW 2002, S. 3425 (3429).

⁷²³ Canaris JZ 1988, S. 494 (498); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (696) im Zusammenhang mit § 110 BGB.

⁷²⁴ Malaurie und Peterka 2022, S. 403 Rn. 484.

⁷²⁵ Casper NJW 2002, S. 3425 (3429).

beschränkt Geschäftsfähigen zu behandeln. Denn die Regelungen der §§ 107 ff. BGB einerseits und des § 105a BGB andererseits können, wie im Übrigen auch im österreichischen Recht, koexistieren: § 105a BGB bildete sodann nur eben keine Ausnahme von der absoluten Nichtigkeit, sondern vom Zustimmungserfordernis.

Zu bedenken ist schließlich, dass die Wirksamkeit des Geschäfts häufig auch schlicht vorteilhafter ist als die Nichtigkeit. Dies gilt nicht nur für die offensichtlichen Fälle,⁷²⁶ sondern auch dann, wenn der Geschäftsunfähige bei erbrachter Leistung ohne die Möglichkeit einer Genehmigung auf den Bereicherungsanspruch verwiesen ist, der, wenn es sich um eine nichtgegenständliche und damit nicht herausgabefähige Leistung handelt, nur als Wertersatzanspruch besteht, § 818 Abs. 2 BGB.⁷²⁷ Selbiges gilt, wenn die Sache beim Vertragspartner untergegangen ist, wobei dann gar noch der Entreicherungsseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB zur Verfügung steht.⁷²⁸ Wenn der vertraglich vereinbarte Geldzahlungsanspruch gegen den Vertragspartner also höher ist als der über Bereicherungsrecht entstehende Wertersatzanspruch,⁷²⁹ ist der Geschäftsunfähige ohne Genehmigungsmöglichkeit schlechter gestellt. Nun dienen die §§ 104 ff. BGB zwar nicht dazu, dem Geschäftsunfähigen Vorteile zu verschaffen, sondern nur, ihn vor Nachteilen zu bewahren. Die genannten Beispiele zeigen aber trotzdem, dass in bestimmten Fällen noch nicht einmal nur kein Nachteil vorliegt, sondern dem Geschäftsunfähigen nach aktuellem Recht vorteilhafte Handlungsweisen verwehrt sind, die allen anderen Personen aber zur Verfügung stehen. Mit dem Ziel der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts, das wie oben gesehen durch die UN-Behindertenrechtskonvention, die Rechtsprechung des EGMR sowie die Regelungen des Betreuungsrechts vorgegeben wird, hat dies wenig zu tun.

b) Schutz des Vertragspartners

Eine beschränkte Geschäftsfähigkeit Volljähriger ist in der Vergangenheit zwar mit der simplen Begründung weggewischt worden, es sei aufgrund der nur individuell bestimmbar Interessen der Parteien unmöglich, den objektiven Wert eines jeden privaten Rechtsgeschäfts zu ermitteln, daher müsse „ein gutes Privatrecht alle Willenserklärungen geistesgestörter Personen für nichtig erklären.“⁷³⁰

⁷²⁶ Siehe oben bei Fn. 13 und Fn. 14.

⁷²⁷ So zum Minderjährigenrecht *Rodi* 2020, S. 327 f.

⁷²⁸ So zum Minderjährigenrecht *Rodi* 2020, S. 328 f.

⁷²⁹ So zum Minderjährigenrecht *Rodi* 2020, S. 327 ff. und daher überlegend, ob nach erbrachter Leistung des Minderjährigen der Vertrag als wirksam angesehen werden könnte („teleologisch induzierte Konvaleszenz“ durch Leistungserbringung), da sich dieser zumindest nach erbrachter Leistung als vorteilhaft (Anspruch auf eine höhere Geldleistung trotz Verlusts des Wertersatzanspruchs) erweisen könnte, dies im Ergebnis auch bejahend, S. 379 f.

⁷³⁰ *Jellinek* 1908, S. 61.

Es geht bei der beschränkten Geschäftsfähigkeit aber gerade nicht um die Bestimmung eines „objektiven Wertes“, an dem die Wirksamkeit des Geschäfts hinge; darum geht es auch im Minderjährigenrecht nicht, wo die beschränkte Geschäftsfähigkeit aber akzeptiert ist. Die Zustimmungspflichtigkeit bestimmt sich über den Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils, mit dem zwar auch (Rest-)Unsicherheiten einhergehen. Wenn diese dem Vertragspartner aber im Minderjährigenrecht zuzumuten sind, dann aber doch auch dann, wenn er es statt mit einem Minderjährigen mit einem geschäftsunfähigen Erwachsenen zu tun hat. Außerdem ist die Vorstellung davon, was ein gutes Privatrecht ausmacht, im 21. Jahrhundert glücklicherweise eine andere als zu Beginn des 20. Jahrhunderts, insbesondere was den Schutz der Selbstbestimmung von Menschen mit geistigen Schwächen anbelangt.

Außerdem sehen die §§ 107ff. BGB auch in Bezug auf die bei rechtlicher Nachteilhaftigkeit eintretende Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit bestimmte Mechanismen vor, um dem „Gewissheitsinteresse“ des Vertragspartners Rechnung zu tragen.⁷³¹ So kann gemäß § 108 Abs. 2 BGB der Vertragspartner den Vertreter zum einen zur Genehmigung auffordern. Ist dies der Fall, so kann die Genehmigung nur noch dem Vertragspartner gegenüber erklärt werden – eine zuvor dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung wird unwirksam und der Schwebезustand lebt wieder auf⁷³² – und auch dies nur noch bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Empfang der Aufforderung; geschieht dies nicht, gilt die Genehmigung als verweigert, Abs. 2 S. 2 BGB. Das österreichische Recht enthält, wie oben gesehen,⁷³³ eine ähnliche Regelung in § 865 Abs. 5 ABGB: Der Vertragspartner kann dem Vertreter eine angemessene Frist zur Genehmigungserteilung setzen. Läuft diese Frist ohne Genehmigungserteilung ab, ist der Vertragspartner an das Geschäft nicht mehr gebunden.

Zum anderen sieht das deutsche Recht zusätzlich ein Widerrufsrecht des Vertragspartners bis zur Genehmigungserteilung vor, § 109 Abs. 1 BGB. Im österreichischen Recht ist dies anders: Dort ist der Vertragspartner bis zur Genehmigungserteilung an seine Erklärung gebunden, es sei denn, er hat dem Vertreter eine angemessene Frist zur Genehmigungserteilung gesetzt, § 865 Abs. 5 ABGB. Im deutschen Recht besteht das Widerrufsrecht aber sogar dann, wenn er den Vertreter bereits zur Genehmigungserteilung i. S. v. § 108 Abs. 2 BGB aufgefordert hat, selbst dann, wenn der Vertreter im Innenverhältnis den Vertrag schon genehmigt hat; denn durch die Fristsetzung lebt der Schwebезustand mit allen Konsequenzen wieder auf.⁷³⁴

⁷³¹ Rodi 2020, S. 185, 232 ff., 253 ff. zur Aufforderung zur Genehmigung und zum Widerrufsrecht.

⁷³² BeckOGK-Duden, § 109 BGB Rn. 9.

⁷³³ Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)aa)(1).

⁷³⁴ BeckOGK-Duden, § 109 BGB Rn. 9.

Beide Regelungen – Widerrufsmöglichkeit und Möglichkeit der Fristsetzung – wären zum Schutz des Vertragspartners auch in ein Konzept schwebender Unwirksamkeit solcher Geschäfte, die von nach aktuellem Recht Geschäftsunfähigen geschlossen wurden, zu integrieren. Es kann bei einer Reform der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB nicht darum gehen, einseitig den Interessen des Geschäftsunfähigen zur Geltung zu verhelfen. Auch der Vertragspartner hat schützenswerte Interessen, konkret nicht machtlos im Schwebezustand gefangen zu sein.⁷³⁵

Gegen die Möglichkeit des Widerrufs des schwebend unwirksamen Vertrags wird auf der einen Seite zwar angeführt, ein Widerruf führte zu einem unerwünschten Rechtsverlust des Geschäftsunfähigen.⁷³⁶ Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass schwebende Unwirksamkeit nicht nur dann eintreten sollte, wenn der Geschäftsunfähige im Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts schon einen Vertreter hatte, sondern richtigerweise, wie noch näher begründet werden wird,⁷³⁷ auch dann, wenn dies gerade noch nicht der Fall war. Dann ist es aber nur sachgerecht, dass der Vertragspartner, gewissermaßen als Ausgleich für den dem Geschäftsunfähigen gewährten Vorteil, wonach jeder seiner Verträge die Chance auf Wirksamkeit bekommt, den Schwebezustand selbst beenden kann, wenn er die Bestellung eines Betreuers nicht abwarten will.⁷³⁸

Übernommen werden sollten auch die Beschränkungen des Absatzes 2, wonach ein Widerruf dann ausscheidet, wenn der Vertragspartner die Geschäftsunfähigkeit kannte, es sei denn, der Geschäftsunfähige hat wahrheitswidrig die Einwilligung seines Vertreters behauptet und der Vertragspartner war das Fehlen der Einwilligung nicht bekannt. Es gibt keinen Grund, nur den beschränkt Geschäftsunfähigen durch Einschränkung des Widerrufsrechts zu privilegieren.⁷³⁹

3. Zwischenergebnis

Es gibt, vorbehaltlich der Frage der Ausgestaltung im Einzelnen,⁷⁴⁰ keine überzeugenden Gründe dagegen, die Nichtigkeit des § 105 Abs. 1 BGB durch eine Zustimmungslösung zu ersetzen, wie es auch im österreichischen Recht bereits erfolgt ist. Dies ist sowohl mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen vereinbar als

⁷³⁵ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (695); Heber 2022, S. 297f.; für eine Ablösung des § 105 BGB durch die §§ 107ff. BGB inklusive einer Übertragung der §§ 108, 109 BGB auch Chiusi Jura 2005, S. 532 (535); für eine Übertragung der §§ 108, 109 BGB auch bereits Canaris JZ 1987, S. 993 (997f.).

⁷³⁶ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (695), im Ergebnis eine dem § 109 BGB entsprechende Regelung aber dennoch bejahend.

⁷³⁷ Siehe unter 4. Kapitel B.IV.2.a).

⁷³⁸ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (695): „Hängepartie“ nicht zumutbar.

⁷³⁹ Vgl. Canaris JZ 1987, S. 993 (998).

⁷⁴⁰ Siehe unten unter 4. Kapitel B.IV.

auch mit Verkehrsschutzinteressen, letzteres schon deswegen, weil es auch im Minderjährigenrecht bereits ein Zustimmungsmodell gibt. Entsprechend hat der Gesetzgeber bereits selbst die Wertung getroffen, dass der Verkehrsschutz einem solchen Konzept nicht entgegensteht. Vor allem aber gebietet der seit Schaffung des BGB gewandelte Umgang mit psychisch Kranken und mit Menschen mit Behinderung, der sich insbesondere in der UN-Behindertenrechtskonvention und in der Folge auch in verschiedenen Vorschriften des BGB niedergeschlagen hat, keine Personen vollständig vom Rechtsverkehr auszuschließen.

III. Anfechtungsmodell

Im deutschen Recht kann sich nicht nur jeder, also auch der geschäftsfähige Vertragspartner, auf die Geschäftsunfähigkeit bzw. die Nichtigkeit eines von einem Geschäftsunfähigen geschlossenen Rechtsgeschäfts berufen. Die Geschäftsunfähigkeit bzw. die Vertragsnichtigkeit aufgrund von Geschäftsunfähigkeit ist sogar eine rechtshindernde Einwendung, d.h. sie muss also nicht einmal gesondert geltend gemacht werden, sondern wird von Amts wegen berücksichtigt.⁷⁴¹ Im französischen Recht ist dies anders: Dort gilt der Grundsatz der „relativen Nichtigkeit“ (*nullité relative*), wonach sich nur derjenige auf den Nichtigkeitsgrund berufen kann, zu dessen Schutz dieser besteht. Außerdem kann die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Geschäftsunfähigkeit vom Geschäftsunfähigen auch nur im Klageweg geltend gemacht werden.

Der BGB-Gesetzgeber hatte für die französische Lösung dabei nur wenig Verständnis: Das französische Recht enthalte „eigenartige Vorschriften [...]“, welche die Geltendmachung der Ungültigkeit in einer mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen schwer vereinbaren, durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit nicht ausreichend gerechtfertigten Weise beschränken.“⁷⁴² Dennoch finden sich auch in der deutschen Rechtsliteratur seit jeher Vorschläge dazu, auch das deutsche Recht der Geschäftsunfähigkeit als ein dem französischen Recht vergleichbares Anfechtungsmodell, auszugestalten.⁷⁴³ So heißt es, sei es an der Zeit, sich von der zwanghaften Einteilung in wirksame und unwirksame Rechtsgeschäfte zu befreien und die in anderen Ländern selbstverständlich anerkannte

⁷⁴¹ Lipp FamRZ 2003, S. 721 (722 Fn. 18).

⁷⁴² Mugdan 1899a, S. 423; diese Stellungnahme des Gesetzgebers als befremdlich empfindend und tadelnd, dass sich der Gesetzgeber nicht näher mit dem französischen Recht, das doch „immerhin zu denken“ gegeben habe, auseinandergesetzt habe: Gerstberger, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (2).

⁷⁴³ Siehe nur Breit Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (141); Mönch 1927, S. 50ff.; Rümelin 1912, S. 47ff.; Dölle, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag. 21. Januar 1965, S. 23 (25ff.); Bucher AcP (186) 1986, S. 1 (39f.); Holzhauer, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, B5 (B51); Lipp FamRZ 2003, S. 721 (722); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (691 ff.); zum Schweizer Recht Jaeger 1946, S. 59ff.

„aktionenrechtliche‘ Lösung der ‚Vertragsgeltung unter Einredeverbehalt‘ anzuerkennen.⁷⁴⁴ Es sei an der Zeit, das „wurmstichige Dogma über Bord zu werfen“.⁷⁴⁵ Ob dieses „wurmstichige Dogma“ aber gerade durch ein Anfechtungsmodell – sei es durch außergerichtliche Gestaltungserklärung, sei es durch Klageerhebung – statt durch das bereits besprochene Zustimmungsmodell abgelöst werden sollte, gilt es im Folgenden zu untersuchen. Hierfür wird zunächst das französische Recht der Geschäftsunfähigkeit beleuchtet (1.) und dieses schließlich auf seine Vor- und Nachteile hin untersucht (2.).

1. Geschäftsunfähige Volljährige im französischen Recht

a) Einführung

Grundsätzlich sind im französischen Recht alle volljährigen Personen geschäftsfähig, sofern sie nicht unter eine Schutzmaßnahme gestellt wurden, die ihre Geschäftsfähigkeit beschränkt.⁷⁴⁶ Darüber hinaus kennt der französische Code civil aber auch eine sog. natürliche Geschäftsunfähigkeit: Gemäß Art. 414-1 Code civil muss eine Person, um wirksam ein Geschäft abschließen zu können, geistig gesund (*sain d'esprit*) sein. Diese Anforderung wird in Art. 1129 Code civil wiederholt, wonach eine Person unter Bezugnahme auf Art. 414-1 Code civil geistig gesund sein muss, um wirksam einen Vertrag zu schließen. Diese allgemeine Regelung, wonach im Fall geistiger Krankheit (*insanité d'esprit*) ein Rechtsgeschäft nicht wirksam geschlossen werden kann, findet sich seit 1968⁷⁴⁷ im Code civil, wobei dieser Grundsatz aber auch schon vorher in Lehre und Rechtsprechung anerkannt war.⁷⁴⁸ In Bezug auf unentgeltliche Geschäfte – Schenkungen unter Lebenden und Testamente – ist hingegen schon seit dem Jahr 1804 in Art. 901 Code civil⁷⁴⁹ das Erfordernis geistiger Gesundheit für die wirksame Vornahme solcher Geschäfte niedergelegt.⁷⁵⁰

Art. 414-1 Code civil sowie Art. 414-2 Code civil, der die Modalitäten der Nichtigkeitsklage aufgrund von Geschäftsunfähigkeit regelt, bestehen in ihrer

⁷⁴⁴ Bucher AcP (186) 1986, S. 1 (40).

⁷⁴⁵ Rümelin 1912, S. 49.

⁷⁴⁶ Malaurie und Peterka 2022, S. 363 Rn. 421. Zu diesen verschiedenen Schutzmaßnahmen siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(2)(c).

⁷⁴⁷ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO 4. Januar 1968. Die nun in Art. 414-1 Code civil geregelte Geschäftsunfähigkeit befand sich wortlautgleich in Art. 489 Code civil a.F. Art. 414-1 Code civil trat am 1.1.2009 in Kraft (Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), JO 7. März 2007).

⁷⁴⁸ Simon RTD Civ. 1974, S. 707 (708); Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 2.

⁷⁴⁹ „Um ein unentgeltliches Geschäft [Schenkungen unter Lebenden und Testamente, Art. 902 Code civil] zu tätigen, muss eine Person geistig gesund sein.“

⁷⁵⁰ Simon RTD Civ. 1974, S. 707 (708).

heutigen Form seit 2009.⁷⁵¹ Diese Regelungen wurden bewusst aus dem Abschnitt über gesetzliche Schutzmaßnahmen für Volljährige ausgegliedert und befinden sich unter der Überschrift „Von Schutzmaßnahmen unabhängige Vorschriften“.⁷⁵² Denn die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen natürlicher Geschäftsunfähigkeit kann auch immer dann geltend gemacht werden, wenn parallel eine Erwachsenenschutzmaßnahmen erlassen wurde, die selbst ebenso die Geltendmachung der Nichtigkeit erlaubte.⁷⁵³ Art. 414-1 Code civil wird hierdurch folglich nicht gesperrt.

Im Übrigen ist uneindeutig, worin konkret der Grund für die (auf dem Klageweg geltend zu machende) Nichtigkeit liegt, ob es sich also wirklich um eine rechtliche Handlungsunfähigkeit i. S. e. Geschäftsunfähigkeit (*incapacité*) handelt, die dazu führt, dass der Betroffene von vornherein keine wirksame Erklärung abgeben kann,⁷⁵⁴ oder ob die Willenserklärung zunächst als mit einem Mangel behaftete Erklärung existiert und erst vernichtet werden muss, ähnlich wie im Fall sonstiger Willensmängel bei Täuschung, Drohung oder Irrtum.⁷⁵⁵ Die praktische Bedeutung des Streits ist gering; relevant wird er nur im Bereich des internationalen Privatrechts, wenn die Bestimmung des anwendbaren Rechts erfolgt: Denn die Handlungsfähigkeit (*capacité*) richtet sich nach dem Personalstatut, Fragen, die Willenserklärung bzw. Einigung betreffen, aber nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht.⁷⁵⁶

Für die Ansicht, Art. 414-1 Code civil regelte keine echte Geschäftsunfähigkeit, sondern „nur“ den Umgang mit mangelhaften Willenserklärungen, wird angeführt, dass die auf dem Klageweg geltend zu machende Nichtigkeit gerade zeige, dass das Rechtsgeschäft bis zum Zeitpunkt der Nichtigkeitsfeststellung durch den Richter wirksam sei. Dies sei mit dem gängigen Verständnis von Geschäftsunfähigkeit, die schon a priori die Wirksamkeit des Geschäfts in Frage stelle, nicht zu vereinbaren.⁷⁵⁷ Dies ist aber kein schlüssiges Argument, da die Frage, wie das Recht auf Geschäftsunfähigkeit reagiert, schlicht eine Frage der gesetzlichen Ausgestaltung ist, die wiederum von der Gewichtung der beteiligten Interessen abhängt. Die per Gesetz eintretende Nichtigkeit ex tunc, ohne dass sich der Betroffene auf die Nichtigkeit berufen müsste, ist nur eine Mög-

⁷⁵¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), JO 7. März 2007.

⁷⁵² Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 4.

⁷⁵³ Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(2)(b)(aa).

⁷⁵⁴ Vgl. Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 9; dies vertritt etwa Carbonnier 2004, S. 543 f.; Simon RTD Civ. 1974, S. 707 (719 f.).

⁷⁵⁵ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 9: Nach Ansicht der Autorin stelle sich (überraschenderweise) die Frage des Einflusses der geistigen Störung auf die Einsichtsfähigkeit nicht, wenn das Konzept einer natürlichen Geschäftsunfähigkeit vertreten werde. Nur einen Einigungsmangel bzw. einen Mangel der abgegebenen Willenserklärung annehmend auch Conte und Petit 1995, S. 16 Rn. 17.

⁷⁵⁶ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 9.

⁷⁵⁷ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 16.

lichkeit von mehreren. Außerdem gäbe es auf der Basis dieser Argumentation im französischen Recht gar keine Geschäftsunfähigkeit i. S. e. rechtlichen Handlungsunfähigkeit, da Nichtigkeit stets gerichtlich geltend gemacht werden muss, also auch dann, wenn beispielsweise eine Person, die unter Vormundschaft gestellt ist, ein Geschäft abschließt, Art. 465 Abs. 1 Nr. 3 Code civil i. V. m. Art. 1147 Code civil.⁷⁵⁸ Der Zustand einer unter Vormundschaft stehenden Person wird aber vom Gesetz selbst als Geschäftsunfähigkeit bezeichnet, Art. 1146 Nr. 2 Code civil.⁷⁵⁹ Die *Cour de cassation* jedenfalls bezeichnet die Geisteskrankheit als natürliche Geschäftsunfähigkeit (*incapacité naturelle*) und bestimmt diese nach dem Personalstatut, nicht nach dem auf das Rechtsgeschäft anwendbaren Recht.⁷⁶⁰

b) „*insanité d'esprit*“ und „*trouble mental*“

Der in Art. 414-1 Code civil bzw. Art. 901 Code civil⁷⁶¹ verwendete Begriff der *insanité d'esprit*, der geistigen Erkrankung, wird synonym mit dem des *trouble mental*, also mit dem Begriff der „geistigen Störung“, verwendet,⁷⁶² wie schon die Nutzung beider Begriffe in Art. 414-1 S. 1 (*insanité d'esprit*) und S. 2 (*trouble mental*) Code civil durch den Gesetzgeber zeigt. Dem Begriff der geistigen Störung entspricht es auch, wenn die geistigen Zustände, die natürliche Geschäftsunfähigkeit herbeiführen können, nicht auf krankhafte Zustände im engeren Sinne beschränkt sind. Auch eine unter Alkohol- oder Drogeneinfluss stehende Person kann unter Art. 414-1 Code civil fallen.⁷⁶³ Ebenso ist die Dauer der Störung unerheblich, also ob diese wenige Minuten oder Jahre andauert.⁷⁶⁴ Der Ursprung der Beeinträchtigung, ob psychisch oder physiologisch, spielt ebenso keine Rolle.⁷⁶⁵

⁷⁵⁸ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 397 Rn. 477. Siehe auch bereits oben ab Fn. 632: Art. 465 Abs. 1 Nr. 3 Code civil ordnet an, dass unter Vormundschaft stehende Personen keine Rechtsgeschäfte tätigen können, Art. 1147 Code civil statuiert dabei den Grundsatz der „relativen Nichtigkeit“, wonach sich der Geschützte in allen Fällen der Geschäftsunfähigkeit auf die Nichtigkeit berufen muss.

⁷⁵⁹ „*Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi: [...] 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425*“. Siehe auch Art. 1147 Code civil, welcher im Anschluss regelt, dass die Nichtigkeit, die sich aus den Gründen des Art. 1146 Code civil ergibt, geltend gemacht werden muss: „*L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative*.“

⁷⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 25. Juni 1957, Rev. Crit. DIP 1957, S. 680, m. Anm. H. Batiffol; ebenso CA Paris, 9. Mai 2012, n° 11/08694 Rn. 4.

⁷⁶¹ Beide Vorschriften sind hinsichtlich ihres Tatbestands gleich zu verstehen: *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 5: Art. 901 Code civil regelt nur einen speziellen Anwendungsfall von Art. 414-1 Code civil.

⁷⁶² Siehe nur *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2660 ff. (Zitat unter I.A.); *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 57 ff.; *Teyssié* 2021, S. 564 Rn. 1013 ff.; *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff.

⁷⁶³ *Teyssié* 2021, S. 564 Rn. 1014; *Massip* 2009, S. 172 Rn. 199.

⁷⁶⁴ *Teyssié* 2021, S. 564 Rn. 1014.

⁷⁶⁵ *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (710) mit zahlreichen Beispielen.

Geschäftsunfähigkeit liegt vor, wenn die geistige Störung bewirkt, dass der Betroffene während des Abschlusses des Geschäfts nicht einsichtsfähig war („*perdu sa faculté de discernement*“).⁷⁶⁶ Es muss an der Fähigkeit fehlen, einen gesunden, vernünftigen und von Störungen befreiten Willen zu bilden.⁷⁶⁷

Dabei ist tendenziell eine relative Geschäftsunfähigkeit anerkannt: Es genüge, dass der Wille oder die Vernunft auf eine Art beeinträchtigt sei, dass der Betroffene nicht mehr in der Lage sei, das konkrete Rechtsgeschäft zu wollen oder dessen Inhalt und Tragweite zu verstehen.⁷⁶⁸ Im Zusammenhang mit Art. 901 Code civil und der Wirksamkeit von Testamenten äußert die *Cour de Lyon* beispielsweise ausdrücklich: „Unter der in Art. 901 Code civil bezeichneten Geisteskrankheit, die die Nichtigkeit des Testaments begründet, ist jede psychische Störung zu verstehen, die hinreichend schwerwiegend ist, um die Fähigkeiten des Testators so zu beeinträchtigen, dass dieser Bedeutung und Tragweite des Rechtsgeschäfts nicht mehr erkennen kann.“⁷⁶⁹ Zustände, die nach der Rechtsprechung die Anwendung von Art. 414-1 Code civil begründen, sind beispielsweise Demenz,⁷⁷⁰ Gehirnerweichung,⁷⁷¹ aber auch, je nach Auswirkung, hohes Alter: Geschäftsunfähig ist etwa eine 86-jährige Person, die den Wert des Geldes nicht mehr versteht und alte und neue Francs verwechselt,⁷⁷² ebenso eine 83-jährige Person, die aufgrund intellektuellen Abbaus nicht mehr in vollem Bewusstsein rechtliche Handlungen durchführen kann.⁷⁷³ Geschäftsunfähig ist auch, bei wem altersbedingt eine psychomotorische Verlangsamung sowie Gedächtnisstörungen als Anzeichen einer senilen Demenz vorliegen, so-

⁷⁶⁶ CA Paris, 9. Mai 2012, n° 11/08694 Rn. 5; Cass. 1^{re} civ., 22. Februar 2007, n° 06-11.365; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 366 Rn. 425; *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (Zitat unter I.A.); siehe auch bereits *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (710).

⁷⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 30. September 2003, n° 01-15.376.

⁷⁶⁸ *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (724 Fn. 126); *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 25; ebenso *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2660 ff. (unter I.A.): geistige Schwäche, die dazu führe, dass eine Person sich der Reichweite der Konsequenzen für ihr Vermögen und ihre Person, die sich aus der eingegangenen Verpflichtung ergeben, nicht bewusst sei.

⁷⁶⁹ Lyon, 19. Oktober 1989, Recueil Dalloz Sirey 1989, S. 310; siehe auch zu CA Dijon, 13 juin 2003, n° 02/00274, *JurisData* n° 2003-220297 bei *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 74: keine Geschäftsunfähigkeit, wenn intellektueller Abbau nicht dazu führe, dass der Betroffene die Tragweite seiner Verpflichtungen nicht mehr verstehe.

⁷⁷⁰ Cass. req., 5. August 1856, Recueil général des lois et des arrêts (Recueil Sirey) 1858, S. 152: Nichtigkeit eines Testaments; mit zahlreichen Nachweisen zur Alzheimererkrankung siehe *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 69: erheblicher Abbau intellektueller Fähigkeiten mit Gedächtnisverlust sowie Verlust des Denkvermögens, sodass Verlust der psychischen Selbstständigkeit bei Erledigung der eigenen Angelegenheiten.

⁷⁷¹ Cass. req., 15. Mai 1935, Recueil hebdomadaire de jurisprudence DALLZ (D.H.) 1935, S. 329: Schenkung einer größeren Summe.

⁷⁷² M.w.N.: *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 69 (speziell zu CA Lyon, 26. Januar 2006, n° 04/05570, *JurisData* 2006-299413).

⁷⁷³ M.w.N. *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 69 (speziell zu CA Bordeaux, 24. Januar 2008, *JurisData* n° 2008-355099).

dass tagsüber die Anwesenheit einer Betreuungsperson in der Wohnung notwendig ist.⁷⁷⁴

c) *Nichtigkeit durch richterliche Feststellung*

aa) „Relative Nichtigkeit“

Um die Nichtigkeit wegen geistiger Störung zu erreichen, muss der Klageweg beschritten werden und es muss die Nichtigkeitsfolge vom Richter ausgesprochen werden. Dabei ist zunächst erwähnenswert, dass die fehlende Kenntnis des Vertragspartners von der Geschäftsunfähigkeit der Möglichkeit einer Klagenerhebung nicht entgegensteht.⁷⁷⁵ Dies wird als mit den Interessen des Vertragspartners und damit der Rechtssicherheit verträglich angesehen: Sei die Geschäftsunfähigkeit erkennbar gewesen, dann habe der Vertragspartner vom Abschluss des Geschäfts auch absehen können.⁷⁷⁶ Nehme er das Geschäft aber vor, dann sei ihm die rückwirkende Nichtigkeit zuzumuten, zumal sich Vertragspartner die geistige Schwäche des Geschäftsunfähigen ohnehin häufig zunutze machten.⁷⁷⁷ Durch das Risiko der Nichtigkeit entstehe somit eine Abschreckungswirkung.⁷⁷⁸

Wenn die Geschäftsunfähigkeit hingegen nicht erkennbar gewesen sei, dann reduziere sich das Nichtigkeitsrisiko von selbst, da dann der Nachweis der Geschäftsunfähigkeit voraussichtlich nur schwer zu führen sei, weil die geistige Beeinträchtigung offensichtlich noch nicht so ausgeprägt sei.⁷⁷⁹ Generell unterliege die Nichtigkeitsklage bewusst bestimmten Voraussetzungen, die dazu dienten, unerwünschte Klagen zu verhindern,⁷⁸⁰ insbesondere durch hohe beweisrechtliche Anforderungen.⁷⁸¹ Jedenfalls werde de facto der Geschäftsunfähige nicht auf Nichtigkeit klagen, wenn das Geschäft ihn nicht geschädigt habe,⁷⁸² was ebenso die Zahl der Klagen mindern dürfte.

Auf die Nichtigkeit wegen geistiger Störung kann sich auch nur der Geschäftsunfähige selbst berufen, Art. 1147 Code civil, was wiederum als „relative

⁷⁷⁴ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 69 (speziell zu CA Paris, 20. Oktober 2004, n° 03/12121, JurisData n° 2004-258325).

⁷⁷⁵ *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (724); Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 54.

⁷⁷⁶ *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (724); Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 6.

⁷⁷⁷ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 6.

⁷⁷⁸ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 6, wobei nicht ganz eindeutig ist, in Bezug worauf: In Bezug auf den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Geschäftsunfähigen im Allgemeinen oder nur in Bezug auf das Ausnutzen?

⁷⁷⁹ *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (724).

⁷⁸⁰ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 6.

⁷⁸¹ *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2660 ff. (Zitat unter I.A.).

⁷⁸² *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (724).

Nichtigkeit“ (*nullité relative*) bezeichnet wird.⁷⁸³ Da es sich um eine Vorschrift handle, die dem Schutz des Geschäftsunfähigen diene, solle nur er entscheiden können, ob er am Geschäft festhalte oder nicht. Andernfalls könne der Vertragspartner gar die Nichtigkeit eines Vertrags geltend machen, der dem Geschäftsunfähigen nütze.⁷⁸⁴ Eine „absolute Nichtigkeit“, also eine solche, die auch vom Vertragspartner geltend gemacht werden könne, verliere den Schutz des Geschäftsunfähigen aus dem Blick; eine solche Art der Nichtigkeit sei eher zum Schutz allgemeiner Interessen geeignet.⁷⁸⁵ Es sei daher ohne jeden Zweifel, dass die Nichtigkeit wegen Geisteskrankheit nur eine relative, also eine solche, auf die sich nur der Geschützte berufen könne, sein könne.⁷⁸⁶

Dieser relativen Nichtigkeit entspricht es also, dass zu seinen Lebzeiten allein der Geschäftsunfähige selbst klagebefugt ist, so ausdrücklich Art. 414-2 Abs. 1 Code civil. Steht der Betroffene unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme, so ist unter Umständen auch der bestellte Vertreter oder Beistand zur Klage befugt.⁷⁸⁷ Für den Vormund als gesetzlichen Vertreter ergibt sich dieses Klagerecht etwa aus Art. 475 Abs. 1⁷⁸⁸ und Art. 504 Abs. 2 Code civil⁷⁸⁹, für den Pfleger als den zur Mitwirkung verpflichteten Beistand aus Art. 468 Abs. 3 (Klage gemeinsam mit dem Betroffenen) bzw. Art. 469 Abs. 2 (Klage durch den Pfleger allein, wenn der Betroffene durch Untätigkeit seine eigenen Interessen gefährdet): Das alleinige Klagerecht des Pflegers kann insbesondere dann bestehen, wenn der Betroffene das Klagerecht aus Art. 414-1 Code civil nicht ausübt,⁷⁹⁰ bzw. man muss hinzufügen, wenn der Betroffene dieses Klagerecht aufgrund seiner Geschäftsunfähigkeit nicht, nicht einmal gemeinsam mit dem Pfleger, ausüben kann.⁷⁹¹ Nach dem Tod des Geschäftsunfähigen steht das Klagerecht den Erben zu, Art. 414-2 Abs. 2 Code civil.

Eine Nichtigkeitsklage ist im Übrigen ausgeschlossen, wenn das Rechtsgeschäft genehmigt wurde. Diese Genehmigung ist primär vom Geschäftsunfähigen selbst auszusprechen und kann erfolgen, sobald er seine Geschäftsfähigkeit

⁷⁸³ Siehe auch zu Art. 1147 Code civil bereits oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(1)(d).

⁷⁸⁴ *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (721); *Malaurie und Peterka* 2022, S. 363 Rn. 422.

⁷⁸⁵ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 116.

⁷⁸⁶ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 116.

⁷⁸⁷ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 121; *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.b)).

⁷⁸⁸ „Die unter Vormundschaft stehende Person wird gerichtlich von ihrem Vormund vertreten.“ Nur in Bezug auf personenbezogene Angelegenheiten benötigt der *tuteur* die Zustimmung des Richters bzw. Familienrats.

⁷⁸⁹ „Er [der Vormund] handelt gerichtlich selbst, um die vermögensrechtlichen Angelegenheiten der geschützten Person zu besorgen.“

⁷⁹⁰ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 127, 129.

⁷⁹¹ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 398 Rn. 477; a. A. *Montourcy* AJ fam. 2021, S. 439: Die geistige Störung werde durch das Mitwirken des *curateur* kompensiert.

wiedererlangt hat.⁷⁹² Auch die Erben sind zur Genehmigung befugt, solange das Recht, auf Nichtigkeit zu klagen, nicht verfristet ist.⁷⁹³

bb) Zwingende Nichtigkeitsfolge bei geistiger Störung: kein richterliches Ermessen

Kommt der Richter zu dem Schluss, dass beim Betroffenen bei Abschluss des Rechtsgeschäfts eine geistige Störung vorlag, so steht ihm hinsichtlich des Auspruchs der Nichtigkeit auch kein Ermessen zu, sondern er muss die Nichtigkeit feststellen (*nullité de droit*, keine *nullité facultative*).⁷⁹⁴ Teils wird vertreten, es solle dem Richter erlaubt sein, das Geschäft aufrechtzuerhalten, wenn dies aus Gründen der Billigkeit geboten erscheine.⁷⁹⁵ Aus dem Gesetzestext ergibt sich eine solche Ausnahme jedoch nicht. Insbesondere ist für den Eintritt der Nichtigkeit nicht Voraussetzung, dass der Geschäftsunfähige durch das Rechtsgeschäft einen Schaden erlitten hat: Die Nichtigkeit wird gerade nur aufgrund der geistigen Störung ausgesprochen.⁷⁹⁶

Umstritten ist aber dennoch, wie weit diese Nichtigkeit reicht. So ist insbesondere umstritten, ob Personen, die die Voraussetzungen von Art. 414-1 Code civil erfüllen, zumindest alltägliche Geschäfte wirksam abschließen können. Teils wird dies verneint,⁷⁹⁷ was etwa damit begründet wird, dass sich Art. 414-1 Code civil dem Wortlaut nach auf alle Geschäfte beziehe, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung.⁷⁹⁸ Teils wird dies aber auch bejaht, insbesondere durch analoge Anwendung der für Minderjährige geltenden Vorschriften.⁷⁹⁹ Denn Minderjährige sind anerkanntermaßen nach Art. 1148 Code civil befugt, alltägliche Rechtsgeschäfte, die nach den Gepflogenheiten zulässig sind, durchzuführen. Weil Art. 1148 Code civil aber nicht einmal ausdrücklich nur von Minderjährigen spricht, sondern allgemein von geschäftsunfähigen Personen, liegt es nahe, diese Vorschrift auch auf unter Art. 414-1 Code civil fallende Personen anzuwenden.

⁷⁹² Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 171. Siehe oben zur Genehmigungskompetenz, wenn der Geschäftsunfähige unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme steht, unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(2)(c)(aa).

⁷⁹³ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 171; ebenso Terré und Fenouillet 2012, S. 593 Rn. 575. Siehe unten zur möglichen Verfristung unter 4. Kapitel B. III.1.c)cc).

⁷⁹⁴ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 54; Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.c)).

⁷⁹⁵ Simon RTD Civ. 1974, S. 707 (724).

⁷⁹⁶ Simon RTD Civ. 1974, S. 707 (728); Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 54; Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.c)).

⁷⁹⁷ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 31; die ausnahmslose Nichtigkeit betonend auch Teyssié 2021, S. 565 Rn. 1017.

⁷⁹⁸ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 11.

⁷⁹⁹ Fabre-Magnan 2021, S. 388 Rn. 497.

Gleichzeitig ist Art. 1148 Code civil aber in Zusammenhang mit Art. 1146 Code civil zu lesen. Denn Art. 1146 Code civil benennt ausdrücklich bestimmte Personengruppen als geschäftsunfähig, für die sodann die folgenden Vorschriften und somit auch Art. 1148 Code civil gelten sollen: Gemäß Art. 1146 Code civil sind dies nicht emanzipierte Minderjährige und im Sinne von Art. 425 Code civil geschützte, also unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stehende, Volljährige. Selbst wenn man, wie hier vertreten, davon ausgeht, dass Art. 414-1 Code civil einen echten Fall der Geschäftsunfähigkeit und nicht nur den Fall einer mit einem Mangel behafteten Willenserklärung regelt, so fällt auf, dass die Aufzählung in Art. 1146 Code civil die unter Art. 414-1 Code civil fallenden Personen ausspart.

Für eine (analoge) Anwendung von Art. 1148 Code civil spricht aber trotzdem, dass im Ergebnis kein Grund ersichtlich ist, weshalb alle Personen, selbst die unter Vormundschaft stehenden, denen das Gesetz grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit vollständig entzieht, solche Geschäfte sollen abschließen können, nur solche Personen nicht, die von Art. 414-1 Code civil erfasst sind.⁸⁰⁰ Es belastete schließlich auch den Rechtsverkehr erheblich, wenn selbst über den belanglosesten Geschäften das Damoklesschwert der Nichtigkeitsslage schwebte.⁸⁰¹

Dieselbe Anwendbarkeitsfrage stellt sich auch für Art. 1151 Code civil: Wie im Zusammenhang mit dem Minderjährigenrecht gesehen, handelt es sich bei Art. 1151 Code civil um ein Verteidigungsmittel des Beklagten, gegen den eine Nichtigkeitsklage gerichtet ist. Dieser kann den Ausspruch der Nichtigkeit verhindern, indem er beweist, dass das Geschäft den Geschäftsunfähigen nicht geschädigt hat.⁸⁰² Auch hier ist problematisch, ob dieses Verteidigungsmittel auch dann zur Verfügung steht, wenn die Nichtigkeit auf der Grundlage von Art. 414-1 Code civil geltend gemacht wird. Dies wird weitgehend verneint:⁸⁰³ So folge Art. 1151 Code civil unmittelbar auf Art. 1150 Code civil, welcher wiederum die Vorschriften benenne, die speziell die Nichtigkeitsklagen bei unter Schutzmaßnahmen stehenden Volljährige regeln. Also stelle Art. 1151 Code civil ein Verteidigungsmittel nur gegen *diese* Nichtigkeitsklagen dar.⁸⁰⁴ Zudem handle es sich bei Art. 1151 Code civil um eine Ausnahmegvorschrift und müsse daher eng ausgelegt werden, sodass sich eine Ausdehnung auf natürlich Geschäftsunfähige verbiete.⁸⁰⁵ Außerdem sei eine Anwendung von Art. 1151 Code civil nicht mit

⁸⁰⁰ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 11.

⁸⁰¹ Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 11, sich im Ergebnis aber nicht festlegend.

⁸⁰² Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(1)(d).

⁸⁰³ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 150; Noguéro Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (Zitat unter I.A.2.d)).

⁸⁰⁴ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 150.

⁸⁰⁵ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 150. Die Autorin ist aber zudem Anhängerin der Ansicht, die „natürliche Geschäftsunfähigkeit“ sei als Mangel einer

der Abschreckungswirkung vereinbar, die durch Androhung der Nichtigkeit bezweckt werde: Wenn die Möglichkeit bestehe, das Geschäft doch noch zu retten, würden Anreize geschaffen, mit natürlich geschäftsunfähigen Personen Geschäfte zu schließen, statt davon abzusehen.⁸⁰⁶

Nun ist aber zum einen anerkannt, dass Art. 1151 Code civil auch Anwendung findet, wenn das nichtige Geschäft von einem Minderjährigen abgeschlossen wurde, obwohl der Minderjährige in Art. 1150 Code civil ebenso nicht erwähnt wird.⁸⁰⁷ Zum anderen ist es nicht so, als wäre die Nichtigkeitsklärung für den Geschäftsunfähigen immer ausnahmslos vorteilhaft: Denn wenn der Vertragspartner durch die Vertragsaufhebung einen Schaden erleidet, muss der Geschäftsunfähige diesen unter Umständen ersetzen.⁸⁰⁸ Die Schadensersatzpflicht Geschäftsunfähiger ist umstritten, wird aber von der *Cour de cassation* bejaht.⁸⁰⁹ Im Ergebnis kann Art. 1151 Code civil daher auch einer Nichtigkeit auf der Grundlage von Art. 414-1 Code civil entgegengehalten werden.

cc) Kein Klagerecht nach Verfristung

(1) Fristbeginn bei Geschäftsunfähigkeit

Der Nichtigkeitsklage kann neben einer Genehmigung⁸¹⁰ auch eine Verfristung entgegenstehen. Für die Klage ist eine Frist von fünf Jahren vorgesehen, so Art. 414-2 Abs. 3 Code civil mit Verweis auf Art. 2224 Code Civil. Der Fristbeginn gestaltet sich jedoch schwierig, weil verschiedene problematische Konstellationen entstehen können, insbesondere die naheliegende Konstellation, dass der Klagebefugte geschäftsunfähig ist.

Grundsätzlich beginnt die fünfjährige Klagefrist gemäß Art. 2224 Code civil an dem Tag zu laufen, an dem der Inhaber des Rechts die Tatsachen kennt oder hätte kennen müssen, die ihm die Ausübung des Rechts ermöglichen. Aus praktischen Gründen wird der Verweis auf Art. 2224 Code civil im Fall des Rechts, wegen Geschäftsunfähigkeit auf Nichtigkeit zu klagen, aber so verstanden, dass sich dieser Verweis nur auf die in Art. 2224 Code civil genannte Dauer der Frist – fünf Jahre –, nicht aber auf den dort genannten Fristbeginn beziehe: Es sei mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar, hinsichtlich des Fristbeginns auf die Kenntnis vom Rechtsgeschäft und die Fähigkeit, das Recht auszuüben, also

Willenserklärung einzuordnen, vergleichbar mit Irrtümern, Drohung und Täuschung, weniger als rechtliche Handlungsunfähigkeit. Aus dieser Perspektive ist eine Anwendung von Art. 1151 Code civil noch weniger angezeigt.

⁸⁰⁶ *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (Zitat unter I.A.2.d)).

⁸⁰⁷ Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(1)(d).

⁸⁰⁸ *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (Zitat unter I.A.2.d)), selbst aber im Ergebnis eine Haftung ablehnend: Man könne nicht mit der einen Hand wieder nehmen, was mit der anderen gerade noch gewährt worden sei.

⁸⁰⁹ Siehe unten zur Schadensersatzpflicht Geschäftsunfähiger unter 4. Kapitel C.III.3.

⁸¹⁰ Siehe oben bei Fn. 792.

auf den nicht definierbaren Zeitpunkt, an dem die geistige Störung nicht mehr vorliege, abzustellen. Vielmehr beginne die Frist immer bereits mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsgeschäfts zu laufen.⁸¹¹

Zwingend ist diese Sichtweise zwar nicht, weil das Gesetz auch in anderem Kontext den Fristbeginn sehr wohl an die Kenntnis und auch die Fähigkeit, ein Rechtsgeschäft wieder selbst vornehmen zu können, und damit ebenso an das Ende der Geschäftsunfähigkeit, knüpft, so etwa in Art. 1152 Nr. 2 Code civil, der den Fristbeginn für die Situation regelt, in der eine Person bei Abschluss eines Geschäfts unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stand.⁸¹² Selbst aber wenn der Fristbeginn aus Rechtssicherheitsgründen auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts gelegt werden soll, so ist im Fall der Klage auf Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit ohnehin noch eine weitere sich aus Art. 2234 Code civil ergebende Besonderheit zu beachten: Diese Vorschrift legt fest, dass eine Klagfrist nicht zu laufen beginnt bzw. gehemmt ist, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, das Klagerecht auszuüben (*impossibilité d'agir*). Gelingt also der Nachweis, wonach der Betroffene durchgehend einer geistigen Störung unterlag und somit aufgrund von Geschäftsunfähigkeit sein Klagerecht nicht ausüben konnte, beginnt die Frist also dennoch frühestens dann zu laufen, sobald er seine geistigen Fähigkeiten wiedererlangt hat.⁸¹³

Bis diese Voraussetzungen erfüllt sind – falls sie überhaupt je erfüllt sein werden – können aber Jahre vergehen: Das Klagerecht besteht also im Fall von Geschäftsunfähigkeit faktisch auf unbestimmte Zeit und über Jahre hinweg, so lange, bis entweder der Betroffene wieder geschäftsfähig wird oder er unter eine Schutzmaßnahme gestellt wird, durch die auch der bestellte Vertreter oder Beistand zur Klage berechtigt wird. „Décidément notre époque n'aime guère les prescriptions et pas non plus la sécurité juridique“⁸¹⁴: Offensichtlich mag unser Zeitalter weder Verfristungen noch Rechtssicherheit. Spätestens nach Ablauf von 20 Jahren (Höchstfrist) seit Abschluss des Geschäfts soll aber eine Klage endgültig nicht mehr möglich sein, Art. 2232 Code civil.⁸¹⁵

⁸¹¹ *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.a), auch Fn. 26); *Teyssié* 2021, Rn. 1025 S. 569; a. A. *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 159: Es komme auf den Moment der Kenntnis des Betroffenen vom Abschluss des Rechtsgeschäfts an, sobald dieser wieder geschäftsfähig sei.

⁸¹² Siehe zu dieser Situation sogleich unter (3).

⁸¹³ *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2660 (Zitat unter I.B. und II.); so auch *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.a)): Fristbeginn mit Abschluss des Rechtsgeschäfts, aber Hemmung der Frist; *Teyssié* 2021, S. 569 Rn. 1025.

⁸¹⁴ *Hauser* RTD Civ. 2009, S. 507.

⁸¹⁵ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 156.

(2) *Fristbeginn bei Anordnung einer Erwachsenenschutzmaßnahme nach Abschluss des Rechtsgeschäfts*

Steht der Betroffene unter einer Schutzmaßnahme, so ist wie gesehen auch der bestellte Vertreter oder Beistand, insbesondere Vormund und Pfleger, zur Klage befugt.⁸¹⁶ Wie sich die Anordnung einer Schutzmaßnahme auf den Beginn der Klagefrist auswirkt, ist umstritten und ergibt sich aus einem – teils nicht ganz klaren – Zusammenspiel verschiedener Vorschriften:

Schließt eine geschäftsunfähige Person ein Rechtsgeschäft ab, bevor für sie ein Vormund oder Pfleger bestellt wird, so beginnt die Verjährungsfrist bei kontinuierlichem Bestehenbleiben der geistigen Störung wegen Art. 2234 Code civil wie gesehen zunächst nicht. Mit Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft beginnt die Frist aber zu laufen, denn dann endet die durch die natürliche Geschäftsunfähigkeit begründete Unfähigkeit zu handeln, da nun eine Person zur Wahrnehmung der Rechte des Geschäftsunfähigen zur Verfügung steht.⁸¹⁷ Diese Betrachtung entspricht jedenfalls der Rechtsprechung der *Cour de Cassation*, die die durch Art. 2234 Code civil begründete Hemmung des Fristlaufs als mit dem Tag der Anordnung der Vormundschaft bzw. der Pflegschaft als beendet betrachtet.⁸¹⁸ Ob nun aber tatsächlich die Hemmung eines bereits begonnenen Fristlaufs beendet wird oder ob die Frist nicht vielmehr überhaupt erst an diesem Tag zu laufen beginnt,⁸¹⁹ ist nicht ganz eindeutig, einen Unterschied macht dies im Ergebnis jedoch ohnehin nicht.

Die Kenntnis des Vormunds oder Pflegers vom fraglichen Geschäft wird nicht explizit für den Fristbeginn verlangt.⁸²⁰ Konsequenter wäre es jedoch, weil das Gesetz auch an anderer Stelle an Kenntnis anknüpft, so etwa im bereits genannten Art. 1152 Nr. 1 Code civil.⁸²¹

Mit Art. 2235 Code civil gibt es nun aber eine Vorschrift, die dem Konzept des Fristbeginns bzw. Fristlaufs der *Cour de cassation* eigentlich entgegenstehen müsste: Diese Vorschrift bestimmt ausdrücklich, dass die Frist jedenfalls dann nicht zu laufen beginnt bzw. gehemmt ist, wenn eine volljährige Person unter Vormundschaft gestellt wird.⁸²² Um Vereinbarkeit der Rechtsprechung mit die-

⁸¹⁶ Siehe oben bei Fn. 787.

⁸¹⁷ Für die *curatelle*: *Montourcy* AJ fam. 2021, S. 439; für die *tutelle*: *Teyssié* 2021, S. 469 f. Rn. 1025.

⁸¹⁸ Im Zusammenhang mit der *tutelle*: Cass. 1^{re} civ., 1. Juli 2009, Recueil Dalloz 2009, S. 2660 m. Anm. V. *Egéa* = AJ fam. 2009, S. 402 m. Anm. L. *Pécaud-Rivolier* = RTD Civ. 2009, S. 507 m. Anm. J. *Hauser*; zu diesem Urteil *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2660; im Zusammenhang mit der *curatelle*: Cass. 1^{re} civ., 14. April 2021, AJ fam. 2009, S. 439 m. Anm. V. *Montourcy*.

⁸¹⁹ So *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2660 (Zitat unter II.A.).

⁸²⁰ Anders *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 165.

⁸²¹ Siehe oben bei Fn. 812.

⁸²² Den Widerspruch der Rechtsprechung der *Cour de Cassation*, wonach die Verjährungsfrist mit Beginn der *tutelle* zu laufen beginnen soll, zu dieser Vorschrift erkennend auch

ser Vorschrift herzustellen, werden verschiedene, wenig überzeugende Konzepte vertreten: So wird die Rechtsprechung teils so verstanden, als beginne die Frist bis zur Anordnung der Vormundschaft aufgrund von Art. 2234 Code civil nicht zu laufen, starte dann mit Anordnung der Vormundschaft, werde aber aufgrund von Art. 2235 Code civil sofort wieder gehemmt.⁸²³ Der Vormund habe damit ein Klagerecht, ohne dass dieses je verfristet sein könne.⁸²⁴ Dagegen spricht aber zum einen, dass sich diese sofortige erneute Hemmung mit Anordnung der Vormundschaft aus der Rechtsprechung gerade nicht ergibt; dort ist vielmehr davon die Rede, dass die Frist „bis zum Tag der Anordnung der Vormundschaft gehemmt“ ist⁸²⁵ – danach läuft sie also ungehindert bzw. beginnt ungehindert zu laufen.⁸²⁶ Zum anderen wäre nicht konsequent, der Befugnis des Vormunds, die Rechte des Geschäftsunfähigen wahrzunehmen, keinen Einfluss auf den Fristlauf zuzusprechen. Im Übrigen ermöglicht diese Rechtsprechung, auch wenn sie letztlich mit Art. 2235 Code civil nicht vereinbar ist, zumindest einen Gleichlauf mit dem Fristbeginn für solche Klagen, mit denen die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften angestrebt wird, die innerhalb von zwei Jahren vor Anordnung einer Vormundschaft geschlossen wurden.⁸²⁷ Für diese Klagen ist ausdrücklich vorgesehen, dass Art. 2235 Code civil (das Gesetz spricht aufgrund eines Redaktionsfehlers von Art. 2252 Code civil⁸²⁸) nicht gilt und die fünfjährige Frist damit ab dem Tag der Anordnung der Vormundschaft läuft.

Schließlich wird gar vertreten, dass es verschiedene Fristen geben müsse: Für den Vormund beginne sie mit Beginn der Schutzmaßnahme, für den geschützten Volljährigen mit Ende der Schutzmaßnahme.⁸²⁹ Aber auch dieses Konzept kann nicht überzeugen, da nicht einzusehen ist, weshalb die Frist, wenn sie für den Vormund zu laufen beginnt, nicht auch für die geschützte Person laufen sollte, denn schließlich handelt der Vormund nicht in eigenem, sondern in dessen Namen und nimmt damit dessen Recht wahr. Versäumt der Vertreter, Klage zu erheben, so wirkt dies auch gegen die geschützte Person.⁸³⁰

Raoul-Cormeil Recueil Dalloz 2009, S. 2660 (Zitat unter II.B.). Der Autor hält es aber dennoch für unwahrscheinlich, dass die Rechtsprechung den Beginn der Verjährungsfrist noch weiter nach hinten verschieben würde.

⁸²³ *Pécaut-Rivolier* AJ fam. 2009, S. 402.

⁸²⁴ Nicht ganz klar bei *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 161, 165: Einerseits solle Art. 2235 Code civil voll anwendbar sein, andererseits solle die Verjährungsfrist mit dem Tag beginnen, an dem der *tuteur* Kenntnis vom Geschäft habe.

⁸²⁵ Cass. 1^{re} civ., 1. Juli 2009, Recueil Dalloz 2009, S. 2660 m. Anm. V. *Egée*.

⁸²⁶ *Teyssié* 2021, S. 469 f. Rn. 1025: „la prescription reprend son cours“ (Die Verjährung beginnt wieder zu laufen.); *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2660 (Zitat unter II.).

⁸²⁷ Siehe zu diesen Klagen oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)(2)(b).

⁸²⁸ *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2260 Fn. 27.

⁸²⁹ Diese Dopplung bei *Juris Classeur/Civil Code-Lemouland* 2016, Art. 464 à 466 Rn. 9. Generell für einen Beginn der Verjährungsfrist nach Ende der Schutzmaßnahme, wobei in beiden Quellen nicht auf die Rechtsprechung eingegangen wird: *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 161; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 398 Rn. 477.

⁸³⁰ Vgl. *Raoul-Cormeil* Recueil Dalloz 2009, S. 2660 (unter II.B., auch Fn. 31).

Dieselbe Problematik des Fristbeginns besteht auch, wenn keine Vormundschaft, sondern eine sonstige Schutzmaßnahme angeordnet wird: Auch wenn es, anders als bei der Vormundschaft mit Art. 2235 Code civil, nicht gesetzlich festgelegt ist, wird auch in Bezug auf andere Schutzmaßnahmen vertreten, dass diese den Fristlauf hemmen: Denn die Handlungsunfähigkeit aufgrund einer *insanité d'esprit* sei für den Zeitraum zu vermuten, in dem der Betroffene unter einer Schutzmaßnahme stehe, sodass Art. 2234 Code civil Anwendung finde.⁸³¹ An dieser These ist aber schon bedenklich, dass die bloße Anordnung einer Schutzmaßnahme für sich keine Rückschlüsse auf die Geschäftsfähigkeit zulässt.⁸³² Außerdem kann diese These jedenfalls dann nicht richtig sein, wenn der bestellte Vertreter oder Beistand selbst Klage erheben kann, denn dann ist die Unfähigkeit zu handeln gerade beseitigt.⁸³³ Die *Cour de cassation* jedenfalls stellt ausdrücklich fest, dass mit Anordnung der Pflegschaft die Frist (weiter) läuft.⁸³⁴

(3) *Fristbeginn bei Bestehen einer Erwachsenenschutzmaßnahme im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts*

Stand der Betroffene schon im Zeitpunkt des Abschlusses eines Geschäfts unter einer Schutzmaßnahme, so bestimmt Art. 1152 Nr. 2 Code civil grundsätzlich, dass die Klagefrist an dem Tag beginnt, an dem der Betroffene Kenntnis von dem von ihm getätigten Rechtsgeschäft hat und in der Lage wäre, dieses wirksam abzuschließen. Aufgrund der letztgenannten Voraussetzung beginne die Frist also frühestens dann zu laufen, wenn die Schutzmaßnahme beendet sei, weil diese entweder, wie die Vormundschaft, mit einem Entzug der Geschäftsfähigkeit einhergehe oder zumindest, so ein Teil der Literatur, das Fehlen von Geschäftsfähigkeit vermuten lasse.⁸³⁵ Dies stimme auch mit Art. 2235 und Art. 2234 Code civil überein, wonach während des Bestehens von Schutzmaßnahmen keine Fristen liefen.⁸³⁶

Nun stellt sich zwar schon die Frage, ob Art. 1152 Nr. 2 Code civil überhaupt anwendbar ist, denn dieser bezieht sich vor allem auf die in Art. 1150 Code civil genannten Klage, wo es um die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften wegen Bestehens einer Schutzmaßnahme geht, nicht aber um natürliche Geschäftsunfähigkeit nach Art. 414-1 Code civil. Die Anwendung ist aber insofern unschädlich, als sich aus Art. 1152 Nr. 2 Code civil dem Grunde nach nichts anderes er-

⁸³¹ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 164.

⁸³² Lyon, 19. Oktober 1989, Recueil Dalloz Sirey 1989, S. 310; Plazy, in: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, S. 549 (555).

⁸³³ *Montourcy* AJ fam. 2021, S. 439; siehe auch *Malaurie und Peterka* 2022, S. 398 Rn. 477.

⁸³⁴ Cass. 1^{re} civ., 14. April 2021, AJ fam. 2009, S. 439 m. Anm. V. *Montourcy*.

⁸³⁵ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 161, 163.

⁸³⁶ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 161, 163.

gibt als aus Art. 2235 und 2234 Code civil: Gegen eine Person, die nicht handlungsfähig ist, laufen keine Fristen.

Allerdings muss von der in Art. 1152 Nr. 2 Code civil angeordneten Fristenthemmung wiederum dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn der Betroffene durch die Schutzmaßnahme einen Vertreter erhalten hat, der berechtigt ist, im Namen des Betroffenen Klage zu erheben. Denn es kann hinsichtlich des Fristbeginns in dem Fall, in dem die Schutzmaßnahme schon bei Abschluss des Rechtsgeschäfts vorlag, nichts anderes gelten, als wenn diese Maßnahme erst hinterher angeordnet wird: Ist also der Vormund oder der Pfleger oder ein sonstiger Beistand berechtigt, selbst die Klage nach Art. 414-1 Code civil zu erheben, dann beginnt wiederum die Frist sofort mit Abschluss des Rechtsgeschäfts zu laufen. Es mag dann noch danach differenziert werden, ob der Vertreter Kenntnis vom Rechtsgeschäft gehabt hat oder nicht.⁸³⁷ Die *Cour de Cassation* fordert jedenfalls bei nachträglicher Anordnung der Schutzmaßnahme keine Kenntnis. Wenn aber die Schutzmaßnahme sogar schon läuft und damit das Klagerecht bzw. die Klagemöglichkeit aufgrund des Vorhandenseins eines Vertreters schon ab Entstehung des Rechtsgeschäfts besteht, ist kein Grund ersichtlich, den Fristbeginn komplizierter zu gestalten.⁸³⁸

(4) Fristbeginn für klageberechtigte Erben

Auch für die Erben gilt die Klagefrist von fünf Jahren, ab dem Zeitpunkt des Todes oder des Tages, an dem die Erben die Tatsachen, die zur Nichtigkeitsklage berechtigen, kennen oder kennen müssten,⁸³⁹ was grundsätzlich auch auf den Tag des Todes des Erblassers datiert wird, da die Erben zu einem früheren Zeitpunkt in der Regel noch nicht zur Klage berechtigt sind.⁸⁴⁰ Stand der Erblasser unter Vormundschaft oder Pflegschaft oder einer Familienbeistandschaft, so ist dieser Fristbeginn zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers in Art. 1152 Nr. 3 Code civil sogar ausdrücklich vorgesehen. Unumstritten ist der Todeszeitpunkt als allein maßgeblicher Zeitpunkt aber dennoch nicht: Ein späterer Verjährungsbeginn soll möglich sein, wenn die Erben erst zu einem späteren Zeitpunkt vom Geschäft Kenntnis erlangen.⁸⁴¹

⁸³⁷ Die Kenntnis fordernd *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 165.

⁸³⁸ Siehe auch *Batteur und Mauger-Vielpeau* 2021, S. 587 Rn. 1441, die die Frist wohl ab Anordnung der Schutzmaßnahme laufen lassen wollen.

⁸³⁹ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 369 f. Rn. 428.

⁸⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 20. März 2013, n° 11-28.318; *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 168; *Lemouland und Noguéro* Recueil Dalloz 2022, S. 1174 ff. (unter I.A.2.).

⁸⁴¹ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 168; a. A. *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.a)) wonach es aus Gründen der Rechtssicherheit immer auf den Todestag ankomme und die Kenntnis der Erben hiervon für den Fristbeginn unerheblich sei.

d) Beweisfragen

Der auf Nichtigkeit Klagende ist doppelt beweispflichtig: Er muss zum einen eine geistige Störung beweisen, zum anderen, dass diese Störung im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorgelegen hat.⁸⁴² Hinsichtlich des zweiten Elements ist dabei kein Kausalitätsnachweis erforderlich: Der Betroffene muss keinen Zusammenhang zwischen seiner geistigen Beeinträchtigung und dem Rechtsgeschäft nachweisen, auch nicht die Ungewöhnlichkeit des Inhalts des Rechtsgeschäfts.⁸⁴³ Der Beweis einer geistigen Beeinträchtigung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts ist aber dennoch schwierig zu führen: Es genügt nicht, dass der das Rechtsgeschäft Abschließende generell nicht im Besitz seiner geistigen Kräfte war, da stets die Möglichkeit besteht, dass das Geschäft während eines luziden Intervalls durchgeführt wurde.⁸⁴⁴

Die Rechtsprechung lässt aber Vermutungen zu: So sei das Vorliegen einer geistigen Schwäche im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zu vermuten, wenn durch ein medizinisches Gutachten belegt sei, dass der Betroffene schon einige Monate vor Abschluss des Rechtsgeschäfts an einem irreversiblen geistigen Verfall gelitten habe.⁸⁴⁵ Eine Vermutung wird auch dann zugelassen, wenn der Betroffene nachweist, dass er kurz vorher und kurz nachher einer geistigen Beeinträchtigung unterlag.⁸⁴⁶

Die Beweise, die der Richter im Rahmen seiner freien Würdigung zur Bestimmung, ob eine geistige Störung im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorgelegen hat, zu berücksichtigen hat, können dabei im Übrigen sowohl außerhalb des fraglichen Rechtsgeschäfts liegen, sich aber auch aus diesem selbst ergeben: So kann, wie bereits angedeutet, z. B. ein medizinisches Gutachten, das vor oder nach dem fraglichen Rechtsgeschäft erstellt worden sein kann, herangezogen werden,⁸⁴⁷ ebenso fließen die Umstände des Abschlusses mit ein, so etwa die Tatsache, dass ein Dokument angesichts der beeinträchtigten Fähigkeiten des Betroffenen in einem diesen verunsichernden Setting unterzeichnet wurde.⁸⁴⁸ Sogar das Verhalten des Vertragspartners ist für die Feststellung der

⁸⁴² *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (723); *Pécaut-Rivolier* AJ fam. 2007, S. 480; *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 56 ff.; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 366 Rn. 425. Zum genauen Zeitpunkt *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.c): z. B. während der Äußerung des Verkaufsversprechens. Muss ein Geschäft, um wirksam zu sein, notariell beurkundet werden, so kommt es auf den Zeitpunkt der notariellen Beurkundung an.

⁸⁴³ *Simon* RTD Civ. 1974, S. 707 (723).

⁸⁴⁴ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 80.

⁸⁴⁵ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 83 mit Verweis auf *CA Lyon*, 26. April 2007, n° 06/00593, *JurisData* n° 2007-347671.

⁸⁴⁶ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 84; *Cass.* 1^{re} civ., 27. Januar 1987, *Bull. Civ.* 1987 I, n° 31: geistige Beeinträchtigung zwei Tage nach Abschluss des Rechtsgeschäfts nachgewiesen; *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.c)).

⁸⁴⁷ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 9.

⁸⁴⁸ *Cass.* 1^{re} civ., 15. Juni 2007, n° 07-14-895.

Geschäftsunfähigkeit mitzuberücksichtigen, wenn nachgewiesen ist, dass dieser eine Geistesschwäche ausgenutzt hat: So kann betrügerisches Vorgehen des einen Vertragspartners in Kombination mit der Ausübung psychischen Drucks und altersbedingter Willensschwäche des anderen Geschäftsunfähigkeit begründen.⁸⁴⁹

Dass der Betroffene im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stand, lässt im Übrigen für sich genommen keine Rückschlüsse zu,⁸⁵⁰ kann aber ergänzend ins Gewicht fallen.⁸⁵¹ Auch Feststellungen, die der Richter im Verfahren um die Bestellung einer Schutzmaßnahme getroffen hat, können herangezogen werden,⁸⁵² ebenso notarielle Feststellungen zum geistigen Zustand eines Beteiligten, die aber im Übrigen nicht bindend sind.⁸⁵³ Und schließlich sollen auch Form und Inhalt des Rechtsgeschäfts eine geistige Störung zum fraglichen Zeitpunkt nahelegen können, z.B. eine Schrift mit schwacher und verwirrender Linienführung⁸⁵⁴ oder ein inkohärenter oder absurder Inhalt.⁸⁵⁵

Nach dem Tod des Betroffenen ist der Beweis naturgemäß noch schwerer zu führen. Das französische Recht erschwert die Beweisführung bewusst, um die Erben daran zu hindern, ihnen missfallende Rechtsgeschäfte anzugreifen.⁸⁵⁶ Es kann nach dem Tod des Betroffenen daher nur dann auf Nichtigkeit geklagt werden, wenn sich die Geisteskrankheit aus dem Rechtsgeschäft selbst ergibt, Art. 414-2 Abs. 2 Nr. 1 Code civil. Dieses Rechtsgeschäft muss also insbesondere einen solch inkohärenten und unlogischen Inhalt aufweisen, der auf Geschäftsunfähigkeit schließen lässt.⁸⁵⁷ Außerhalb des Geschäfts liegende Umstände können nicht berücksichtigt werden, weder dessen Konsequenzen noch ein etwaiger Vergleich mit sonstigen, vom Betroffenen zu Lebzeiten durchge-

⁸⁴⁹ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 103 m.z.N.

⁸⁵⁰ Lyon, 19. Oktober 1989, Recueil Dalloz Sirey 1989, S. 310; *Plazy*, in: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, S. 549 (555).

⁸⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 20. Februar 2007, n° 04-19.943; Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 100; *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.A.2.c)).

⁸⁵² CA Paris, 5. Juli 2007, n° 05/23488, AJ fam. 2007, S. 480 m. Anm. *L. Pécaut-Rivolier*.

⁸⁵³ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 95; Cass. 1^{re} civ., 25. Mai 1987, Recueil Dalloz 1988, S. 79 m. Anm. *A. Breton*.

⁸⁵⁴ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 106 f.

⁸⁵⁵ Vgl. Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 81; den ungewöhnlichen Inhalt eines Vertrags mitberücksichtigend Cass. 1^{re} civ., 20. Februar 2007, n° 04-19.943.

⁸⁵⁶ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 367 Rn. 425.

⁸⁵⁷ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 367 Rn. 426; *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.B.3.): ein nur exzentrischer Inhalt genügt nicht.

führten Geschäften,⁸⁵⁸ auch keine medizinischen Gutachten.⁸⁵⁹ Auch auf sonstige Willensmängel dürfen sich die Erben nicht berufen, da es eine Umgehung des Art. 414-2 Code civil bedeutete, wenn den Erben so im Ergebnis doch alle Beweismittel, um die Mangelhaftigkeit der Einigung zu beweisen, zur Verfügung stünden.⁸⁶⁰ Faktisch ist hier also ein Kausalitätsnachweis gefordert.

Eine Ausnahme zum Verbot, sich aller Beweismittel zu bedienen, besteht aber dann, wenn der Betroffene vor seinem Tod unter gerichtlicher Schutzbetreuung stand oder wenn ein gerichtliches Verfahren eingeleitet worden war, um ihn unter Pflegschaft, Familienbeistandschaft oder Vormundschaft zu stellen, oder wenn bereits eine Vorsorgevollmacht Wirkung entfaltet hat (Art. 414-2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 Code civil). Eine Ausnahme gilt auch generell für Testamente und Schenkungen nach Art. 901 Code civil: Hier sollen immer auch außerhalb des Rechtsgeschäfts liegende Umstände herangezogen werden können.⁸⁶¹

2. Bewertung der Anfechtungslösung

a) Rechtssicherheit und Verkehrsschutz

Rechtssicherheit und Verkehrsschutz lassen sich dem Anfechtungsmodell jedenfalls nicht entgegenhalten. So wird zwar vertreten, es sei für den Vertragspartner mit weniger Rechtsunsicherheit behaftet, wenn die Rechtsfolge bereits per Gesetz eintrete, sobald der Tatbestand verwirklicht sei und der Vertragspartner damit nicht der Spekulation ausgesetzt werde, ob das Geschäft wirksam bleibe oder nicht.⁸⁶² Dem ist jedoch aus zwei Gründen zu widersprechen: Zum einen setzt die von einer klaren Rechtsfolge – Wirksamkeit oder Nichtigkeit – ausgehende Rechtssicherheit stets auch Tatsachenkenntnis und richtige Subsumtion voraus.⁸⁶³ Dies führt dazu, dass auch Regelungen wie die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB selbst mit nicht zu vernachlässigender Rechtsunsicherheit behaftet sind: Der Vertragspartner wird als Laie kaum beurteilen können, ob sich jemand „in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet“. Damit kommen die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB de facto nicht ohne ein nachträgliches Gerichtsverfahren

⁸⁵⁸ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 367 Rn. 426 mit Beispielen in Fn. 10: Cass. 1^{re} civ., 12. Januar 1955, JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1955, II, n° 8833: mehrmals dasselbe Geschäft abgeschlossen, allerdings Geschäftsfähigkeit, wenn jedes Geschäft für sich unauffällig. Anders noch Cass. req., 5. August 1856, Recueil général des lois et des arrêts (Recueil Sirey) 1858, S. 152: Nichtigkeit eines Testaments wegen Feststellung geistiger Störung in zeitlichem Zusammenhang mit der Erstellung des Testaments.

⁸⁵⁹ *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6 ff. (unter I.B.3.).

⁸⁶⁰ Cass. 3^e civ., 20. Oktober 2004, n° 03-10.989, Recueil Dalloz 2005, S. 257; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 368 Rn. 426.

⁸⁶¹ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 369 Rn. 428.

⁸⁶² Diese Rechtsunsicherheitsüberlegung aufgrund der Spekulation aufwerfend *Rümelin* 1912, S. 48, im Ergebnis aber nicht für durchschlagend haltend.

⁸⁶³ Vgl. *Lorenz* 1997, S. 48.

ren – mit für den Laien unvorhersehbarem Ausgang – aus.⁸⁶⁴ Auf die Spitze getrieben formuliert kann also auch unter geltendem Recht ein jeder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts stets nur spekulieren, ob sein Rechtsgeschäft wirksam oder nichtig ist, zumal auch der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit nicht geschützt ist. Es hilft dem Vertragspartner dann auch wenig, dass die Nichtigkeit bei nachträglich festgestellter Geschäftsunfähigkeit rechtlich gesehen von Anfang an bestand. Solange die Bösgläubigkeit des Vertragspartners nicht Voraussetzung für die Nichtigkeit ist, gleich ob per Gesetz oder nach Anfechtung bzw. Klage, ist also ein jeder stets der Unsicherheit ausgesetzt, es könnte sich im Nachhinein die Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäfts herausstellen.⁸⁶⁵

Zum anderen ist die zum Anfechtungsmodell diskutierte Alternative auch nicht der aktuell im BGB vorgesehene Dualismus Wirksamkeit/Nichtigkeit, sondern das Zustimmungsmodell, das, wenn das Rechtsgeschäft wegen Vorteilhaftigkeit nicht von vornherein wirksam ist, schwebende Unwirksamkeit zur Folge hat. Im Fall schwebender Unwirksamkeit ist aber doch das Schicksal des Vertrages ebenso wenig eindeutig zu bestimmen wie beim Anfechtungsmodell, da auch dann die Wirksamkeit vom Willen eines Dritten abhängt.⁸⁶⁶ Diese durch die Zustimmungslösung verursachte Rechtsunsicherheit in Bezug auf das Schicksal des Rechtsgeschäfts nimmt das deutsche Recht schon im Minderjährigenrecht bereitwillig hin. Dann gibt es aber keinen Grund, weshalb diese Unsicherheit, ob der Vertrag wirksam bleiben oder sein wird, einer Anfechtungslösung für geschäftsunfähige Erwachsene kategorisch im Wege stehen sollte.⁸⁶⁷ Man muss nun zwar nicht so weit gehen, im Umkehrschluss zu behaupten, das Anfechtungsmodell sei wesentlich verkehrsfreundlicher als das Zustimmungsmodell, weil das Rechtsgeschäft sofort wirksam und allenfalls vernichtbar sei.⁸⁶⁸ Aber zumindest lässt sich festhalten, dass kein Modell vollständige Rechtssicherheit gewähren kann.

Kein schlagkräftiges Argument gegen die Anfechtungslösung liegt auch in der Überlegung, es sei unbillig, wenn der Vertreter des Geschäftsunfähigen für die Ausübung des Anfechtungsrechts immer erst abwarte, ob ein Geschäft im Ergebnis lohnenswert sei oder nicht, bevor er sich für die Anfechtung oder da-

⁸⁶⁴ Siehe auch bereits *Mönch* 1927, S. 13: „Man weiß im Prozeß niemals, wie weit der ärztliche Sachverständige die Geisteskrankheit zurückverlegen wird, welche Geschäfte also nichtig und welche gültig sind.“ Siehe zur Rechtsunsicherheit, die mit §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB einhergeht, bereits oben unter 3. Kapitel E.II.2.a).

⁸⁶⁵ *Mönch* will das Anfechtungsrecht des Geschäftsunfähigen, welches er de lege ferenda auch für das deutsche Recht vorschlägt, daher von der Erkennbarkeit der Geschäftsunfähigkeit für den Vertragspartner abhängig machen: *Mönch* 1927, S. 52 f.

⁸⁶⁶ So zur Unsicherheit, ob der Vertreter genehmigen werde, im Minderjährigenrecht *Rümelin* 1912, S. 49.

⁸⁶⁷ *Rümelin* 1912, S. 49.

⁸⁶⁸ *Gerstberger*, in: *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, S. 1 (27).

gegen entscheide.⁸⁶⁹ Dies sei insbesondere dann unbillig, wenn verschiedene Geschäfte mit ein- und demselben Vertragspartner abgeschlossen worden seien, und der Vertreter sodann die einen anfechte, die anderen nicht.⁸⁷⁰ Zum einen kann überlanger Bedenkzeit durch eine Anfechtungsfrist entgegengewirkt werden.⁸⁷¹ Wenn sich die Bedenkzeit sodann aber innerhalb dieser Frist bewegt, ist dies auch nicht unangemessen. Zum anderen kann und wird auch im Recht der beschränkten Geschäftsfähigkeit und damit beim Zustimmungsmodell der Vertreter immer nur das genehmigen, was aus Sicht des Vertreters nützt. Sinn und Zweck einer Abkehr von der strengen Nichtigkeitsfolge ist es schließlich doch auch gerade, dem Geschäftsunfähigen nur die Geschäfte nicht zu entziehen, die für ihn günstig sind.

Die Anfechtungslösung hat gegenüber einer per Gesetz eintretenden Nichtigkeit, wie in § 105 Abs. 1 BGB anordnet, sogar gewisse Vorzüge: Denn auch in einem System wie dem der §§ 104 Nr. 2, 105 BGB ist anerkannt, dass es zumindest im Einzelfall unbillig sein kann, wenn sich der geschäftsfähige Gegner auf die Nichtigkeit beruft. Aktuell besteht die einzige Möglichkeit, aus Billigkeitsgründen Ausnahmen von der Nichtigkeit über § 242 BGB bzw. im Schweizer Recht über Art. 2 ZGB zu bilden.⁸⁷² Die Anfechtungslösung stellte jedenfalls in dieser Hinsicht eine wesentlich klarere und rechtssichere Lösung dar als die Korrektur über Treu und Glauben im Ermessen des Richters.

Allgemein hat die Anfechtungslösung für sich, methodenehrlicher zu sein: Denn solange sich niemand auf die Nichtigkeit beruft und seine gewünschte Rechtsfolge einklagt, existiert auch im deutschen Recht die Nichtigkeit des Vertrags mit den entsprechenden Rechtsfolgen nur auf dem Papier. Die per Gesetz eintretende Nichtigkeit von Rechtsgeschäften geht aber an der Wirklichkeit vorbei, wenn Rechtsgeschäfte nur „an sich“ nichtig sind, obwohl niemand dies geltend macht und diese Geschäfte sogar erfüllt werden.⁸⁷³ Unter diesem Gesichtspunkt ist die Anfechtungslösung sogar besser geeignet, der Rechtssicherheit zu dienen, da sich die Zahl nichtiger Rechtsgeschäfte im Zweifel redu-

⁸⁶⁹ *Rümelin* 1912, S. 48

⁸⁷⁰ *Rümelin* 1912, S. 48, dies im Ergebnis aber nicht als durchschlagendes Argument gegen die Anfechtungslösung anerkennend.

⁸⁷¹ *Gerstberger*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (28): Man könne gar die Voraussetzung der „Unverzüglichkeit“ der Irrtumsanfechtung übernehmen.

⁸⁷² Siehe z. B. oben zum ZGB unter 4. Kapitel A.II.5.b). So im Ergebnis auch die Wertung von *Jaeger* 1946, S. 51 ff. und S. 59 ff.: Besser ein Anfechtungsrecht als durch Umgehungsmechanismen (z. B. Art. 2 ZGB) die Nichtigkeitsfolge einschränken zu wollen. Siehe aber *Bucher AcP* (186) 1986, S. 1 (40): Aufgrund der geringen praktischen Bedeutung – es seien kaum Situationen denkbar, in denen der Geschäftsunfähige am Geschäft festhalten wolle, der Vertragspartner aber nicht – sei die Lösung über § 242 BGB ausreichend.

⁸⁷³ Vgl. *Brandt* 1936, S. 69f. Den BGB-Gesetzgeber schien das Auseinanderfallen von Rechtslage und tatsächlicher Situation nicht zu stören: *Mugdan* 1899a, S. 963.

ziert.⁸⁷⁴ Nichtig sind nur noch diejenigen, von denen sich der Geschäftsunfähige auch lösen will.

Und schließlich spricht auch für das Anfechtungsrecht, dass es, wie auch im französischen Recht anerkannt, in der Tat keinen Grund gibt, weshalb die Tatsache, dass der eine Vertragspartner geschäftsunfähig war, dem anderen geschäftsfähigen Vertragspartner je zum Vorteil gereichen sollte, der schließlich zur Wahrnehmung seiner Interessen vollständig in der Lage war.⁸⁷⁵ Wenn der eine von der Geschäftsunfähigkeit des anderen wusste, ist er nicht schutzbedürftig. Wusste er nicht davon, so ist die Wirksamkeit des Vertrags das von ihm erwartete und angestrebte Ergebnis, sodass nicht ersichtlich ist, weshalb er sich aus einem Grund, der überhaupt nicht seiner Sphäre zuzuordnen ist, vom Vertrag lösen können sollte. Daher gibt es auch keinen Anlass, wie teils vorgeschlagen, zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse ausnahmsweise die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts genügen zu lassen und das Geschäft allein aufgrund dieser Anfechtbarkeit als nichtig zu behandeln, wenn der Geschäftsfähige die Nichtigkeit geltend machen will.⁸⁷⁶

Will man mit dem Verkehrsschutz argumentieren, so ist ein ganz anderer Nachteil hervorzuheben, der allerdings nicht nur der Anfechtungslösung anhaftet, sondern auch der Nichtigkeit *ipso iure* bzw. der Zustimmungslösung: Der Vertragspartner muss die Vertragsnichtigkeit hinnehmen und den ihm hierdurch entstehenden Schaden tragen, ganz unabhängig davon, auf welchem Weg die Nichtigkeit eintritt. Aber auch dieses Problem ließe sich lösen: So ließe sich die Ausübung des Anfechtungsrechts mit Schadensersatzpflichten koppeln, wie es dem Modell des § 122 BGB bei der Irrtumsanfechtung entspricht. Inwiefern ein Schadensersatzanspruch zum Schutz des Vertrauens des Vertragspartners angemessen ist, soll weiter unten untersucht werden.⁸⁷⁷ Nicht vertretbar wäre es dabei aber, den Verkehrsschutzinteressen so weit Vorrang vor dem Schutz des Geschäftsunfähigen einzuräumen, sodass das Anfechtungsrecht nur dann bestünde, wenn der Vertragspartner den zur Geschäftsunfähigkeit führenden Umstand zumindest fahrlässig verkannt hat.⁸⁷⁸ Hier würde der

⁸⁷⁴ Vgl. Brandt 1936, S. 69; siehe auch zum Anfechtungsmodell als Möglichkeit, die Interessen des geschäftsfähigen Vertragspartners zu berücksichtigen: Hausbeer und Aebi-Müller 2020, S. 84 Rn. 268.

⁸⁷⁵ Siehe auch Bucher AcP (186) 1986, S. 1 (39f.): Es sei absurd, dass eine Schutzvorschrift auch gegen den zu Schützenden angewendet werden könne. Ebenso Mönch 1927, S. 50: Es müsse dem geistig Gesunden verboten werden, sich auf die Geisteskrankheit des anderen zu berufen und hieraus Rechtsfolgen abzuleiten.

⁸⁷⁶ Vgl. Brandt 1936, S. 71, S. 28 Fn. 4.

⁸⁷⁷ Siehe unter 4. Kapitel C.

⁸⁷⁸ So aber der Vorschlag von Mönch 1927, S. 52f. Dagegen Rümelin 1912, S. 57: „Überspannung des Bogens“. Im englischen Recht sei dies zwar so geregelt und entspreche möglicherweise „dem harten Geschäftsgeist des englischen Volkes“, bei „uns“ bestehe aber „keine Neigung“, „Humanitätsinteressen“ so weit zurücktreten zu lassen.

auch verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Geschäftsunfähigen zu weit zurücktreten.

b) Schutz des Geschäftsunfähigen

Meist wird das Anfechtungsmodell von der deutschen Rechtsliteratur (jedenfalls von der aktuelleren⁸⁷⁹) abgelehnt, da es dem Geschäftsunfähigen keinen hinreichenden Schutz gewähre: So bleibe der Betroffene an das Rechtsgeschäft gebunden, wenn er keine Maßnahmen ergreife, um die Nichtigkeit geltend zu machen. Es sei also nicht das Wirksamwerden des Vertrags an ein aktives Tun geknüpft, wie beim Zustimmungsmodell, sondern die Nichtigkeit.⁸⁸⁰ Weil die Anfechtung nur vom Geschäftsunfähigen selbst erklärt werden könne – nach französischem Vorbild wird meist das Wiedererlangen der Geschäftsfähigkeit verlangt⁸⁸¹ – bzw. vom bestellten Vertreter und dies nur innerhalb der Anfechtungsfrist, bestehe die Gefahr, dass die Anfechtung überhaupt nicht ausgeübt werde, sodass der Geschäftsunfähige an einen nachteiligen Vertrag gebunden bleibe.⁸⁸²

Diese Bedenken sind nicht von der Hand zu weisen. Wenn die Anfechtungsfrist versäumt wird, droht der Geschäftsunfähige einen gegebenenfalls hohen Schaden zu erleiden. Erteilt der Vertreter im Genehmigungsmodell hingegen „nur“ eine mögliche Genehmigung nicht, so entgeht dem Geschäftsunfähigen allenfalls ein Vorteil. Die Alternative der sicheren Schadensvermeidung sollte Vorrang vor der Alternative der sicheren Vorteilsverschaffung haben. Zwar sind natürlich auch im Zustimmungsmodell Fehlentscheidungen des Vertreters nicht auszuschließen: Dieser kann die Vorteilhaftigkeit eines Geschäfts falsch einschätzen und dieses fälschlicherweise genehmigen. Einzelne menschliche Verfehlungen sind also jedem Schutzsystem immanent, wenn die Entscheidung über das Bestehen eines Vertrages einem Dritten überantwortet wird. Dennoch ist die Gefahr, dass Schutzmechanismen versagen, größer, wenn der Schutz auf einem Tätigwerden des Geschäftsunfähigen oder dessen Vertreter aufbaut. Dies ist schließlich auch der Grund, weshalb bereits für eine relative Geschäftsfähig-

⁸⁷⁹ Die ältere Literatur ist wesentlich befürwortender und setzt sich mit der Überlegung, der Schutz könne unzulänglich sein, nicht einmal auseinander. Befürwortend etwa *Breit* Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (141); *Mönch* 1927, S. 50 ff.; *Rümelin* 1912, S. 49 f.; *Jaeger* 1946, S. 59 ff.

⁸⁸⁰ *Wedemann* AcP (209) 2009, S. 668 (692 f.); *Heber* 2022, S. 290; ebenso bereits *Lipp* FamRZ 2003, S. 721 (722); *Lipp* 2000, S. 147 f.

⁸⁸¹ Vgl. *Wedemann* AcP (209) 2009, S. 668 (692); vgl. auch im Zusammenhang mit Minderjährigen *Rodi* 2020, S. 251: Von einer Person, die als nicht fähig gelte, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, könne kein Verhalten verlangt werden, um die Nichtigkeit zu ihrem Schutz eintreten zu lassen.

⁸⁸² *Wedemann* AcP (209) 2009, S. 668 (692); siehe auch *Lipp* FamRZ 2003, S. 721 (722): Der Schutz des Geschäftsunfähigen sei bei einer Anfechtungsregel nicht in jedem Fall sichergestellt. Ebenso *Heber* 2022, S. 290.

keit plädiert wurde: Zahlreiche Schutzvorschriften des BGB sind als Gestaltungsrechte konzipiert, die aber versagen, wenn der Betroffene sie selbst nicht ausüben kann und es – aus welchen Gründen auch immer – keinen Vertreter gibt, der hierzu in der Lage wäre.⁸⁸³ Dann wäre es aber sinnwidrig, die relative Geschäftsfähigkeit selbst auch an die Ausübung eines Gestaltungsrechts zu koppeln.

Selbst wenn das Anfechtungsrecht irgendwann ausgeübt wird, ist der Geschäftsunfähige bis zu diesem Zeitpunkt gefährdet, denn der Vertrag ist trotz Anfechtbarkeit wirksam, sodass der Gegner völlig rechtens Erfüllung verlangen kann. Der Geschäftsunfähige hat dann zwar einen Rückabwicklungsanspruch. Dennoch muss er aber zunächst einmal sein Vermögen aus der Hand geben und darauf hoffen, insbesondere den bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch erfolgreich geltend machen zu können. Natürlich ist auch im System des §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB sowie auch beim Zustimmungsmodell nicht ausgeschlossen, dass unwirksame oder schwebend unwirksame Verträge erfüllt werden, weil sich niemand des Unwirksamkeitsgrundes bewusst ist, sodass der Geschäftsunfähige dann jedenfalls faktisch ebenso auf den risikobehafteten Rückabwicklungsanspruchs angewiesen ist, um seine Interessen zu wahren. Aber es widerspricht dem Schutzbedürfnis Geschäftsunfähiger, bewusst ein System zu wählen, durch das der Geschäftsunfähige per Gesetz zur Eingehung dieser Risiken gezwungen wird. Es ist nicht sinnvoll, ihm in einem ersten Schritt eine Pflicht zur Erfüllung aufzuerlegen und erst in einem zweiten Schritt über das Schicksal des Vertrags zu entscheiden, sondern sinnvoll ist die umgekehrte Lösung: Erst dann, wenn sicher ist, dass der Vertrag Bestand haben soll, sollte der Geschäftsunfähige leisten müssen.

Nicht zuzustimmen ist aber dem Argument, die Anfechtungslösung sei deswegen abzulehnen, weil sie Behinderten ihre Ausnahmestellung belasse.⁸⁸⁴ Eine solche Änderung liege nicht auf der Linie, wonach die Diskriminierungen gerade abgebaut werden sollten.⁸⁸⁵ Es lässt sich aber zum einen kaum vermeiden, dass jede Schutzmaßnahme, gleich wie diese ausgestaltet ist (absolute Nichtigkeit, Zustimmungsmodell, Anfechtungsmodell), die geschützte Personengruppe von den Bevölkerungskreisen abgrenzen, für die diese Schutzmaßnahmen nicht gelten. Allein die Existenz von Schutzmaßnahmen kann aber keine Diskriminierung begründen, da sonst im Ergebnis überhaupt keine Maßnahme mehr zulässig wäre. Es ist zum anderen auch nicht ersichtlich, inwiefern die Anfechtungslösung eine hervorgehobenere Ausnahmestellung begründete als andere Schutzmechanismen.

⁸⁸³ Siehe oben zusammenfassend unter 4. Kapitel E.I.3.

⁸⁸⁴ *Holzbauer*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B51).

⁸⁸⁵ *Holzbauer*, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, S. B5 (B51).

Es soll zu guter Letzt aber auch nochmals betont werden, dass der Schutz des Geschäftsunfähigen mehrere Komponenten hat und sich nicht auf einen Schutz vor Selbstschädigung beschränkt. Denn auch Geschäftsunfähige genießen Selbstbestimmungsrechte, die es zu schützen gilt. Die Anfechtungslösung ist dabei wie das Zustimmungsmodell grundsätzlich geeignet, die Selbstbestimmung Geschäftsunfähiger zu fördern. Der durch die Anfechtungslösung gewonnene Freiheitsgewinn wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass von der Anfechtungsmöglichkeit eine Abschreckungswirkung für Dritte ausgehen könnte, sodass diese nun nicht mehr gewillt seien, Rechtsgeschäfte mit ersichtlich geschäftsunfähigen oder jedenfalls möglicherweise geschäftsunfähigen Personen abzuschließen.⁸⁸⁶ Abschreckungswirkungen sind nie auszuschließen, will man nicht auf jegliche Form von Schutzvorschriften, die die Rückgängigmachung von Rechtsgeschäften beinhalten, verzichten. Der Vertragspartner hat es außerdem in der Hand, das Rückabwicklungsrisiko zumindest zu verringern, indem er die Geschäftsunfähigkeit, sofern er sie erkennt, nicht zum Nachteil des Geschäftsunfähigen ausnutzt. Je mehr ein Geschäft objektiv angemessen ist, desto weniger Anlass hat der Geschäftsunfähige bzw. dessen Vertreter, dieses anzufechten. Und ist die Geschäftsunfähigkeit für Laien nicht einmal erkennbar, wie es häufig der Fall sein dürfte, gibt es ohnehin keine Abschreckungswirkung.

c) Anfechtung und Nichtigkeit im deutschen BGB

Das BGB unterscheidet an verschiedenen Stellen zwischen Nichtigkeitsgründen einerseits (z.B. §§ 134, 138 BGB) und einseitigen Lösungsrechten andererseits (z.B. §§ 119 ff. BGB). Wenn eine Reform der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB von der Nichtigkeit hin zu einem einseitigen Lösungsrecht im Raum steht, so setzt dies auch voraus, dass diese Änderung mit der Vorstellung des BGB-Gesetzgebers darüber, in welchen Fällen welche Rechtsfolge angemessen ist, vereinbar ist.

In Frankreich hat sich in Bezug auf die Frage, wann *nullité relative* – nur der Geschützte kann sich auf die Nichtigkeit berufen – und wann *nullité absolue* –

⁸⁸⁶ Zu dieser Gefahr Juris Classeur/Civil Code-Lemouland 2016, Art. 464 à 466 Rn. 66. Siehe auch zur Abschreckungswirkung der drohenden Nichtigkeit: Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 6, wobei dies ein positiver Effekt sei, da so mit Geschäftsunfähigen nicht mehr kontrahiert werde. Dies ist jedoch nicht die richtige Wertung, denn das Selbstbestimmungsrecht von Menschen mit Behinderungen und psychischen Erkrankungen soll doch gerade gefördert werden. Das Argument ist daher umzuformulieren: Wer mit geschäftsunfähigen Personen kontrahiert, muss sich bewusst sein, dass dies, wenn das Anfechtungsmodell übernommen werden sollte, mit gewissen Risiken der nachträglichen Nichtigkeit behaftet ist, weil diese Personengruppen besonders geschützt sind. Der Anreiz ist daher nicht, vollständig auf Vertragsschlüsse mit diesen Personen zu verzichten, sondern nur solche Rechtsgeschäfte abzuschließen, die dem Geschäftsunfähigen keinen Grund geben, sich danach von diesen wieder lösen zu wollen.

jedermann kann sich auf die Nichtigkeit berufen – angebracht ist, mehrheitlich die Ansicht durchgesetzt, die „relative Nichtigkeit“ sei dann die richtige Rechtsfolge, wenn eine Norm ausschließlich dem Schutz eines Individuums zu dienen bestimmt sei,⁸⁸⁷ während die absolut wirkende Nichtigkeit nur in Betracht komme, wenn es Allgemeininteressen zu schützen gelte.⁸⁸⁸ Diese Unterscheidung liegt auch der im BGB zu findenden Differenzierung zwischen Nichtigkeitsgründen und einseitigen Lösungsrechten zu Grunde.⁸⁸⁹

So besteht die in § 134 BGB angeordnete Nichtigkeit unstreitig zum Schutz öffentlicher Interessen: Die Privatautonomie wird zum Schutze der Allgemeinheit eingeschränkt, da es Vertragsfreiheit nur in den Grenzen der geltenden Rechtsordnung geben kann.⁸⁹⁰ In ähnlicher Weise ordnet § 138 BGB die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften an, die gegen die herrschende Rechts- und Sozialmoral verstoßen. Diese Ordnung ist für den Bestand der Rechtsgemeinschaft von so erheblicher Bedeutung, dass Geschäften, die hiergegen verstoßen, die Wirksamkeit versagt wird.⁸⁹¹ Damit ist in § 138 BGB zunächst die Nichtigkeit solcher Geschäfte angelegt, die den Interessen Dritter oder der Allgemeinheit zuwiderlaufen.⁸⁹²

Hierin erschöpft sich der Schutz des § 138 BGB zwar nicht: Vielmehr dient § 138 BGB auch dem Individualschutz, da die Sittenwidrigkeit beispielsweise auch dann gegeben sein kann, wenn ein Vertragspartner den anderen übervorteilt.⁸⁹³ So wird durch § 138 BGB die grundrechtliche Schutzpflicht verwirklicht, die die Grundrechte dem Staat im Wege der mittelbaren Drittwirkung aufgeben. Der Staat muss sich „schützend und fördernd“ vor die Grundrechte von Privatpersonen stellen, wenn diese durch andere Privatpersonen bedroht werden, und dieser Schutz wird durch § 138 BGB verwirklicht.⁸⁹⁴

Aus diesem Grund ist die per Gesetz eintretende Nichtigkeit des § 138 BGB zum einen aber schon nicht völlig unumstritten: Es sei nicht einzusehen, wes-

⁸⁸⁷ *Carbonnier* 2004, S. 545 f. Rn. 292; *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 116; *Malaurie und Peterka* 2022, S. 365 Rn. 422.

⁸⁸⁸ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 116. Teils wird auch vertreten, die Rechtsfolge bestimme sich danach, wie schwerwiegend der Mangel sei, mit dem die Willenserklärung bzw. Einigung behaftet sei: Sei der Mangel tiefgreifend, sodass er unüberwindbar und dergestalt sei, dass ein wesentliches Element der Willenserklärung bzw. Einigung fehle, so müsse das Rechtsgeschäft als nicht existent behandelt werden. Bei weniger tiefgreifenden Mängeln genüge es, wenn sich der Geschützte auf die Nichtigkeit berufen könne, vgl. *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 116.

⁸⁸⁹ So allgemein für alle Rechtsordnungen auch *von Bar* 2023, S. 411: Absolute Unwirksamkeit dort, wo die Angelegenheit der Rechtsordnung so wichtig erscheine, dass sie auch die öffentliche Ordnung berühre.

⁸⁹⁰ *Lorenz* 1997, S. 47; *Erman BGB-Arnold* 2023, § 134 BGB Rn. 1.

⁸⁹¹ *MüKo BGB/Band 1-Armbrüster* 2025, § 138 BGB Rn. 1.

⁸⁹² *Staudinger BGB-Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 7.

⁸⁹³ *Staudinger BGB-Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 7; siehe ausführlich um Schutz des Vertragspartners durch § 138 BGB oben unter 3. Kapitel B.II.1.

⁸⁹⁴ *Staudinger BGB-Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 3.

halb beispielsweise eine zweifelsohne ebenso sittenwidrige Drohung nur zur Anfechtbarkeit führe, eine unlautere Beeinflussung, die von der Intensität her gar schwächer sei als eine Drohung, aber zur Nichtigkeit.⁸⁹⁵ Vielmehr sei der durch unlautere Beeinflussung herbeigeführte Vertrag, auch der, der inhaltlich wucherisch sei, immer den Willensmängeln zuzurechnen.⁸⁹⁶ Schon gar nicht sei zu erklären, weshalb sich auch Dritte oder gar derjenige selbst, der gegen die guten Sitten verstoßen habe, auf die Nichtigkeit berufen können sollte.⁸⁹⁷

Zum anderen spricht für die Nichtigkeit, dass sich der in § 138 BGB mit angelegte Individualschutz ebenso wiederum auf eine höhere Ebene verlagern lässt: So verstößt der Missbrauch der Privatautonomie, der zu unerträglichen Ergebnissen führt, gegen grundlegende gesellschaftliche Wertvorstellungen.⁸⁹⁸ Der Gesetzgeber versagt dem Rechtsgeschäft also nicht nur zum Schutz des Verpflichteten die Wirksamkeit, sondern auch zur Wahrung übergeordneter Prinzipien der Rechts- und Sittenordnung.⁸⁹⁹

Außerdem ist die per Gesetz angeordnete Nichtigkeit hier auch aus einem anderen Grund angemessen: Denn § 138 BGB ist, anders als die Anfechtungsregeln, aber auch anders als § 104 Nr. 2 BGB, ein Mittel der Inhaltskontrolle.⁹⁰⁰ Die Nichtigkeit tritt eben nicht schon dann ein, wenn das Rechtsgeschäft unter die Entschließungsfreiheit beeinträchtigenden Umständen zustande gekommen ist, sondern nur dann, wenn das Rechtsgeschäft zudem einen unangemessenen Inhalt hat. Wenn folglich auf Sittenwidrigkeit mit Vertragsnichtigkeit reagiert wird, dann wird keiner Entscheidung des Übervorteilten vorgegriffen, weil dieser aufgrund des zu seinen Lasten unangemessenen Inhalts ohnehin kein Interesse daran haben kann, den Vertrag aufrechterhalten zu wollen.⁹⁰¹ Es wird ihm vielmehr nur im Wege einer Abkürzung die Ausübung des Lösungsrechts abgenommen, welches er aber ohnehin wahrnehmen würde.

Wenn demgegenüber die Vorschriften über endogene und exogene Willensmängel nur die Anfechtbarkeit der mangelbehafteten Erklärung vorsehen, so ist dies zum einen deswegen angemessen, weil die Fehlerquelle allein Interessen der zu schützenden Person berührt, nicht aber auch Interessen Dritter oder der Allgemeinheit.⁹⁰² Zum anderen handelt es sich bei den Anfechtungsregeln „nur“

⁸⁹⁵ Kempermann 1975, S. 121.

⁸⁹⁶ Kempermann 1975, S. 121.

⁸⁹⁷ Kempermann 1975, S. 121: z. B. Gläubiger desjenigen, der aufgrund unlauterer Beeinflussung einem anderen etwas zugewendet habe. Diese Gläubiger könnten auf die geschenkten Vermögensgegenstände aufgrund der Nichtigkeit der Schenkung zugreifen.

⁸⁹⁸ Staudinger BGB-Fischer 2021, § 138 BGB Rn. 3, 7; vgl. BGH NJW 1981, S. 1206 (1207).

⁸⁹⁹ Lorenz 1997, S. 47.

⁹⁰⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel B.II.1.a)aa)(2).

⁹⁰¹ Lorenz 1997, S. 246; ebenso zu § 138 Abs. 2 BGB Singer 1995, S. 210: schlechterdings nicht vorstellbar, dass der Bewucherte ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts haben könnte.

⁹⁰² Lorenz 1997, S. 51.

um ein Mittel der Abschlusskontrolle, die keine Äquivalenzstörung voraussetzen: Selbst im Fall der Täuschung oder Drohung hat der Anfechtungsberechtigte ein legitimes Interesse daran, noch selbst entscheiden zu können, ob er am Rechtsgeschäft festhalten will oder nicht, da sich dieses trotz einer Täuschung beispielsweise als lohnenswert herausstellen kann.⁹⁰³ Es gibt also keinen Anlass, über den möglicherweise entgegenstehenden Willen des Geschützten hinweg die Nichtigkeit anzuordnen.⁹⁰⁴ Dasselbe gilt erst recht für die Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB: Die Anfechtung soll dem Irrenden die Wahl eröffnen, ob er das Rechtsgeschäft will oder nicht.⁹⁰⁵

Vor diesem Hintergrund weist die Geschäftsunfähigkeit eine Nähe zu den Anfechtungsregeln auf: Die Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit dienen in erster Linie dem Schutz des Geschäftsunfähigen, mögen sich auch gleichzeitig öffentliche Interessen herausfiltern lassen.⁹⁰⁶ Denn §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB dient auch dazu, das Funktionieren des Systems Privatautonomie zu gewährleisten: So sollen nur die Verträge wirksam sein, für die zumindest eine Richtigkeitschance besteht.⁹⁰⁷ Um diese zu gewährleisten, braucht es aber auch keine per Gesetz eintretende Nichtigkeit. Denn zum einen erleidet die Richtigkeitschance schon nach aktuellem Recht durch die Wunschbefolgungspflicht des Betreuers erhebliche Einbußen: Wenn der Betreute ein Geschäft vornehmen will, ist der Betreuer bis zur Grenze des § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB und im Rahmen des Möglichen dem Grunde nach angehalten, diese Wünsche zu erfüllen. Im Idealfall spricht der Betreuer natürlich mit dem Betreuten über dessen Wunsch und zeigt ihm mögliche Schäden auf, sodass der Betreute von seinem unter Umständen unvernünftigen Vorhaben wieder Abstand nimmt. Bleibt der Betreute aber dabei, ist seinen Wünschen nachzukommen. Zum anderen wird der Richtigkeitschance durch ein Anfechtungsrecht nicht minder Rechnung getragen: Denn auch dann entscheidet eine geschäftsfähige Person – entweder der Betroffene selbst oder dessen Vertreter – über das endgültige Schicksal des Vertrags.

Vor allem, und dies ist auch der zentrale Gedanke der Reformüberlegungen auf Rechtsfolgenebene, kann der Geschäftsunfähige eben auch ein Interesse an einer Aufrechterhaltung des Geschäfts haben, das durch eine per Gesetz eintre-

⁹⁰³ *Singer* 1995, S. 209: Der getäuschte Arbeitgeber wolle seinen Arbeitnehmer unter Umständen behalten, weil sich dieser doch bewährt habe. Zum Interesse am Wahlrecht: *Lorenz* 1997, S. 51, 246; *MüKo BGB/Band 1-Armbrüster* 2025, § 123 BGB Rn. 1; „freilich“ ordne § 123 BGB nur die Anfechtbarkeit, nicht aber die Nichtigkeit an: *Erman BGB/Band 1-Arnold* 2023, § 123 BGB Rn. 1.

⁹⁰⁴ *MüKo BGB/Band 1-Armbrüster* 2021, § 123 BGB Rn. 1, 102.

⁹⁰⁵ BGH NJW 1984, S. 2279 (2280).

⁹⁰⁶ Zum öffentlichen Interesse *Jaeger* 1946, S. 53. Sehr weitgehend BGE 39 II 531 E.3 S. 534: Nichtigkeitsfolge bei Handlungsunfähigkeit um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt.

⁹⁰⁷ Siehe oben unter 2. Kapitel A.II.

tende Nichtigkeit vollständig negiert wird. Aus dieser Perspektive ist die Geschäftsunfähigkeit mit den Anfechtungsgründen artverwandter als mit Nichtigkeitsgründen wie der Sittenwidrigkeit. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang auch, dass in der französischen Rechtsliteratur die Rechtsnatur des Art. 414-1 Code civil umstritten ist und ein nicht unerheblicher Teil der Literatur diese Vorschrift eher als Regelung zu Willensmängeln einordnet, mit der Folge, dass die Willenserklärung des Betroffenen nicht von vornherein nichtig, sondern nur fehlerbehaftet ist, nicht anders als beim Irrtum.⁹⁰⁸

Die Willenserklärung ist bei Geschäftsunfähigkeit auch nicht mit einem solch schwerwiegenden Mangel behaftet bzw. durch die Geschäftsunfähigkeit fehlt nicht ein solch elementarer Bestandteil der abgegebenen Willenserklärung, dass die Willenserklärung zwingend als nicht existent gewertet werden müsste. Das Grundgesetz gebietet vielmehr die Anerkennung auch des natürlichen Willens; dieser ist, wie schon mehrfach erwähnt, keinesfalls nicht existent, wie zahlreiche Vorschriften des BGB zeigen.⁹⁰⁹ Vielmehr fehlt es an einer Willenserklärung nur dann, wenn es nach den allgemeinen Regeln des BGB schon am Handlungswillen fehlt, wenn also der Betroffene überhaupt nicht mehr in der Lage ist, irgendeinen Willen zu bilden oder seine Handlungen zu steuern.⁹¹⁰

3. Zwischenergebnis

Die Anfechtungslösung wahrt das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen in gleichem Maße wie die Zustimmungslösung. Auch der Verkehrsschutz wird nicht stärker beeinträchtigt als bei sonstigen Instrumenten zum Schutz Geschäftsunfähiger. Das Anfechtungsmodell fügte sich auch in das System des BGB ein, da auch dieses an Stellen, an denen einer Person sinnvollerweise die Wahl gegeben werden soll, ob sie am Rechtsgeschäft festhalten will oder nicht, ein einseitiges Lösungsrecht und keine von Gesetzes wegen zu beachtende Nichtigkeit vorsieht. Allerdings hat das Anfechtungsmodell gegenüber dem Zustimmungsmodell den Nachteil, dass der Geschäftsunfähige aufgrund der zunächst eintretenden Wirksamkeit an das Geschäft gebunden ist und von ihm Erfüllung verlangt werden kann. Er ist, wenn er erfüllt, sodann auf den Bereicherungsanspruch verwiesen. Zwar können auch die Nichtigkeit des § 105 Abs. 1 BGB ebenso wenig wie das zu schwebender Unwirksamkeit führende Zustimmungsmodell verhindern, dass Rechtsschäfte faktisch erfüllt werden. Es ist aber nicht sachgerecht, rechtlich eine solche Pflicht zur Erfüllung aufzustellen. Dem Schutz des Geschäftsunfähigen entspricht es weitaus mehr, erst über

⁹⁰⁸ Siehe oben unter 4. Kapitel B.III.1.a).

⁹⁰⁹ Wunschbefolgungspflicht nach § 1821 Abs. 2 BGB, besondere Voraussetzungen bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen nach § 1832 BGB, ebenso § 105a BGB und §§ 275, 316 FamFG.

⁹¹⁰ *Wedemann AcP* (209) 2009, S. 668 (689). Siehe oben, auch zum fehlenden Erklärungswillen, unter 3. Kapitel B.III.1.a).

das Schicksal des Vertrags zu entscheiden und ihn dann gegebenenfalls zur Erfüllung zu verpflichten, aber nicht umgekehrt.

IV. Ergebnis

1. Übernahme des Zustimmungsmodells

Die strikte Nichtigkeitsfolge nach § 105 Abs. 1 BGB sollte durch das hier vorgeschlagene Zustimmungsmodell abgelöst werden. Insbesondere der Schutz des Geschäftsunfähigen erfordert die Rechtsfolge des § 105 Abs. 1 BGB nicht. Weder ist er vor jeder noch so geringfügigen Schädigung zu schützen noch werden seine Interessen gefährdet, wenn nachteilhafte Rechtsgeschäfte nicht von Anfang an nichtig, sondern nur schwebend unwirksam sind. Das Minderjährigenrecht in §§ 107 ff. BGB zeigt, wie der Schutz von nicht voll Geschäftsfähigen mit Rechtssicherheit in Einklang gebracht werden kann. Das Anfechtungsmodell ist zwar aus Perspektive der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes ebenso unbedenklich wie das Zustimmungsmodell, hat aber einen entscheidenden Nachteil: Es verpflichtet den nicht voll Geschäftsfähigen zunächst voll zur Leistungserbringung und begnügt sich mit einer späteren Rückabwicklung. Dem schutzintensiveren Zustimmungsmodell, durch das ohne Zustimmung keine Rechte und Pflichten entstehen, ist somit der Vorzug zu geben. Es belässt dem Geschäftsunfähigen im Ergebnis dieselben Handlungsspielräume wie das Anfechtungsmodell, da jeder Vertrag zumindest die Chance hat, wirksam zu werden. Es gewährleistet aber, dass mit der Leistungserbringung so lang gewartet werden kann, bis über das Schicksal des Rechtsgeschäfts entschieden wurde.

Für das Zustimmungsmodell spricht auch, dass es durch das Minderjährigenrecht im deutschen BGB bereits verankert ist, sodass es bei grundsätzlicher Tauglichkeit dieses Modells keinen Anlass gibt, auf ein vollständig neues und dem deutschen Recht bislang fremdes Modell umzuschwenken. Der BGB-Gesetzgeber hat dieses Zustimmungsmodell im Übrigen zwischenzeitlich nicht nur im Betreuungsrecht übernommen (§ 1825 BGB), sondern er hat damit sogar bereits punktuell die Rechtsfolge des § 105 Abs. 1 BGB abgelöst, konkret im Bereich des WBVG.⁹¹¹ Diese Änderung im WBVG spricht nicht nur dafür, dieses Modell weiterzuentwickeln, statt es abzulösen. Es beweist vor allen Dingen, dass eine Abkehr von § 105 Abs. 1 BGB, wie sie hier verallgemeinernd vorgeschlagen wird, im Kopf des Gesetzgebers bereits angekommen ist.

Gestützt wird dieser Reformvorschlag insgesamt insbesondere auch durch die Vorgaben der EMRK sowie der UN-Behindertenrechtskonvention, die wiederum die verfassungsrechtliche Wertung beeinflussen, wonach unter verschiedenen Schutzmodellen dasjenige zu wählen ist, das dem Geschäftsunfähigen

⁹¹¹ Siehe oben unter 4. Kapitel A.II.4.

den größten Handlungsspielraum belässt. Dies ist, verglichen mit der aktuell angeordneten Nichtigkeit in § 105 Abs. 1 BGB, zweifelsohne ein Modell beschränkter Geschäftsfähigkeit. § 105 Abs. 1 BGB ist als nicht mehr zeitgemäße Behandlung von Menschen mit geistigen Krankheiten und Behinderungen abzulösen.

Das Zustimmungsmodell setzt zwar zwingend die Bestellung eines Vertreters voraus und es ist bereits besprochen worden, dass von gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretern selbst auch Gefahren für den Vertretenen ausgehen können.⁹¹² Man muss zugeben, dass die Gefahren, die aus der Betreuerbestellung bzw. aus dem Inkrafttreten einer Vorsorgevollmacht resultieren, und die als Argument für die Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit dienen, nun durch den Reformvorschlag auf Rechtsfolgenebene gerade wieder eingeführt werden. Der Einsatz eines Vertreters ist aber die einzige Möglichkeit, um dem Geschäftsunfähigen Zugang zum Rechtsverkehr zu erhalten, will man ihm nicht diesen Zugang mittels eigenen Handelns, wie es bislang der Fall ist, völlig versperren. Der Nutzen der beschränkten Geschäftsfähigkeit als Mittel der Autonomieförderungen überwiegt die Gefahren, die vereinzelt von Vertretern ausgehen können.⁹¹³

Man muss sich damit „beruhigen“, dass das Zustimmungsmodell jedenfalls keine neuen Gefahren schafft, die das Zivilrecht nicht bereits im Grunde tolerierte: Denn die Vertreterbestellung ist im Geschäftsunfähigkeitsrecht sowie darüber hinaus, wenn eine Person zur Besorgung ihrer Angelegenheiten nicht in der Lage ist, bereits jetzt ein etabliertes Instrument. Ist eine Person geschäftsunfähig, benötigt sie zur Erfüllung ihrer Angelegenheiten sogar zwingend einen Vertreter. Wollte man dies mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen unvereinbar betrachten, müsste man an der Verfassungsmäßigkeit von §§ 1814 ff. BGB sowie am Institut der Vorsorgevollmacht zweifeln, was natürlich nicht richtig sein kann. Wird im Übrigen der Aufgabenbereich des Betreuers auf die Genehmigungserteilung oder -verweigerung zu einem bestimmten Rechtsgeschäft oder zu den Geschäften, die schwebend unwirksam sind, begrenzt, sofern keine weiteren zu erledigenden Angelegenheiten anfallen, sind die Möglichkeiten des Vertreters, missbräuchlich zu handeln, auch eher beschränkt.

Nicht Gegenstand dieser Arbeit ist, aber der Klärung bedarf künftig auch das Verhältnis des Zustimmungsmodells gepaart mit der relativen Geschäftsfähigkeit zum Betreuungsrecht nach §§ 1814 ff. BGB. Insbesondere stellt sich die Frage, inwiefern die Vorschrift zum Einwilligungsvorbehalt nach § 1825 Abs. 1 BGB noch einen Anwendungsbereich hat: Dies ist nur dann der Fall, wenn sich eine solche Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts auch dann noch rechtfertigen lässt, wenn die Person in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft relativ

⁹¹² Siehe oben unter 3. Kapitel B.I.3.b)dd).

⁹¹³ *Heber* 2022, S. 273.

geschäftsfähig ist. Dies ist aber zumindest zweifelhaft, weil mit der relativen Geschäftsfähigkeit bereits die Aussage dazu getroffen ist, dass der Betroffene zu genau diesem Geschäft noch in der Lage ist.

2. Ausgestaltungsmöglichkeiten im Einzelnen

a) *Schwebende Unwirksamkeit schon vor oder erst nach Bestellung eines Vertreters*

Eine der drängendsten Fragen bei Umsetzung des Zustimmungmodells lautet, ob ein von einem Geschäftsunfähigen geschlossener Vertrag nur dann schwebend unwirksam sein sollte, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon ein Vertreter vorhanden ist, oder ob diese Rechtsfolge auch dann eintreten können soll, wenn der Geschäftsunfähige zu diesem Zeitpunkt noch keinen Vertreter hat. Es ist bereits angeklungen, dass die zweite Alternative vorzugswürdig ist:

Zwar entspräche es dem österreichischen Weg, die schwebende Unwirksamkeit an das Vorhandensein eines Vertreters zu knüpfen.⁹¹⁴ Diese Begrenzung war bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, um dem Vertragspartner die überlange Wartezeit bis zur Bestellung eines Vertreters nicht zuzumuten.⁹¹⁵ Aber anders als das österreichische Recht kennt das deutsche Recht ein Widerrufsrecht, so jedenfalls bereits im Minderjährigenrecht, welches so auch für Volljährige übernommen werden sollte. Übernimmt man dieses Widerrufsrecht, ist auch die Gefahr ungewollter überlanger Wartezeiten gebannt.⁹¹⁶ Eine Differenzierung zwischen schon vertretenen und noch nicht vertretenen Geschäftsunfähigen ist auch sachlich nicht gerechtfertigt.⁹¹⁷

Außerdem basiert das Konzept beschränkter Geschäftsfähigkeit gerade auch darauf, dass manche Geschäfte sogar ohne Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters vollständig wirksam sind, nämlich dann, wenn das Geschäft – *de lege lata* – lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Hinsichtlich dieser Wirkung zwischen vertretenen und nicht vertretenen Geschäftsunfähigen zu differenzieren, wäre erst recht nicht sachgerecht.⁹¹⁸ Hinzukommt auch wieder das in der UN-Behindertenrechtskonvention verankerte und im neuen Betreuungsrecht nochmals verstärkt berücksichtigte Selbstbestimmungsrecht des einer Betreuung bedürftigen Menschen und damit auch geschäftsunfähiger Personen: Die Möglichkeit der Genehmigung, gleich, zu welchem Zeitpunkt der Vertreter bestellt wurde, entspricht dem Bedürfnis, die Handlungsfähigkeit dieser Personen so weit wie

⁹¹⁴ 4. Kapitel B.II.1.c)aa)(1).

⁹¹⁵ 4. Kapitel B.II.1.c)aa)(1).

⁹¹⁶ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (693).

⁹¹⁷ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (693); Heber 2022, S. 287; siehe auch Spickhoff AcP (208) 2008, S. 345 (374), wonach zu erwägen sei, eine Genehmigung durch einen erst nach Abschluss des Geschäfts bestellten Betreuers zu ermöglichen.

⁹¹⁸ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (693). Siehe auch sogleich unter b) zur Übernahme der Regelung, wonach vorteilhafte Geschäfte wirksam sind.

möglich zu erhalten und ihnen so weit wie möglich ein selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen. Der einen Personengruppe aufgrund der Formalität des noch nicht vorhandenen Vertreters diese Möglichkeit selbstbestimmten Handelns zu nehmen, ist nicht gerechtfertigt.⁹¹⁹

Ohne diese Genehmigungsmöglichkeit bestünde nur der Weg der Neuvernahme bzw. Umdeutung.⁹²⁰ Die Neuvernahme leidet an dem offensichtlichen Nachteil, dass diese nur funktioniert, wenn auch die Gegenseite noch einverstanden ist, das Geschäft nochmal abzuschließen.⁹²¹ Verweigert die Gegenseite den Vertragsabschluss, so kann nicht nur dem Geschäftsunfähigen ein Vorteil verloren gehen, sondern ihr käme gewissermaßen auch ein Reuerecht zu.⁹²² Bei formbedürftigen Geschäften kommt hinzu, dass beispielsweise Beurkundungskosten erneut anfallen.⁹²³ Außerdem kommt der Neuvernahme nur ex nunc-Wirksamkeit zu, der Genehmigung grundsätzlich ex tunc-Wirksamkeit, § 184 Abs. 2 BGB.⁹²⁴ Auch eine Umdeutung in dem Sinne, dass die „Zustimmung“ des dann bestellten Vertreters in eine Eigenvernahme umgedeutet würde, ist nicht frei von Nachteilen.⁹²⁵

Diese Lösung bedingt natürlich, dass dem Geschäftsunfähigen für die Genehmigungserteilung auch irgendwann ein Betreuer bestellt wird, wenn er noch keinen hat, wobei in eiligen Fällen auch die Bestellung eines vorläufigen Betreuers in Betracht kommt, § 300 Abs. 1 S. 1 FamFG.⁹²⁶ Dies dürfte allerdings nur selten in Betracht kommen, da die vorläufige Betreuerbestellung voraussetzt, dass der Aufschub mit Gefahren für den Betroffenen verbunden wäre und das Abwarten für den Betroffenen erhebliche Nachteile zur Folge hätte.⁹²⁷ Es ist daher die reguläre Betreuerbestellung zu wählen, was sehr zeitintensiv sein kann.⁹²⁸ Dies schmälert zwar den effektiven Nutzen einer Genehmigungsmöglichkeit, wenn es dem Vertragspartner insbesondere nicht wert ist, so lang zu warten und er das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft widerruft. Dennoch ist diese Genehmigungsmöglichkeit als Option vorzusehen, da es den Beteiligten immerhin die Möglichkeit eröffnet, das Rechtsgeschäft wirksam werden zu lassen.

⁹¹⁹ Siehe auch *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (374): Dies ermögliche die Genehmigung von sinnvollen, dem Wunsch des Betroffenen entsprechenden Verträgen.

⁹²⁰ *Spickhoff* AcP (208) 2008, S. 345 (374).

⁹²¹ *Rodi* 2020, S. 286.

⁹²² *Rodi* 2020, S. 286.

⁹²³ *Rodi* 2020, S. 286.

⁹²⁴ *Rodi* 2020, S. 283 ff., 286.

⁹²⁵ Siehe zu diesen Nachteilen oben bei der Betreuung unter 3. Kapitel B.I.2.b)bb)(2)(a).

⁹²⁶ *Heber* 2022, S. 287.

⁹²⁷ BayObLG NJWE-RR 1997, S. 235 (236).

⁹²⁸ Ca. sechs bis sieben Wochen bis zur Entscheidung des Gerichts: *Rademacher* 2020, S. 124 f. *Rademacher* weist auch auf die Kosten hin, die durch ein Betreuungsverfahren entstehen.

Ist eine Person (relativ) geschäftsunfähig und hat sie einmal ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft getätigt, dürfte im Übrigen auch der dauerhaften Betreuerbestellung nach § 1814 Abs. 1 BGB nichts im Wege stehen, da es aufgrund der Unfähigkeit, zumindest bestimmte Geschäftstypen bestimmten Schwierigkeitsgrades selbst abzuschließen, folglich Angelegenheiten gibt, die der Betroffene nicht mehr selbst rechtlich besorgen kann. Es muss daher auch nicht für jedes Geschäft erneut ein Betreuer bestellt werden.⁹²⁹ Der Aufgabenkreis des Betreuers bezöge sich dann auf die Zustimmung oder Zustimmungsverweigerung der Rechtsgeschäfte, die der Betroffene nicht selbst abschließen kann. Dabei wird aber auf die hinreichende Bestimmtheit des Betreuungsbeschlusses zu achten sein.

b) Volljährige und der lediglich rechtliche Vorteil

aa) Gleichlauf mit dem Minderjährigenrecht

Zur Stärkung der selbstbestimmten Teilnahme am Rechtsverkehr ist bei der Einführung eines Zustimmungsmodells auch keinesfalls auf das Merkmal der Vorteilhaftigkeit zu verzichten bzw. es sind nicht ausnahmslos alle Geschäfte des Geschäftsunfähigen dem Zustimmungsvorbehalt zu unterstellen.⁹³⁰ Wie im deutschen Minderjährigenrecht sollten vielmehr bestimmte Geschäfte von vornherein wirksam sein. Es gibt keine Gründe, die Handlungsmöglichkeiten geschäftsunfähiger Volljähriger weiter einzuschränken als die beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger. Das österreichische Recht, das Minderjährige und Volljährige entsprechend gleichbehandelt, ist hier Vorreiter.

Dabei stellt sich aber die Frage, ob sich die Zustimmungsfreiheit bzw. -bedürftigkeit nach denselben Grundsätzen bestimmen sollten, wie für das Minderjährigenrecht skizziert – lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit, ergänzt um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Aussonderung unbedeutender und nur mittelbarer Nachteile⁹³¹ – oder ob jedenfalls für Volljährige eine Übertragung des französischen „Schadensmodells“ in Betracht käme.⁹³²

Denn auch an dieser Stelle ließe sich wiederum erwägen, die Zustimmungsfreiheit auf solche Geschäfte – oder zumindest auf bestimmte Geschäftstypen, konkret solche, die ein Betreuer ohne gerichtliche Genehmigung selbst abschließen könnte⁹³³ – zu erweitern, die dem Geschäftsunfähigen nicht schaden. Zustimmungsfrei wirksam wären dann wiederum solche Geschäfte, bei denen Leistung und Gegenleistung in angemessenem Verhältnis stehen, die nicht völ-

⁹²⁹ Vorsorgliche Betreuerbestellung: *Heber* 2022, S. 287.

⁹³⁰ So aber *Bucher AcP* (186) 1986, S. 1 (41).

⁹³¹ Siehe oben 4. Kapitel B.II.1.d).

⁹³² Für Minderjährige wurde dies abgelehnt, siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.d)aa).

⁹³³ Siehe oben ab Fn. 678.

lig nutzlos sind und die das Vermögen des Betroffenen nicht unverhältnismäßig belasten.

Dagegen spricht auf der einen Seite, dass selbst das französische Recht den Schutz volljähriger Geschäftsunfähiger nicht so weit einschränkt. Denn es nimmt einer Person, die im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts aufgrund einer geistigen Beeinträchtigung geschäftsunfähig ist, nie das Recht, sich auf der Grundlage allein ihrer Geschäftsunfähigkeit auf die Nichtigkeit nach Art. 414-1 Code civil zu berufen, unabhängig von Schädlichkeit oder Nützlichkeit. Nur unter Erwachsenenschutz stehende Personen, die nicht zeitgleich natürlich geschäftsunfähig sind, sind gegebenenfalls auf den Nachweis eines Schadens verwiesen, wenn sie sich wieder von ihrem Geschäft lösen wollen. Damit werden volljährige Geschäftsunfähige im französischen Recht nicht nur anders behandelt als „nur“ unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stehende Erwachsene, sondern auch anders als Minderjährige. Nun muss zwar das deutsche Recht dem französischen Recht nicht streng Folge leisten, aber immerhin liefert das französische Recht zumindest Indizien dafür, dass volljährige Geschäftsunfähige besonders schutzwürdig sind, sodass der Bereich der Zustimmungsfreiheit auch im deutschen Recht nicht zu großzügig bemessen werden sollte.

Auf der anderen Seite muss aber ein neugefasstes Geschäftsfähigkeitsrecht auch mit dem Betreuungsrecht abgestimmt sein: Nach dem bereits mehrfach erwähnten § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB muss der Betreuer den Wünschen des Betreuten bis zur Grenze einer erheblichen Schädigung des Vermögens oder der Person Folge leisten.⁹³⁴ Hieraus ist zu schließen, dass im deutschen Recht der Schutz vor Nachteilen, die nicht i. S. d. Vorschrift erheblich sind, der Achtung des Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich zu weichen hat. Es spricht also vieles dafür, um dieser Achtung des Selbstbestimmungsrechts gerecht zu werden, Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit als wirksam zu behandeln. Die Grenze des Schadens, die sodann über Zustimmungsfreiheit und Zustimmungsbefähigung entscheiden würde, kann dabei denklogisch nicht erst bei § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB zu ziehen sein, sondern muss darunter liegen, da das Geschäft sonst ohnehin nicht mehr genehmigungsfähig wäre.

Es sind zwar dem Grunde nach dieselben Rechtssicherheitsbedenken anzubringen, wie im Zusammenhang mit dem Minderjährigenrecht diskutiert: Das Zustimmungsmodell ist nur effektiv, wenn Zustimmungsfreiheit und -bedürftigkeit nach Möglichkeit klar bestimmbar sind, was nicht der Fall ist, wenn sich die Schädigung nach individuellen Umständen des Geschäftsunfähigen richtet, die der Vertragspartner nicht einsehen kann. Dennoch ergibt sich aber ein erheblicher Unterschied zum Minderjährigenrecht: Denn dort ist zumindest aufgrund des Altersstufenmodells die Eigenschaft als beschränkt geschäftsfähig

⁹³⁴ Siehe oben unter 4. Kapitel B.I.

klar erkennbar oder jedenfalls nachprüfbar. Rechtsunsicherheit tritt dort daher erst auf Rechtsfolgenebene ein, mehr oder weniger ausgeprägt je nach Kriterium, welches über die Wirksamkeit bzw. schwebende Unwirksamkeit entscheidet. Nach dem französischen Modell einen etwaigen Schaden als Differenzierungskriterium heranzuziehen, wäre entsprechend eine eher rechtsunsichere Methode.

Bei Volljährigen ist aber meist schon die Geschäftsfähigkeit bzw. -unfähigkeit nicht zweifelsfrei zu bestimmen, schon gar nicht für Laien, sodass ein Dritter sich folglich ohnehin niemals mit Sicherheit darauf verlassen können wird, ob das von ihm abgeschlossene Geschäft wirksam oder, nach aktuell geltendem Recht, nach § 105 Abs. 1 BGB nichtig ist. Vor diesem Hintergrund macht es sodann keinen Unterschied, ob das Geschäft sodann auf Rechtsfolgenebene stattdessen unerkennbar entweder wirksam oder unerkannt schwebend unwirksam ist, im Gegenteil: Wenn Geschäftsunfähigkeit nicht mehr ausschließlich Nichtigkeit herbeiführt, hat das Geschäft zumindest eine Wirksamkeitschance. Im Übrigen wird bei Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit ohnehin wohl stets ein Gerichtsverfahren angestrengt werden müssen, in dem dann aber auch die Schadensfrage geklärt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist die Übertragung des französischen Schadensbegriffs in das Geschäftsfähigkeitsrecht Erwachsener weniger abwegig als im Minderjährigenrecht.

Sind Rechtssicherheitsbedenken hier also weniger durchschlagend als im Minderjährigenrecht, so empfiehlt sich aber dennoch keine Abweichung: Die beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und Volljähriger sollte nach Möglichkeit nicht unterschiedlich ausgestaltet werden, um die Rechtsanwendung nicht zu verkomplizieren. Außerdem ist auch nie auszuschließen, dass die Geschäftsunfähigkeit erkennbar nach außen tritt. Dann stellt sich aber dasselbe Problem wie im Minderjährigenrecht: Um sich der Wirksamkeit zu vergewissern, müsste der Vertragspartner stets die Zustimmung des Vertreters einholen. Damit läuft aber die rechtliche Differenzierung zwischen zustimmungsbedürftigen und zustimmungsfreien Geschäften faktisch leer. Diese Situation kann auch nicht einfach übergangen werden: Das Geschäftsunfähigkeitsrecht für Volljährige muss vielmehr auch dann sinnvoll anwendbar sein, wenn die Geschäftsunfähigkeit im Einzelfall klar erkennbar ist.

bb) Nichtigkeit bei Gefahr erheblicher Schädigung

Wenn auch eine Übernahme des französischen Schadensmodells auf volljährige Geschäftsunfähige im Ergebnis abzulehnen ist, so ist dennoch nochmals die bereits mehrfach angesprochene Besonderheit des Betreuungsrechts hervorzuheben, wonach die Wünsche Volljähriger berücksichtigt werden sollen, es sein denn, sie schädigten sich hierdurch erheblich an der Gesundheit oder am Vermögen, § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Dieselbe Einschränkung ergibt sich auch aus

§ 105a S. 2 BGB, wonach die Wirksamkeitsfiktion bei einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen nicht eintritt.⁹³⁵

Diese Erheblichkeitsgrenze kann sodann aber nicht nur für den Betreuer gelten bzw. für den Geschäftsunfähigen nur bei alltäglichen Geschäften, sondern diese Grenze muss auf sein rechtliches Tun insgesamt anwendbar sein.⁹³⁶ Damit muss auch die Fähigkeit, lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte zu schließen, entsprechend beschränkt werden: Denn eine Beibehaltung des Kriteriums des lediglich rechtlichen Vorteils kann zwar erhebliche Vermögensgefährdungen verhindern, da ein Geschäft mit solchen Gefahren ohnehin nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft und daher auch nicht zustimmungsfrei wirksam wäre, nicht aber Gefahren für die Person des Geschäftsunfähigen, die z. B. vom Vertragsgegenstand ausgehen. Im Übrigen müssen alle Geschäfte, die die Erheblichkeitsgrenze überschreiten, von vornherein nichtig sein: Nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte sind dann auch nicht nur schwebend unwirksam. Hier schwebende Unwirksamkeit anzunehmen, wäre sinnlos, da der Vertreter die Zustimmung ohnehin nicht erteilen dürfte bzw. sein Handlungsspielraum auf eine Genehmigungsverweigerung beschränkt ist.

Es lassen sich zwar auch an dieser Stelle Rechtssicherheitsbedenken nicht von der Hand weisen, da die Frage, ob eine erhebliche Schädigung vorliegt, und damit die Frage, ob das Geschäft also wirksam, schwebend unwirksam oder nichtig ist, unter Verallgemeinerung der für § 105a S. 2 BGB geltenden Grundsätze vom Vermögen des konkreten Geschäftsunfähigen und von seiner konkreten Person abhängt, während der gute Glaube an eine fehlende Schädlichkeit nicht geschützt wird.⁹³⁷ Eine erhebliche Gefährdung des Vermögens kann zudem auch dann vorliegen, wenn man, wie die herrschende Meinung zu § 105a S. 2 BGB, auch die Situation berücksichtigt, in der ein Geschäftsunfähiger viele Einzelgeschäfte tätigt, die zwar für sich betrachtet nicht bedenklich sind, in der Summe aber vermögensgefährdend.⁹³⁸ Handelt es sich dabei je um unterschiedliche Verkäufer, ist das Schädigungspotential nicht erkennbar. Auch erhebliche Gefahren für die Person mögen häufig aufgrund der Beschaffenheit des erworbenen Gegenstands objektiv erkennbar sein,⁹³⁹ nicht aber zwingend immer.⁹⁴⁰

Immerhin aber können diese Rechtssicherheitsbedenken zumindest insofern relativiert werden, als durch diese Lösung, nach der bei erheblichen Schädigungen des Geschäftsunfähigen nur eine Ausnahme von der ansonsten vorliegenden Wirksamkeit oder schwebenden Unwirksamkeit gebildet wird, der Rechts-

⁹³⁵ Siehe oben unter 4. Kapitel A.II.1.c)dd).

⁹³⁶ So auch *Franzen* JR 2004, S. 221 (226).

⁹³⁷ Staudinger BGB-*Klump* 2021, § 105a BGB Rn. 37f.

⁹³⁸ BeckOGK-*Schneider*, § 105a BGB Rn. 42.

⁹³⁹ Z.B. der Erwerb von Feuerwerkskörpern BeckOGK-*Schneider*, § 105a BGB Rn. 42.

⁹⁴⁰ Z.B. die Suchtkrankheit einer Person, wodurch der Erwerb bestimmter Artikel wie Alkohol oder Medikamente eine erhebliche Gefährdung für die Person darstellen kann: BeckOGK-*Schneider*, § 105a BGB Rn. 42.

sicherheit besser Rechnung getragen werden kann, als wenn der rechtliche Zustand des Geschäfts von vornherein an einer „einfachen Schädigung“ wie im französischen Recht ausgerichtet würde: Zum einen fügt sich die Begrifflichkeit der erheblichen Schädigung für Person und Vermögen ins deutsche Recht ein, da sie auch an anderer Stelle im Gesetz verwendet wird, um die Befugnisse Geschäftsunfähiger oder von Betreuern zu begrenzen. Es gilt somit in allen Bereichen derselbe Maßstab, sodass insbesondere Erkenntnisse, die die Rechtsprechung zum einen Bereich entwickelt, in alle anderen Bereiche übertragen werden können. Ergebnisse werden hierdurch vorhersehbarer als durch die Einführung eines dem deutschen Recht noch fremden wertungs offenen Schädigungsbegriffs im Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns.

Zum anderen läge, übernehme man das französische Modell, die Beweislast hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertrages beim Dritten: Wer sich auf die ausnahmsweise eintretende Wirksamkeit beruft, muss diese nachweisen,⁹⁴¹ konkret also, dass der Vertrag den Geschäftsunfähigen nicht geschädigt hat. Ist die erhebliche Schädigung aber als Ausnahme eines grundsätzlich entweder wirksamen oder zumindest schwebend unwirksamen Vertrags konzipiert, muss diese Nichtigkeit von demjenigen nachgewiesen werden, der sich auf sie beruft,⁹⁴² also im Zweifel vom Geschäftsunfähigen. Da die Voraussetzungen für die Erheblichkeit zudem hoch sind,⁹⁴³ greift dieser Korrekturmechanismus auch nur in Ausnahmefällen ein.

Die Grenze der erheblichen Schädigung sollte de lege ferenda im Übrigen auch in das Minderjährigenrecht überführt werden. Zumindest sollten lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte ausnahmsweise nicht voll wirksam sein, wenn sich der Minderjährige durch den erworbenen Gegenstand erheblich in seiner Person zu schädigen droht. De lege lata ist es nicht möglich, von der Vertragswirksamkeit eine solche Ausnahme vorzusehen.

c) *Übernahme und Anpassung von Vorschriften*

aa) *Übernahme der §§ 107ff. BGB*

Bei einer Neufassung der §§ 104ff. BGB sollte bei Personen, die i. S. d. relativen Geschäftsunfähigkeit einsichts- oder steuerungsunfähig sind, nicht mehr von Geschäftsunfähigkeit die Rede sein. Diese Personen werden Minderjährigen, die das siebente Lebensjahr vollendet haben, gleichgestellt, sodass auch sie nur noch als beschränkt geschäftsfähig bezeichnet werden sollten. Ansonsten bestünde die Gefahr von Verwirrung, da es „echte“ Geschäftsunfähige (Minderjährige, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben), „unechte“ Ge-

⁹⁴¹ Siehe zur Beweislast in Bezug auf dem lediglich rechtlichen Vorteil i. S. d. § 107 BGB MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 107 BGB Rn. 92.

⁹⁴² So zu § 105a S. 2 BGB: BeckOGK-Schneider, § 105a BGB Rn. 50.

⁹⁴³ BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

schäftsunfähige (Personen, die wegen Einsichts- oder Steuerungsunfähigkeit als solche bezeichnet werden, die aber in der Rechtsfolge dennoch beschränkt geschäftsfähig sind) und beschränkt Geschäftsfähige (Minderjährige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben) gäbe. Die §§ 104 ff. BGB müssen daher vollständig umstrukturiert werden. Im Folgenden sollen aber die Vorschriften, die auch auf relativ Geschäftsunfähige – auch dieser Begriff soll im Folgenden weiter verwendet werden – Anwendung finden sollten, natürlich in Gestalt ihrer aktuellen Nummerierung und Fassung bezeichnet und besprochen.

Neben den schon genannten §§ 108 und 109 BGB⁹⁴⁴ können auch weitere Vorschriften aus dem Bereich der §§ 107 ff. BGB übernommen werden: Dies betrifft zum einen § 110 BGB, den sog. „Taschengeldparagrafen“. So wie es bei Minderjährigen unbedenklich ist, ihnen einen bestimmten Betrag zur freien Verfügung zu überlassen, ist es dies auch bei Volljährigen.⁹⁴⁵ Nicht nur sprechen der Rehabilitationszweck bzw. der Zweck, die geistigen Fähigkeiten auch beispielsweise dementer Personen zu fördern, dafür, Geschäftsunfähigen überall dort, wo keine Schäden oder jedenfalls keine erheblichen Schäden zu erwarten sind, selbstbestimmtes Handeln zu ermöglichen,⁹⁴⁶ sondern auch wieder das durch die UN-Behindertenrechtskonvention und die Rechtsprechung des EGMR ausgestaltete Verfassungsrecht. Es ist auch nicht richtig, dass eine Regelung wie § 110 BGB obsolet ist, wenn man, wie hier vertreten, zugleich eine relative Geschäftsunfähigkeit befürwortet: So wird zwar eingewendet, die relative Geschäftsunfähigkeit führe dazu, dass der Betroffene hinsichtlich unbedeutender wirtschaftlicher Geschäfte, auf die sich § 110 BGB beziehe, ohnehin in der Regel geschäftsfähig sei, sodass es einer Regelung wie § 110 BGB nicht bedürfe.⁹⁴⁷ Und wenn der Betroffene sogar nicht einmal die Fähigkeit besitze, einfache Geschäfte zu verstehen, sei eine Anwendung von § 110 BGB auch nicht sachgerecht, da dem Betroffenen dann die Einsichtsfähigkeit für dieses Geschäft fehle.⁹⁴⁸

Die relative Geschäftsfähigkeit macht § 110 BGB aber nicht schon per se obsolet: Vielmehr lässt sie sich mit § 110 BGB in derselben Weise kombinieren wie auch theoretisch mit der absoluten Geschäftsunfähigkeit. Denn Personen sind unter Geltung eines Konzepts relativer Geschäftsunfähigkeit nicht „in der Regel“ in Bezug auf einfache Geschäfte geschäftsfähig, sondern sie sind es eben dann, wenn sie diese noch verstehen. Allein für *diese* Personen ist § 110 BGB dann obsolet. Dies trifft so aber auch bei einem Konzept absoluter Geschäftsfähigkeit zu: Eine Person, die einfache Geschäfte versteht, ist hiernach sogar für

⁹⁴⁴ Siehe oben ab Fn. 731 ff.

⁹⁴⁵ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (694).

⁹⁴⁶ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (694). Siehe zum Rehabilitationszweck auch bereits oben 4. Kapitel B.II.2.a). a. A. Casper NJW 2002, S. 3425 (3429).

⁹⁴⁷ Heber 2022, S. 299.

⁹⁴⁸ Heber 2022, S. 299.

alle Geschäfte geschäftsfähig. Dann bedarf es § 110 BGB aber sogar erst recht nicht. § 110 BGB hat also als überhaupt nur dann einen sinnvollen Anwendungsbereich im Recht der Geschäftsunfähigkeit Volljähriger, wenn man diese Vorschrift nicht auf Personen, die einfache Geschäfte verstehen, begrenzt, sondern sie gerade auf solche anwendet, die dies nicht mehr können und folglich sowohl relativ als auch absolut geschäftsunfähig sind. Für eine solche Begrenzung gibt es aber auch keinen Anlass:

Denn so wie es nicht unangemessen ist, wirtschaftlich unbedeutenden Rechtsgeschäften Geschäftsunfähiger die Fiktion des § 105a BGB zugutekommen zu lassen, ist es auch nicht unangemessen, § 110 BGB auf Geschäftsunfähige anzuwenden. Es ist vielmehr zu befürworten, diesen Personen so weit wie möglich ein normales Leben zu gewähren.⁹⁴⁹ Anders als bei § 105a BGB erfolgt die Überlassung von Mitteln zudem durch den Vertreter, sodass dieser die Ausgaben und die Zwecksetzung kontrollieren kann. Es gibt dann aber erst recht keinen Grund, es dem Betroffenen zu versagen, seinen Wünschen nachzukommen, auch wenn diese nicht mehr auf einem Willen basieren, der die Qualität des Willens eines Geschäftsfähigen hat, zumal, wie schon mehrfach erwähnt, der Vertreter die Wünsche des Betroffenen ohnehin erfüllen müsste.

Eine Vorschrift wie § 110 BGB kann im Übrigen auch die Rechtssicherheit fördern, weil dann der Nachweis, dass konkret für dieses Geschäft Geschäftsfähigkeit vorlag, nicht mehr geführt werden muss, bzw. der Nachweis von Geschäftsunfähigkeit dem Geschäft nicht die Wirksamkeit nehmen kann. Es bedarf dann auch bei vorhandener Geschäftsunfähigkeit keiner Prüfung mehr, ob es sich um ein Geschäft i. S. d. § 105a BGB gehandelt hat oder nicht. Auf diese Ergänzung durch § 110 BGB sollte daher trotz Existenz des § 105a BGB nicht verzichtet werden.

Dabei geht § 110 BGB im Übrigen auch tatbestandlich nicht in § 105a BGB auf und stellt daher auch keine überflüssige Doppelregelung dar. Die Anwendungsbereiche von § 105a BGB und § 110 BGB mögen zwar faktisch häufig nah beieinander liegen, sie sind aber nicht zwingend deckungsgleich: Es ergibt sich aus § 110 BGB nicht, dass dieser wie § 105a BGB auf alltägliche Geschäfte beschränkt ist, die mit geringfügigen Mitteln bewirkt werden können.⁹⁵⁰

So wie § 110 BGB also neben der Regelung des § 105a BGB eine Daseinsberechtigung hat, wird aber auch umgekehrt § 105a BGB durch eine Einführung von § 110 BGB in das Geschäftsunfähigkeitsrecht Volljähriger nicht überflüssig: Geschäfte i. S. d. § 105a BGB sind so unerheblich gefährdend, dass sie auch weiterhin dann getätigt werden dürfen, wenn dem Geschäftsunfähigen die Mittel hierzu nicht überlassen wurden. Es muss nicht die Handlungsfähigkeit Ge-

⁹⁴⁹ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (696).

⁹⁵⁰ Vgl. Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (696): limitierter Anwendungsbereich von § 105a BGB.

schäftsunfähiger so weit eingeschränkt werden, dass die Wirksamkeit des Geschäfts von einer Zustimmung oder Mittelüberlassung des Vertreters abhinge.⁹⁵¹

Es sollte nur, wie im französischen Recht in Art. 1148 Code civil, echte Geschäftsfähigkeit statt der bislang in § 105a S.1 BGB vorgesehenen Wirksamkeitsfiktion angenommen werden, da die Risiken, die mit der vollständigen Wirksamkeit für den Geschäftsunfähigen bestehen, aufgrund der wirtschaftlichen Geringfügigkeit des Geschäfts überschaubar bleiben dürften.⁹⁵² Insbesondere vertragliche Schadensersatzansprüche setzen stets Verschulden voraus, welches, wenn eine Person in Bezug auf ein bestimmtes Geschäft relativ geschäftsunfähig ist, ohnehin fehlen dürfte.⁹⁵³ Wenn aber Verschuldensfähigkeit im Einzelfall tatsächlich vorliegt, gibt es keinen Grund, eine Haftung abzulehnen.

Zum Schutz des Vertragspartners empfiehlt sich zum anderen auch eine Übernahme von § 111 BGB, wonach insbesondere nach Satz 1 ein einseitiges Rechtsgeschäft unwirksam ist, das der Minderjährige ohne die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vornimmt. Der Geschäftspartner soll nicht ohne sein Zutun eine schwebende Unwirksamkeit aufgezwungen bekommen.⁹⁵⁴ Dabei wird zwar diskutiert, dem Geschäftsunfähigen jedenfalls bei aufgrund von Sonderbestimmungen wirksamen Verträgen die Möglichkeit einzuräumen, selbstständig die aus einem wirksamen Vertrag folgenden Rechte selbstständig geltend zu machen, z.B. auch eine Anfechtung.⁹⁵⁵ Nach dem hier vertretenen Modell der relativen Geschäftsunfähigkeit ist aber ohnehin für jede einzelne, auch einseitige Handlung zu prüfen, ob der Betroffene sie vornehmen kann. Ist dies nicht der Fall, gibt es aber keinen Grund, weshalb entsprechende Handlungen schwebend unwirksam sein sollten, wenn dies auch bei Minderjährigen nicht der Fall ist. Vollständige Geschäftsfähigkeit i. S. d. §§ 112, 113 BGB sollte Geschäftsunfähigen im Übrigen nicht zuteilwerden: Dienst- und Arbeitsverträge können Verpflichtungen in hohem Maße begründen, denen der Geschäftsunfähige nicht ausgesetzt werden sollte.⁹⁵⁶

Hinsichtlich des Zugangs von Willenserklärungen sollte der *de lege lata* nur für beschränkt geschäftsfähige Minderjährige geltende § 131 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach Willenserklärungen, die nur vorteilhaft sind, dem Minderjährigen auch direkt zugehen können, auch auf erwachsene Geschäftsunfähige übertragen

⁹⁵¹ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (700).

⁹⁵² Franzen JR 2004, S. 221 (226); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (700f.).

⁹⁵³ So allgemein in Bezug auf das Verhältnis von Verschuldensunfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit: Franzen JR 2004, S. 221 (226). Siehe unten noch im Detail zum Verhältnis Geschäftsunfähigkeit und Verschuldensunfähigkeit unter 4. Kapitel C.II.1.

⁹⁵⁴ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (697); Heber 2022, S. 299.

⁹⁵⁵ Franzen JR 2004, S. 221 (226).

⁹⁵⁶ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (697f.); Heber 2022, S. 299.

werden.⁹⁵⁷ Es gibt keinen Grund, ihre Handlungsfähigkeit stärker zu beschränken als diejenige beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger, im Gegenteil, sie wären sogar benachteiligt, denn sie hätten dann nicht die Möglichkeit, für sie vorteilhafte Vertragsschlüsse herbeizuführen.⁹⁵⁸ Blicke es bei der aktuellen Regelung, wonach eine Willenserklärung dem Vertreter des Geschäftsunfähigen zugehen muss, § 131 Abs. 1 S. 1 BGB, bestünde jedenfalls die Gefahr, dass der Vertrag nicht zustande kommt, weil der Vertragspartner z. B. seine Erklärung trotz Annahme durch den Geschäftsunfähigen vor Zugang beim gesetzlichen Vertreter wieder widerrufen könnte, § 130 Abs. 2 S. 1 BGB.⁹⁵⁹

Grundsätzlich bestehen auch keine Bedenken, § 165 BGB zu übernehmen, wonach auch ein beschränkt Geschäftsfähiger Vertreter sein kann, wobei dann auch die Haftungsbeschränkung des § 179 Abs. 3 S. 2 BGB zu übernehmen ist.⁹⁶⁰ Im Detail wird vorgeschlagen, danach zu differenzieren, ob bei Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht die Geschäftsunfähigkeit schon vorgelegen habe oder ob sie erst später eingetreten sei, denn nur im letzteren Fall sei der Vertretene schutzbedürftig, während er sich im ersten Fall selbst einen Geschäftsunfähigen als Vertreter ausgesucht habe.⁹⁶¹ Bei schon vorliegender Geschäftsunfähigkeit sei § 165 BGB anwendbar, mit allen Wirkungen eines Vertreterhandelns, also Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, sofern sich der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht bewege, und schwebender Unwirksamkeit, wenn er diese überschreite.⁹⁶² Trete die Geschäftsunfähigkeit erst nachher ein, sei § 165 BGB nicht anzuwenden, aber dennoch solle der Vertrag analog § 177 BGB nur schwebend unwirksam sein: Der Vertretene sei geschützt genug, wenn der Vertrag bei unwirksamen Vertreterhandeln aufgrund von Geschäftsunfähigkeit des Vertreters schwebend unwirksam sei, weil er durchaus den Interessen des Vertretenen entsprechen könne.⁹⁶³ Eine solche Differenzierung ist aber nicht notwendig, will man den Geschäftsunfähigen künftig wie einen beschränkt Geschäftsfähigen behandeln. Insbesondere ist der Geschäftsunfähige durch den Haftungsausschluss nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB hinreichend geschützt. Auch die Tatsache, dass sich der Vertretene einen Geschäftsunfähigen als Vertreter „ausgesucht“ habe, dürfte meist auf eine Unterstellung hinauslaufen.

⁹⁵⁷ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (698); Heber 2022, S. 301.

⁹⁵⁸ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (698); Heber 2022, S. 301.

⁹⁵⁹ Canaris JZ 1987, S. 993 (998).

⁹⁶⁰ So im Ergebnis auch Heber 2022, S. 302; Chiusi Jura 2005, S. 532 (535).

⁹⁶¹ Canaris JZ 1987, S. 993 (998); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (699).

⁹⁶² Canaris JZ 1987, S. 993 (998); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (699); Chiusi Jura 2005, S. 532 (535).

⁹⁶³ Canaris JZ 1987, S. 993 (998); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (699).

bb) Anpassung von Spezialvorschriften

Die Spezialvorschrift in § 221 Abs. 5 SGB IX sollte, wie es auch schon § 4 Abs. 2 S. 1 WBVG entspricht, ebenso einer Zustimmungslösung zugeführt werden.⁹⁶⁴ Da durch die Regelungen des WBVG der besonderen Situation Rechnung getragen wird, wonach sich aufgrund des Kontexts die Geschäftsunfähigkeit des Wohnheimbewohners aufdrängt und dies auch dem Träger des Wohnheims bekannt sein muss, ist es schlüssig, dass der Träger des Wohnheims, wie aktuell in § 4 Abs. 2 S. 2 WBVG festgelegt, kein § 109 BGB entsprechendes Widerrufsrecht hat.⁹⁶⁵ Ein solcher Ausschluss sollte auch im SGB IX eingefügt werden, da die Situation in einer Werkstatt vergleichbar ist.⁹⁶⁶ Bei endgültiger Nichtigkeit des Wohnheimvertrags bzw. des Werkstattvertrags sollte eine Rückabwicklung nach wie vor ausgeschlossen sein,⁹⁶⁷ wie es aktuell in § 221 Abs. 5 SGB IX und § 4 Abs. 2 S. 3 WBVG geregelt ist und wie es im Übrigen auch ganz allgemein auch durch die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis anerkannt ist. Der Gesetzgeber könnte dies allerdings ausdrücklich in den Wortlaut aufnehmen, um sich den auch aus § 105a BGB bekannten Auslegungsschwierigkeiten, wie weit die Fiktionswirkung reichen soll, zu entledigen.⁹⁶⁸

d) Verweigerte Zustimmung

Verweigert der gesetzliche Vertreter die Zustimmung zu einem Geschäft ohne triftigen Grund, sollte das Gericht die Genehmigung ersetzen können.⁹⁶⁹ Sofern eingewendet wird, es häuften sich dann nur die Streitigkeiten darum, ob eine Einwilligung aus triftigem Grund verweigert worden sei,⁹⁷⁰ so ist dem zu entgegnen, dass das Gesetz eine Ersetzung der Genehmigung bei Verweigerung ohne triftigen Grund auch an anderer Stelle kennt, z.B. in § 1746 Abs. 3 S. 1 BGB⁹⁷¹ oder § 113 Abs. 3 S. 1 BGB⁹⁷². Weshalb das Konfliktpotential aber in anderen Lebensbereichen als den genannten so viel größer sein sollte, ist nicht einzusehen.⁹⁷³ Es ist auch nur konsequent, durch diese Ersetzungsmöglichkeit

⁹⁶⁴ Heber 2022, S. 306.

⁹⁶⁵ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (702); Heber 2022, S. 307.

⁹⁶⁶ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (702); Heber 2022, S. 306.

⁹⁶⁷ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (702).

⁹⁶⁸ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (702).

⁹⁶⁹ Canaris JZ 1987, S. 993 (1000) im Zusammenhang mit dem früheren Testierverbot in § 2229 Abs. 3 BGB a.F. in Bezug auf wegen Geistesschwäche Entmündigte und damit eigentlich beschränkt Geschäftsfähiger.

⁹⁷⁰ Ramm JZ 1988, S. 489 (491).

⁹⁷¹ „Verweigert der Vormund oder Pfleger die Einwilligung oder Zustimmung [zur Annahme des Kindes] ohne triftigen Grund, so kann das Familiengericht sie ersetzen; [...]“.

⁹⁷² „Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so kann die Ermächtigung [des Minderjährigen, in Dienst oder Arbeit zu treten] wenn sie von ihm verweigert wird, auf Antrag des Minderjährigen durch das Familiengericht ersetzt werden.“

⁹⁷³ Canaris JZ 1988, S. 494 (496).

abzusichern, dass dem Willen des Geschäftsunfähigen entsprochen wird, wozu der gesetzliche Vertreter im Übrigen ohnehin verpflichtet ist. Diese Ersetzungsmöglichkeit sollte aber nicht nur für gesetzliche Vertreter, sondern auch für Vorsorgebevollmächtigte gelten.

e) Höchstpersönliche Geschäfte

An verschiedenen Stellen im BGB sind für Minderjährige, für die der Grundsatz beschränkter Geschäftsfähigkeit bereits gilt, Abweichungen vom ZustimmungsmodeLL vorgesehen, sodass sich die Frage stellt, ob diese Besonderheiten auch für die neu zu schaffende beschränkte Geschäftsfähigkeit Volljähriger gelten sollen. So bedürfen Minderjährige für bestimmte höchstpersönliche Angelegenheiten keiner Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter, sondern sind in diesen Bereichen vollständig selbst handlungsfähig, sodass es dort de facto keine beschränkte Geschäftsfähigkeit, sondern nur Geschäftsfähigkeit gibt.

Es kann beispielsweise beim Erbverzicht der beschränkt geschäftsfähige Erblasser ohne Zustimmung handeln, § 2347 S. 1 BGB, wobei konkret diese Sonderregel wohl nur die §§ 107, 108 ff. BGB rezipiert, da der Erbverzicht ohnehin lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.⁹⁷⁴ Aber auch in anderen Bereichen ist keine Zustimmung erforderlich, etwa gemäß § 1600a Abs. 2 S. 1 und 2 BGB im Zusammenhang mit einer Vaterschaftsanfechtung durch den Vater oder die Mutter, also durch die Anfechtungsberechtigten nach § 1600 Abs. 1 Nr. 1–3 BGB: Diese können, auch wenn sie wegen Minderjährigkeit in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, nur selbst anfechten. Dies ist so auch für den Antrag auf Beistandschaft nach § 1713 Abs. 2 S. 2 BGB vorgesehen: Eine beschränkt geschäftsfähige Mutter kann den Antrag auf Beistandschaft nur selbst stellen, die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist aufgrund der Höchstpersönlichkeit nicht erforderlich, allerdings auch hier wiederum deshalb, weil der Mutter durch die Beistandschaft keine Nachteile erwachsen.⁹⁷⁵ Ebenso sind die in § 1750 BGB genannten Erklärungen (Einwilligung der Eltern des Kindes zur Annahme des Kindes, § 1747 BGB, und Einwilligung des Ehegatten zur Annahme des Kindes, § 1749 BGB) nach § 1750 Abs. 3 S. 2 BGB vertreterfeindlich; beschränkt Geschäftsfähige erklären sie selbst.

Auch wenn die rechtliche Stellung volljähriger Geschäftsunfähiger derjenigen beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger insgesamt angenähert werden soll, empfiehlt es sich nicht, in den genannten Bereichen die geschäftsunfähigen Volljährigen wie Minderjährigen und damit faktisch wie voll geschäftsfähige Personen zu behandeln. Dies ist mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen nicht

⁹⁷⁴ BeckOGK-Everts, § 2347 BGB Rn. 26.1.; BeckOK BGB-Litzenburger, § 2347 BGB Rn. 11; Heber 2022, S. 305.

⁹⁷⁵ BeckOGK-Uhl, § 1713 BGB Rn. 33; MüKo BGB/Band 10-Prinz von Sachsen Gessaphe 2024, § 1713 BGB Rn. 18.

vereinbar. Geschäftsunfähigkeit kann auch solch unterschiedliche Ausprägungen haben, dass ein geschäftsunfähiger Erwachsener auch nicht per se mit einem beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen gleichgesetzt und in allen Bereichen gleichermaßen behandelt werden kann. Selbst sollte der Geschäftsunfähige daher nur dort handeln können, wo die Erklärung zusätzlich lediglich rechtlich vorteilhaft ist, also etwa als Erblasser bei einem Erbverzicht.⁹⁷⁶

Nach aktuellem Recht muss ein Geschäftsunfähiger, sofern eine Erklärung von ihm überhaupt erforderlich ist – nicht so beispielsweise im Rahmen von § 1750 BGB⁹⁷⁷ –, vollständig von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten werden, siehe nur § 1713 Abs. 2 S. 3 BGB oder § 1600a Abs. 2 S. 3 BGB. Es spricht aber nichts dagegen, die Regelungen, die bislang eine Vertretung vorsehen, unter Berücksichtigung von § 111 BGB durch das Zustimmungsmodell zu ersetzen bzw. um ein solches zu ergänzen. Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz, etwa in § 1713 Abs. 2 S. 3 BGB oder § 1600a Abs. 2 S. 3 BGB, die Vertretungsmöglichkeit und damit de lege ferenda die Zustimmungsmöglichkeit auf den gesetzlichen Vertreter beschränkt. Ein Vorsorgebevollmächtigter ist zur Vertreterhandlung folglich nicht befugt.

Einer Zustimmungslösung in den genannten Bereichen steht auch nicht im Wege, dass das BGB mancherorts selbst bei beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen vorsieht, dass diese durch die gesetzlichen Vertreter vertreten werden müssen, so etwa in § 1600a Abs. 3 BGB für die Vaterschaftsanfechtung. Dort nimmt der Gesetzgeber den beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen folglich entgegen der Regel der §§ 106 ff. BGB sogar ihre beschränkte Handlungsfähigkeit. Dies hat dort aber spezielle Gründe: Es soll kein Unfrieden in die Familie gebracht werden und außerdem verliert das Kind durch die Anfechtung die aus dem Vaterschaftsverhältnis fließenden Rechte.⁹⁷⁸ Daher sollen die Interessen des Kindes durch die gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden.⁹⁷⁹ Bei einem Volljährigen ist die Interessenlage aber eine andere, insbesondere kann ein Volljähriger nicht zur Wahrung des Familienfriedens gezwungen werden, sodass diesem die (neu einzuführende) beschränkte Handlungsfähigkeit zu belassen ist.

In den Bereichen jedoch, in denen das Recht bislang weder die volle Handlungsfähigkeit beschränkt Geschäftsfähiger vorsieht noch die Mitwirkung von Vertretern erlaubt, kann sich auch im neuen Recht der Geschäftsunfähige weder vertreten lassen noch mit Zustimmung des Vertreters handeln. Dies betrifft etwa die Testamenterrichtung, § 2064 BGB, sowie die Eheschließung, § 1311 S. 1 BGB. Dass die Vornahme eines höchstpersönlichen Geschäfts nur durch

⁹⁷⁶ Heber 2022, S. 305.

⁹⁷⁷ BeckOGK-Löhnig, § 1750 BGB Rn. 27; MüKo BGB/Band 10-Maurer 2024, § 1750 BGB Rn. 33.

⁹⁷⁸ MüKo BGB/Band 10-Wellenhofer 2024, § 1600a BGB Rn. 6.

⁹⁷⁹ MüKo BGB/Band 10-Wellenhofer 2024, § 1600a BGB Rn. 6.

den Betroffenen allein ohne Involvierung eines Dritten möglich ist, ist zwar nicht in Stein gemeißelt: So ist etwa in anderen Rechtsordnungen die Mitwirkung von gesetzlichen Vertretern oder sonstiger Dritter auch an höchstpersönlichen Geschäften stellenweise vorgesehen, wie im französischen Recht, wo eine unter Vormundschaft stehende Person beispielsweise selbstständig testieren kann, wenn der Richter oder Familienrat dem Vorhaben zustimmen, Art. 476 Abs. 2 Code civil.⁹⁸⁰ Auch im alten Recht der Entmündigung konnte der Entmündigte mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters beispielsweise heiraten.⁹⁸¹ Es entspricht aber aktuell der Wertung des Gesetzgebers, dass Höchstpersönlichkeit das alleinige Tätigwerden des Betroffenen bedingt. Dies Wertung ist zu respektieren: In diesen Bereichen können auch Minderjährige, die nicht testierfähig bzw. ehemündig sind, keine schwebend unwirksamen Erklärungen abgeben, die sodann der Zustimmung von Vertretern zugänglich wären.⁹⁸²

Im Ergebnis wird folglich die Handlungsfähigkeit Geschäftsunfähiger gerade im höchstpersönlichen Bereich am intensivsten beschnitten. Allerdings wird dies wiederum dadurch ausgeglichen, dass die Höchstpersönlichkeit schon bei der Frage, ob eine Person überhaupt geschäftsunfähig ist, berücksichtigt wird. Für die Ehe gilt außerdem, dass Ehegeschäftsunfähigkeit ohnehin nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Aufhebbarkeit der Ehe führt, § 1314 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Es sind die Folgen der Eheunfähigkeit, wie es auch das Bestreben einer Zustimmungslösung wäre, damit bereits abgemildert, insbesondere dann, wenn die Aufhebung im Ermessen des Gerichts liegt.⁹⁸³

f) Keine besonderen Anforderungen an den rechtsgeschäftlichen Willen

Wenn nun das Konzept der beschränkten Geschäftsfähigkeit gerade für solche Personen gelten soll, die ihren Willen in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft i. S. d. relativen Geschäftsfähigkeit nicht frei bestimmen können,⁹⁸⁴ stellt sich die Frage, ob und welche Anforderungen dann noch an den Willen dieser Personen zu stellen sind, damit ihre Willenserklärungen bei vorteilhaften Rechtsgeschäften zu wirksamen und in allen anderen Fällen zumindest zu schwebend

⁹⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 8. März 2017, n° 16-10.340 = RTD civ. 2017, S. 354f. m. Anm. Hauser; Teyssié 2021, S. 715 Rn. 1373.

⁹⁸¹ BeckOGK-Kriewald, § 1304 BGB Rn. 20.1.

⁹⁸² So zum testierunfähigen Minderjährigen MüKo BGB/Band 11-Sticherling 2022, § 2229 BGB Rn. 11; für die Dauer der Minderjährigkeit von 16- und 17-jährigen Minderjährigen keine Heilung durch Genehmigung der gesetzlichen Vertreter möglich, siehe BeckOGK-Kriewald, § 1303 BGB Rn. 39. Für Minderjährige unter 16 Jahren gilt dies erst recht, siehe zur Unwirksamkeit dieser Ehen ohne Heilungsmöglichkeit: BeckOGK-Kriewald, § 1303 BGB Rn. 33. Bei der Unwirksamkeit von Ehen Minderjähriger spielt darüber hinaus zugegebenermaßen auch der Schutz des Minderjährigen vor Kinderehen eine Rolle.

⁹⁸³ So etwa BGH NJW 2020, S. 3777 (3781), ausführlich und m. w. N. zum Streitstand.

⁹⁸⁴ Zu den Teilfähigkeiten einer relativen Geschäftsfähigkeit zusammenfassend oben unter 3. Kapitel E.I.2.

unwirksamen Rechtsgeschäften führen können. Konkret betrifft dies die Problematik des natürlichen Willens als „Restgeschäftsfähigkeit“.

Das Problem, welche Anforderungen an die Willenserklärungen zu stellen sein sollen, stellt sich zunächst auch im österreichischen Recht, wo mit § 865 Abs. 2 ABGB auch geschäftsunfähige Personen vorteilhafte Erklärungen annehmen können und mit § 865 ABGB ihre Rechtsgeschäfte vom jeweiligen Vertreter genehmigt werden können.⁹⁸⁵ Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, heißt es dort, könne nicht verlangt werden, denn dann läge schließlich ohnehin Geschäftsfähigkeit vor. Eine geschäftsunfähige Person müsse aber dennoch in gewissem Maße handlungsfähig sein, da etwa § 865 Abs. 2 BGB ein Tun i. S. e. „Annehmens“ voraussetze.⁹⁸⁶ Die Person müsse zu einem vom Willen beherrschbaren Verhalten in der Lage sein, im Gegensatz zu reflexartigen Bewegungen oder zu Bewusstlosigkeit.⁹⁸⁷ Zum anderen müsse die Handlung auf eine Willensbildung zurückgehen, die ein Mindestmaß an kognitiven Fähigkeiten voraussetze.⁹⁸⁸ Die Person müsse also zumindest einen Willen des „Haben-Wollens“ bilden und zum Ausdruck bringen können.⁹⁸⁹ Ihre kognitiven Fähigkeiten müssten folglich ausreichen, um den tatsächlichen Vorgang (beispielsweise: Jemand möchte mir etwas schenken) erkennen und der Willensbildung zugrunde legen zu können.⁹⁹⁰ Diese Fähigkeit wird dabei als Fähigkeit, einen „natürlichen Willen“ bilden zu können, bezeichnet.⁹⁹¹

Eine vergleichbare Frage stellte sich auch im deutschen Recht im Zusammenhang mit der Verfahrensfähigkeit Geschäftsunfähiger in §§ 275, 316 FamFG. Dort lehnt es die herrschende Meinung gerade ab, Verfahrenshandlungen des Geschäftsunfähigen von einer bestimmten „Qualität“ seines Willens i. S. e. „ansatzweisen Verstehens“ o. ä. abhängig zu machen.⁹⁹² Als Argument dient die Stellung des Geschäftsunfähigen im Betreuungsverfahren und die aus Art. 1 GG folgende Notwendigkeit, ihn nicht als reines Verfahrensobjekt zu behandeln. Neben praktisch nicht zu handhabenden Abgrenzungsschwierigkeiten, was einen beachtlichen natürlichen Willen von einem unbeachtlichen natürlichen Willen unterscheiden solle, erschiene es zudem auch widersprüchlich, einer Person trotz ihrer geistigen Beeinträchtigung zunächst voll Verfahrensfä-

⁹⁸⁵ Siehe auch bereits oben unter 3. Kapitel C.I.3.b).

⁹⁸⁶ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (65).

⁹⁸⁷ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (66).

⁹⁸⁸ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (66).

⁹⁸⁹ Kletečka/Schauer-Fischer-Czermak, § 865 ABGB Rn. 9; *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (66); *Parapatits und Perner* iFamZ 2017, S. 160 (163): Mindestmaß an Entscheidungsfähigkeit.

⁹⁹⁰ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (66).

⁹⁹¹ *Barth und Ganner*, in: Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, S. 11 (66); siehe auch *von Bar* 2023, S. 322.

⁹⁹² Siehe oben unter 4. Kapitel A.II.4.a).

higkeit zuzusprechen, diese Fähigkeit sodann aber aufgrund jener Beeinträchtigung doch wieder einzuschränken.⁹⁹³

Mit Art. 1 GG argumentieren zu wollen, ginge nun im Zusammenhang mit der Frage nach den geistigen Anforderungen an den beschränkt Geschäftsfähigen im allgemeinen Rechtsverkehr etwas weit. Was aber bleibt, ist das Argument der Abgrenzungsprobleme sowie die Widersprüchlichkeit, eine eingeschränkte Handlungsfähigkeit aufgrund einer bestimmten geistigen Beeinträchtigung zunächst zu gewähren, um sie dann sofort aufgrund dieser Beeinträchtigung wieder einzuschränken. Im Übrigen sorgen bereits die Regeln des allgemeinen Teils des BGB dafür, dass Willenserklärungen nur von solchen Personen abgegeben werden können, bei denen gewisse Restfähigkeiten vorhanden sind, ohne dass hierfür neue Prüfungspunkte mit schwer greifbaren Voraussetzungen geschaffen werden müssten: Denn liegt schon kein Handlungswille vor, entsteht auch keine Willenserklärung. Selbiges gilt, wenn es am Erklärungsbewusstsein fehlt, wenn also eine Person nicht erkennt, irgendetwas Rechtserhebliches zu erklären, und ihr diesbezüglich auch kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann.⁹⁹⁴ Vom Handlungswillen und (potenziellen) Erklärungsbewusstsein abgesehen sind an den Willen einer Person keine Anforderungen zu stellen, um sie in den Genuss beschränkter Handlungsfähigkeit kommen zu lassen.

g) Nur Zustimmung im Ganzen, keine Vertragsanpassung

Nach dem Vorstehenden sieht das Zustimmungsmodell vor, dass der Geschäftsunfähige entweder am Vertrag, so wie er geschlossen wurde, festhalten oder sich vollständig vom Vertrag lösen kann. Es handelt sich folglich um eine Entweder-Oder-Lösung. Stattdessen oder jedenfalls in Kombination dazu könnte dem Geschäftsunfähigen aber auch ein Recht auf Vertragsanpassung gegeben werden, wie es in Teilen auch im französischen Recht zu finden ist: So ermöglicht beispielsweise Art. 464 Abs. 1 Code civil während der sog. „*période suspecte*“, also für Rechtsgeschäfte, die innerhalb von zwei Jahren vor Anordnung einer Erwachsenenschutzmaßnahme geschlossen wurden, die Minderung der eingegangenen Verpflichtung, wenn sich diese von der geschützten Person eingegangene Verpflichtung als übermäßig und exzessiv erweist.⁹⁹⁵

Von einem solchen Anpassungsmodell ist aber abzuraten. Zum einen können die Rechte des Geschäftsunfähigen nicht ausschließlich auf ein Recht auf Vertragsanpassung begrenzt werden: Nicht nur gewährt auch das französische Recht dem natürlich Geschäftsunfähigen nach Art. 414-1 Code civil immer auch das Recht, sich vollständig vom Vertrag zu lösen. Es ist auch nicht sachge-

⁹⁹³ Siehe oben unter 4. Kapitel A.II.4.a).

⁹⁹⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel B.III.1.a).

⁹⁹⁵ Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(2)(b)(dd).

recht, wie zur Inhaltskontrolle nach § 242 BGB schon angeklungen,⁹⁹⁶ den Schutz des Geschäftsunfähigen auf den Schutz vor einem bestimmten Vertragsinhalt zu reduzieren bzw. den Schutz erst bei Überschreiten einer gewissen inhaltlichen Toleranzschwelle eintreten zu lassen. Der Geschäftsunfähige, der in Bezug auf ein Rechtsgeschäft keinen freien Willen bilden konnte, soll nicht zwangsweise an das Rechtsgeschäft gebunden sein, auch nicht in modifizierter Form. Er ist nicht nur zu schützen, wenn ihn das Rechtsgeschäft übermäßig belastet, sondern generell vor Verpflichtungen, die nicht auf einem freien Willensentschluss basieren. Insbesondere kann auch der objektiv akzeptable Preis für den konkret Betroffenen noch zu hoch sein.⁹⁹⁷ Gerade im Fall der Minderung auf den objektiv akzeptablen Preis liefe ein solches Anpassungsmodell zudem auf eine geltungserhaltende Reduktion hinaus, die aber selbst bei der Inhaltskontrolle im Allgemeinen grundsätzlich nicht anerkannt ist.⁹⁹⁸

Aber auch eine Kombinationslösung, wonach der Vertreter dem Geschäft nicht nur ganz oder gar nicht zustimmen könnte, sondern die nachträgliche Zustimmung auch in modifizierter Form erteilen könnte, ist abzulehnen:⁹⁹⁹ Eine solche Vorgehensweise stärkte zwar sicherlich die Selbstbestimmung Geschäftsunfähiger, da auf diese Weise noch mehr Rechtsgeschäfte aufrechterhalten werden können und gewissermaßen seine eigene Unfähigkeit, ein angemessenes Rechtsgeschäft herbeizuführen, durch die nachträgliche Anpassung des Vertragsinhalts ausgeglichen würde.

Bei einer solchen Kombination griffen zudem auch die Bedenken, die grundsätzlich gegen eine geltungserhaltende Reduktion sprechen, zumindest nicht in gleichem Maße: So wird die geltungserhaltende Reduktion im Zusammenhang mit § 138 BGB und § 306 BGB vor allem deswegen abgelehnt, weil der Vertragspartner keine überhöhte Leistung verlangen können soll, die im schlimmsten Fall nur auf die maximal gerade noch zulässige Höhe herunterkorrigiert wird. Denn es ginge so jeder Anreiz verloren, in Verträgen keine unzulässigen Bestimmungen aufzunehmen, denn eine Verwendung solcher Bestimmungen wäre völlig risikolos.¹⁰⁰⁰ Wenn der Vertreter aber immer auch die Möglichkeit hat, das Geschäft sogar ganz zu kassieren, und wenn folglich die Reduzierung

⁹⁹⁶ Siehe zur Inhaltskontrolle nach § 242 BGB oben unter 3. Kapitel B.II.4.

⁹⁹⁷ *Dauner-Lieb* 1983, S. 126 im Zusammenhang mit einer geltungserhaltenden Reduktion bei Wucherdarlehen.

⁹⁹⁸ So zu § 138 BGB BeckOK BGB-Wendtland, § 138 BGB Rn. 58; BGH NJW 1983, S. 1420 (1422f.); bei Wucherdarlehen keine (de facto) geltungserhaltende Reduktion des Zinssatzes auf das gerade noch zulässige Maß, also kein Anspruch auf den marktüblichen Zins aus § 818 BGB als Wertersatz; zu § 306 BGB MüKo BGB/Band 2-Fornasier 2022, § 306 BGB Rn. 18ff.; BGH NJW 1982, S. 2309 (2310); BGH NJW 2000, S. 1110 (1113f.).

⁹⁹⁹ Mit dem Gedanken spielend, durch Reformierung der Irrtumsregelungen einen Schutz Hochbetagter zu schaffen und so jedenfalls Vernichtbarkeit und Möglichkeit der Anpassung zu kombinieren, wohl *Roth AcP* (208) 2008, S. 451 (475).

¹⁰⁰⁰ BGH NJW 1982, S. 2309 (2310); BGH NJW 2000, S. 1110 (1113f.).

der Verpflichtung auf das noch zulässige Maß diese Möglichkeit nicht ersetzt, sondern nur als weitere Handlungsoption neben sie hinzutritt, ist die Vereinbarung einer unangemessen hohen Gegenleistung für den geschäftsfähigen Vertragspartner folglich keineswegs gänzlich risikolos.

Im Ergebnis ist die Option einer Anpassung der Leistungsverpflichtung insbesondere i. S. e. Preisanpassung aber dennoch abzulehnen.¹⁰⁰¹ So ist auch im Zusammenhang mit § 138 Abs. 1 BGB anerkannt, dass der Richter nicht im Kernbereich der Privatautonomie die Höhe des Entgelts festlegen können soll.¹⁰⁰² Dies erkennt die Rechtsprechung allenfalls dort an, wo Preise gesetzlich festgelegt oder nach rechtlichen Kriterien bestimmbar sind, sodass sich die Nichtigkeit in diesen Fällen im Übrigen auch nicht aus § 138 BGB, sondern aus § 134 BGB i. V. m. einem Verbotsgesetz ergibt.¹⁰⁰³ Entsprechend kann auch nicht der Vertreter des Geschäftsfähigen eigenmächtig oder Richter im Fall einer gerichtlichen Streitigkeit über den Kopf des geschäftsfähigen Vertragspartners hinweg die Höhe des angemessenen Entgelts festlegen, gleich, ob bereits die Schwelle der Sittenwidrigkeit überschritten ist oder noch nicht.¹⁰⁰⁴ Dies führte auch zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des Geschäftsunfähigen: Dieser hätte stets die Wahl zwischen Beseitigung und Modifizierung des Rechtsgeschäfts, alle anderen Übervorteilten wären – bis auf die wenigen Ausnahmefälle, in denen eine geltungserhaltende Reduktion anerkannt ist – auf die Gesamtnichtigkeit etwa nach § 138 BGB zu verweisen. Die Handlungsoptionen des Geschäftsunfähigen sollten zwar erweitert werden, nicht aber in einem Maß, dass er besserstünde als andere.

Im Ergebnis kann die Zustimmung des Vertreters dem Rechtsgeschäft also immer nur mit dem Inhalt zu Wirksamkeit verhelfen, mit dem der Geschäftsunfähige dieses Geschäft geschlossen hat. Nur wenn das Rechtsgeschäft zugleich auch anderen Nichtigkeitsgründen ausgesetzt ist, die eine Modifizierung nach sich ziehen können, kommt eine solche zusätzlich in Betracht. Dies gilt nicht nur für die Anpassung der Gegenleistung, sondern für die Anpassung jeder unangemessenen Vertragsbestimmung, für die eine geltungserhaltende Reduktion ausnahmsweise anerkannt ist.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰¹ So zu § 138 Abs. 2 BGB: BGH NJW 1965, S. 2147 (2148); BeckOGK-Jakl, § 138 BGB Rn. 654; BeckOK BGB-Wendtland, § 138 BGB Rn. 32.

¹⁰⁰² BeckOGK-Jakl, § 138 BGB Rn. 654; BeckOK BGB-Wendtland, § 138 BGB Rn. 32; a. A. Roth AcP (208) 2008, S. 451 (479f.): Die Nachprüfbarkeit eines vernünftigen Preises sei international anerkannt. Dem stehe auch der Schutz des Rechtsverkehrs nicht im Wege.

¹⁰⁰³ BeckOGK-Jakl, § 138 BGB Rn. 654. So z. B. zur Reduzierung eines überhöhten Mietzinses bei Verstoß gegen § 134 iVm § 291 Abs. 1 Nr. 1 StGB bzw. § 5 WiStG, sodass nur der überhöhte Teil der Mietzinsabrede nichtig sei: BGH NJW 1984, S. 722 (723). Zum Lohnwucher auch BeckOK BGB-Wendtland, § 138 BGB Rn. 58.

¹⁰⁰⁴ Ist dies noch nicht der Fall, stellte eine Vertragsanpassung einen besonders einschneidenden Eingriff in die Privatautonomie des geschäftsfähigen Vertragspartners da.

¹⁰⁰⁵ So lassen sich Dauerschuldverhältnisse in einzelne Zeitabschnitte zerlegen, siehe z. B. zu Wettbewerbsverboten: BGH NJW 1991, S. 699 (700); siehe zu unangemessen langen Lauf-

e) Exkurs: Prozessfähigkeit

Bei Änderungen an §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB sind schließlich auch etwaige Auswirkungen auf die Prozessfähigkeit i. S. d. § 52 ZPO zu berücksichtigen. Dabei gilt, dass die ZPO keine beschränkte Prozessfähigkeit kennt. Es ist vielmehr nach aktuellem Recht auch prozessunfähig, wer nur beschränkt geschäftsfähig ist, da auch dann die in § 52 ZPO für die Prozessfähigkeit vorausgesetzte Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, fehlt. Entsprechend führt auch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts zu Prozessunfähigkeit in dem vom Einwilligungsvorbehalt betroffenen Bereich.¹⁰⁰⁶ Behält man diesen Grundsatz bei, ändert die Tatsache, dass hier de lege ferenda für erwachsene Geschäftsunfähige eine beschränkte Geschäftsfähigkeit vorgeschlagen wird, folglich nichts an der vollen Prozessunfähigkeit dieser Personen. Es ist also nicht parallel auch eine beschränkte Prozessfähigkeit einzuführen. Wer nicht prozessfähig ist,¹⁰⁰⁷ muss sich im Prozess folglich auch künftig vertreten lassen.

Dasselbe gilt auch für die Verfahrensfähigkeit nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 FamFG, wonach nur verfahrensfähig ist, wer geschäftsfähig ist. Eine beschränkte Verfahrensfähigkeit gibt es nicht, sondern wer nicht verfahrensfähig ist, muss sich vertreten lassen, § 9 Abs. 2 FamFG. Zwar können auch beschränkt Geschäftsfähige verfahrensfähig sein, aber nur wenn das bürgerliche Recht sie für bestimmte Bereiche als geschäftsfähig anerkennt (Nr. 2) bzw. wenn sie über 14 Jahre alt sind und ein ihnen nach dem bürgerlichen Recht zustehendes Recht geltend machen (Nr. 3). Es werden insofern materielles Recht und Verfahrensrecht angeglichen. Für Volljährige spielen diese Ausnahmen aber keine Rolle, insbesondere nicht die Nr. 2 BGB, weil auf diese die §§ 112, 113 BGB, also Bereiche, in denen beschränkt Geschäftsfähige ausnahmsweise voll geschäftsfähig anerkannt sind, nicht übertragen werden sollen.¹⁰⁰⁸ Auch die Nr. 3 setzt voraus, dass eine Person zur Geltendmachung höchstpersönlicher Rechte grundsätzlich allein befugt ist,¹⁰⁰⁹ was aber in diesem Abschnitt für volljährige Geschäftsunfähige gerade abgelehnt wurde.¹⁰¹⁰

Im Übrigen handelt es sich bei der Prozessunfähigkeit aber um einen heilbaren Mangel. Wird dem Prozessunfähigen also während des Prozesses ein Ver-

zeiten bei Bierlieferungsverträgen: BGH NJW 1974, S. 2089 (2090). Siehe auch zur Möglichkeit der Vertragsanpassung im Wege der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB: BGH NJW 2007, S. 2848 (2849 f.).

¹⁰⁰⁶ MüKo ZPO/Band 1-Lindacher und Hau 2020, §§ 51, 52 ZPO Rn. 14.

¹⁰⁰⁷ Siehe hingegen oben zur Neufassung der Voraussetzungen der Prozessunfähigkeit oben unter 3. Kapitel E.III.2.c)cc).

¹⁰⁰⁸ Saenger-Kemper 2023, § 9 FamFG Rn. 3 zum Hauptanwendungsfall der §§ 112, 113 BGB unter § 9 Abs. 1 Nr. 2 FamFG. § 9 Abs. 1 Nr. 2 FamFG setzt voraus, dass der Verfahrensgegenstand einer Materie entstammt, für die der Beteiligte unbeschränkt geschäftsfähig ist: MüKo FamFG/Band 1-Pabst 2018, § 9 FamFG Rn. 5.

¹⁰⁰⁹ MüKo FamFG/Band 1-Pabst 2018, § 9 FamFG Rn. 6.

¹⁰¹⁰ Siehe oben unter 4. Kapitel B.IV.2.e).

treter bestellt, so kann dieser den bislang geführten Prozess genehmigen.¹⁰¹¹ Insofern ist die Prozessunfähigkeit ohnehin schon in gewisser Weise beschränkt.

3. Exkurs: Ausdehnung auf unter § 104 Nr. 2 BGB sowie unter § 104 Nr. 1 BGB fallende Minderjährige

Das Minderjährenrecht steht nicht im Fokus dieser Arbeit. Jedoch sind zumindest zum Schluss Überlegungen dazu notwendig, ob das neu entwickelte Modell der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB auch auf Minderjährige erstreckt werden sollte, die das siebte Lebensjahr vollendet haben, aber zusätzlich aufgrund eines krankhaften Zustands geschäftsunfähig sind. Nach aktuellem Recht sind ihre Willenserklärungen, wie auch jene von geschäftsunfähigen Erwachsenen, nichtig.

Für eine Erstreckung spricht, dass für Minderjährige ab Vollendung des siebten Lebensjahres ohnehin grundsätzlich das Modell beschränkter Geschäftsfähigkeit gilt, sodass dieses Modell für Minderjährige dieses Alters nicht per se ungeeignet ist. Außerdem dürften sich beim Entwicklungsstand eines geschäftsunfähigen Erwachsenen und eines geschäftsunfähigen Minderjährigen über sieben Jahre nicht so erhebliche Unterschiede ergeben, dass beide Gruppen unterschiedlich behandelt werden müssten.¹⁰¹² Im Ergebnis erübrigt sich daher die Prüfung, ob ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger für ein bestimmtes Rechtsgeschäft gleichzeitig auch aus sonstigen Gründen geschäftsunfähig ist: Die Rechtsfolge ist stets die der §§ 107 ff. BGB.

Eine andere Frage ist, wie es um Minderjährige steht, die das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die nach aktuellem Recht nach §§ 104 Nr. 1, 105 Abs. 1 BGB vollständig geschäftsunfähig sind. Ob den Minderjährigen unter sieben Jahren ein gewisser Handlungsspielraum eingeräumt werden sollte, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung und soll hier auch nicht entschieden werden, sondern es soll nur in Kürze der Diskussionsstand angerissen werden.

Der internationale Vergleich liefert jedenfalls keinen eindeutigen Befund: In Frankreich sollen Rechtsgeschäfte Minderjähriger unter sieben Jahren stets nichtig bzw. anfechtbar sein, ohne dass es, anders als bei älteren Minderjährigen, auf die Frage einer Schädigung oder die Alltäglichkeit des Rechtsgeschäfts ankomme. Dies ist zwar gesetzlich nicht festgelegt, aber es ist in der Literatur dennoch anerkannt, dass das Rechtsgeschäft eines Minderjährigen bei fehlender Schädigung nur wirksam sein kann, wenn er über eine gewisse Einsichtsfähigkeit verfügt, wobei strittig ist, ab welchem Alter diese Einsichtsfähigkeit eintreten soll. Die Altersgrenze von sieben Jahren habe dabei eine gewisse Tradition,

¹⁰¹¹ Zöller-Althammer 2024, § 52 ZPO Rn. 14. Siehe auch bereits oben unter 3. Kapitel B.I.2.b)bb)(2)(a).

¹⁰¹² Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (704); Heber 2022, S. 296 f.

wird aber teils gar als zu niedrig angesehen.¹⁰¹³ Dies stützt den Gedanken der Handlungsunfähigkeit von Kindern i. S. d. § 104 Nr. 1 BGB. Auch das Schweizer Recht differenziert zwischen urteilsunfähigen und urteilsfähigen Minderjährigen, ohne dabei eine feste Altersgrenze vorzugeben, vor deren Erreichen ein Minderjähriger strikt urteilsunfähig wäre.¹⁰¹⁴ Im Sinne der Relativität der Urteilsfähigkeit wird vielmehr auch die Urteilsfähigkeit Minderjähriger individuell bestimmt.¹⁰¹⁵ Ist ein Minderjähriger aber urteilsunfähig, so ist er auch vollständig handlungsunfähig; beschränkt geschäftsfähig i. S. v. Art. 19 Abs. 1 ZGB sind nur urteilsfähige Minderjährige.¹⁰¹⁶

Das österreichische Recht hingegen ermöglicht es zumindest allen Minderjährigen unabhängig des Alters, zu ihrem Vorteil gemachte Versprechen anzunehmen, § 865 Abs. 2 ABGB. Beschränkt geschäftsfähig in dem Sinne, dass auch die nicht vorteilhaften Geschäfte zumindest zustimmungsfähig sind, sind hingegen nur vertretene Volljährige, § 865 Abs. 3 BGB, und Minderjährige, die das siebte Lebensjahr vollendet haben, § 865 Abs. 4 S. 2 und 3, §§ 170 f. ABGB¹⁰¹⁷. In Österreich wird Kindern unter sieben Jahren also eine gewisse Handlungsfähigkeit zugesprochen, allerdings keine vollständige beschränkte Geschäftsfähigkeit.

Im deutschen Recht gibt es jedenfalls Bestrebungen, zumindest § 105a BGB auch auf die unter § 104 Nr. 1 BGB fallenden Minderjährigen auszudehnen.¹⁰¹⁸ Über diese geringfügigen Geschäfte hinaus spielt aber wohl jedenfalls der Autonomiaspekt bei Kindern unter sieben Jahren weniger eine Rolle als bei älteren Minderjährigen und noch weniger als bei geschäftsunfähigen Erwachsenen.¹⁰¹⁹ Insgesamt wird daher – über § 105a BGB hinaus – wenig Bedarf für eine

¹⁰¹³ Siehe oben bei Fn. 438.

¹⁰¹⁴ OFK-Fankhauser und Bleichenbacher 2021, Art. 16 ZGB Rn. 8.

¹⁰¹⁵ OFK-Fankhauser und Bleichenbacher 2021, Art. 16 ZGB Rn. 8.

¹⁰¹⁶ OFK-Fankhauser und Bleichenbacher 2021, Art. 18 ZGB Rn. 4, Art. 19 ZGB Rn. 1.

¹⁰¹⁷ Insbesondere sind die Rechtsgeschäfte von Minderjährigen, die älter sind als sieben Jahre, schwebend unwirksam, §§ 865 Abs. 4 S. 2, 170 Abs. 1 ABGB. Mündige Minderjährige, also solche, die älter sind als 14 Jahre, haben besonders weitgehende Befugnisse: Sie können nach § 170 Abs. 2 ABGB über Sachen, die zur freien Verfügung überlassen worden sind, und über das Einkommen aus eigenem Erwerb so weit verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung der Lebensbedürfnisse gefährdet wird. Gemäß § 170 Abs. 3 ABGB können aber wiederum alle Minderjährigen, die älter als sieben Jahre sind, Geschäfte abschließen, die geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens betreffen.

¹⁰¹⁸ Für eine Erstreckung von § 105a BGB de lege ferenda auf Minderjährige auch bereits Löhnig und Schärfl AcP (204) 2004, S. 25 (27); Roth AcP (208) 2008, S. 451 (465, 484 ff.); in der Sache auch von Bar 2023, S. 359; eine solche Erstreckung bereits durch Auslegung für möglich haltend Ludyga FPR 2007, S. 3 ff.; Pawlowski JZ 2003, S. 66 (67, 72).

¹⁰¹⁹ Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (703), auch keinen Bedarf sehend, die Handlungsfähigkeit zumindest auf alltägliche Geschäfte zu erstrecken. Bei Geschäften i. S. d. § 105a BGB allerdings den Autonomiaspekt gerade bei kleinen Kindern betonend: Ludyga FPR 2007, S. 3 (4).

Erweiterung der Handlungsfähigkeit gesehen.¹⁰²⁰ Da außerdem auch das Kriterium der rechtlichen Vorteilhaftigkeit einer gewissen wirtschaftlichen Betrachtung zugänglich ist, stellt sich die Frage, ob Kinder im frühesten Alter schon mit wirtschaftlichen Belastungen belegt werden sollte, seien diese auch geringfügig, zumal auch dieses Kriterium Interpretationsspielraum lässt.

Es sollen daher die Minderjährigen, die das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, vom Reformvorschlag zu §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB ausgenommen werden. Der Vorschlag bezieht sich folglich lediglich auf geschäftsunfähige Volljährige und geschäftsunfähige Minderjährige, die das siebte Lebensjahr vollendet haben.

C. Verkehrsschutz: Schadensersatzlösung

Kritik an der strikten Nichtigkeitsfolge nach § 105 Abs. 1 BGB wird nicht nur deswegen geübt, weil diese Interessen des Geschäftsunfähigen zuwiderlaufen kann, sondern weil sie, wie bereits angedeutet,¹⁰²¹ auch Verkehrsschutzinteressen unberücksichtigt lässt: Der Vertragspartner muss die Nichtigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB aktueller Fassung bzw. auch eine verweigerte Zustimmung nach der hier vorgeschlagenen Zustimmungslösung hinnehmen, selbst wenn er die Geschäftsunfähigkeit nicht erkennen konnte. Zwar stehen dem Vertragspartner des Geschäftsunfähigen bei Nichtigkeit insbesondere bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen den Geschäftsunfähigen zu, allerdings sind diese lückenhaft (I.). Möglichkeiten, den Verkehrsschutz verstärkt zu berücksichtigen, bestünden darin, entweder die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit an ein Kausalitätserfordernis zu knüpfen, sodass zumindest solche Rechtsgeschäfte, die eine Person im Zustand der Geschäftsfähigkeit ebenso vorgenommen hätte, vollständig wirksam wären. Oder man ließe die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit nur eintreten, wenn der Vertragspartner diesen Zustand erkennen konnte. Diese beiden Möglichkeiten sollen hier nicht neu aufgerollt werden, da sie bereits an anderer Stelle abgelehnt wurden.¹⁰²² Eine dritte Möglichkeit bestünde darin, den Geschäftsunfähigen für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zumindest auf den Ersatz des Vertrauensschadens haften zu lassen. Tatsächlich ist es de lege lata nicht möglich, den Geschäftsunfähigen wegen der Nichtigkeit zumindest zum Ersatz des Vertrauensschadens zu verpflichten. Zum einen ist keine Situation denkbar, in der der nach aktuellem Recht Geschäftsunfähige zugleich deliktisch sein könnte (II.1.), zum anderen erfüllt er auch keinen

¹⁰²⁰ Roth AcP (208) 2008, S. 451 (484); Wedemann AcP (209) 2009, S. 668 (703); keine beschränkte Geschäftsfähigkeit von Kindern unter sieben Jahren: Heber 2022, S. 296.

¹⁰²¹ Siehe 4. Kapitel A.I.

¹⁰²² Siehe oben zur Ablehnung eines Kausalitätserfordernisses 3. Kapitel E.III.2.b)aa) sowie zur Ablehnung eines Gutglaubensschutzes 3. Kapitel E.III.2.b)cc).

Haftungstatbestand, weder bei theoretisch unterstellter Deliktsfähigkeit (II.2.) noch bei Deliktsunfähigkeit (II.3.). In ausländischen Rechtsordnungen hingegen sind Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsunfähigen, der durch seinen Zustand die Nichtigkeit eines Geschäfts verursacht, in unterschiedlicher Ausprägung anerkannt (III.), was Anlass zu Reformüberlegungen gibt (IV.)

I. Rückforderungsansprüche bei Vertragsnichtigkeit

Der Dritte ist bei nicht erkennbarer Geschäftsunfähigkeit seines Vertragspartners natürlich nicht gänzlich ohne Ansprüche. Hat er auf den nichtigen Vertrag geleistet, so stehen ihm bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche, ebenso solche aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, zu. Ist der Anspruchsgegner aber geschäftsunfähig, so bergen diese Ansprüche Nachteile für den Anspruchsteller:

So unterliegt der Geschäftsunfähige grundsätzlich nicht der verschärften Haftung nach §§ 819, 818 Abs. 4 BGB bzw. §§ 990, 987 ff. BGB. Auf eine etwaige Kenntnis des Geschäftsunfähigen bezüglich des mangelnden Rechtsgrundes bzw. auf seine Bösgläubigkeit im Zeitpunkt des Besitzerwerbs kommt es nicht an. Der Geschäftsunfähige muss sich nur die Kenntnis seines gesetzlichen Vertreters – falls er einen solchen überhaupt hat – zurechnen lassen.¹⁰²³

Eine allgemeine Schwächung erfährt der bereicherungsrechtliche Anspruch durch den Einwand der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB. Geht die vom Geschäftsunfähigen erworbene Sache also ersatzlos unter, so ist ein Bereicherungsanspruch ausgeschlossen. Dies gilt selbst für den verschuldeten Untergang der Sache, denn § 818 Abs. 3 BGB entbindet den gutgläubigen Bereicherungsschuldner von jeglicher Sorgfaltspflicht im Umgang mit der Sache, die auf vermeintlich rechtsbeständiger Rechtsgrundlage erworben wurde.¹⁰²⁴

Dieser Entreicherungseinwand beeinträchtigt die Effektivität des bereicherungsrechtlichen Anspruchs unter Umständen erheblich: Zunächst wird dieser Einwand nicht zu Lasten des Geschäftsunfähigen eingeschränkt, was insbesondere bedeutet, dass die Saldotheorie nicht zu Lasten des Geschäftsunfähigen angewendet wird.¹⁰²⁵ Erwirbt der geschäftsunfähige Käufer also beispielsweise einen Gegenstand, der sodann untergeht, so bleibt sein Rückzahlungsanspruch gegen den Verkäufer bestehen. Leistung und Gegenleistung werden nicht unter Aufhebung des Einwands der Entreicherung miteinander saldiert, sodass nur derjenige einen Anspruch besäße, zu dessen Gunsten nach der Saldierung ein Überschuss entstünde. Vielmehr behält der Geschäftsunfähige seinen Rück-

¹⁰²³ MüKo BGB/Band 7-Schwab 2024, § 819 BGB Rn. 9; Dalhoff 1969, S. 11, vor allem in Bezug auf Minderjährige; von Bar 2023, S. 414.

¹⁰²⁴ OLG Schleswig NJW-RR 2016, S. 1245 (1249).

¹⁰²⁵ Siehe zur allgemeinen Kritik an der Saldotheorie, der hier nicht näher nachgegangen werden soll: Staudinger BGB-Lorenz 2007, § 818 BGB Rn. 41.

zahlungsanspruch, ohne sich den Wert der untergegangenen Sache gegenrechnen lassen zu müssen, und er trägt damit nicht das Risiko, die untergegangene Sache nicht mehr herausgeben zu können.¹⁰²⁶ Alles andere führte dazu, im Rückabwicklungsverhältnis eine Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung zu schaffen und dem Geschäftsunfähigen, der sich den Wert der untergegangenen Sache auf seinen Herausgabeanspruch anrechnen lassen müsste, eine Zahlpflicht aufzuerlegen, die § 105 Abs. 1 BGB gerade verhindern will.¹⁰²⁷

Auch folgendes Beispiel zeigt, wie im Bereicherungsrecht der Schutz des Geschäftsunfähigen verfolgt wird: Ein Geschäftsunfähiger, der auf der Grundlage eines nichtigen Darlehensvertrags mit einem Dritten eine Gutschrift auf seinem Konto bei seiner Bank erhält, ist dem Darlehensgeber grundsätzlich zur Herausgabe dieser Gutschrift im Wege des Wertersatzes verpflichtet, § 818 Abs. 2 BGB, ihm steht aber der Einwand der Entreicherung offen. Schon die Möglichkeit dieses Einwands stellt eine Privilegierung Geschäftsunfähiger dar: Denn Darlehensnehmern ist der Einwand der Entreicherung grundsätzlich verwehrt, weil diese von vornherein wissen, dass das Darlehen eines Tages zurückgezahlt werden muss. Sie stehen insofern bösgläubigen Bereicherungsschuldern i. S. v. §§ 819 Abs. 2, 818 Abs. 4 BGB gleich.¹⁰²⁸ Wenn aber der Darlehensnehmer bei Abschluss des Geschäfts geschäftsunfähig war, so soll von einem solchen Bewusstsein nicht ohne Weiteres ausgegangen werden: Der Schutz des Geschäftsunfähigen werde ausgehöhlt, wenn er über bereicherungsrechtliche Vorschriften wie bei Wirksamkeit des Vertrags auf Rückzahlung der Darlehensvaluta haftete.¹⁰²⁹

Diese Entreicherung kann auf verschiedenen Wegen geltend gemacht werden: Wenn beispielsweise ein Dritter ohne entsprechende Vollmacht das Geld abgehoben hat, so ist der Geschäftsunfähige entreichert, weil der Vorgang dem Geschäftsunfähigen nicht über § 164 BGB zugerechnet werden kann.¹⁰³⁰ Zwar kann der Bereicherungsschuldner grundsätzlich weiterhin bereichert sein, wenn an die Stelle des Erlangten Ersatzansprüche gegen Dritte getreten sind: Sofern also im genannten Beispiel der Geschäftsunfähige Ansprüche gegen den das Geld Abhebenden aus Deliktsrecht hat, so wirkt dieser Anspruch bereichernd und führt zu einem Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 BGB; allerdings entfällt die Bereicherung bei Vermögenslosigkeit dieses deliktischen Drittschuldners.¹⁰³¹ Ist lediglich die Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs ungewiss, so ist der Bereicherungsschuldner aufgrund der Unsicherheit bezüglich

¹⁰²⁶ BGH NJW 1994, S. 2021 (2022); BGH NJW 2000, S. 3562 (3562f.); BGH NJW 2003, S. 3271 (3271f.); OLG Schleswig NJW-RR 2016, S. 1245 (1246).

¹⁰²⁷ BGH NJW 1994, S. 2021 (2022); *von Bar* 2023, S. 414.

¹⁰²⁸ OLG Schleswig NJW-RR 2016, S. 1245 (1250).

¹⁰²⁹ OLG Schleswig NJW-RR 2016, S. 1245 (1250).

¹⁰³⁰ OLG Schleswig NJW-RR 2016, S. 1245 (1247f.).

¹⁰³¹ OLG Schleswig NJW-RR 2016, S. 1245 (1250).

des Werts dieser Forderung nur zur Abtretung dieses Anspruchs gegen den Dritten verpflichtet; bei Abtretung bleibt es beim Einwand der Entreicherung.¹⁰³² Entsprechend können auch Ansprüche des Geschäftsunfähigen gegen seine Bank aus § 675u S. 2 BGB – Schadensersatzansprüche bei unautorisierten Zahlungsvorgängen und damit Anspruch auf Kontoberichtigung – unter Umständen nicht bereichernd wirken, wenn deren Durchsetzbarkeit fraglich ist, sodass der Geschäftsunfähige allenfalls diesen Anspruch abtreten muss.¹⁰³³

Entreicherung tritt zudem insbesondere dann ein, wenn der Bereicherungsschuldner Luxusausgaben getätigt hat. Hat er das Geld für den allgemeinen Lebensbedarf verwendet, bleibt die Bereicherung allerdings bestehen, jedenfalls dann, wenn die entsprechenden Ausgaben ansonsten mit anderen Mitteln bestritten worden wären.¹⁰³⁴ Damit führt letztlich nur der Vortrag von Vermögenslosigkeit zur Entreicherung.¹⁰³⁵ Beweisbelastet ist, der gewöhnlichen Beweislastverteilung entsprechend, für den Eintritt der Entreicherung der Geschäftsunfähige selbst. Dies wird als mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen vereinbar angesehen: Nach Ansicht des BGH sei der gesetzliche Vertreter des Geschäftsunfähigen besser als der Bereicherungsschuldner in der Lage festzustellen, was mit dem Erlangen geschehen sei.¹⁰³⁶

Im Bankverkehr ist im Übrigen das Risiko, dass der Zahlungsvorgänge Initiierende geschäftsunfähig ist, vollständig der Bank bzw. dem Zahlungsempfänger zugewiesen: Zwar erfolgt eine Rückabwicklung grundsätzlich entlang der Leistungsverhältnisse. Da aber sowohl die Anweisung als auch die Zweckbestimmung rechtsgeschäftlichen bzw. rechtsgeschäftsähnlichen Charakter haben, ist für eine wirksame Anweisung Geschäftsfähigkeit erforderlich. Die Zahlung des Angewiesenen ist mangels Zurechenbarkeit folglich keine Leistung des Anweisenden an den Dritten; der Anweisende kann daher auch nicht durch Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem Valutaverhältnis bereichert werden.¹⁰³⁷

¹⁰³² OLG Schleswig NJW-RR 2016, S. 1245 (1250).

¹⁰³³ OLG Schleswig NJW-RR 2016, S. 1245 (1248 f.), etwa dann nicht, wenn nicht klar ist, ob die Ausschlussfrist des § 676b Abs. 2 S. 1 BGB abgelaufen ist.

¹⁰³⁴ BGH NJW 2003, S. 3271 (3271 f.); MüKo BGB/Band 7-Schwab 2024, § 818 BGB Rn. 192 f.; siehe auch OLG Schleswig NWJW-RR 2016, S. 1245 (1250), merkwürdigerweise den Einwand der Entreicherung annehmend, obwohl die Bereicherungsgläubigerin nicht nachweisen konnte, das Geld für den allgemeinen Lebensbedarf verwendet zu haben (und auf S. 1250 gleichzeitig widersprüchlich feststellend, dass ein Wegfall der Bereicherung *nicht* in Betracht komme).

¹⁰³⁵ Vgl. BGH NJW 2003, S. 3271 (3272).

¹⁰³⁶ BGH NJW 2003, S. 3271 (3271).

¹⁰³⁷ BGH NJW 1990, S. 3194 (3195); BGH NJW 2004, S. 1315 (1316); vgl. *Canaris* JZ 1984, S. 627 (627 f.). Siehe auch allgemein zu den Leistungsverhältnissen in Anweisungsfällen (zwischen Anweisendem und Angewiesenem (Deckungsverhältnis) und Anweisendem und Zahlungsempfänger (Valutaverhältnis) und damit zum Grundsatz des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs entlang der Leistungsverhältnisse: BGH JZ 1984, S. 625 (625 f.) m. Anm. *Canaris*. Dieser Grundsatz wird folglich durchbrochen, wenn es von vornherein an einer wirksamen Anweisung fehlt, nicht aber, wenn eine zunächst wirksame Anweisung später widerrufen

Es steht der Bank, die diese Überweisung durchführt, somit kein bereicherungsrechtlicher Anspruch gegen den geschäftsunfähigen Anweisenden zu. Der bereicherungsrechtliche Ausgleich ist im Wege der Nichtleistungskondiktion nur im Verhältnis der Bank mit dem Dritten vorzunehmen.¹⁰³⁸ Der gute Glaube des Zahlungsempfängers wird dabei nicht geschützt, weil der Geschäftsunfähige nicht in zurechenbarer Weise einen Rechtsschein gesetzt hat, sodass dem vermeintlich Anweisenden die Zahlung unter keinem Gesichtspunkt zugerechnet werden kann; auch der Empfängerhorizont des Zahlungsempfängers kann die fehlende Tilgungs- und Zweckbestimmung nicht ersetzen, selbst dann nicht, wenn der nun Geschäftsunfähige den Betrag tatsächlich schuldete und der Empfänger von der fehlerhaften Anweisung nichts wusste.¹⁰³⁹

II. Schadensersatzhaftung Geschäftsunfähiger im deutschen Recht

Da es weder sachgerecht ist, die aufgrund von Geschäftsunfähigkeit eintretenden Rechtsfolgen an ein Kausalitätserfordernis zu knüpfen, noch diese Rechtsfolgen nur dann eintreten zu lassen, wenn der Vertragspartner die Geschäftsunfähigkeit erkennen konnte,¹⁰⁴⁰ stellt sich nunmehr nur noch die Frage, ob dem Schutz des Rechtsverkehrs durch Schadensersatzansprüche Rechnung getragen werden kann.

Geschäftsunfähige sind jedoch nach aktuell geltendem Recht keinen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt, wenn sie ein nichtiges Rechtsgeschäft abschließen. So ist zum einen eine Person, die beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts geschäftsunfähig ist, für diesen Vorgang nicht gleichzeitig deliktstfähig, weder *de lege lata* unter Geltung des Konzepts absoluter Geschäftsunfähigkeit noch *de lege ferenda* nach Einführung eines Konzepts relativer Geschäftsunfähigkeit (1.). Ansprüche bei unterstellter Deliktstfähigkeit sind daher nur sehr theoretischer Natur, zumal der Betroffene i.d.R. auch keinen Haftungstatbestand erfüllt (2.). Zum anderen kann aber im Fall von Deliktstfähigkeit auch über § 829 BGB keine Haftung begründet werden, da der Abschluss eines nichtigen Rechtsgeschäfts auch dann von keinem Haftungstatbestand erfasst ist (3.).

wird und der Zahlungsempfänger gutgläubig ist, weil er insbesondere nicht über den Widerruf informiert wurde.

¹⁰³⁸ BGH NJW 1990, S. 3194 (3195); *Canaris* JZ 1984, S. 627 (628): keine zurechenbare Anweisung, daher Durchgriffskondiktion; Staudinger BGB-Lorenz 2007, § 812 BGB Rn. 51; im Ergebnis auch *Flume* NJW 1991, S. 2521 (2523), allerdings davon ausgehend, die Bank verfolge gegenüber dem Anweisungsempfänger einen eigenen Leistungszweck; *Linardatos* 2013, S. 401.

¹⁰³⁹ BGH NJW 2004, S. 1315 (1316).

¹⁰⁴⁰ Siehe oben zur Ablehnung eines Kausalitätserfordernisses 3. Kapitel E.III.2.b)aa) sowie eines Gutglaubensschutzes 3. Kapitel E.III.2.b)cc).

1. Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit

a) Deliktsfähigkeit *de lege lata*: Grundsatz der abstrakten Prüfung

Die Deliktsfähigkeit beschreibt im deutschen Recht die Zurechnungsfähigkeit bzw. Verschuldensfähigkeit,¹⁰⁴¹ also die Verantwortlichkeit für ein Delikt, was ein Mindestmaß an vernunftorientiertem, willensgesteuertem Verhalten voraussetzt.¹⁰⁴² Wer zu einem solchen Verhalten aufgrund eines persönlichen Defizits – Jugendlichkeit, § 828 BGB, oder Krankheit, § 827 BGB, – nicht in der Lage ist, kann weder für vertragliche noch außervertragliche Pflichtverletzungen verantwortlich sein. Diese Zurechnungsfähigkeit ist Grundlage des Schuldurteils, also Voraussetzung dafür, dass dem Schädiger Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.¹⁰⁴³

Konkret beschreibt § 827 S. 1 BGB den Zustand der Deliktsunfähigkeit als einen solchen der Bewusstlosigkeit bzw. als einen „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“. Diese in § 827 S. 1 BGB geregelte Ausnahme von der Zurechnung schädigenden Verhaltens aufgrund individueller Eigenschaften stellt sich als Durchbrechung des im deutschen Recht geltenden objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs dar und wird als „Ansatz subjektiven Verschuldens“¹⁰⁴⁴ begriffen.¹⁰⁴⁵

Dabei gilt, dass wer entsprechend der von der herrschenden Meinung zu § 104 Nr. 2 BGB vertretenen Ansicht absolut geschäftsunfähig ist, nach geltendem Recht zwingend auch deliktsunfähig ist.¹⁰⁴⁶ Dies ergibt sich schon daraus, dass der Wortlaut von § 827 S. 1 BGB einerseits und § 104 Nr. 2 BGB andererseits im Wesentlichen identisch ist – mit der Ausnahme, dass in § 827 S. 1 BGB kein dauerhafter Zustand gefordert wird –, sodass die genannte krankhafte Störung der Geistestätigkeit und der jeweils geforderte Ausschluss der freien Willensbildung auf dieselbe Art und Weise zu interpretieren ist.¹⁰⁴⁷ Deliktsunfähigkeit setzt also ebenso mangelnde Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit voraus,¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴¹ Zu den verschiedenen verwendeten Begriffen *Deutsch* 1996, S. 289 Rn. 450.

¹⁰⁴² Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 827 BGB Rn. 1; *Wilhelmi* 2009, S. 328.

¹⁰⁴³ MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 827 BGB Rn. 3; siehe auch BGH NJW 2006, S. 292 (294): Solange Zurechnungsunfähigkeit nicht erreicht, bleibt Vorsatz möglich.

¹⁰⁴⁴ *Deutsch* 1996, Rn. 451, S. 290.

¹⁰⁴⁵ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 827 BGB Rn. 1; siehe auch *Wilhelmi* 2009, S. 330: paradigmatische Regelung eines subjektiven Verschuldens.

¹⁰⁴⁶ *Neuner AcP* (218) 2018, S. 1 (29); Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 827 BGB Rn. 16; vgl. auch *Meyer-Mews HRRS* 2014, S. 487 (489), wonach ein Gleichlauf jedenfalls in der Praxis festzustellen sei. Siehe auch BGH NJW 1991, S. 2414 (2415): Die Deliktsfähigkeit eines Geschäftsunfähigen wird „regelmäßig“ zu verneinen sein.

¹⁰⁴⁷ Soergel BGB/Band 12-Spickhoff 2005, § 827 BGB Rn. 2; LG Düsseldorf, Urt. v. 28.5.2020 – 1 O 348/18, BeckRS 2020, 16601 Rn. 13 f.; OLG Schleswig, Urt. v. 10.8.2021 – 7 U 22/21, BeckRS 2021, 43911 Rn. 31; siehe auch *Mugdan* 1899a, S. 409: Die Deliktsfähigkeit knüpfte an die Voraussetzungen zur Rechtsgeschäftsfähigkeit an.

¹⁰⁴⁸ *Wilhelmi* 2009, S. 328 f. und zwar unabhängig vom Grund des Mangels, nicht nur bei Bewusstlosigkeit oder Krankheit, S. 330; Erman BGB/Band 2-Wilhelmi 2023, § 827 BGB

und die geistige Störung muss dabei eine Intensität erreichen, die auch geeignet wäre, Geschäftsunfähigkeit herbeizuführen.¹⁰⁴⁹ Die Voraussetzungen sind folglich für beide Unfähigkeiten gleich bzw. gleich hoch: Dem von der herrschenden Meinung vertretenen Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit entspricht ein Konzept absoluter Deliktsfähigkeit. Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit ist, wer seinen Willen nicht unbeeinflusst von seiner Krankheit steuern kann, sodass kein Willensentschluss, gleich, worauf dieser Wille gerichtet ist, mehr frei ist. Also ist im Zusammenhang mit § 827 S. 1 BGB die Einsichtsfähigkeit beispielsweise (nur) dann ausgeschlossen, wenn die Willensbildung krankheitsbedingt so „verformt“ ist, dass in allgemeiner Weise der Zugang zu Wertvorstellungen verschlossen ist bzw. die affektive, dynamische Grundlage von Entscheidungsprozessen beeinflusst ist,¹⁰⁵⁰ wenn in allgemeiner Weise Intentionsbildung und Intentionsinitiierung von der Krankheit berührt werden.¹⁰⁵¹

Zum anderen ergibt sich der Gleichlauf zumindest in die eine Richtung – aus Geschäftsunfähigkeit folgt Deliktsunfähigkeit – schon daraus, dass absolute Geschäftsunfähigkeit ohnehin immer auch zum Ausschluss aller anderen rechtlichen Handlungsfähigkeiten führt: Denn die absolute Geschäftsunfähigkeit bedingt die abstrakte Feststellung, ob jemand seinen Willen frei bestimmen kann, und zwar unabhängig des jeweiligen Kontexts und unabhängig davon, in Bezug worauf der Wille gebildet werden soll. Bei der Person, bei der folglich der Zustand des § 104 Nr. 2 BGB vorliegt, fehlt der freie Wille in Bezug auf jegliche Handlungsentscheidung, gleich, ob rechtsgeschäftlicher Natur oder nicht. Selbst wenn man also die Deliktsunfähigkeit grundsätzlich unabhängig von § 104 Nr. 2 BGB bestimmen oder die Anforderungen an die Deliktsunfähigkeit geringer halten wollte, so ginge die Deliktsunfähigkeit stets in der absoluten Geschäftsunfähigkeit auf.

Die Anwendung dieser abstrakt gedachten Definition des § 104 Nr. 2 BGB erfolgt in der Praxis zwar teils wesentlich konkreter und lässt immer wieder einen Bezugspunkt erkennen lässt, nämlich das konkrete Rechtsgeschäft oder jedenfalls den rechtsgeschäftlichen Bereich, indem auf das Begreifenkönnen bestimmter rechtsgeschäftsbezogener Elemente abgestellt wird.¹⁰⁵² Praktisch wird die Geschäftsfähigkeit damit im Hinblick auf einen spezifischen rechtsgeschäftlichen Bezugspunkt geprüft, was jedenfalls in der Praxis Zweifel daran aufkommen lässt, ob tatsächlich von Geschäftsunfähigkeit auf Deliktsunfähigkeit ge-

Rn. 2; BGB-RGRK-Steffen 1989, § 827 BGB Rn. 3; auf Einsichts- und Steuerungsfähigkeit abstellend OLG Hamm, Hinweisbeschl. v. 30.4.2019 – 7 U 57/18, BeckRS 2019, 16123 Rn. 56 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 1.4.2016 – I-9 U 232/15, 9 U 232/15 Rn. 30.

¹⁰⁴⁹ OLG Schleswig, Urt. v. 10.8.2021 – 7 U 22/21, BeckRS 2021, 43911 Rn. 31.

¹⁰⁵⁰ Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 1.4.2016 – I-9 U 232/15, 9 U 232/15 Rn. 43.

¹⁰⁵¹ OLG Hamm, Beschl. v. 1.4.2016 – I-9 U 232/15, 9 U 232/15 Rn. 30.

¹⁰⁵² Siehe oben unter 3. Kapitel A.I.1.d)bb) und 3. Kapitel B.I.3.b)ff)(1). So etwa zum Bezugspunkt der Geschäftsfähigkeit BGH NJW 2016, S. 2745 (2746 f.); OLG Brandenburg, Urt. v. 12.11.2015 – 5 U 49/10 Rn. 39.

geschlossen werden kann.¹⁰⁵³ Und nicht nur an die Geschäftsunfähigkeit, sondern auch an die Deliktsunfähigkeit bzw. -fähigkeit wird immer wieder ein Maßstab angelegt, der konkreter ist, als es dem absoluten Verständnis § 827 BGB und § 104 Nr. 2 BGB entspricht, und was auf die Prüfung einer gewissermaßen relativen Deliktsunfähigkeit hinausläuft: So wird im Zusammenhang mit der für die Deliktsfähigkeit geforderten Einsichtsfähigkeit statt von einer mit § 104 Nr. 2 BGB vergleichbaren Willensbildungsfähigkeit unabhängig von pathologischen Einflüssen immer wieder von der zur „Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht“ gesprochen,¹⁰⁵⁴ wie auch in § 828 Abs. 3 BGB in Bezug auf die Deliktsfähigkeit Jugendlicher explizit festgelegt.¹⁰⁵⁵

Diese in der Praxis zu beobachtenden Inkonsistenzen ändern aber nichts daran, dass rechtlich betrachtet bei Zugrundelegung eines Konzepts absoluter Geschäftsunfähigkeit und des damit konsequenterweise verbundenen Konzepts absoluter Deliktsunfähigkeit beide Unfähigkeiten parallel laufen. Es kann nicht in ein und demselben Moment das eine gegeben sein, das andere aber nicht. Daher ist auch der Aussage zu widersprechen, wonach Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit auseinanderfielen, wenn der Betroffene in einem lichten Intervall eine unerlaubte Handlung begehe.¹⁰⁵⁶ Vielmehr ist in dieser

¹⁰⁵³ Siehe auch zum Auseinanderfallen dieser Bezugspunkte AG Erfurt, Urt. v. 10.12.2012 – 5 C 2644/11, BeckRS 2013, 9: Auch Geschäftsunfähige könnten und müssten grundsätzlich wissen, dass sie keinen Betrug zu Lasten anderer begehen dürften. Ebenso RGRK-*Steffen* 1989, § 827 BGB Rn. 3: Die Geschäftsfähigkeit ziele, anders als die Deliktsfähigkeit, auf Bildung und Einsatz des Geschäftswillens ab. Trotzdem solle in der Praxis vom einen auf das andere zu schließen sein. Ebenso *Dalhoff* 1969, S. 46: Für die Haftung komme es auf die Einsicht in das Unrecht an, für die Wirksamkeit der Vornahme einer Handlung aber darauf, ob der Betroffene in der Lage war, die Rechtsfolgen seines rechtmäßigen Verhaltens in ihren Auswirkungen zu beurteilen. Ebenso *Lipp* 2000, S. 61 ff.

¹⁰⁵⁴ BeckOGK-*Schneider*, § 104 BGB Rn. 10; *Kötz und Wagner* 2021, S. 53; der Sache nach auch BGB-RGRK-*Steffen* 1989, § 827 BGB Rn. 3; vgl. auch AG Erfurt, Urt. v. 10.12.2012 – 5 C 2644/11, BeckRS 2013, 9. Siehe auch OLG Celle FamRZ 2012, S. 456 (457) im Fall eines Stalkers: Deliktsunfähig sei, wem die Einsicht fehle, Unrecht zu tun.

¹⁰⁵⁵ § 828 Abs. 3 BGB, der sich mit der Deliktsfähigkeit Jugendlicher befasst, bezieht sich jedoch nur auf die Einsichts- und nicht auch auf die Steuerungsfähigkeit, siehe nur BGH VersR 1953, S. 28 f.; BGH JZ 1964, S. 99 (100); BGH NJW 1987, S. 1947 (1949); BGH NJW 2005, S. 345 (355); *Deutsch* 1996, Rn. 459, S. 296; MüKo BGB/Band 7-*Wagner* 2024, § 828 BGB Rn. 11; a. A. *Wilhelmi* 2009, S. 329. Die Einsichtsfähigkeit beurteilt sich bei Jugendlichen also nach § 828 BGB, die Steuerungsfähigkeit ist erst im Rahmen von § 276 Abs. 1 BGB zu erörtern, sodass die Steuerungsfähigkeit keine Zurechnungsvoraussetzung ist, die individuell im Hinblick auf das Persönlichkeitsprofil des Schädigers zu prüfen wäre: siehe BGH JZ 1964, S. 99 (100); *Staudinger BGB-Oechsler* 2021, § 828 BGB Rn. 24; ebenso bereits *Deutsch* JZ 1964, S. 86 (88): Die Steuerungsfähigkeit wird im Rahmen der Verschuldensprüfung im Wege einer typisierenden Betrachtungsweise festgestellt. *Deutsch* sieht diese altersbedingten Generalisierungen jedoch kritisch. Siehe zum Ausweichen in die Verschuldensprüfung auch *Waibel* 1970, S. 65 ff.

¹⁰⁵⁶ So aber *Meyer-Mews* HRRS 2014, S. 487 (489); auch bereits Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Recht der Schuldverhältnisse 1888, S. 732 = *Mugdan* 1899b, S. 408 f.

Situation sodann sowohl Geschäfts- als auch Deliktsfähigkeit gegeben. Auch wenn es heißt, bei partieller Geschäftsunfähigkeit liege nicht notwendigerweise auch Deliktsunfähigkeit vor oder jedenfalls nur in den betroffenen Bereichen,¹⁰⁵⁷ so wird hierdurch nur die Selbstverständlichkeit wiederholt, wonach partielle Geschäftsunfähigkeit und parallel dazu partielle Deliktsunfähigkeit nur in den Lebensbereichen gegeben ist, in denen die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung fehlt.

Im alten Recht der Entmündigung sollte im Übrigen die Deliktsunfähigkeit bei erfolgter Entmündigung vermutet werden.¹⁰⁵⁸ Eine solche Vermutung wird auch heute für die Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt vertreten, wonach gar ein solcher Einwilligungsvorbehalt als Anscheinsbeweis für die deliktische Unzurechnungsfähigkeit in diesem Bereich herangezogen wird.¹⁰⁵⁹ Eine solche Vermutungswirkung ist aber abzulehnen, da sie dem Konzept des Betreuungsrechts, dem Betroffenen die Fähigkeiten zu selbstbestimmtem Handeln soweit wie möglich zu erhalten, widerspricht.¹⁰⁶⁰

b) Deliktsfähigkeit de lege ferenda: an konkretem Bezugspunkt orientierte Prüfung

De lege ferenda soll das Konzept absoluter Geschäftsfähigkeit durch eine relative Geschäftsfähigkeit abgelöst werden. Damit geht dann notwendigerweise auch eine neu zu definierende relative Deliktsfähigkeit einher, sodass aufgrund der Prüfung beider Unfähigkeiten anhand eines spezifischen Bezugspunkts beide Unfähigkeiten nicht mehr aneinanderges koppelt sind.¹⁰⁶¹ Es stellt sich die Frage, anhand welcher Kriterien diese neue relative Deliktsfähigkeit zu prüfen sein soll. Deliktsfähigkeit setzt auch dann Einsichts- und Steuerungsfähigkeit voraus, wobei die Steuerungsfähigkeit wiederum die Fähigkeit beschreibt, entsprechend der gewonnenen Einsicht handeln zu können. Schwieriger zu definieren ist die Einsichtsfähigkeit.

Aus Rechtsprechung und Literatur zur in § 828 Abs. 3 BGB geregelten Deliktsfähigkeit von Minderjährigen, die das siebte Lebensjahr vollendet haben, und zur dort benannten Einsichtsfähigkeit, also zur Fähigkeit, die eigene Verantwortlichkeit erkennen zu können, lassen sich dabei Anhaltspunkte dafür gewinnen, was unter Einsichtsfähigkeit i. S. e. relativen Deliktsfähigkeit zu verstehen ist. Die Auslegung des § 828 Abs. 3 BGB ist insbesondere durch die

¹⁰⁵⁷ BeckOGK-Wellenhofer, § 827 BGB Rn. 13; Meyer-Mews HRRS 2014, S. 487 (489).

¹⁰⁵⁸ Soergel BGB/Band 12-Spickhoff 2005, § 827 BGB Rn. 3; Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 827 BGB Rn. 21.

¹⁰⁵⁹ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 827 BGB Rn. 21; vorsichtiger Deutsch 1996, S. 300 Rn. 469: Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt lege die Zurechnungsunfähigkeit nahe, sei aber nicht bindend.

¹⁰⁶⁰ Soergel BGB/Band 12-Spickhoff 2005, § 827 BGB Rn. 3.

¹⁰⁶¹ So auch anerkannt im Schweizer Recht, siehe unten unter 4. Kapitel C.III.2.

Rechtsprechung des Reichsgerichts geprägt, die in der Folge vom BGH übernommen wurde: So sei § 828 Abs. 3 BGB in „offenbarer Anlehnung“ an §§ 56, 57 StGB entstanden, wobei an die Stelle der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht getreten sei.¹⁰⁶² Diese Einsichtsfähigkeit umfasse zwei Elemente: das Bewusstsein des Unrechts gegenüber dem Mitmenschen, des widerrechtlichen Eingreifens in eine fremde Rechtssphäre einerseits sowie das Verständnis der Pflicht, in irgendeiner Weise für die Folgen der Handlung eintreten zu müssen, andererseits.¹⁰⁶³

Diese Elemente sind, gewissermaßen von hinten aufgezaunt, dabei wie folgt miteinander verknüpft: Die Erkenntnis, für ein Verhalten eintreten zu müssen, setzt die Erkenntnis, Unrecht zu begehen, voraus, was wiederum die Erkenntnis voraussetzt, durch das eigene Handeln eine Gefahr für ein Rechtsgut zu setzen.¹⁰⁶⁴ Die Erkenntnis der Verantwortlichkeit deckt sich, so das Reichsgericht, daher nicht mit der Erkenntnis der Gefährlichkeit der Handlung; sie gehe vielmehr darüber hinaus.¹⁰⁶⁵ Dennoch bildet die Erkenntnis der Gefährlichkeit die „notwendige Unterlage“ der Unrechtseinsicht.¹⁰⁶⁶

Dabei führt diese Berücksichtigung der Erkenntnis der Gefährlichkeit auf Ebene der Zurechnungsprüfung aber zu einer unweigerlichen Dopplung dieses Kriteriums, jedenfalls dann, wenn ein Fahrlässigkeitsdelikt im Raum steht: Denn die Erkennbarkeit der Gefahr ist auch Gegenstand des Vorwurfs fahrlässigen Verhaltens, welcher schließlich die Voraussehbarkeit des Erfolges voraussetzt.¹⁰⁶⁷ Die Erkenntnis der Gefährlichkeit ist folglich theoretisch zweimal zu prüfen, nur anhand jeweils unterschiedlicher Maßstäbe: Einmal anhand der

¹⁰⁶² RGZ 53, S. 157 (158).

¹⁰⁶³ RGZ 53, S. 157 (158, 159); BGH, Urt. v. 17.5.1957, VI ZR 93/56, BeckRS 1957, 31371104; Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 828 BGB Rn. 25; ebenso BGH NJW 2005, S. 354 (355): nach seiner individuellen Verstandesentwicklung fähig, „das Gefährliche seines Tuns zu erkennen und sich der Verantwortung für sein Tun bewusst zu sein.“ Im Zusammenhang mit § 827 BGB, siehe RGRK-Steffen 1989, § 827 BGB Rn. 3: Fähigkeit, „das Unerlaubte seines Vorgehens einzusehen“.

¹⁰⁶⁴ Waibel 1970, S. 77. In frühen Urteilen des BGH verschwimmt diese Aufspaltung der Zurechnungsfähigkeit in zwei Elemente sowie die Bedeutung der Gefährlichkeit der Handlung für die Zurechnungsprüfung teilweise, wenn etwa die Rechtsprechung diese auf die Fähigkeit zur Erkenntnis einer Vergeltungspflicht reduziert und die Gefährlichkeit des Tuns damit in die Verschuldensprüfung verschiebt (BGH VersR 1953, S. 27 (28)). Dabei erkennt der BGH jedoch selbst an, wenn auch nur am Rande, dass die Erkenntnis der Vergeltungspflicht die Erkenntnis der Gefährlichkeit voraussetzt (BGH VersR 1953, S. 27 (28): „Die Erwägungen des OLG unterscheiden nicht genügend zwischen der die Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 828 BGB begründenden Einsicht als der Fähigkeit, die Verantwortlichkeit als Folge der Gefährlichkeit zu erkennen [...]“ [Hervorhebung durch Autorin]).

¹⁰⁶⁵ RGZ 53, S. 157 (158).

¹⁰⁶⁶ RGZ 53, S. 157 (159).

¹⁰⁶⁷ Geilen FamRZ 1965, S. 401 (402); Waibel 1970, S. 78.

individuellen Fähigkeiten im Rahmen von § 828 Abs. 3 BGB, einmal anhand der altersgruppentypischen Fähigkeiten im Rahmen von § 276 Abs. 1 BGB.¹⁰⁶⁸

In dem Bemühen, diese Dopplung zu vermeiden und gleichzeitig die Unterscheidung zwischen Deliktsfähigkeit und Verschulden aufrechtzuerhalten, hat sich in der Rechtsprechung eine Aufspaltung des jeweils zu prüfenden Gefahrenbegriffs durchgesetzt:

Hinsichtlich der Einsicht in das Unrecht – also für die Zurechnungsfähigkeit – sei, so der BGH, nicht erforderlich, dass der Schädiger die konkrete Gefahr bzw. den konkreten Schaden erkennen könne, sondern es genüge die Erkennbarkeit einer allgemeinen Gefahr bzw. eines allgemeinen Schadens.¹⁰⁶⁹ Dabei verschleiert die Fokussierung auf den Gefahrenbegriff, dass im Rahmen der Prüfung der Deliktsfähigkeit sogar auf zwei Ebenen eine Verallgemeinerung bzw. Abstrahierung stattfindet: Nicht nur muss sich der Schädiger nicht die konkret eingetretene Rechtsgutsverletzung vorstellen können, sondern lediglich die Gefährlichkeit seines Tuns für ein Rechtsgut im Allgemeinen.¹⁰⁷⁰ Auch das Tun selbst, dessen Gefährlichkeit es zu erkennen gilt, ist losgelöst von den konkreten Umständen zu betrachten: Im Rahmen von § 828 Abs. 3 BGB geht es nur um die Einsichtsfähigkeit in die (allgemeine) Gefährlichkeit des Handlungstypus,¹⁰⁷¹ unabhängig von den Umständen des Einzelfalls.¹⁰⁷² Die Frage, ob der Schädiger auch unter den konkreten Umständen,

¹⁰⁶⁸ *Waibel* 1970, S. 81 (81), was zu teils widersprüchlichen Ergebnissen führen kann. *Waibel* verweist beispielsweise auf RG JW 1911, S. 446: Das jugendliche Alter könne von Bedeutung für die Fahrlässigkeit sein, auch wenn der Täter die erforderliche Einsicht der Verantwortlichkeit habe. Dieselbe Inkonsequenz findet sich in der „Tomatenschlacht“-Entscheidung des BGH, siehe BGH VersR 1953, S. 27 (28): individuelle Einsichtsfähigkeit bezüglich der Gefährlichkeit des Wurfs einer festeren Tomate (+), Fahrlässigkeit aber dennoch (-).

¹⁰⁶⁹ BGH, Urt. v. 17.5.1957, VI ZR 93/56, BeckRS 1957, 31371104: Keine Erkenntnis einer besonderen Gefahr notwendig, sondern nur einer allgemeinen Gefahr und eines allgemeinen Schadens; BGH NJW 1987, S. 1947 (1949): keine Vorstellung des konkreten Schadens notwendig; BGH FamRZ 1962, S. 115: Erkenntnis genüge, dass die Handlung irgendwelche Gefahren nach sich ziehe; BGH NJW-RR 2005, S. 327 (329): Es genüge die Erkenntnis, „dass ein zu nahes Heranfahren an parkende Fahrzeuge zu Schäden führen kann“. Siehe zu dieser Rechtsprechung *Deutsch* 1996, S. 294f. Rn. 458; BGB-RGRK-*Steffen* 1989, § 828 BGB Rn. 7.

¹⁰⁷⁰ So schon RGZ 51, S. 30 (32): Die konkreten Folgen müssten nicht vorhersehbar gewesen sein. Es genüge die Voraussicht, dass eine Verletzung der Art wie die eingetretene, passieren könne: *Waibel* 1970, S. 94.

¹⁰⁷¹ Begriff bei *Waibel* 1970, S. 105f.

¹⁰⁷² Siehe nur BGH VersR 1965, S. 385 (385f.): Es gehe bei der Zurechnungsprüfung nur darum, ob der Minderjährige die Gefährlichkeit des Rollschuhfahrens im motorisierten Verkehr im Allgemeinen erfassen könne. Bei der Verschuldensprüfung wird hingegen auch die konkrete Verkehrssituation bzw. das nicht zu erwartende Verhalten des geschädigten Mopedfahrers berücksichtigt. Ebenso, jedenfalls dem Berufungsgericht nicht widersprechend, BGH JZ 1964, S. 99: Die nach § 828 Abs. 2 BGB a.F. erforderliche Einsichtsfähigkeit liege schon dann vor, wenn der Wurf von Holzstücken als gefährlich erkannt worden sei. Auf Verschuldensebene sei aber zu berücksichtigen, ob der Schädiger die Gefahr aufgrund der getroffenen Sicherheitsvorkehrungen für gebannt gehalten habe. Die Verschuldensprüfung – anders als die Zurechnungsprüfung – auf die konkreten Umstände beziehend, also darauf, ob die schä-

unter denen er seine allgemein gefährliche Handlung durchgeführt hat, eine Gefährdung von Rechtsgütern hätte erkennen können, bzw. ob er die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen für ausreichend halten durfte, soll hingegen eine Frage des Verschuldens und der Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 1 BGB sein.¹⁰⁷³ Im Übrigen verlangt die Rechtsprechung für die Deliktsfähigkeit auch nur „ein allgemeines Verständnis“ dafür, dass die Handlung (bzw. der Handlungstypus) gefährlich ist und Folgen nach sich zieht.¹⁰⁷⁴

Die Begriffswahl der Rechtsprechung (abstrakte Gefahr vs. konkrete, besondere Gefahr) ist dabei missverständlich, weil anerkannt ist, dass auch im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung keine Vorstellung von der sich konkret realisierenden Gefahr, also vom konkret eintretenden Erfolg notwendig ist: Es bleibt also auch im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung bei einem allgemeinen Gefahrenbegriff¹⁰⁷⁵; durch die Umstände des Einzelfalls konkretisiert wird folglich nur das Tun, dessen Gefährlichkeit festzustellen ist.

Einsichtsfähig ist also zusammengefasst, wer ein allgemeines Verständnis für die allgemeine Gefährlichkeit des zu bewertenden abstrakten Handlungstypus hat. Diese Formulierung lässt erahnen, dass diese Rechtsprechung unter verschiedenen Gesichtspunkten kritisiert wird: Denn es ist schon fraglich, wonach sich bestimmt, inwieweit ein Sachverhalt für die Prüfung der Zurechnungsfähigkeit abstrahiert werden kann oder muss. So kann je nach Abstraktionsgrad ein Sachverhalt bzw. eine Handlung plötzlich überhaupt nicht mehr gefährlich

digende Handlung (Schuss mit Pfeil und Bogen) in der konkret ausgeführten Art und Weise gefährlich war: BGH VersR 1957, S. 131 (132). Siehe auch BGH FamRZ 1957, S. 254 (255): Der 13-jährige Schädiger wollte einen Eisenträger auf einem Trümmergrundstück herunterstoßen, um Gefahren für dort spielende Kinder zu beseitigen. Hierfür schickte er alle spielenden Kinder vom Grundstück, aber eines kehrte unbemerkt zurück, um zuzuschauen. Es wurde vom Eisenträger getroffen und sein Unterschenkel musste amputiert werden. Die Einsichtsfähigkeit beziehe sich, so der BGH, auf die Gefährlichkeit des Tuns im Allgemeinen (Gefährlichkeit herunterstürzender Eisenträger, wenn Menschen auf dem Grundstück sind), die Fahrlässigkeit auf die Frage, ob der Schädiger habe damit rechnen müssen, dass ein Kind zurückkomme, also darauf, ob er seine Sicherheitsvorkehrungen – Wegschicken aller Kinder – für ausreichend halten durfte. Siehe auch BGH FamRZ 1962, S. 115: Hantieren mit Feuer durch ein Kind per se gefährlich, konkrete Brandgefahr (Brand der Scheune und des Hauses) als Teil der Verschuldensprüfung.

¹⁰⁷³ Siehe die in der vorstehenden Fußnote genannten Urteile. Zu dieser Differenzierung und zur zitierten Rechtsprechung kritisch und vertiefend *Waibel* 1970, S. 102ff.; *Hommers* 1983, S. 20f.; *Geilen* FamRZ 1965, S. 401 (402ff.); Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 828 BGB Rn. 28ff.

¹⁰⁷⁴ Siehe nur BGH VersR 1960, S. 421 (422); BGH VersR 1962, S. 1087 (1088).

¹⁰⁷⁵ So schon RGZ 51, S. 30 (32): Fahrlässigkeit setze nicht voraus, dass die konkret eingetretenen Folgen voraussehbar gewesen seien; BGH FamRZ 1957, S. 254 (255): Fahrlässigkeit setze nicht voraus, dass der Schädiger die besondere Gestaltung des schädlichen Erfolgs habe voraussehen können, sondern es genüge, dass der Schädiger die Entstehung irgendeines Schadens hätte voraussehen können. Ebenso auf die Erkennbarkeit *irgendeines* Schadens abstellend: BGH VersR 1960, S. 421 (422); *Geilen* FamRZ 1965, S. 401 (404); *Waibel* 1970, S. 94ff., 113; OLG Hamm, Hinweisbeschl. vom 30.4.3029 – 7 U 57/18, BeckRS 2019, 16123 Rn. 50.

sein.¹⁰⁷⁶ Oder eine Handlung ist, als Typus betrachtet, ohnehin nicht gefährlich, sondern die Rechtsgutsverletzung konnte sich vielmehr gerade nur unter den konkreten Umständen ereignen.¹⁰⁷⁷ In diesen Fällen, in denen sich ein Sachverhalt nicht zur Generalisierung eignet, kommt man daher kaum umhin, bereits die konkreten Umstände in die Prüfung der Deliktsfähigkeit mit einzubeziehen.¹⁰⁷⁸

Kritisiert wird zudem, dass sich die für die Deliktsfähigkeit notwendige Einsicht letztlich in einem rein hypothetischen Bereich bewegt: Denn auf den konkreten Fall bezogen hat der Schädiger, dem kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, weil er – gemessen an seinem Verkehrskreis – glauben durfte, die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen getroffen zu haben, faktisch in diesem Moment kein Unrechtsbewusstsein und muss auch keines haben. Es erscheint also sinnwidrig, auf das Erkennenkönnen einer abstrakten und aus Sicht des Schädigers nur hypothetischen Gefahr abzustellen, die sich unter den konkreten Umständen aus seiner Sicht – in nicht vorwerfbarer Weise – überhaupt nicht realisieren konnte.¹⁰⁷⁹ Vor allem aber ist fraglich, ob dieser hohe

¹⁰⁷⁶ *Waibel* 1970, S. 89 ff.

¹⁰⁷⁷ *Waibel* 1970, S. 108 ff. mit Verweis auf BGH VersR 1964, S. 1023: Der BGH ließ die Einsichtsfähigkeit offen, verneinte aber das Verschulden. Ein sich allein im Sandkasten befindliches Kind hatte mit einem Stock gespielt und auf herumliegende Autoreifen eingeschlagen. Als es zum Schlag ausholte, verletzte es die Geschädigte, die sich unbemerkt von hinten genähert hatte. Der Vorgang des Spielens mit einem Stock sei, so *Waibel*, per se schadensneutral. Die Gefahr ergebe sich erst aus dem plötzlichen Auftauchen eines Dritten und der BGH selbst spreche nur von einer „unglücklichen Verkettung“ von Umständen, aus der allein sich überhaupt eine Gefahr haben ergeben können. Siehe auch BGH FamRZ 1962, S. 115: Ein Kind zündete ein Stück Papier an, woraus sich ein Haus- und Scheunenbrand ergab. Der BGH prüfte bei der Deliktsfähigkeit die Erkenntnis in die allgemeine Gefahr des Hantierens mit Feuer; die konkrete Brandgefahr (Brand der Scheune und des Hauses, also die Gefährlichkeit in der konkreten Situation) sei Teil der Verschuldensprüfung. *Geilen* merkt zu Recht an, dass für § 828 Abs. 3 BGB nichts übrig bleibe als die Erkenntnis der Gefährlichkeit bei Hantieren mit einem brennenden Stück Papier, was viel zu abstrakt sei, da dem – je nach Umständen – überhaupt keine Gefahr innewohne (Beispiel: Kind zünde – unter Aufsicht – zu Hause den Ofen an). Wo solle denn die allgemeine Feuergefährlichkeit liegen, wenn man sich die konkreten Umstände wegdenke? Siehe *Geilen* FamRZ 1965, S. 401 (404).

¹⁰⁷⁸ *Waibel* 1970, S. 111. Dies gilt beispielsweise für BGH FamRZ 1957, S. 254 (255), wo der BGH die Deliktsfähigkeit des Jugendlichen, der auf einem Trümmergrundstück einen Eisenträger löste, darauf bezog, ob er die Gefährlichkeit des Tuns für Personen, die sich noch auf dem Grundstück befanden, erkennen konnte. Also eine Gefahr konnte überhaupt nur dann entstehen, wenn sich, wie es tatsächlich der Fall war, Menschen auf dem Grundstück befanden. Damit berücksichtigte der BGH in gewisser Weise bereits bei der Deliktsfähigkeit die tatsächlichen Umstände und abstrahiert die Handlung (Herunterstoßen eines Eisenträgers) nicht vollständig von der tatsächlichen Situation.

¹⁰⁷⁹ *Geilen* FamRZ 1965, S. 401 (403) mit Verweis auf BGH VersR 1962, S. 1088 (1089): Das Kind habe die Gefährlichkeit der Handlung gekannt (Einsichtsfähigkeit (+)), habe sie aber gleichzeitig aufgrund der konkreten Umstände für gefahrlos halten dürfen (Fahrlässigkeit (-)). *Geilen* verweist ebenso auf BGH VersR 1957, S. 131: Bewusstsein der allgemeinen Gefährlichkeit der Handlung (Einsichtsfähigkeit (+)), aber kein Erkennenkönnen der konkreten Gefahr nach den vom Kind aufgewendeten Sicherheitsvorkehrungen (Fahrlässigkeit (-)). *Geilen* stellt

Abstraktionsgrad der geforderten Unrechtseinsicht, also das nur allgemeine Erkennenkönnen einer nur allgemeinen Gefahr eines bestimmten Handlungstypus – woraus sodann im Übrigen ohne nähere Prüfung auch das Erkennenkönnen der Einstandspflicht für die Folgen geschlossen wird¹⁰⁸⁰ – geeignet ist, um eine Aussage über die „Einsicht in die Verantwortlichkeit“ einer Person treffen zu können.¹⁰⁸¹ Kritisiert wird daher, es bleibe vom komplexen Begriff „der zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht“ nichts weiter als eine „leere Begriffshülse“,¹⁰⁸² das Erfordernis der Einsicht in eine „nichtssagende allgemeine Gefährlichkeit“.¹⁰⁸³

Es wird folglich gefordert, die Einsicht in die Gefährlichkeit der konkreten Handlung nur noch zum Gegenstand der Deliktsfähigkeit zu machen und damit die Trennung zwischen der Einsichtsfähigkeit in eine allgemeine und eine besondere Gefahr aufzugeben.¹⁰⁸⁴ Dies führe zwar dazu, dass die Einsichtsfähigkeit für die Gruppe der Minderjährigen und der unter einer Willensstörung i. S. d. § 827 BGB leidenden Volljährigen nur noch anhand eines individuellen Maßstabs bestimmt werde, was diese Gruppen insofern privilegiere, als die Einsichtsfähigkeit von der Verschuldensprüfung vollständig abgekoppelt werde und daher nicht mehr – auch nicht mehr teilweise – dem objektiven Bewertungsmaßstab unterliege. Aufgrund der besonderen Schutzwürdigkeit dieser Personengruppen sei diese Sonderbehandlung – unter Zurückstellung von Verkehrsschutzinteressen, die im Übrigen aber ohnehin durch § 829 BGB Berücksichtigung fänden – gerechtfertigt.¹⁰⁸⁵

Nach geltendem Recht, wonach die Deliktsfähigkeit bzw. Deliktsunfähigkeit i. S. d. § 827 S. 1 BGB absolut ist, stellte sich die Frage nach einem mehr oder weniger konkreten Bezugspunkt der Einsichtsfähigkeit zwar nicht, da Deliktsunfähigkeit ohnehin nur dann vorliegt, wenn eine Person in keiner Hinsicht mehr einen freien Willen bilden kann und damit die Willensbestimmung unabhängig vom Kontext pathologisch motiviert ist. Aber auch bei einem relativen Verständnis von Deliktsfähigkeit bzw. Deliktsunfähigkeit ist dieser Vorschlag

die Frage, welche Unrechtseinsicht beim Schädiger in einem solchen Fall dann noch übrig bleiben soll. Unklar, worauf sich die Unrechtseinsicht beziehen soll, auch in BGH JZ 1964, S. 99 (100): Hinter der Einsicht in die Verantwortlichkeit könne die Fähigkeit, das Gefährliche eines Vorganges oder Zustandes zu erkennen, zurückbleiben. Kritisch ebenso Soergel BGB/Band 12-Spickhoff 2005, § 828 BGB Rn. 15.

¹⁰⁸⁰ Siehe nur BGH VersR 1960, S. 421 (422) und BGH VersR 1962, S. 1087 (1088): Ein Minderjähriger, der die Gefährlichkeit der Handlung kenne, werde im Allgemeinen auch wissen, dass er zur Verantwortung gezogen werden könne, wenn er sie trotzdem begehe.

¹⁰⁸¹ Waibel 1970, S. 134.

¹⁰⁸² Geilen FamRZ 1965, S. 401 (402).

¹⁰⁸³ Waibel 1970, S. 134.

¹⁰⁸⁴ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 828 BGB Rn. 32; Waibel 1970, S. 172 ff.; für eine Deckungsgleichheit von Unrechtseinsicht und Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht auch Geilen FamRZ 1965, S. 401 (406).

¹⁰⁸⁵ Waibel 1970, S. 178.

abzulehnen. Denn so privilegierte man in der Tat die Volljährigen, bei denen die „biologischen Voraussetzungen“,¹⁰⁸⁶ welche Deliktsunfähigkeit begründen können, vorliegen: Ein Volljähriger, bei dem beispielsweise eine geistige Erkrankung vorliegt, und der aufgrund seiner individuellen Unfähigkeit die Gefährlichkeit der konkreten Handlung nicht erkennen konnte, haftete dann wegen Deliktsunfähigkeit nicht, selbst wenn dem objektiven Maßstab der Gruppenfahrlässigkeit entsprechend Erkennbarkeit gegeben gewesen wäre. Es erscheint jedoch fragwürdig, bei Volljährigen, deren Deliktsfähigkeit doch grundsätzlich vermutet wird, allein wegen Vorliegens einer „biologischen Voraussetzung“ vom objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab abzuweichen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ihre Schutzbedürftigkeit so hoch sein sollte, dass allein deswegen eine vollständige Verschiebung des Prüfungsmaßstabs stattfinden sollte. Ihr Zustand findet ausreichend dadurch Berücksichtigung, dass die Rechtsprechung zur Feststellung des Fahrlässigkeitsvorwurfs die Bildung von verkehrskreispezifischen Sorgfaltsmaßstäben erlaubt, beispielsweise auch in Bezug auf das Alter oder geistige Behinderungen.¹⁰⁸⁷ Ob der Volljährige aufgrund seines Zustands darüber hinaus schutzbedürftig ist, hängt eben davon ab, ob sich aus seinem Zustand auch seine Einsichtsunfähigkeit ergibt: Dies steht jedoch gerade noch nicht fest, sondern ist vielmehr Gegenstand der Prüfung, deren Maßstab es festzulegen gilt, sodass man sich mit der Berufung auf die Schutzwürdigkeit auch in gefährliche Nähe zu einem Zirkelschluss begibt.

Die Differenzierung der Rechtsprechung zwischen Deliktsfähigkeit und Fahrlässigkeit mag daher mit Schwächen behaftet sein, insbesondere weil es in Grenzfällen schwierig sein kann, den Abstraktionsgrad zu bestimmen, dessen es bedarf, um die Einsicht in die Gefährlichkeit des Handlungstypus festzustellen. Sie ist aber grundsätzlich beizubehalten. Im Ergebnis beschreibt die neu zu definierende Einsichtsfähigkeit – angelehnt an die Rechtsprechung zu § 828 Abs. 3 BGB – die Fähigkeit, das Unrecht seines Tuns einzusehen und das Entstehenmüssen für die Folgen zu erkennen, was wiederum die Erkenntnis der allgemeinen Gefährlichkeit der abstrakten Handlung voraussetzt.

c) Deliktsfähigkeit bei Abschluss eines wegen Geschäftsunfähigkeit nichtigen Vertrags

Schließt unter Geltung der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB und § 827 S. 1 BGB in ihrer aktuellen Fassung und unter Zugrundelegung absoluter Geschäfts- und Deliktsfähigkeit ein Geschäftsunfähiger einen Vertrag, ist dieser Vertrag zum

¹⁰⁸⁶ Begriff bei *Amelung* im Zusammenhang mit der Einwilligungsfähigkeit: *Amelung* ZStW (104) 1992, S. 525 (558).

¹⁰⁸⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel B.III.1.a). Zum Alter: BGH NJW 1988, S. 909 (909 f.) zum betagten Kraftfahrer; *Deutsch* 1996, S. 262 Rn. 407; *Spickhoff*, in: *Recht der Älteren*, S. 101 (124); BeckOGK-Schaub, § 276 BGB Rn. 74.

einen nichtig, zum anderen ist der Geschäftsunfähige für den gesamten Vorgang automatisch auch deliktsunfähig. Nach dem hier vorgeschlagenen neuen Konzept, nach dem sowohl die Geschäfts- als auch die Deliktsfähigkeit relativ zu verstehen und nach unterschiedlichen Bezugspunkten zu prüfen sind, liegt bei Geschäftsunfähigkeit zwar grundsätzlich keineswegs notwendigerweise auch Deliktsunfähigkeit vor und umgekehrt.¹⁰⁸⁸ Allerdings ist diese Aussage für den hier untersuchten Bereich einer möglichen Haftung wegen Vertragsnichtigkeit mit einer Einschränkung zu versehen, denn in diesem speziellen Fall liegen die Bezugspunkte von Geschäftsunfähigkeit einerseits und Deliktsunfähigkeit andererseits äußerst nah beieinander:

Wird einer Person die Unfähigkeit abgesprochen, einen rechtlich anzuerkennenden Geschäftswillen auszubilden, in Bezug auf ein spezifisches Rechtsgeschäft also einsichts- und steuerungsfähig zu sein, so ist kaum vorstellbar, dass sie dann aber zu einer Beurteilung des Geschehens gewissermaßen auf einer Metaebene fähig sein soll, wie es für ihre Deliktsfähigkeit aber erforderlich wäre: Denn um deliktsfähig zu sein, müsste sie erkennen können, dass sie Unrecht tut und für die Folgen ihrer Handlung einstehen muss, was wiederum die Erkenntnis der Gefährlichkeit ihrer Handlung voraussetzt. Dabei lässt sich im Einzelnen sicher darüber streiten, wie abstrakt sodann die Prüfung der Einsichtsfähigkeit ausgestaltet sein muss. Gerade in diesem Kontext lässt sich ein „Handlungstypus“, dessen allgemeine Gefährlichkeit der Betroffene erkennen können muss, nur schwer herausfiltern. Um diese Prüfung nicht jeden Inhalts zu berauben, wird man daher zumindest fordern müssen, dass die Person erkennen kann, dass aus einem Zustand wie dem ihrer Geschäftsunfähigkeit und aus Geschäftsunfähigkeit wiederum die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften folgt, dass ihrem Vertragspartner hieraus grundsätzlich ein Schaden entstehen kann und sie selbst für den Schaden dann unter Umständen – sofern Schadensersatzansprüche bestehen – einstehen muss.¹⁰⁸⁹

Meist wird es so sein, dass dem Geschäftsunfähigen schon in einem ersten Schritt seine eigene Geschäftsunfähigkeit nicht bekannt sein wird – wie soll er seinen Zustand selbst rechtlich so korrekt beurteilen können, wenn Dritten dies schon nicht gelingt, zumal er sich notwendigerweise in einem Zustand befindet, der seine geistigen Fähigkeiten beeinträchtigt. Hinzukommt, dass der Betroffene aufgrund seiner Geschäftsunfähigkeit kaum die weiteren geistigen Fähigkeiten aufweisen wird, die für Deliktsunfähigkeit Voraussetzung sind, gleich woraus die Geschäftsunfähigkeit im Einzelfall resultiert: Folgt die Geschäftsunfähigkeit beispielsweise daraus, dass der Betroffene die Tragweite des Geschäfts, wäre es wirksam, nicht verstehen kann, dann wird er doch ebenso we-

¹⁰⁸⁸ So auch anerkannt im Schweizer Recht, siehe unten unter 4. Kapitel C.III.2.

¹⁰⁸⁹ Siehe auch zum Schweizer Recht, wo diese Problematik, dass der Geschäftsunfähige zur Beurteilung seines Rechtsgeschäfts auf einer „Metaebene“ fähig sein müsste, jedenfalls vereinzelt in der Literatur erkannt wird, unten unter 4. Kapitel C.III.2. bei Fn. 1254.

nig die Fähigkeit haben, die Tragweite einer etwaigen Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts zu verstehen. Er wird also nicht in der Lage sein zu begreifen, dass er den Vertragspartner durch seine Handlung möglicherweise schädigt und dann selbst dafür eintreten muss.

Das in der Literatur befürchtete Szenario, der Geschäftsunfähige könne nun, sich der Nichtigkeit seiner Rechtsgeschäfte bewusst, unkontrolliert zum Schaden anderer „wüten“,¹⁰⁹⁰ mutet daher geradezu absurd an, zumal sich auch die Frage stellt, aus welcher Motivation heraus der Geschäftsunfähige sich auf diese Weise austoben sollte. Realistischerweise doch nur dann, wenn er sich aus der Nichtigkeit der Verträge selbst Vorteile verspricht oder er zumindest darauf aus ist, den Vertragspartner bewusst zu schädigen. Dies sind aber recht komplizierte Motive für eine Person, die nicht einmal das Ausgangsgeschäft versteht. Den zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäftsabschlusses Geschäftsunfähigen, der gleichzeitig in Bezug auf den Abschluss des nichtigen Rechtsgeschäfts als Schädigungshandlung deliktstfähig ist, gibt es daher wohl allenfalls in der Theorie.

Resultiert die Geschäftsunfähigkeit aus einer erhöhten Beeinflussbarkeit und schließt der Betroffene das Geschäft nur ab, weil er sich nicht entziehen kann, dann weiß er unter Umständen zwar aus vergangener Erfahrung, was dies rechtlich betrachtet für das Geschäft bedeutet. Wenn er sich dem Geschäftsabschluss nicht entziehen kann, dann ist er aber für diese Handlung, die gleichzeitig die schädigende Handlung ist, auch deliktstunfähig, da ihm zumindest die Steuerungsfähigkeit fehlt. Schließt er das Geschäft im Zustand einer Psychose ab und folgt hieraus die Geschäftsunfähigkeit, ist er ebenso gleichzeitig deliktstunfähig, da kaum vorstellbar ist, dass er sich von seiner Psychose distanzieren und die Lage objektiv rechtlich beurteilen kann.

2. Haftungstatbestände bei unterstellter Deliktstfähigkeit

a) Unterlassene Aufklärung bzw. konkludente Täuschung über die eigene Geschäftstunfähigkeit

Nicht nur dürfte, gleich, ob Geschäfts- und Deliktstfähigkeit absolut oder relativ verstanden werden, der Geschäftstunfähige in Bezug auf den Vorgang des Abschlusses des Rechtsgeschäfts nie zeitgleich deliktstfähig sein. Eine Haftung für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts setzte selbst bei unterstellter Deliktstfähigkeit zudem voraus, dass diese Person, die einen nichtigen Vertrag abschließt und damit einen Schaden bei seinem Vertragspartner verursacht, überhaupt irgendeinen Haftungstatbestand erfüllte, beispielsweise eine Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung:

Eine Verletzung von Aufklärungspflichten kann grundsätzlich eine Haftung aus culpa in contrahendo, §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, sowie, in Form

¹⁰⁹⁰ Siehe oben unter 4. Kapitel A.I.

einer Täuschung durch Unterlassen, nach deliktischen Normen wie §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB oder § 826 BGB nach sich ziehen. Aufklärungspflichten in Bezug auf die eigene fehlende Geschäftsfähigkeit werden jedoch zu Recht abgelehnt:

Die Diskussion bezieht sich dabei meist auf Minderjährige und unter Einwilligungsvorbehalt stehende Betreute, die wie beschränkt Geschäftsfähige zu behandeln sind. Für beide Personengruppen ist anerkannt, dass auf die beschränkte Geschäftsfähigkeit nicht hingewiesen werden muss.¹⁰⁹¹ Hintergrund ist, dass es im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit keinen Gutglaubensschutz gibt, sodass es auch keine Aufklärungspflicht über mangelnde Geschäftsfähigkeit geben kann.¹⁰⁹² Dies gilt dann denklogisch auch für die nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähigen Personen, die nicht hinsichtlich ihrer eigenen Geschäftsunfähigkeit aufklärungspflichtig sein können, da auch in Bezug auf diese Personengruppe kein Gutglaubensschutz gewährt wird.¹⁰⁹³ Eine Aufklärungspflicht besteht folglich auch dann nicht, wenn der Geschäftsunfähige, aus welchen Gründen auch immer, tatsächlich davon ausgehen muss, für das fragliche Geschäft geschäftsunfähig zu sein.

Im Übrigen ist in einem rechtsgeschäftlichen Angebot eines Geschäftsunfähigen auch nicht die konkludente Erklärung und damit konkludente Täuschung¹⁰⁹⁴ enthalten, geschäftsfähig zu sein: Eine entsprechende Erwartung des Rechtsverkehrs ist nicht gerechtfertigt, wiederum aus dem Grund, dass die Regeln über die Geschäftsunfähigkeit dem Schutz des Geschäftsunfähigen dienen und daher die Folgen eines Irrtums vom Vertragspartner zu tragen sind.¹⁰⁹⁵ Auch auf diesem Wege lässt sich daher weder eine vorvertragliche Pflichtverletzung noch eine deliktische Verletzungshandlung konstruieren.

Und schließlich haftet der Geschäftsunfähige auch nicht aus einer analogen Anwendung von § 122 BGB.¹⁰⁹⁶ § 122 BGB analog stellt eine verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung dar, ausgelöst durch einen zur Unwirksamkeit einer

¹⁰⁹¹ Zu Minderjährigen OLG Hamm NJW 1966, S. 2357 (2359): keine Aufklärungspflicht des Minderjährigen über die Gefahren der schwebenden Unwirksamkeit; BeckOGK-*Abrens*, § 106 BGB Rn. 31; MüKo BGB/Band 1-*Spickhoff* 2025, § 106 BGB Rn. 20; *Neuner* 2023, S. 406 Rn. 72, 74; zu Minderjährigen und unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betreuten: BGH NJW 2015, S. 2497 (2499).

¹⁰⁹² BGH NJW 2015, S. 2497 (2499).

¹⁰⁹³ Siehe auch *Neuner* 2023, S. 406 Rn. 72: Ein Geschäftsunfähiger hafte von vornherein nicht, denn dieser könne keinen Rechtsschein setzen.

¹⁰⁹⁴ Zur Abgrenzung zwischen Täuschung durch Unterlassen und konkludenter Täuschung durch Feststellung des durch Auslegung zu ermittelnden Erklärungswerts des aktiven Verhaltens: BGH, Urt. v. 17.12.2019 – 1 StR 171/19, BeckRS 2019, 42614 Rn. 49; BeckOK StGB-*Beukelmann*, § 263 StGB Rn. 13.

¹⁰⁹⁵ So in Bezug auf Minderjährige: NK-StGB-*Kindhäuser und Hoven* 2023, § 263 StGB Rn. 92; MüKo StGB-*Hefendehl* 2022, § 263 StGB Rn. 236; a. A. Lackner/Kühl/Heger-*Heger* 2023, § 263 StGB Rn. 9; RGSt 41, S. 27 (31).

¹⁰⁹⁶ Staudinger BGB-*Knothe* 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 27; *Breit* Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (141); *Rümelin* 1912, S. 62 f.; *Simon* JW 1913, S. 291 (293 f.); *Püschel* JW 1914,

rechtsgeschäftlichen Erklärung führenden Grund, der allein aus der Sphäre des Erklärenden stammt.¹⁰⁹⁷ Übertragen auf den Fall des Geschäftsunfähigen begründete § 122 BGB analog eine Haftung also für den „Makel“ der Geschäftsunfähigkeit unter Zugrundelegung der Prämisse, dass der Rechtsverkehr auf die Wirksamkeit, also auf die Geschäftsfähigkeit, habe vertrauen dürfen. Damit ist aber wiederum das Argument gegen eine Anwendung von § 122 BGB analog benannt: Einen solchen Gutglaubensschutz gibt es nicht.

Der Schutz des Geschäftsunfähigen würde unter Zugrundelegung einer Haftung nach Verantwortungsbereichen auch geradezu vollständig ausgehebelt, da die Geschäftsunfähigkeit ihren Grund stets in der Sphäre des Geschäftsunfähigen selbst hat und damit der Geschäftsunfähige automatisch allein aufgrund seines Zustands immer haftete.¹⁰⁹⁸ Der Haftungstatbestand des § 122 BGB analog hat aber zum einen nur eine Haftung für vom Erklärenden vermeidbare Wirksamkeitshindernisse im Blick,¹⁰⁹⁹ wozu die Geschäftsunfähigkeit nicht gehört. Eine automatisch eintretende verschuldensunabhängige Haftung bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses als Reaktion auf die Vertragsnichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit liefe zum anderen der in §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB bezweckten Freistellung des Geschäftsunfähigen von seiner vertraglichen Verpflichtung zuwider.¹¹⁰⁰ Im Ergebnis richtig ist daher auch die Aussage, § 122 BGB analog schütze im Ergebnis vielmehr nur guten Glauben an die Gültigkeit einer dem Erklärenden *zurechenbaren* Erklärung¹¹⁰¹ und damit an das Bestehenbleiben eines zunächst gültigen Rechtsgeschäfts.¹¹⁰²

b) Aktives Vorspiegeln der Geschäftsunfähigkeit

aa) Deliktische Haftung

Bei einem aktiven Vorspiegeln der Geschäftsfähigkeit wird eine deliktische Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB bzw. aus § 826 BGB, bei unterstellter Deliktsfähigkeit, in der Regel bejaht.¹¹⁰³ Dass das Vorspiegeln der eigenen Geschäftsfähigkeit eine Haftung nach sich ziehen kann, entspricht auch

S. 565 (566); *Brandt* 1936, S. 62f.; *Tuhr* 1957, S. 359 Fn. 159a; a. A. *Kuhlenbeck* Bank-Archiv 1905/1906, S. 285 (286f.); *Rabel* RheinZ 1912, S. 135 (165);

¹⁰⁹⁷ *Canaris* 1971, S. 537; MüKo BGB/Band 1-*Armbrüster* 2025, § 122 BGB Rn. 4.

¹⁰⁹⁸ So im Zusammenhang mit einer über AGB vereinbarten Haftung Geschäftsunfähiger: *Donath* BB 1991, S. 1881 (1882); BGH NJW 1991, S. 2414 (2416).

¹⁰⁹⁹ *Rümelin* 1912, S. 63.

¹¹⁰⁰ *Staudinger* BGB-*Knothe* 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 27; siehe auch *Brandt* 1936, S. 63: Gefährdung der Existenz des Geschäftsunfähigen, wenn er jedes Mal zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet wäre.

¹¹⁰¹ *Simon* JW 1913, S. 291 (293 f.); *Canaris* 1971, S. 537 Fn. 57.

¹¹⁰² *Rümelin* 1912, S. 63.

¹¹⁰³ *von Tuhr* 1957, S. 359; *Dalhoff* 1969, S. 120; *Lorenz* JuS 2010, S. 10 (13); *Staudinger* BGB-*Knothe* 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 28; MüKo BGB/Band 1-*Spickhoff* 2025, § 106 BGB Rn. 19.

der Vorstellung des Gesetzgebers und des Reichsgerichts.¹¹⁰⁴ Zwar verfolge das Gesetz mit Vorschriften wie den §§ 104 ff. BGB den Schutz des Geschäftsunfähigen, um diese „Wohltat des Schutzes“ bringe sich aber derjenige, der sich Dritten gegenüber einer unerlaubten Handlung schuldig mache.¹¹⁰⁵ Dennoch ist speziell im Fall der Geschäftsunfähigkeit die Erfüllung dieser Haftungsstatbestände zumindest aus tatsächlichen Gründen, da ein Geschäftsunfähiger nicht in der Lage sein dürfte, die spezifischen Tatbestandsmerkmale zu erfüllen:

Zunächst erfüllt eine arglistige Täuschung, also das vorsätzliche¹¹⁰⁶ Vorspiegeln der eigenen Geschäftsunfähigkeit, grundsätzlich den Tatbestand der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 826 BGB,¹¹⁰⁷ was ebenso die Tathandlung des Betrugsdelikts darstellt. Auch Angaben „ins Blaue hinein“ gelten dabei als arglistige Täuschung.¹¹⁰⁸ Der Schädiger kennt dann nicht die Unrichtigkeit, aber weiß um die unseriöse Grundlage seiner Aussage.¹¹⁰⁹ Weil der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit nicht geschützt ist, drängt sich zwar zunächst die Frage auf, ob eine wahrheitswidrige Information über einen Umstand, den die Person auch verschweigen dürfte, überhaupt deliktsrechtlich relevant ist. Ob somit beispielsweise ein ausdrücklich zur Minderjährigkeit befragter Minderjähriger haftet, wenn er diese Frage wahrheitswidrig verneint, hat die Rechtsprechung teils noch offengelassen.¹¹¹⁰ Richtigerweise ist aber eine wahrheitswidrige Auskunft stets eine rechtswidrige Täuschungshandlung, gleich, ob der Aspekt, über den getäuscht wird, aufklärungspflichtig ist oder nicht. Insbesondere muss der Vertragspartner auf ausdrückliche Fragen richtig antworten.¹¹¹¹ Lediglich im Fall, in dem ein „Recht zur Lüge“ besteht, ist eine Täuschung nicht rechtswidrig.¹¹¹² Ein solches Recht ist in Bezug auf die eigene Geschäftsunfähigkeit aber nicht ersichtlich: Zwar gibt es im Bereich der Geschäftsunfähigkeit keinen Vertrauensschutz, allerdings gibt es keinen Grund, den Schutz des Geschäftsunfähigen so weit gehen zu lassen, dass er in Bezug auf seinen Zustand aktiv die

¹¹⁰⁴ *Mugdan* 1899b, S. 409f.; ebenso bejahend RG JW 1912, S. 24 (25), sogar für das Nichtaufklären über das Bestehen einer Entmündigung.

¹¹⁰⁵ RG JW 1912, S. 24 (25).

¹¹⁰⁶ Arglist als Vorsatz siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.1.a)aa).

¹¹⁰⁷ BGH NJW 2004, S. 1590 (1593); BGH NJW 2004, S. 2971 (2973 f.); BGH NJW-RR 1992, S. 253 f.; arglistige Täuschung als Sittenwidrigkeit: Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 231; *Abrens und Spickhoff* 2022, S. 211.

¹¹⁰⁸ So im Zusammenhang mit § 123 BGB: Erman BGB/Band 1-Arnold 2023, § 123 BGB Rn. 27; BGH NJW 1981, S. 1441 (1442). Solche Angaben sind von § 826 BGB erfasst: Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 97; RGZ 72, S. 175 ff. Ein Arzt, der ohne hinreichende Untersuchung behaupte, ein Patient sei geisteskrank und müsse entmündigt werden, handle fahrlässig und sittenwidrig.

¹¹⁰⁹ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 97.

¹¹¹⁰ OLG Hamm NJW 1966, S. 2357 (2359); die Haftung dem Grunde nach aber bejahend: LG Mannheim NJW 1969, S. 239 (240).

¹¹¹¹ Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 10.

¹¹¹² Bekannt aus dem Arbeitsrecht, siehe näher Staudinger BGB-Singer und von Finckenstein 2021, § 123 BGB Rn. 33 ff.

Unwahrheit sagen dürfte.¹¹¹³ Denn gleich worauf sich die aktive Täuschungshandlung inhaltlich – ob auf einen aufklärungspflichtigen Umstand oder nicht – bezieht: Sie bewirkt einen Eingriff in die Willensentschließungsfreiheit des Vertragspartners.

Bei beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen und unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betreuten ist eine solche Täuschungshandlung auch vorstellbar, da insbesondere ein Minderjähriger natürlich um seine Minderjährigkeit weiß und daher, wenn es ihm nützt, unter Umständen gewillt ist, das Gegenteil zu behaupten. Bei volljährigen Geschäftsunfähigen dürfte eine arglistige Täuschung aber in der Regel ausgeschlossen sein, denn es sind dieselben Zweifel anzumelden, wie auch schon im Rahmen einer möglichen Deliktsfähigkeit dieser Personengruppe diskutiert:¹¹¹⁴ Der Geschäftsunfähige müsste sich, um eine arglistige Täuschung zu begehen, mit seinem eigenen geistigen Zustand auseinandersetzen können und daher bewusst die Unwahrheit in Bezug auf seinen Zustand behaupten können. Es ist aber äußerst fraglich, wie ihm dies aufgrund seiner geistigen Schwäche, die die Geschäftsunfähigkeit gerade verursacht, gelingen soll: Resultiert die (relative) Geschäftsunfähigkeit gerade daraus, dass eine Person schon das konkrete Rechtsgeschäft nicht versteht, dann ist kaum vorstellbar, dass diese Person um diese Unfähigkeit und um die Nichtigkeit, die daraus folgt und dies es daher zu verschleiern gilt, weiß, und zudem auch noch Motive ausbilden kann, die sie zu dieser Täuschung veranlassen. Wäre sie zu all dem in der Lage, müsste man gar ihre Geschäftsunfähigkeit anzweifeln. Auch bei einer psychotischen Person, die auch nach dem Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit geschäftsunfähig ist, ist fraglich, ob eine arglistige Täuschung ein realistisches Szenario ist: Sie müsste in ihrem Zustand in der Lage sein zu verstehen, dass sich ihr Zustand auf ihre Geschäftsfähigkeit auswirken könnte, was wiederum die Erkenntnis voraussetzt, dass sie überhaupt gerade an einem bestimmten Zustand leidet, und sich diesen Zustand dann bewusst zunutze machen können. Ebenso ist bei einer krankheitsbedingt beeinflussten Person, die ein Geschäft abschließt, das sie eigentlich nicht will, kaum vorstellbar, dass sie dann noch falsche Äußerungen zu ihrer Geschäftsfähigkeit tätigt – aus welchem Grund auch. Merkt sie die Beeinflussung nicht einmal, gibt es auch keinen Anlass zu täuschen.

Neben der arglistigen Täuschung setzt eine Haftung außerdem noch weitere Vorsatzelemente voraus: Eine Haftung sowohl aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB als auch aus § 826 BGB setzt Vorsatz in Bezug auf den gesamten haftungsbegründenden Tatbestand und damit insbesondere auf den eingetretenen Vermögensschaden voraus.¹¹¹⁵ Dabei muss sich das Bewusstsein des Schädi-

¹¹¹³ So in Bezug auf Minderjährige Staudinger *BGB-Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 84.

¹¹¹⁴ Siehe oben unter 4. Kapitel C.II.1.c).

¹¹¹⁵ So zum Vorsatz in Bezug auf den Vermögensschaden i. S. d. § 263 StGB bzw. zu allen

gers auf die konkrete Schadensposition beziehen; das Bewusstsein einer nur allgemeinen Schädigungsmöglichkeit genügt nicht.¹¹¹⁶ § 263 StGB erfordert zudem, anders als § 826 BGB, zusätzlich die Absicht (dolus directus 1. Grades), sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Dieser in § 263 StGB geforderte Vermögensvorteil setzt dabei auch voraus, dass die Leistung wirtschaftlich ausgenutzt werden soll, während bloße Schädigungsabsicht nicht genügt.¹¹¹⁷ Die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB richtet sich folglich auch nach den Motiven des Täters.

Auch aufgrund dieser Vorsatzelemente wird ein Geschäftsunfähiger kaum in der Lage sein, die Haftungstatbestände der § 826 BGB und §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. 263 StGB zu erfüllen. Es ist zweifelhaft, ob eine Person trotz vorhandener Geschäftsunfähigkeit und der damit einhergehenden geistigen Beeinträchtigungen beim Abschluss des Rechtsgeschäfts so planmäßig vorgehen kann, dass er den Eintritt eines Vermögensschadens vorhersieht und zur Erfüllung des Betrugstatbestands zudem durch die Täuschung auch einen Vermögensvorteil erlangen will, um diesen wirtschaftlich zu nutzen. Solche planerischen Fähigkeiten sind mit Geschäftsunfähigkeit, aufgrund derer die Person im Zweifel nicht einmal das Ausgangsgeschäft versteht, eher nicht kompatibel.

Sollten in einem gesondert gelagerten Ausnahmefall doch einmal eine arglistige Täuschung inklusive aller Vorsatzelemente vorliegen, so setzt sowohl eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB als auch aus § 826 BGB im Übrigen den Eintritt eines (Vermögens) Schadens voraus, der allerdings in der Tat auch häufig vorliegen wird: In der Vertragsbindung kann der Schaden dabei zwar nicht bestehen, denn ein Vertrag kommt aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des einen Vertragspartners gerade nicht zustande. Leistet der andere Vertragspartner aber auf der Grundlage eines nichtigen Vertrages, indem er etwa den Besitz an Sachen verschafft oder Dienstleistungen erbringt, ohne dafür eine Gegenleistung zu erlangen, so ist sein Vermögen zumindest um den Wert der erbrachten Leistungen geschädigt.¹¹¹⁸ Dass dem Geschädigten Bereicherungsansprüche zustehen, steht der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen

Merkmale des objektiven Tatbestands: MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 823 BGB Rn. 702. Zum Vorsatzerfordernis in Bezug auf den haftungsbegründenden Tatbestand des § 826 BGB siehe bereits oben unter 3. Kapitel B.IV.3.a)aa).

¹¹¹⁶ Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 826 BGB Rn. 82.

¹¹¹⁷ Vgl. BayObLG JZ 1972, S. 25 (25f.) m. Anm. Schröder und LG Kiel NStZ 2008, S. 219 (220f.), wonach das Haben eines Anspruchs schon als Bereicherung anzusehen sei, auch wenn der Betrüger die Leistung nicht wirtschaftlich verwerte, weil er etwa die Lieferung an einen Dritten ausbedungen habe. Mit anderen Worten liegt aber jedenfalls dann keine Bereicherung vor, wenn es schon – wie bei einem Vertragsschluss durch einen Geschäftsunfähigen – an einem Anspruch fehlt. Zum mangelnden Vermögensvorteil, wenn es nur darum gehe, den Vertragspartner zu ärgern: Schönke/Schröder-Perron 2019, § 263 StGB Rn. 167; Schröder JZ 1972, S. 26.

¹¹¹⁸ BGH, Beschl. v. 31.7.2022 – 1 StR 224/02 im Fall eines unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betreuten, der in Kenntnis des Einwilligungsvorbehalts Bestellungen aufgab.

nicht im Wege.¹¹¹⁹ Im Strafrecht, so bei § 263 StGB, bleiben Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche bei der Feststellung eines Vermögensschadens ebenso außen vor.¹¹²⁰

Der Schadensersatz ist dabei auf das negative Interesse begrenzt: Denn zum einen setzt der Ersatz des Erfüllungsinteresses einen wirksamen Vertrag und das Festhalten am Vertrag voraus.¹¹²¹ Zum anderen kann eine Haftung im Fall der vom Geschäftsunfähigen verursachten Vertragsnichtigkeit ohnehin nicht auf das positive Interesse gerichtet sein, da der Geschäftsunfähige sonst de facto den Vertrag erfüllen müsste, was die §§ 104ff. BGB gerade verhindern wollen.¹¹²² Übersteigt das negative Interesse das positive, so soll er aber (nur) auf das positive Interesse haften.¹¹²³

Schadensersatzansprüche bestehen daher insbesondere auch dann, wenn der eine Teil im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages nutzlose Aufwendungen getätigt hat,¹¹²⁴ sodass in dieser Situation, wenn noch kein Leistungsaustausch stattgefunden hat, diese getätigten Aufwendungen auch den Vermögensschaden i. S. d. § 826 BGB darstellen. Die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB ist dann hingegen zweifelhaft, da der vom Betrüger beabsichtigte Vermögensvorteil – Erhalt der Leistung – nicht unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Vermögensverfügung – Aufwendungen – ist.¹¹²⁵

¹¹¹⁹ Staudinger BGB-*Oechsler* 2021, § 826 BGB Rn. 230: Wurde der nichtige Vertrag noch nicht rückabgewickelt, so bleibe der Geschädigte wirtschaftlich betrachtet nach wie vor gebunden. Einschränkend Staudinger BGB-*Fischinger* 2021, § 138 BGB Rn. 230: Das Bestehen von Bereicherungsansprüchen könne im Zivilrecht einen ersatzfähigen Schaden nur dann beseitigen, wenn dieser geeignet sei, jeglichen Nachteil des Geschädigten auszugleichen, wobei selbst mittelbare Nachteile zum Bestehenbleiben von § 826 BGB führten.

¹¹²⁰ BayObLG JZ 1972, S. 25 m. Anm. *Schröder*: Es komme für die Bestimmung des Schadens nur auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung an, nicht darauf, wie sich die Vermögenslage künftig möglicherweise noch entwickle. Ebenso Schönke/Schröder-Perron 2019, § 263 StGB Rn. 120.

¹¹²¹ BGH NJW 1996, S. 1204: bei Nichtigkeit wegen § 138 BGB lediglich Ersatz des Vertrauensschadens; Haftung auf das Erfüllungsinteresse nur bei Festhalten am Vertrag; BGH NJW 1987, S. 2511 (2512); BGH NJW-RR 1992, S. 253 (254); vgl. BGH NJW 1989, S. 1793 (1794).

¹¹²² *von Tuhr* 1957, S. 359; Staudinger BGB-*Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104ff. BGB Rn. 83.

¹¹²³ Staudinger BGB-*Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104ff. BGB Rn. 83.

¹¹²⁴ Im Zusammenhang mit einer Vertragsnichtigkeit nach § 138 BGB Schadensersatzansprüche auf Ersatz nutzloser Aufwendungen aus § 826 BGB und c.i.c. für möglich haltend: BGH NJW 1987, S. 639 (640); konkret bezogen auf die c.i.c.: BeckOK BGB-*Wendtland*, § 138 BGB Rn. 9. Siehe zur (abgelehnten) vorsätzlichen Schädigung einer Minderjährigen bei Anmietung einer Wohnung bei LG Mannheim NJW 1969, S. 239 (240): Die Minderjährige habe stets den Mietzins gezahlt und sei ersichtlich bemüht gewesen, die Wohnung instandgesetzt zurückzugeben, sodass es ihr nicht daran gelegen sei, dem Vermieter einen Vermögensschaden zuzufügen. Habe der Vermieter dennoch aus Anlass des Auszugs gewisse wirtschaftliche Nachteile hinnehmen müssen (z. B. zusätzliche Renovierungskosten), so beruhten diese Einbußen auf dem gesetzlichen Minderjährigenschutz.

¹¹²⁵ Siehe auch zur fehlenden Stoffgleichheit zwischen Schaden und Vermögensvorteil,

bb) Culpa in contrahendo

Wenn eine deliktische Haftung aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen ist, insbesondere, weil eine vorsätzliche Täuschung über die eigene Geschäftsunfähigkeit kaum zu konstruieren ist, dann kann entsprechend auch der Tatbestand der c.i.c., der ebenso eine zumindest fahrlässige Täuschungshandlung voraussetzt, von einem Geschäftsunfähigen nicht begangen werden. Darüber hinaus ist im Ergebnis für eine Haftung Geschäftsunfähiger aus c.i.c. auch rechtlich kein Raum. Der vollständige Ausschluss einer Haftung aus c.i.c. bei nicht voll geschäftsfähigen und gänzlich geschäftsunfähigen Personen entspricht ganz herrschender Meinung,¹¹²⁶ die Frage ist nur, wie sich dies begründen lässt.

(1) Vertragshaftung gefährdender als Deliktshaftung

Vom Ergebnis her gedacht, drängt sich ein vollständiger Ausschluss der c.i.c. zunächst nicht auf: Denn sofern eine Haftung aus c.i.c. kategorisch aus Gründen eines beispielsweise „absoluten Minderjährigenschutzes“¹¹²⁷ – und zu ergänzen ist: eines absoluten Schutzes nicht (voll) Geschäftsfähiger – abgelehnt wird, stellt sich die Frage, weshalb der nicht voll Geschäftsfähige dann aber für eine vorsätzliche aktive Täuschung zumindest aus Delikt auf den Vertrauensschaden haften sollte. Es kann keine Aushebelung des Schutzes der §§ 104 ff. BGB darstellen, wenn sich diese Ersatzpflicht sodann nicht nur aus der deliktischen Anspruchsgrundlage, sondern zusätzlich auch noch aus c.i.c. ergibt. Eine Täuschung ist vor dem Hintergrund der §§ 104 ff. BGB entweder beachtlich oder unbeachtlich, dann aber gleichermaßen für alle Anspruchsgrundlagen.

Nun sind aber natürlich die Anwendungsbereiche der c.i.c. einerseits und der § 826 BGB und § 832 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB andererseits, nur weil sie beide im Falle einer arglistigen Täuschung eigreifen, dennoch nicht in allen

wenn ein Vertragspartner infolge Nichtdurchführung eines Vertrags Vermögenseinbußen erleidet: BGH NSZ 1998, S. 85 (85); BGH NSZ-RR 2005, S. 180 (181). Hat eine Leistungserbringung hingegen stattgefunden und ist neben diesem Vermögensschaden (Leistung ohne Gegenleistung) zudem noch ein Vertrauensschaden entstanden, so ist dieser Vertrauensschaden aber über § 823 Abs. 2 BGB zu ersetzen. Dieser Schaden hängt zwar nicht mit dem den Betrug begründenden Vermögensschaden zusammen, aber jedenfalls doch mit der Täuschungshandlung. Die Rechtsprechung verfährt zudem in Kausalitätsfragen zwischen Schutzgesetzverletzung und Schaden durchaus großzügig. So etwa in BGH NZG 2014, S. 835 (837): Schadensersatzspruch auch dann (+), wenn der Schaden schon vor dem haftungsbegründenden Schutzgesetzverstoß entstanden ist. Zu diesem Urteil MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 823 BGB Rn. 709.

¹¹²⁶ Canaris NJW 1964, S. 1987 (1988); Dalhoff 1969, S. 64; Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 42; Soergel BGB/Band 5/1a-Harke 2013, § 311 BGB Rn. 54 sogar ausdrücklich für den Fall, dass ein nicht voll Geschäftsfähiger auftrete, als sei er geschäftsfähig; ebenso MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2025, § 106 BGB Rn. 19, ausdrücklich bezogen auch auf den Fall, in dem sich ein Minderjähriger wahrheitswidrig als volljährig bezeichne.

¹¹²⁷ Lorenz JuS 2010, S. 10 (13).

Punkten deckungsgleich. Ließe man eine Anwendung der c.i.c. zu, so erweiterte sich das Haftungsrisiko des Geschäftsunfähigen gegenüber der Deliktshaftung vielmehr erheblich. Die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Delikt- und Vertragshaftung sind bekannt: Die Vertragshaftung ermöglicht, anders als die Deliktshaftung, die Zurechnung von Pflichtverletzungen Dritter über § 278 BGB, sieht eine Verschuldensvermutung vor und gewährt zudem – ohne die erhöhten Voraussetzungen von § 826 BGB und § 283 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB – den Ersatz von Vermögensschäden.¹¹²⁸ Insbesondere ist die c.i.c., anders als die deliktischen Normen, wie schon erwähnt auch auf fahrlässige Täuschungshandlungen anwendbar, was bedeutet, dass – vorausgesetzt, eine fahrlässige Begehung durch den Geschäftsunfähigen ist möglich – schon das fahrlässige aktive Vorspiegeln der eigenen Geschäftsfähigkeit eine Haftung nach sich zöge. Das Verschuldenserfordernis bezieht sich bei der c.i.c. auch nicht auf den eingetretenen Schaden, sondern lediglich auf die Pflichtverletzung, also die Täuschungshandlung – anders so bei den deliktischen Anspruchsgrundlagen, wo der Schadenseintritt schon zum haftungsbegründenden Tatbestand gehört und damit vom Vorsatzerfordernis erfasst sein muss.

Es hülfe daher auch nichts, die c.i.c. durch entsprechenden Zuschnitt der vorvertraglichen Pflichten eines Geschäftsunfähigen nur noch bei vorsätzlicher Täuschung anzuwenden, um möglichst einen Gleichlauf der verschiedenen Anspruchsgrundlagen zu erzeugen, da die anderen Besonderheiten des vertraglichen Schadensersatzanspruchs, also die Verschuldensvermutung und die Möglichkeit, Handlungen Dritter zuzurechnen, bestehen blieben. Insbesondere gilt die Verschuldensvermutung gerade auch dann, wenn eine Haftung auf Vorsatz beschränkt sein soll: Denn eine Differenzierung der Vermutungswirkung nach Verschuldensgrad lehnt die Rechtsprechung ausdrücklich ab, sodass beispielsweise auch der Schuldner, der nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit haftet, nachweisen muss, dass diese Verschuldensgrade nicht vorliegen.¹¹²⁹ Im Rahmen der deliktischen Anspruchsgrundlagen muss der Vorsatz hingegen vom Geschädigten nachgewiesen werden.¹¹³⁰ Zwar mag die Rechtsprechung bei § 826 BGB regelmäßig zumindest von der Sittenwidrigkeit auf den Schädigungsvorsatz schließen,¹¹³¹ dies funktioniert aber eben nur, wenn zunächst einmal die Sittenwidrigkeit und damit der Täuschungsvorsatz selbst feststehen.

Damit erweist sich eine Haftung aus c.i.c. als gefährdender als eine deliktische Haftung. Dass dies als Grund allein genügt, damit die c.i.c. zwingend als Haftungstatbestand ausscheiden müsste, ist damit allerdings noch nicht gesagt. Letztlich ist dies aber auch nicht zu entscheiden, denn der Grund für die

¹¹²⁸ Siehe zu den entsprechenden Schwächen des Deliktsrechts: Soergel BGB/Band 5/1a-Harke 2013, § 311 BGB Rn. 7 ff.

¹¹²⁹ Erman BGB/Band 1-Ulber 2023, § 280 BGB Rn. 126; vgl. BGH NJW 1967, S. 622 (625).

¹¹³⁰ So zu § 826 BGB MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 826 BGB Rn. 60.

¹¹³¹ Siehe oben unter 3. Kapitel B.IV.a)aa).

Nichtanwendbarkeit der c.i.c. ist weniger im Ergebnis und der mit ihr einhergehenden Haftungserweiterung zu suchen, sondern vielmehr in ihrer dogmatischen Grundlage.

(2) *Culpa in contrahendo als Vertrauenshaftung*

Schon der Grundgedanke, weshalb im vorvertraglichen Bereich überhaupt eine Haftung bestehen kann, ist auf Personen, denen die Fähigkeit, selbstbestimmt am Rechtsverkehr teilzunehmen, versagt wird, nicht anwendbar. Dies gilt zunächst auf jeden Fall *de lege lata* für Personen, die wegen § 105 Abs. 1 BGB überhaupt nicht rechtswirksam handeln können. Aber auch in dem Fall, dass § 105 Abs. 1 BGB durch ein Zustimmungsmodell ersetzt werden sollte, ist die Anwendung der c.i.c., bis auf kleinere Ausnahmen, nicht angezeigt.

So handelt es sich bei der c.i.c. im Kern um ein Instrument der Vertrauenshaftung.¹¹³² Der Vertrauensgedanke als Grundlage der Haftung aus c.i.c. gilt zwar inzwischen nicht mehr in allen Zusammenhängen als hinreichende Erklärung für dieses Rechtsinstitut,¹¹³³ aber ganz wegzudiskutieren ist er nicht: Dies zeigt sich schon durch die Regelung des § 311 Abs. 3 BGB, wonach ein Dritter wie der potenzielle Vertragspartner haftet, sofern er besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt.¹¹³⁴ Das Vertrauen wird im vorvertraglichen Bereich in Bezug darauf begründet, die einem Vertragspartner obliegenden Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB erfüllen zu wollen, Vertragspartner sein zu wollen und damit die Bereitschaft zu besitzen, auf die Interessen des anderen Rücksicht zu nehmen.¹¹³⁵ Es wird das Vertrauen gewährt, sich wie ein „redlicher Vertragspartner“ zu verhalten¹¹³⁶ und die Interessen des anderen stärker zu achten, als dies „unter dem Gesichtspunkt der Gemeinverträglichkeit im normalen Umgang der Menschen miteinander geboten ist“.¹¹³⁷

¹¹³² *Ballerstedt* AcP (151) 1951, S. 501 (507); *Canaris* NJW 1964, S. 1987 (1987); *Canaris* JZ 1965, S. 457 (476 f.); *Canaris* 1971, S. 538; *Dalhoff* 1969, S. 61 ff.; *Breidenbach* 1989, S. 47 ff.; auf den Vertrauensgedanken ebenso bereits abstellend *Stoll* 1936, S. 26 f.; kritisch *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, S. 163 (168 ff.).

¹¹³³ Das Vertrauenselement gänzlich ablehnend BGH NZ-Bau 2011, S. 489 (500), da der Wortlaut von §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 und 311 Abs. 2 BGB nur noch auf die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten abstelle; die Inanspruchnahme von Vertrauen als Voraussetzung der c.i.c. ergebe sich hieraus nicht. Mehrere Aspekte als Grundlage der c.i.c. anführend: *MüKo BGB/Band 3-Emmerich* 2022, § 311 BGB Rn. 43.

¹¹³⁴ *Soergel BGB/Band 5/1a-Harke* 2013, § 311 BGB Rn. 17; *BeckOGK-Herresthal*, § 311 BGB Rn. 196, 199.

¹¹³⁵ *Soergel BGB/Band 5/1a-Harke* 2013, § 311 BGB Rn. 18.

¹¹³⁶ *Soergel BGB/Band 5/1a-Harke* 2013, § 311 BGB Rn. 19.

¹¹³⁷ *Dalhoff* 1969, S. 62 f.; ähnlich *Stoll* 1936, S. 26 f.: Das Vertrauensverhältnis halte die Parteien an, „gemeinsam auf die Verwirklichung der Leistung hinzuwirken“ und schütze „vor der Beeinträchtigung von Interessen, denn es wird durch die Begegnung im Schuldverhältnis eine besondere gegenseitige Einwirkung auf die Person und Güter ermöglicht.“

Dieses Vertrauen kann zunächst grundsätzlich auch ein Geschäftsunfähiger erwecken, auch dann, wenn seine Rechtshandlungen dem geltenden Recht entsprechend nach § 105 Abs. 1 BGB vollständig nichtig sind. Zwar heißt es teils, ein Vertrauen erwecken könne nur derjenige, dem das eigene willentliche Tun zurechenbar sei.¹¹³⁸ In vergleichbarer Weise wird angeführt, ein Geschäftsunfähiger könne über § 105 Abs. 1 BGB analog ein Schuldverhältnis aus vorvertraglichem Kontakt nicht begründen.¹¹³⁹ Richtig ist keines von beiden, denn ein vorvertragliches Schuldverhältnis und das diesem zu Grunde liegende Vertrauen wird gerade nicht durch rechtsgeschäftliches Tun ausgelöst: Die die c.i.c. auslösenden Tatbestände des § 311 Abs. 2 Nr. 1–3 BGB setzen weder rechtsgeschäftliches noch geschäftsähnliches Tun voraus, sondern es handelt sich beim dort beschriebenen „rechtsgeschäftlichen Kontakt“¹¹⁴⁰ um rein tatsächliche Vorgänge.¹¹⁴¹ Das vorvertragliche Schuldverhältnis entsteht per Gesetz, aufgrund einer tatsächlichen Beziehung zwischen den Parteien, und hängt nicht vom Willen der Parteien ab.¹¹⁴² Zwar kennt auch der „rechtsgeschäftliche Kontakt“ ein Willensmoment: Als Willensmoment erforderlich für die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB, ist ein zweiseitiger und aktiver Austausch mit der Absicht, eine rechtsgeschäftliche Bindung einzugehen.¹¹⁴³ Da diese Absicht aber keine rechtsgeschäftliche Qualität hat, kann diese Absicht auch ein Geschäftsunfähiger ausbilden.

Dass es aufgrund der Geschäftsfähigkeit wegen § 105 Abs. 1 BGB niemals zu einem Vertragsschluss kommen kann, hindert die Anwendung der c.i.c. ebenso nicht: Denn diese Haftung erfasst auch gerade die Fälle bzw. § 311 Abs. 2 BGB ordnet ein vorvertragliches Schuldverhältnis auch gerade dann an, wenn ein späterer Vertragsschluss scheitert.¹¹⁴⁴ So steht beispielsweise auch Sittenwidrigkeit einem wirksamen Vertragsschluss im Wege, dennoch sind Ansprüche aus

¹¹³⁸ *Dalhoff* 1969, S. 64 f.; siehe auch zum Ausschluss der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht im Fall von Minderjährigkeit des Vertreters bei MüKo BGB/Band 1-*Schubert* 2025, § 179 BGB Rn. 64: Die Schaffung eines Vertrauensstatbestandes sei dem Minderjährigen nicht zurechenbar. Wenn dem aber so wäre, weshalb sah sich der Gesetzgeber dann genötigt, die Haftung über § 179 Abs. 3 S. 2 BGB zum Schutz des Minderjährigen explizit auszuschließen? Es geht bei § 179 Abs. 3 S. 2 BGB vielmehr um den Gedanken, dem Minderjährigenschutz Vorrang vor dem Vertrauensprinzip einzuräumen, siehe *Chiusi* Jura 2005, S. 532 (535).

¹¹³⁹ Staudinger BGB-*Knothe* 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 43.

¹¹⁴⁰ Begriff bei *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, S. 163 (173); *Canaris* 1971, S. 444.

¹¹⁴¹ *Canaris* NJW 1964, S. 1987 (1988), eine Haftung aus c.i.c. Minderjähriger aber im Ergebnis ablehnend; vgl. auch BeckOGK-*Herresthal*, § 311 BGB Rn. 309, wonach das Handeln des Geschäftsunfähigen den Tatbestand nach § 311 Abs. 2 BGB erfüllen könne, eine Haftung aber dennoch ausgeschlossen sei.

¹¹⁴² *Canaris* JZ 1965, S. 475 (476); *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, S. 163 (163).

¹¹⁴³ BeckOGK-*Herresthal*, § 311 BGB Rn. 288; Staudinger BGB-*Feldmann* 2023, § 311 BGB Rn. 107.

¹¹⁴⁴ Staudinger BGB-*Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 74; allgemein dazu, dass

c.i.c. möglich.¹¹⁴⁵ Dass ein vorvertragliches Schuldverhältnis unter Beteiligung eines Geschäftsunfähigen entstehen kann, zeigt sich im Übrigen auch darin, dass zumindest die Berechtigung des Geschäftsunfähigen aus c.i.c. anerkannt wird: In diesem Szenario soll § 105 Abs. 1 BGB gerade keine Rolle spielen, sondern es wird lediglich darauf abgestellt, dass für die Entstehung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses schon die bloße Absicht genüge, einen Vertrag schließen zu wollen.¹¹⁴⁶ So sei auch das Vertrauen auf den besonderen Schutz der eigenen Rechtsgüter kein rechtsgeschäftliches, sondern ein tatsächliches, das auch Geschäftsunfähige haben könnten.¹¹⁴⁷

Der Zustand der Geschäftsunfähigkeit steht der Erfüllung aller Voraussetzungen einer Haftung aus c.i.c. folglich nicht per se im Wege. Der Grund für Nichtanwendbarkeit der c.i.c. wird daher häufig in einer Art freischwebender Abwägung zwischen dem Schutz nicht voll Geschäftsfähiger einerseits und dem Vertrauensschutz andererseits gesucht und sodann darauf abgestellt, die Rechtsordnung habe sich nun einmal für einen Vorrang des Schutzes des nicht voll Geschäftsfähigen entschieden, was auch auf die c.i.c. durchschlagen müsse.¹¹⁴⁸ Dass dies als Begründung aber nicht genügen kann, wurde bereits belegt, da dieser Vorrang doch dann auch auf die Haftungstatbestände des Deliktsrecht durchschlagen müsste.

So freischwebend müssen die Argumente aber auch nicht bleiben, wenn man die Überlegungen nicht bei der Subsumtion unter die Voraussetzungen der c.i.c. enden lässt, sondern sich auf den Ursprung der c.i.c. als Instrument der Vertrauenshaftung besinnt: Die Vertrauenshaftung ist mit den Worten von *Canaris* das „Korrelat der Privatautonomie“ und hängt damit spezifisch mit rechtsgeschäftlichem Handeln zusammen.¹¹⁴⁹ Dies bedeutet aber nicht nur, dass der rechtsgeschäftliche Kontakt gleichzeitig auch das haftungsbegrenzende Merkmal und die c.i.c. auf solche Kontakte, im Gegensatz zu sozialen Kontakten, beschränkt ist.¹¹⁵⁰ Aus dieser Verknüpfung folgt auch, dass die Privatautonomie selbst bzw.

die c.i.c. auch dann Anwendung findet, wenn ein Vertragsschluss scheitert: BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 287.

¹¹⁴⁵ Siehe beispielsweise BGH NJW 1996, S. 1204; Erman BGB/Band 1-Dieckmann 2023, § 311 BGB Rn. 35.

¹¹⁴⁶ Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 44; a. A. und eine Berechtigung des Geschäftsunfähigen aus c.i.c. ablehnend Dalhoff 1969, S. 71 ff.: Mit einem Geschäftsunfähigen komme kein vorvertragliches Schuldverhältnis zustande, weil eine rechtsgeschäftliche Kontaktaufnahme mit einer solchen Person von vornherein sinnlos sei. Daher habe auch ein Dritter kein Interesse daran, mit einem Geschäftsunfähigen in rechtsgeschäftlichen Kontakt zu treten, sodass niemand die Erwartung hervorrufe, die Interessen des Geschäftsunfähigen stärker beachten zu wollen, als dies unter Berücksichtigung allgemeiner Verkehrssicherungspflichten der Fall sei.

¹¹⁴⁷ BeckOGK-Herresthal, § 311 BGB Rn. 308.

¹¹⁴⁸ So aber *Canaris* NJW 1964, S. 1987 (1988).

¹¹⁴⁹ *Canaris* 1971, S. 440, 538.

¹¹⁵⁰ *Canaris* 1971, S. 444.

die Fähigkeit zu privatautonomem Handeln haftungsbegrenzend sein muss. So ist nicht nur die Privatautonomie ohne das Gegenstück der Verantwortung in Form der Vertrauenshaftung nicht denkbar, sondern auch diese Verantwortung nicht ohne das Gegenstück der Privatautonomie: Nur wer überhaupt die Fähigkeit zu privatautonomem Handeln hat bzw. wem die Rechtsordnung diese zuspricht, muss auch für die Kehrseite dieser Freiheit verantwortlich sein und im Gegenzug für von ihm selbst geschaffenes Vertrauen im rechtsgeschäftlichen Kontext eintreten.¹¹⁵¹ Es lässt sich in diesem Zusammenhang auch von gesteigerter Verantwortung als Gegenstück privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten sprechen.¹¹⁵² Als Ausgleich für das erhöhte Schadensrisiko, welches durch die besondere Nähebeziehung schon im Zeitraum der Anbahnung eines Rechtsverhältnisses, in dem sich die Parteien in den Einflussbereich der jeweils anderen Partei begeben, entsteht, erwachsen besondere Schutzpflichten.¹¹⁵³ Es wäre auch dem Funktionieren der Privatautonomie als Mittel der Organisation menschlichen Zusammenlebens nicht gedient, wenn die Wahrnehmung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsfreiheit nicht auch mit einer gesteigerten Verantwortung für die Interessen des jeweils anderen einherginge, um den rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht durch gegenseitiges Misstrauen zu behindern.¹¹⁵⁴

Aus dieser Verzahnung von Privatautonomie einerseits und Vertrauenshaftung bzw. gesteigerter Verantwortlichkeit andererseits folgt denknotwendig, dass ein Geschäftsunfähiger, dessen rechtsgeschäftliche Handlungen ausnahmslos nichtig sind, nicht Vertrauenshaftungsschuldner bzw. in besonderem Maße verantwortlich sein kann: Ihn träfe ansonsten einseitig eine Haftung, ohne dass er im Gegenzug überhaupt Privatautonomie genösse.¹¹⁵⁵ Eine Haftung des Geschäftsunfähigen über die Grenzen des Deliktsrechts hinaus ist folglich nicht gerechtfertigt.

Dass der Geschäftsunfähige hingegen wie gesehen¹¹⁵⁶ Gläubiger eines Anspruchs aus c.i.c. sein können soll, ist unproblematisch, wenn man anerkennt,

¹¹⁵¹ Siehe bereits oben 2. Kapitel A.II.

¹¹⁵² *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge*. Gedenkschrift Franz Gschnitzer, S. 163 (173 f.), der im Übrigen die c.i.c. nicht auf den Vertrauensgedanken stützt, sondern nur auf den Gedanken gesteigerter Verantwortlichkeit als Gegenstück der Privatautonomie. Wenn man aber auch den Vertrauensgedanken an die Privatautonomie rückkoppelt, ergeben sich keine Unterschiede. Im Übrigen lassen sich auch Vertrauensschutz und Verantwortung als Ausprägungen der Privatautonomie nicht vollständig trennen: Die gesteigerte Verantwortung besteht schließlich auch gerade deswegen, weil der Vertragspartner auf den Schutz seiner Interessen vertraut, siehe *Canaris* 1971, S. 442 Fn. 16. Vgl. auch den Gedanken von *Soergel BGB/Band 5/1a-Harke* 2013, § 311 BGB Rn. 20, wonach die vorvertragliche Haftung mit der vertraglichen Haftung zusammenhänge, unabhängig davon, ob der Vertrag zustande komme oder nicht.

¹¹⁵³ *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge*. Gedenkschrift Franz Gschnitzer, S. 163 (174).

¹¹⁵⁴ *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge*. Gedenkschrift Franz Gschnitzer, S. 163 (174).

¹¹⁵⁵ *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge*. Gedenkschrift Franz Gschnitzer, S. 163 (176), allerdings nicht auf den Vertrauensgedanken abstellend.

¹¹⁵⁶ Siehe oben bei Fn. 1146.

dass die vorvertraglichen Schutzpflichten nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, sodass die Ablehnung der Pflichten des einen nichts am Bestand der Pflichten des anderen ändert.¹¹⁵⁷ Die Haftung des Geschäftsfähigen ist auch deswegen gerechtfertigt, weil dieser eben gerade in Ausübung seiner ihm von der Rechtsordnung gewährten Privatautonomie handelt.¹¹⁵⁸

Eine Haftung aus c.i.c. ist im Übrigen auch dann grundsätzlich ausgeschlossen, wenn eine Person beschränkt geschäftsfähig ist, wie es aktuell bei Minderjährigen der Fall ist und wie es nach hier vertretener Ansicht auch für volljährige Geschäftsunfähige vorgeschlagen wird: Diese Personengruppen sind grundsätzlich nicht Haftungsschuldner einer c.i.c. Die Nichtanwendung der c.i.c. ist aber dann nur so lange gerechtfertigt, wie das Recht des beschränkt Geschäftsfähigen auf privatautonome Teilnahme am Rechtsverkehr tatsächlich beschränkt ist und er nicht ausnahmsweise doch dieselben Kompetenzen wie ein Geschäftsfähiger hat: Entsprechend muss eine Haftung aus c.i.c. dann möglich sein, wenn der vorvertragliche Kontakt mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgt.¹¹⁵⁹ Dies entspricht auch der Wertung des § 179 Abs. 3 S. 2 HS. 2 BGB, wonach der Minderjährige falsus procurator haftet, wenn sein gesetzlicher Vertreter dem Vertreterhandeln zugestimmt hat.¹¹⁶⁰ Eine Haftung aus c.i.c. entsteht auch bzw. erst recht auch dann, wenn sich die Zustimmung auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts bezieht, da der Abschluss eines Rechtsgeschäfts ohne vorvertragliche Phase nicht denkbar ist.¹¹⁶¹ Zustimmung ist im Übrigen weit zu verstehen und meint nicht nur die vorherige Zustimmung in Form einer Einwilligung, sondern auch die Genehmigung.¹¹⁶² Auch dies entspricht wiederum der Wertung von § 179 Abs. 3 S. 2 HS. 2 BGB, da auch die nachträgliche Zustimmung die Haftung des beschränkt geschäftsfähigen falsus procurator begründet.¹¹⁶³

Und schließlich muss eine Haftung aus c.i.c. auch für vorteilhafte Geschäfte, die der beschränkt Geschäftsfähige selbstständig abschließen kann, möglich

¹¹⁵⁷ *Canaris* NJW 1964, S. 1987 (1989).

¹¹⁵⁸ *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, S. 163 (176).

¹¹⁵⁹ *Canaris* NJW 1964, S. 1987 (1988); *Flume* 1992, S. 205 f.; *BeckOGK-Abrens*, § 106 BGB Rn. 31; *Staudinger und Steinrötter* JuS 2012, S. 97 (101); *Staudinger BGB-Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 71.

¹¹⁶⁰ *Canaris* NJW 1964, S. 1987 (1988).

¹¹⁶¹ Die c.i.c. ohnehin nur bei Einwilligung in das Rechtsgeschäft für möglich haltend *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, S. 163 (176).

¹¹⁶² Die c.i.c. ausdrücklich auch bei Genehmigung des Rechtsgeschäfts für möglich haltend auch *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, S. 163 (176); siehe auch *Staudinger BGB-Knothe* 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 42 von der Zustimmung „entsprechend der §§ 107 ff.“ sprechend.

¹¹⁶³ Siehe zur Haftung aus § 179 Abs. 3 S. 2 BGB auch nach Genehmigung *Chiusi* Jura 2005, S. 532 (535 f.); *BeckOGK-Ulrich*, § 179 BGB Rn. 81; *BeckOK BGB-Schäfer*, § 179 BGB Rn. 30; *MüKo BGB/Band 1-Schubert* 2025, § 179 BGB Rn. 65; a. A. *Prölss* JuS 1986, S. 169 (172).

sein.¹¹⁶⁴ Denn lässt sich das Selbstbestimmungsrecht entsprechend aufsplitten – manche Geschäfte wirksam, manche schwebend unwirksam –, dann gibt es keinen Grund, dies nicht auch für die damit spiegelbildlich einhergehende Verantwortung anzunehmen.¹¹⁶⁵ Der beschränkt Geschäftsfähige ist durch das Erfordernis der Deliktsfähigkeit ausreichend geschützt. Dabei kann die rechtliche Vorteilhaftigkeit im Einzelfall schwer zu bestimmen sein, so etwa dann, wenn bei Kontaktaufnahme der konkrete Inhalt noch nicht feststeht und es so dann auch nicht zum Vertragsschluss kommt.¹¹⁶⁶ Diese Problematik sollte aber nicht die Möglichkeit einer Haftung aus c.i.c. insgesamt in Zweifel ziehen können, sondern auf die Ebene der Beweislastverteilung verlagert werden: Kann der Anspruchsteller nicht nachweisen, dass die Aufnahme des Geschäftskontakts auf den Abschluss eines vorteilhaften Geschäfts abzielte, scheidet ein Anspruch aus c.i.c. entsprechend aus.

Gerade für die hier untersuchte Konstellation der Haftung für eine etwaige Vertragsnichtigkeit bei Täuschung über die eigene Geschäftsfähigkeit spielen aber all diese Ausnahmen keine Rolle: Denn sowohl dann, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger die Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters besitzt, als auch dann, wenn das Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist und er es deshalb ohnehin selbst abschließen kann, ist das Geschäft wirksam. Nicht nur kann dem Vertragspartner dann kein Schaden entstehen, es ist auch eine „Täuschung“ über die eigene „Geschäftsunfähigkeit“ gegenstands- und folgenlos. Bleibt der Vertrag hingegen unwirksam, liegt keine Ausnahmesituation vor, in der eine Haftung beschränkt Geschäftsfähiger aus c.i.c. gerechtfertigt wäre. Es bleibt im Ergebnis daher dabei, dass ein nicht voll Geschäftsfähiger nicht aus c.i.c. für die Vortäuschung seiner eigenen Geschäftsfähigkeit und die hieraus folgende Vertragsnichtigkeit haftet.¹¹⁶⁷

¹¹⁶⁴ Frotz, in: *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, S. 163 (176); *Neuner* 2023, S. 406 Rn. 72; a. A. *Staudinger BGB-Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 71.

¹¹⁶⁵ Vgl. *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, S. 163 (176): Haftung (nur) insoweit, wie der beschränkt Geschäftsunfähige einem Geschäftsfähigen gleichgestellt ist.

¹¹⁶⁶ Daher eine Haftung aus c.i.c. im Fall der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit ausschließend: *Staudinger BGB-Klump* 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 71.

¹¹⁶⁷ Eine Haftung käme allenfalls dann in Betracht, wenn der gesetzliche Vertreter nur der rechtsgeschäftlichen Kontaktaufnahme zugestimmt hätte, nicht aber dem Geschäft selbst. Dann bliebe der beschränkt Geschäftsfähige für das Geschäft geschäftsunfähig und seine Täuschung daher mit Konsequenzen verbunden, sodass eine Haftung aus c.i.c. bei Unwirksamkeit des Geschäfts möglich wäre. Gerade für volljährige Geschäftsunfähige ist hier aber wieder zu berücksichtigen, dass ein Szenario, in der der Geschäftsunfähige über seine eigene Geschäftsunfähigkeit täuschen könnte, kaum denkbar ist.

cc) § 122 BGB analog

Zu Recht abgelehnt wird auch eine Vertrauenshaftung analog § 122 BGB.¹¹⁶⁸ Grund ist zwar auch hier wieder nicht die mehr oder weniger freischwebende Überlegung, dass der Minderjährigenschutz – bzw. auch der Schutz Geschäftsunfähiger – den Vertrauensschutz überwiege.¹¹⁶⁹ Der Grund für diesen Ausschluss ist vielmehr auch hier in der Überlegung zu finden, dass Vertrauenshaftung ohne gleichzeitige Fähigkeit zu privatautonomem Handeln nicht sachgerecht ist.

Hinzukommt, dass die Haftung aus § 122 BGB analog auch nicht an das aktive Vorspiegeln anknüpfte, das aber, wenn überhaupt, nur haftungsbegründend sein sollte, sondern allein an die Vertragsnichtigkeit wegen des Zustands der Geschäftsunfähigkeit: Denn § 122 analog bezieht sich auf die Haftung für zur Nichtigkeit einer Erklärung führende Gründe, die allein aus der Sphäre des Handelnden stammen.¹¹⁷⁰ Grund der Unwirksamkeit der Erklärung ist aber nicht die aktive Täuschung, sondern allein die Geschäftsunfähigkeit selbst, die für sich genommen aber keinen Haftungstatbestand erfüllen kann, da dies auf einen Gutglaubensschutz hinausliefe.¹¹⁷¹ Folglich gelingt es auch nicht, § 122 BGB analog auf die Fälle aktiver Täuschung zu begrenzen.

3. Haftungstatbestand bei fehlender Deliktsfähigkeit: § 829 BGB

a) Lücken des § 829 BGB

Ist ein Geschäftsunfähiger deliktsunfähig, wonach nach geltendem Recht stets und im Fall der Anerkennung einer relativen Delikts- und Geschäftsfähigkeit jedenfalls dann auszugehen ist, wenn Geschäfts- und Deliktsfähigkeit in Bezug auf ein und dieselbe Handlung zu beurteilen sind, so kommt eine Haftung nur über den „Millionärsparagraf“¹¹⁷² des § 829 BGB in Betracht.

Diese Vorschrift setzt voraus, dass eine Person im Zustand der Deliktsunfähigkeit einen der Tatbestände der §§ 823–826 BGB erfüllt und hierdurch einen Schaden verursacht hat. Zum Ersatz dieses Schadens ist der Deliktsunfähige jedenfalls dann verpflichtet, wenn der Ersatz nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann und die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert

¹¹⁶⁸ Ausdrücklich bezogen auf den Minderjährigen, der seine Volljährigkeit behauptet: MüKo BGB/Band 1-Spickhoff 2021, § 106 BGB Rn. 19; ebenso ausdrücklich bezogen auf den Fall des seine Volljährigkeit behauptenden Minderjährigen: Staudinger BGB-Klump 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 73. Ebenso Lorenz JuS 2010, S. 10 (13).

¹¹⁶⁹ Siehe etwa Staudinger BGB-Klump 2021, Vorbem. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 73: Die vertrauensschützende Regelung des § 122 BGB könne den „Minderjährigenschutz nicht aufbrechen“.

¹¹⁷⁰ Canaris 1971, S. 53; MüKo BGB/Band 1-Armbrüster 2025, § 122 BGB Rn. 4.

¹¹⁷¹ Siehe bereits oben unter 4. Kapitel C.II.2.a).

¹¹⁷² BGH NJW 1980, S. 1623 (1624); Donath BB 1991, S. 1881 (1883).

und dem Schädiger nicht die Mittel entzogen werden, derer er zum angemessenen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf.

Unumstritten war die Schaffung dieser Regelung im Gesetzgebungsprozess jedoch nicht: So habe zwar das Allgemeine Preußische Landesrecht I, 6 §§ 41, 44 zumindest eine subsidiäre Ersatzpflicht vorgesehen, ebenso das österreichische Gesetzbuch in §§ 1309, 3110 und auch das Schweizer Recht kenne eine im Ermessen des Richters stehende Ersatzpflicht; dennoch heißt es im ersten Entwurf zum BGB: „Erwägungen der angeblich höheren Gerechtigkeit oder Billigkeit, oder Rücksicht auf ein erhebliches praktisches Bedürfnis rechtfertigen nicht eine derartige Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.“¹¹⁷³ Es rechtfertige allein die Schuld eine Schadensersatzpflicht, nicht allein die Veranlassung; zu dieser Erkenntnis habe sich die „Rechtsentwicklung im Gefolge einer gesteigerten Kultur durchgerungen“.¹¹⁷⁴ Hiervon abzuweichen, belastete die individuelle Freiheit mit einer unberechenbaren Verantwortlichkeit und lasse ihr kein Gebiet übrig, „auf dem sie sich ungehemmt entfalten könnte“.¹¹⁷⁵

Dennoch hat sich § 829 BGB im Ergebnis durchgesetzt. Knackpunkt des in § 829 BGB verankerten Prinzips von „*richesse oblige*“¹¹⁷⁶ ist dabei, dass der Deliktsunfähige vollständig einen deliktischen Haftungsstatbestand erfüllt haben muss, mit Ausnahme, mangels Deliktsfähigkeit, des Verschuldens. Der Prüfungspunkt des Verschuldens wird durch einen Vergleich aufgefüllt: Es muss geprüft werden, ob die den Tatbestand erfüllende Handlung einem normalen erwachsenen Menschen, wenn er sie ausgeführt hätte, zum Verschulden gereichte.¹¹⁷⁷ Damit wäre § 829 BGB auf den deliktsunfähigen Geschäftsunfähigen beispielweise anwendbar, wenn er seine Geschäftsfähigkeit aktiv vortäuschte – vorausgesetzt, dies ist überhaupt möglich –, weil er damit die Tatbestände des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB bzw. § 826 BGB erfüllte und entsprechend haftete, wenn er – was jedoch ebenso ein sehr theoretisches Konstrukt sein dürfte – trotz seiner Geschäftsunfähigkeit gleichzeitig deliktsfähig wäre.¹¹⁷⁸

Liegt aber keine Handlung vor, die eine deliktische Haftung aus §§ 823 ff. BGB begründet, ist § 829 BGB nicht anwendbar. Da weder § 829 BGB ins Vertragsrecht noch § 276 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 829 BGB verweist, haftet ein Geschäfts- und Deliktsunfähiger beispielsweise dann nicht, wenn eine Person im

¹¹⁷³ *Mugdan* 1899b, S. 410.

¹¹⁷⁴ *Mugdan* 1899b, S. 1084.

¹¹⁷⁵ *Mugdan* 1899b, S. 1084; siehe kritisch *Breit* Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (141): „Ebenso schöne wie inhaltsleere Worte!“.

¹¹⁷⁶ *Deutsch* JZ 1964, S. 86 (89).

¹¹⁷⁷ BGH JZ 1963, S. 99 (99); MüKo BGB/Band 7-Wagner 2024, § 829 BGB Rn. 7f.: Die Billigkeitshaftung setze ein Verhalten voraus, das als ein Verhalten eines Zurechnungsfähigen gedacht, die Voraussetzungen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit erfüllte.

¹¹⁷⁸ Siehe oben unter 4. Kapitel C.II.1.c).

Zustand der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit eine bestehende vertragliche Pflicht verletzt, die sie zu einem früheren Zeitpunkt im Zustand der Geschäftsfähigkeit eingegangen ist.¹¹⁷⁹ Aber auch dann, wenn der Geschäftsunfähige „einfach nur“ einen nichtigen Vertrag abschließt, ohne weitere Täuschungshandlung, fehlt es an einer deliktischen Handlung, selbst dann, wenn er von seiner eigenen Geschäftsunfähigkeit wüsste und den Vertragspartner schwer schädigte.¹¹⁸⁰ Denn weder erklärt er durch den Abschluss konkludent seine Geschäftsfähigkeit noch trifft ihn eine Aufklärungspflicht hinsichtlich seines Zustands.¹¹⁸¹ Wenn der Vertragspartner in einer solchen Situation also sonstige Vermögensdispositionen im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrags tätigt, bleibt er also auf seinem Schaden sitzen, da mangels Eigentumsverletzung auch § 823 BGB keine Anwendung findet.¹¹⁸² Er kann diesen Schaden auch nicht als Minderung seiner eigenen Bereicherung dem Geschäftsunfähigen in Rechnung stellen.¹¹⁸³

Die Tatsache, dass § 829 BGB die Billigkeitshaftung nur für deliktische Handlungen vorsieht, nicht aber für rechtsgeschäftlich zugefügte Schäden, insbesondere solche, die durch die Vertragsnichtigkeit entstehen, wird seit jeher als widersprüchlich bewertet, was mit folgendem Beispiel belegt wird:¹¹⁸⁴ Ein Geschäftsunfähiger begebe sich in einen Antiquitätenladen und zerschlage dort absichtlich eine kostbare Statue. Als deliktische Handlung mache er sich Schadensersatzpflichtig, bei Deliktsunfähigkeit nach § 829 BGB, wenn er besonders vermögend sei. Kaufe er die Statue und verschenke er sie an den Erstbesten auf der Straße, so stehe dem Käufer weder ein Anspruch auf den Kaufpreis zu noch, mangels Bereicherung, ein Bereicherungsanspruch.¹¹⁸⁵ Schadensersatz könne er ebenso nicht verlangen, da er lediglich einen rechtsgeschäftlichen Schaden erlitten habe.

Es ließe sich in diesem Beispiel allenfalls erwägen, eine Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB zu konstruieren: Eine solche Verletzung liegt nämlich auch dann vor, wenn der Eigentümer auf die Sache keinen Zugriff mehr hat, weil diese sich nun im Besitz eines Dritten befindet und der Eigentümer nicht weiß, wo die Sache ist.¹¹⁸⁶ Dies gilt selbst dann, wenn der Eigentümer die Sache, bevor sie in den Besitz des unbekannten Dritten mit unbekanntem Aufenthalt

¹¹⁷⁹ a. A. *Weimar* MDR 1965, S. 263 f.

¹¹⁸⁰ *Mönch* 1927, S. 8; siehe auch *Rümelin* 1912, S. 61: Das fahrlässige Abschließen eines Vertrages sei keine unerlaubte Handlung.

¹¹⁸¹ Siehe oben unter 4. Kapitel C.II.2.a).

¹¹⁸² *Simon* JW 1913, S. 291 (295).

¹¹⁸³ *von Tuhr* 1957, S. 358 f.

¹¹⁸⁴ Beispiel bei *Breit* Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (141); übernommen von *Mönch* 1927, S. 8.

¹¹⁸⁵ Der Verkäufer hingegen muss seine Bereicherung herausgeben.

¹¹⁸⁶ BGH, Urt. v. 28.2.1975 – I ZR 112/74, BeckRS 1975, 3038687; BeckOGK-Voigt, § 823 BGB Rn. 149.

gelangt ist, schon aus der Hand gegeben hat und daher im Zeitpunkt der schädigenden Handlung schon bereit war, seine Zugriffsmöglichkeit aufzugeben.¹¹⁸⁷ Allerdings ist fraglich, ob dies auch dann gelten kann, wenn im Zeitpunkt der Schädigungshandlung bereits *jegliche* Zugriffsmöglichkeit verloren war: Denn der Verkäufer hat den Geschäftsunfähigen mit der Antiquität schon vollständig aus seiner Einflussosphäre entlassen und auch kein Interesse mehr daran, zu wissen, wo diese ist, denn er ging schließlich davon aus, das Eigentum bereits übertragen zu haben. Eine nicht mehr vorhandene Zugriffsmöglichkeit kann kein weiteres Mal entzogen werden, sodass ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB im Ergebnis nicht in Betracht kommt.

b) Keine analoge Anwendung von § 829 BGB

Seit jeher wird, um die Beispiele der genannten Art in den Griff zu bekommen, eine analoge Anwendung von § 829 BGB diskutiert, die aber weit überwiegend zu Recht abgelehnt wird.¹¹⁸⁸ Diese Analogie ist aus vielerlei Gründen kein gangbarer Lösungsweg. Zwar ist richtig, dass sich das Delikts- und das Vertragsrecht seit Schaffung des § 829 BGB angenähert haben.¹¹⁸⁹ So greift insbesondere das Argument nicht mehr, der fundamentale Unterschied zeige sich in den unterschiedlichen Rechtsfolgen beider Haftungssysteme.¹¹⁹⁰

Im Fall des Vertragsschlusses durch einen Geschäftsunfähigen liegt der hauptsächliche Grund für eine fehlende Analogiefähigkeit aber schlicht darin, dass es an jeglichem Haftungstatbestand fehlt, an den § 829 BGB anknüpfen könnte. Wie bereits dargelegt, begeht der Geschäftsunfähige, der „einfach nur“ einen nichtigen Vertrag abschließt, keinerlei vorvertragliche Pflichtverletzung: Weder täuscht er konkludent seine Geschäftsfähigkeit vor noch verletzt er Aufklärungspflichten noch liegt im reinen Abschluss des nichtigen Vertrags eine Pflichtverletzung. Dem § 829 BGB, wendete man ihn analog an, käme in dieser Situation also die Funktion zu, eine eigentlich nicht bestehende Haftung des Geschäfts- und Deliktsunfähigen erstmals überhaupt zu begründen.¹¹⁹¹

Die Funktion des § 829 BGB ist aber eine andere: Es handelt sich bei § 829 BGB um eine „Ausnahme von der Ausnahme“, nämlich eine Ausnahme vom

¹¹⁸⁷ BGH, Urt. v. 28.2.1975 – I ZR 112/74, BeckRS 1975, 30386871: Die entwendeten Zeitschriften befanden sich bereits in den Händen des Spediteurs auf dem Weg zur Lieferung an die Abnehmer.

¹¹⁸⁸ Dagegen *Simon* JW 1913, S. 291 (294 f.); *Püschel* JW 1914, S. 564 (567); *Deutsch* JZ 1964, S. 86 (89); BGB-RGRK-Steffen 1989, § 829 BGB Rn. 4; *Böhmer* NJW 1967, S. 865 (865 f.); Staudinger BGB-Oechsler 2021, § 829 BGB Rn. 23; dafür aber *Weimar* MDR 1965, S. 363 f.; *Donath* BB 1991, S. 1881 (1883).

¹¹⁸⁹ Vgl. *Brandt* 1936, S. 66: Die Rechtsprechung arbeite an einer Annäherung beider Rechtsgebiete.

¹¹⁹⁰ So noch *Böhmer* NJW 1967, S. 865 (865). Insbesondere Schmerzensgeldansprüche gibt es nun über § 253 Abs. 2 BGB in beiden Rechtsgebieten.

¹¹⁹¹ *Simon* JW 1913, S. 291 (294).

ausnahmsweisen Haftungsausschluss wegen § 827 BGB.¹¹⁹² Die Situation, in der § 829 BGB greift, ist also die, dass ein Schädiger grundsätzlich schon haftete, weil er einen Haftungstatbestand erfüllt, seine Haftung aber nur wegen des § 827 BGB ausnahmsweise ausgeschlossen ist; diese Haftung wird sodann durch § 829 BGB wiederum ausnahmsweise wiederhergestellt.¹¹⁹³ Weil aber auch der – hypothetisch – deliktsfähige Geschäftsunfähige nicht für die von ihm verursachte Vertragsnichtigkeit haftet, da ihm kein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann, kann für den deliktsunfähigen Geschäftsunfähigen folglich nichts anderes gelten. Dieser stünde sonst trotz seiner Unzurechnungsfähigkeit auf zwei Gebieten – und damit quasi doppelter Schutzwürdigkeit – gar schlechter.

Damit geht auch der Schluss fehl, dass eine Billigkeitshaftung, die im außervertraglichen Bereich gelte, doch erst recht im vertraglichen Bereich Anwendung finden müsse.¹¹⁹⁴ Denn während außervertragliche Pflichten jedermann treffen, können vertragliche Pflichten beim Geschäftsunfähigen von vornherein nicht entstehen.¹¹⁹⁵ Dies bedeutet nicht nur, dass aus dem Zustand der Geschäftsunfähigkeit selbst keine Pflichten folgen – keine Aufklärungspflichten und keine Pflicht, Vertragsschlüsse zu unterlassen –, sodass eine vorvertragliche Haftung ausscheidet; dies bedeutet auch, dass im Rahmen einer etwaigen analogen Anwendung von § 829 BGB auch nicht an die Nichterfüllung des Vertrags als haftungsbegründende Pflichtverletzung angeknüpft werden kann: Ein Geschäftsunfähiger ist nicht zur Vertragserfüllung verpflichtet. Es gibt folglich keine hauptvertragliche Pflicht, deren Verletzung unter Zurückstellung von Verschuldenselementen eine Billigkeitshaftung nach § 829 BGB begründen könnte. Alles andere bedeutete wieder, über § 829 BGB überhaupt erst einen Haftungstatbestand schaffen zu wollen.

Nicht richtig ist folglich der Einwand, § 829 BGB stelle einen Ausgleich für die „Bewegungsfreiheit und Vermögensträgerschaft Geschäftsunfähiger“ dar und müsse folglich analogiefähig – also anwendbar auf vertragliche Verhältnisse – sein.¹¹⁹⁶ Denn rechtsgeschäftlich hat der Geschäftsunfähige gerade keine Bewegungsfreiheit: Das Recht auf Privatautonomie wird ihm vielmehr entzogen. Eine analoge Anwendung von § 829 BGB würde bedeuten, dass für den

¹¹⁹² *Simon* JW 1913, S. 291 (294).

¹¹⁹³ *Simon* JW 1913, S. 291 (294).

¹¹⁹⁴ So aber *Weimar* MDR 1965, S. 263.

¹¹⁹⁵ *Simon* JW 1913, S. 291 (295); siehe auch *Heinsheimer* AcP (95) 1904, S. 234 (237f.), wonach die deliktischen Pflichten ursprünglicher seien, vertragliche aber abgeleitete, übernommene Rechtspflichten, die aufgrund der Unzurechnungsfähigkeit in ihrer Kraft abgeschwächt seien. Im Fall der Geschäftsunfähigkeit sind sie aber richtigerweise nicht nur abgeschwächt, sondern entstehen von vornherein nicht. Auf die Unterschiede zwischen Vertrags- und Deliktshaftung in Bezug auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen – wobei die Rechtsfolgen inzwischen einheitlich in den §§ 249 ff. BGB geregelt sind – hinweisend auch *Böhmer* NJW 1967, S. 865 (865).

¹¹⁹⁶ So *Donath* BB 1991, S. 1881 (1883) im Zusammenhang mit der Haftung geschäftsunfähiger Bankkunden.

Geschäftsunfähigen von den beiden Kernelementen der Privatautonomie – Freiheit und Verantwortung – nur ein Element Anwendung fände, nämlich die Verantwortung für sein Tun. Diese Verantwortung kann aber ohne die entsprechende Freiheit als Kehrseite nicht existieren.

Ergänzend ist hinzuzufügen, dass auch am Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke zu zweifeln ist, da § 276 Abs. 2 BGB nicht auf § 829 BGB verweist, wobei ein redaktionelles Versehen ausgeschlossen sein soll.¹¹⁹⁷ Schließlich handelt es sich bei § 829 BGB auch um eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip, dem tragenden Grundsatz des Schadensersatzrechts – mit Ausnahme ausdrücklich geregelter Tatbestände der Gefährdungshaftung –, sodass diese Ausnahme nicht ohne ausdrückliche Anordnung auf andere als die genannten Tatbestände übertragen werden kann.¹¹⁹⁸

Und schließlich wird auch angeführt, der Geschädigte sei im Rahmen der vertraglichen Sonderverbindungen auch weniger schutzwürdig als in außervertraglichen Verhältnissen, denn er habe sich schließlich freiwillig auf einen Schuldlosen eingelassen.¹¹⁹⁹ Dies ist zwar insofern eine Unterstellung, als Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit begründende geistige Störung zum einen nicht zwingend nach außen tritt und zum anderen Rechtsgeschäfte auch häufig ohne persönlichen Kontakt abgeschlossen werden.¹²⁰⁰ Leicht umformuliert trifft das Argument aber zu: Der Geschädigte ist zumindest freiwillig das Risiko eingegangen, dass er es möglicherweise mit einem Geschäftsunfähigen zu tun hat. Da sein guter Glaube an die Geschäftsfähigkeit nicht geschützt wird, geht er das Rechtsgeschäft mit dem Risiko ein, gegebenenfalls die Nachteile tragen zu müssen, wenn seine Vorstellung von der vorhandenen Geschäftsfähigkeit nicht zutrifft. Aus diesem sowie den weiteren genannten Gründen kommt eine analoge Anwendung von § 829 BGB nicht in Betracht.

Nichts anderes gilt im Übrigen, wenn eine Person zunächst einen wirksamen Vertrag abschließt und sodann während der Dauer der rechtsgeschäftlichen Beziehung geschäfts- und deliktsunfähig wird. Wenn sie dann eine Pflichtverletzung begeht, die gerade wegen der eingetretenen Geschäftsunfähigkeit eine solche darstellt, weil sie beispielsweise zur Erfüllung nicht mehr in der Lage ist, gilt das eben Gesagte einschränkungslos: Die fehlende Handlungsfähigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit stellt keine Pflichtverletzung dar, weil der gute Glaube des Rechtsverkehrs an die Geschäftsfähigkeit nicht geschützt wird, sodass der Geschäftsunfähige selbst dann nicht haftete, wenn er trotz Geschäftsunfä-

¹¹⁹⁷ *Simon* JW 1913, S. 291 (294).

¹¹⁹⁸ *Böhmer* NJW 1967, S. 865 (865).

¹¹⁹⁹ *Staudinger BGB-Oechsler* 2021, § 829 BGB Rn. 23; *Donath* BB 1991, S. 1881 (1883).

¹²⁰⁰ Dies anerkennend auch *Donath* BB 1991, S. 1881 (1883), jedenfalls für den Bankverkehr, da durch moderne Abwicklungsmethoden ein persönlicher Kundenkontakt gar nicht mehr entstehe.

higkeit theoretisch gleichzeitig deliktstfähig wäre. § 829 BGB hat hier folglich keinen Anwendungsbereich, weil auch der gedacht Deliktstfähige in dieser Situation nicht haftete und § 829 BGB sonst nicht als „Ausnahme zur Ausnahme“ funktionierte, sondern als eigener Haftungstatbestand.

In früherer Zeit versuchten sich im Übrigen insbesondere Banken gegen eine nach wirksamen Vertragsschluss unerkannt eintretende Geschäftsunfähigkeit zu wehren, indem sie durch AGB dem Geschäftsunfähigen den durch seine Geschäftsunfähigkeit eintretenden Schaden aufbürdeten.¹²⁰¹ Diese formularmäßige Beseitigung des Schutzes Geschäftsunfähiger durch entsprechende Banken-AGB hat der BGH aber nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für unzulässig erklärt.¹²⁰² Zwar ließen solche Klauseln die nach §§ 104 ff. BGB begründete Nichtigkeit von Willenserklärungen unberührt, dennoch machten sie den bezweckten Schutz Geschäftsunfähiger nahezu wirkungslos, da ein gegen den Geschäftsunfähigen gerichteter Schadensersatzanspruch nicht weniger ungünstig sei als eine gegen sie gerichtete Forderung aus einem Rechtsgeschäft.¹²⁰³ Es könne auch darüber gestritten werden, ob §§ 104 ff. BGB rechtspolitisch überzeugend und gerecht seien, aber die Wertung des Gesetzgebers sei bindend.¹²⁰⁴ Ohne die Klauseln gilt, dass die rechtsgeschäftlichen Handlungen des geschäftsunfähigen Bankkunden, die Aufwendungen der Bank nach sich ziehen, nur bereicherungsrechtliche Ansprüche begründen, die am Einwand der Entreicherung scheitern können.¹²⁰⁵ Die verschärfte Haftung nach § 819 BGB scheitert wiederum an der Geschäftsunfähigkeit.¹²⁰⁶ Auch in einem Individualvertrag ist die Vereinbarung einer Haftung für die Folgen der Geschäftsunfähigkeit unzulässig.¹²⁰⁷

¹²⁰¹ Siehe z.B. Nr. 3 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen und Girozentralen (Ausgabe 1957): „Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, daß die Sparkasse von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden oder seines Vertreters unverschuldet keine Kenntnis erlangt.“ Derselbe Wortlaut fand sich in Nr. 23 der AGB der Banken. (Quelle: BGH NJW 1969, S. 1485).

¹²⁰² BGH NJW 1991, S. 2414 (2415 f.); siehe *Donath* BB 1991, S. 1881 ff.; die Wirksamkeit vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes noch bejahend BGH NJW 1969, S. 1485 (1485 f.): „Für den Geschäftsfähigen besteht angesichts der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) kein Hindernis, auch das Risiko zu übernehmen, daß seinem Vertragspartner Schäden entstehen, weil die abgegebenen Willenserklärungen infolge später eingetretener Geschäftsunfähigkeit nichtig sind.“ Ebenso für die Wirksamkeit noch *Breit* Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (142); *Simon* JW 1913, S. 291 (295).

¹²⁰³ BGH NJW 1991, S. 2414 (2416).

¹²⁰⁴ BGH NJW 1991, S. 2414 (2416).

¹²⁰⁵ *Donath* BB 1991, S. 1881 (1882).

¹²⁰⁶ *Donath* BB 1991, S. 1881 (1882).

¹²⁰⁷ Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 27.

III. Schadensersatzhaftung Geschäftsunfähiger in ausländischen Rechtsordnungen

Im österreichischen (1.), Schweizer (2.) und französischen Recht (3.) finden sich Haftungstatbestände, durch die Geschäfts- bzw. Deliktsunfähige für ihre rechtsgeschäftlichen Handlungen in unterschiedlicher Intensität zur Verantwortung gezogen werden können.

1. Österreich

a) Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit

Deliktsfähigkeit, also die Fähigkeit, aufgrund eigenen Verhaltens schadensersatzpflichtig zu sein,¹²⁰⁸ wird im österreichischen Recht grundsätzlich mit dem 14. Lebensjahr erreicht, § 176 ABGB. Unterhalb dieser Altersgrenze gelten Minderjährige als unmündig und folglich grundsätzlich deliktsunfähig. Deliktsunfähigkeit meint Verschuldensunfähigkeit, was wiederum als die Unfähigkeit zur vernünftigen Willensbildung begriffen wird.¹²⁰⁹ Entsprechend sind den Unmündigen solche Personen gleichgestellt, „die den Gebrauch der Vernunft nicht haben“, § 1308 ABGB.¹²¹⁰ Den Gebrauch der Vernunft hat, wer einsehens- und urteilsfähig ist.¹²¹¹ Dies wiederum setzt voraus, wie etwa im Zusammenhang mit § 1310 Var.1 ABGB¹²¹² ausgeführt, dass dem Betroffenen das Verbotene der Handlung erkennbar und er seinen Fähigkeiten entsprechend in der Lage war, den Schaden zu vermeiden¹²¹³ bzw. sich der Einsicht gemäß zu verhalten.¹²¹⁴

Ebenso wie im deutschen Recht stellt sich dabei die Frage, ob Deliktsfähigkeit bei gleichzeitiger Geschäftsunfähigkeit überhaupt denkbar ist. Angesichts des relativen Verständnisses der Geschäftsunfähigkeit im österreichischen Recht muss die Antwort hierauf wiederum lauten, dass dies grundsätzlich möglich ist. Denn wenn beispielsweise geschäftsunfähig ist, wer „nur“ nicht in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Entscheidung zu erfassen, dem fehlt nicht notwendigerweise auch die Unfähigkeit, das Unrecht gänzlich anderer Handlungen zu erkennen. Allerdings ist wieder zu berücksichtigen, dass im untersuchten Fall – mögliche Haftung eines Geschäftsunfähigen für Vertragsnichtigkeit – die Bezugspunkte beider Unfähig-

¹²⁰⁸ Bydlinski 2021, S. 63 Rn. 2/37.

¹²⁰⁹ Koziol 2020, S. 352 Rn. 9.

¹²¹⁰ Koziol 2018, S. 837 Rn. 1.

¹²¹¹ Koziol 2020, S. 354 Rn. 11.

¹²¹² Haftung Deliktsunfähiger bei im Einzelfall doch vorliegendem Verschulden, hierzu sogleich.

¹²¹³ Koziol 2018, S. 840 Rn. 8; kein abstrakter Maßstab, sondern Beurteilung der Einsichtsfähigkeit der konkreten Person: Rummel-Reischauer 2007 § 1310 ABGB Rn. 4.

¹²¹⁴ Schwimann/Kodek/Band 6-Harrer und Wagner 2016, § 1310 ABGB Rn. 6.

keiten sehr nah beieinanderliegen: Es muss der Person, die Bedeutung und Tragweite der rechtsgeschäftlichen Entscheidung nicht versteht, auch gleichzeitig bewusst sein, dass sie mit demselben Vorgang Unrecht begeht. Die beiden Fähigkeiten sind also in diesem speziellen Bereich so eng verwoben, sodass fraglich ist, ob sie sich überhaupt trennen lassen. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Person, die in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft geschäftsunfähig ist, in diesem Kontext auch deliktsunfähig ist.

b) Haftungstatbestände

Deliktsunfähige haften grundsätzlich nicht für den von ihnen verursachten Schaden außer – subsidiär¹²¹⁵ – nach Grundsätzen der Billigkeit i. S. v. § 1310 Var. 2 und 3 ABGB: Eine Haftung ist dann möglich, wenn „der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen hat“ (Var. 2) bzw. wenn mit Rücksicht auf das Vermögen des Schädigers und des Geschädigten auf den ganzen oder jedenfalls teilweisen Ersatz erkannt werden kann (Var. 3).

Handelt es sich um einen Schädiger, dessen Deliktsunfähigkeit zu vermuten ist, ist der Geschädigte im Übrigen nicht von vornherein auf die Tatbestände der Billigkeitshaftung verwiesen, sondern § 1310 Var. 1 ABGB ermöglicht die Überprüfung im Einzelfall, ob dem vermutet Deliktsunfähigen nicht doch ein Verschulden zur Last gelegt werden kann.¹²¹⁶ Ist dies der Fall, wird dessen Haftung nach den gewöhnlichen und verschuldensabhängigen Haftungstatbeständen begründet. Dies wirft die Frage nach der Anwendbarkeit dieser Variante 1 auf Erwachsene auf: Denn bei Erwachsenen wird Deliktsunfähigkeit nicht vermutet, sondern vielmehr stets die Deliktsfähigkeit.¹²¹⁷ Aus diesem Grund muss der von einem Erwachsenen Geschädigte auch nicht dessen Deliktsfähigkeit beweisen, sondern der Schädiger muss, wenn er nicht haften will, vielmehr seine Deliktsunfähigkeit darlegen.

Trotz dieses Grundsatzes soll aber dennoch in manchen Fällen auch bei Erwachsenen die Deliktsunfähigkeit vermutet werden können, etwa dann, wenn der „Geisteskranke“ nicht das Niveau eines Vierzehnjährigen erreiche.¹²¹⁸ Um diese Vermutung zu aktivieren, muss der Schädiger beweisen, dass sein Zustand

¹²¹⁵ Eine Haftung kommt nur in Betracht, wenn nicht vorrangig ein Aufsichtspflichtiger in Anspruch genommen werden kann, siehe Rummel-Reischauer 2007, § 1310 ABGB Rn. 2.

¹²¹⁶ Koziol 2018, S. 837 Rn. 1.

¹²¹⁷ Koziol 2018, S. 838 Rn. 2; Koziol 2020, S. 353 Rn. 10.

¹²¹⁸ Rummel-Reischauer 2007, § 1310 ABGB Rn. 7; von einer Vermutung – allerdings nicht näher ausführend, unter welchen Voraussetzungen – scheint auch Koziol auszugehen, der über § 1310 ABGB die Möglichkeit des Geschädigten sieht, nachzuweisen, dass der psychisch Kranke bei Begehung der schädigenden Handlung verschuldensfähig war: Koziol 2018, S. 838 Rn. 2. Ebenso Koziol 2020, S. 355C Rn. 15. Siehe auch Bydliniski 2021, S. 66 Rn. 2/40, zu psychisch Kranken oder geistig Beeinträchtigten: „Solche Personen sind also an sich nicht deliktsfähig [...]“.

über dieses Niveau nicht hinausreicht.¹²¹⁹ Gelingt dies, ermöglicht § 1310 Var. 1 ABGB sodann den Nachweis der Gegenpartei, dass trotz der Vermutung in Bezug auf die konkrete Schädigungshandlung im Einzelfall dennoch Verschulden vorlag. Diese Wiederlegung der Vermutung ist aber wiederum dann ausgeschlossen, wenn eine „vollständige und lückenlose Unzurechnungsfähigkeit“ vorliegt.¹²²⁰ Der Nachweis, dass ein Geschäftsunfähiger für den Vorgang des Abschlusses des Rechtsgeschäfts auch deliktfähig ist, dürfte jedenfalls nicht erbringbar sein.

Ob nun die Haftung über den Billigkeitstatbestand nach § 1310 Var. 3 ABGB – die Variante 2 dürfte keine Rolle spielen – begründet werden soll oder, allerdings unwahrscheinlich, aufgrund vorhandener Verschuldensfähigkeit unmittelbar über einen verschuldensabhängigen Haftungstatbestand, die zu untersuchende Frage bleibt dieselbe: Sie lautet, ob ein Geschäftsunfähiger durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts im Zustand der Geschäftsunfähigkeit überhaupt einen Haftungstatbestand erfüllt. Denn wie § 829 BGB stellt auch § 1310 Var. 3 ABGB keine Haftungserweiterung für Deliktsunfähige dar, sondern ermöglicht nur, die fehlende Deliktsfähigkeit – also das Verschulden – durch andere Elemente zu ersetzen.¹²²¹ In Betracht kommt somit insbesondere die allgemeine Haftungsnorm des § 1295 Abs. 1 ABGB, die nicht nur für die Verletzung absolut geschützter Güter gilt, sondern auch für die Verletzung vertraglicher bzw. vorvertraglicher Pflichten,¹²²² womit im Übrigen feststeht, dass die in § 1310 Var. 3 ABGB niedergelegte Billigkeitshaftung anders als im deutschen Recht nicht auf deliktische Handlungen begrenzt ist.

Die Haftung für die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags setzt somit zunächst voraus, dass dem Geschäftsunfähigen im Zuge des Abschlusses des (nichtigen) Rechtsgeschäfts eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Die Haftung erwachsener Geschäftsunfähiger für die Nichtigkeit ihrer Rechtsgeschäfte hat dabei bislang keine bzw. kaum Aufmerksamkeit erfahren.¹²²³ Diskutiert wird vielmehr fast ausschließlich die Haftung nicht geschäftsfähiger Minderjähriger für die von ihnen verursachte Vertragsnichtigkeit:

Bis 2001 kannte das österreichische Recht mit § 866 BGB a.F.¹²²⁴ eine Regelung, wonach ein Minderjähriger, der das 18. Lebensjahr vollendet hatte und

¹²¹⁹ Rummel-Reischauer 2007, § 1310 ABGB Rn. 11.

¹²²⁰ OGH JBl. 1960, S. 613 (614).

¹²²¹ Schwimann/Kodek/Band 6-Harrer und Wagner 2016, § 1310 ABGB Rn. 1: Haftung aus § 1310 ABGB nur, wenn der Schädiger den Schaden auch als voll Deliktstäter zu ersetzen hätte.

¹²²² Bydlinski 2021, S. 65 Rn. 2/39; Koziol 2018, S. 12 Rn. 7.

¹²²³ Generell habe die Haftung „Geisteskranker“ die Rechtsprechung nur selten beschäftigt: Schwimann/Kodek/Band 6-Harrer und Wagner 2016, § 1310 ABGB Rn. 13.

¹²²⁴ „Wer nach Vollendung des achzehnten Lebensjahrs listigerweise vorgibt, daß er Verträge zu schließen fähig sei, und dadurch einen anderen, der darüber nicht leicht Erkundigungen einholen konnte, hintergeht, ist zur Genugtuung verpflichtet.“

den Geschäftspartner listigerweise über seine Geschäftsfähigkeit täuschte, für den verursachten Schaden haftbar war. Der Minderjährige war sodann zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet, begrenzt durch das Erfüllungsinteresse.¹²²⁵ Hintergrund dieser Regelung war, dass zum damaligen Zeitpunkt Volljährigkeit und Geschäftsfähigkeit erst mit Vollendung des 19. Lebensjahres eintraten,¹²²⁶ wobei die Bedeutung des § 866 ABGB a.F. umstritten war. Konkret herrschte Unklarheit darüber, ob es sich bei § 866 ABGB a.F. um eine Haftungseinschränkung oder -erweiterung handelte:

So wurde vertreten, § 866 ABGB a.F. sei als Haftungseinschränkung zu verstehen, da die Norm bestimme, dass die Deliktsfähigkeit für den Bereich der culpa in contrahendo ausnahmsweise erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres einsetze und eine Haftung zudem Arglist voraussetze.¹²²⁷ Es gebe also grundsätzlich eine allgemeine Pflicht, über seine eigene Geschäftsunfähigkeit aufzuklären, für Minderjährige werde diese aber eingeschränkt: Der Minderjährige sei nur dann aufklärungspflichtig, wenn aufgrund seines Alters die erhöhte Gefahr bestehe, für geschäftsfähig gehalten zu werden, und sein Geschäftspartner daher auf die Richtigstellung angewiesen sei, und es dem Minderjährigen zudem möglich sei, sich anders zu verhalten, konkret durch Unterlassen einer bewussten Täuschung.¹²²⁸

Andere wiederum sahen in § 866 ABGB a.F. eine Haftungserweiterung, da ein Minderjähriger – trotz möglicher Deliktsfähigkeit – grundsätzlich nie aus culpa in contrahendo hafte: Da ein nicht voll Geschäftsfähiger keine vertraglichen Pflichten begründen könne, sei es widersprüchlich, könnten ihn aber vorvertragliche Pflichten treffen. Er könne daher nicht die Pflicht haben, den Geschäftspartner über Ungültigkeitsgründe aufzuklären, konkret über die eigene Geschäftsunfähigkeit, sodass eine Täuschung hierüber nicht rechtswidrig sei. § 866 ABGB a.F. begründe daher erst eine Haftung aus culpa in contrahendo für Minderjährige ab Vollendung des 18. Lebensjahres speziell unter den dort genannten Voraussetzungen.¹²²⁹ Im Übrigen war dabei umstritten, ob § 866 ABGB a.F. auf die aktive Falschbehauptung der Handlungsfähigkeit beschränkt war oder ob auch schon das bloße Verschweigen der eigenen Handlungsfähigkeit haftungsbegründend sein sollte.¹²³⁰

Mit Aufhebung dieser Norm durch das KindRÄG 2001 und die damit einhergehende Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf 18 Jahre betrachtete der

¹²²⁵ Klang/Gschnitzer Band 4-Gschnitzer 1968, § 866 ABGB S. 93.

¹²²⁶ Koziol 2020, S. 354 Rn. 12.

¹²²⁷ Koziol 2020, S. 354 Rn. 12; eine Haftungseinschränkung vertrat auch Klang/Gschnitzer Band 4-Gschnitzer 1968, § 866 ABGB S. 91; vgl. Fischer-Czermak ÖJZ 2002, S. 293 (301).

¹²²⁸ Koziol 2020, S. 355 Rn. 13.

¹²²⁹ Fischer-Czermak ÖJZ 2002, S. 293 (301).

¹²³⁰ Den Tatbestand auf die aktive Täuschung beschränkend: Klang/Gschnitzer Band 4-Gschnitzer 1968, § 866 ABGB S. 92; offenlassend Fischer-Czermak ÖJZ 2002, S. 293 (302 Fn. 97).

Gesetzgeber § 866 ABGB a.F. als überflüssig.¹²³¹ Nun gilt „nur“ noch § 176 ABGB, wonach mündige Minderjährige, also solche, die zwischen 14 und 18 Jahre alt sind, deliktischfähig sind.¹²³² Ob dieser Umstand nun zu einer unbeschränkten Haftung aus culpa in contrahendo führt oder nicht, hängt maßgeblich davon ab, ob § 866 ABGB a.F. die Funktion einer Haftungserweiterung oder -beschränkung innehatte: Als Haftungserweiterung führt die Streichung des § 866 ABGB a.F. zu einem Haftungsausschluss nach aktuellem Recht; stellte § 866 ABGB a.F. allerdings eine Haftungsbeschränkung dar, wäre mit Streichung dieser Vorschrift die Haftungsprivilegierung Minderjähriger auf die Fälle listiger Täuschung entfallen.¹²³³

Eine unbegrenzte Haftung des Minderjährigen wird im aktuell geltenden Recht jedenfalls kaum vertreten. Teils finden sich zwar Ausführungen, der Minderjährige hafte für jede Täuschung, auch fahrlässige, aus culpa in contrahendo.¹²³⁴ Der im vorvertraglichen Bereich schädigende Minderjährige verdiene nicht mehr Schutz als der, der fahrlässig Eigentum zerstöre.¹²³⁵ Meist wird aber der Versuch unternommen, die Haftung einzuschränken: So soll lediglich im Falle vorsätzlicher Täuschung eine deliktische Haftung in Betracht kommen, gemäß § 1311 i.V.m. § 146 StGB (Haftung wegen Betrugs) und § 1295 Abs. 2 ABGB (sittenwidrige Schädigung),¹²³⁶ bzw. in Analogie zu § 874 ABGB.¹²³⁷ Eine Haftung für den entstandenen Vertrauensschaden möge zwar dem Minderjährigenschutz zuwider laufen; gleichzeitig stelle sich aber die Frage, ob diese Privilegierung bei vorsätzlicher Täuschung und gegebener Deliktischfähigkeit angemessen sei.¹²³⁹ Diese auf Vorsatz beschränkte Haftung wird, wenn auch gestützt auf die genannten deliktischen Tatbestände, im Übrigen auch von Autoren bejaht, die eine Aufklärungspflicht des Minderjährigen in Bezug auf seine Geschäftsunfähigkeit verneinen.¹²⁴⁰

Teils wird zumindest eine verschuldensabhängige Haftung aber sogar vollständig abgelehnt: Die Streichung des § 866 ABGB a.F. könne nicht zu einer Aufhebung der Haftung Minderjähriger führen, was deren Schutz zuwiderlaufe, sodass trotz Streichung des § 866 ABGB a.F. eine Haftungseinschränkung

¹²³¹ Vgl. *Fischer-Czermak* ÖJZ 2002, S. 293 (301).

¹²³² Vgl. *Welser und Kletečka* 2018, S. 66 f. Rn. 229; *Kozioł* 2020, S. 355 Rn. 14.

¹²³³ *Fischer-Czermak* ÖJZ 2002, S. 293 (301).

¹²³⁴ *Bydlinski* 2021, S. 66 Rn. 2/39; *Schwimann/Kodek/Band 5-Riedler* 2021, § 865 ABGB Rn. 46; a. A. *Rummel/Lukas-Rummel* 2014, § 865 ABGB Rn. 25, da die Haftung aus c.i.c. volle Geschäftsfähigkeit voraussetze.

¹²³⁵ *Bydlinski* 2021, S. 66 Rn. 2/39.

¹²³⁶ *Fischer-Czermak* ÖJZ 2002, S. 293 (302); *Rummel/Lukas-Rummel* 2014, § 865 ABGB Rn. 24; *Kletečka/Schauer-Fischer-Czermak*, § 865 ABGB Rn. 17.

¹²³⁷ „In jedem Falle muß derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte Furcht bewirkt hat, für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten.“

¹²³⁸ *Kletečka/Schauer-Fischer-Czermak*, § 865 ABGB Rn. 17.

¹²³⁹ *Rummel/Lukas-Rummel* 2014, § 865 ABGB Rn. 24.

¹²⁴⁰ So etwa *Fischer-Czermak* ÖJZ 2002, S. 293 (302).

gesucht werden müsse, die der Gesetzgeber versäumt habe, selbst festzulegen: Dem Sinn und Zweck der Normen über die Geschäftsfähigkeit entsprechend müsse daher davon ausgegangen werden, dass den Minderjährigen aufgrund seiner Entscheidungsunfähigkeit im rechtsgeschäftlichen Bereich gleichzeitig das Verschulden fehle.¹²⁴¹ Er könne sodann nur über § 1310 ABGB zur Haftung gezogen werden,¹²⁴² dann aber wohl, aufgrund mangelnden Verschuldens, nur über § 1310 Var. 3 ABGB.¹²⁴³

Auf handlungsunfähige Erwachsene fand § 866 ABGB a.F. von vornherein keine Anwendung,¹²⁴⁴ jedoch wurde vereinzelt eine Haftung nach § 1310 ABGB für möglich gehalten,¹²⁴⁵ ohne dass allerdings präzisiert worden wäre, ob nach der Variante 1, ob also bei einem Geschäftsunfähigen möglicherweise doch dessen Deliktsfähigkeit nachgewiesen werden könnte, bzw. bei welchem vorwerfbaren Verhalten – aktives Täuschen? Verschweigen? –, oder ob nur nach den Varianten 2 und 3. Feststeht jedenfalls, dass aufgrund derselben Schutzbedürftigkeit die Haftung des geschäftsunfähigen Volljährigen nicht weitergehen kann als die des Minderjährigen, sodass zumindest dieselben Haftungseinschränkungen anzuwenden sind, die auch bei Minderjährigen vertreten werden. Wird also bei Minderjährigen nur eine deliktische Haftung wegen Betrugs oder sittenwidriger Schädigung für möglich gehalten, wie dies mehrheitlich der Fall ist, so muss dies auch für Volljährige gelten.

Dabei muss aber, wie im deutschen Recht, bezweifelt werden, ob der geschäftsunfähige Erwachsene überhaupt je in der Lage ist, über seinen eigenen geistigen Zustand aktiv zu täuschen, und ob er damit überhaupt den Betrugstatbestand bzw. den der sittenwidrigen Schädigung erfüllen kann. Die Haftung des Geschäftsunfähigen für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts dürfte daher rein theoretischer Natur sein. Gesetzt den Fall, der Geschäftsunfähige wäre zu solch einer Täuschung in der Lage, käme zudem auch nur eine Billigkeitshaftung über § 1310 Var. 3 ABGB in Betracht, da eine Person wiederum kaum geschäftsunfähig sein kann, für dieselbe Rechtshandlung, also den Abschluss des Geschäfts, aber gleichzeitig deliktsfähig.

Restlos geklärt sind die Fragen der Haftung nicht voll Geschäftsfähiger im Ergebnis also nicht. Es ist aber im Ergebnis die Tendenz festzuhalten, dass eine Haftung für Vertragsnichtigkeit im österreichischen Recht zwar nicht von vornherein ausgeschlossen ist, mehrheitlich aber, wie im deutschen Recht, auf Fälle vorsätzlicher aktiver Täuschung begrenzt wird.

¹²⁴¹ Welser und Kletečka 2018, S. 67 Rn. 229; Koziol 2020, S. 355 Rn. 14.

¹²⁴² Welser und Kletečka 2018, S. 67 Rn. 229; Koziol 2020, S. 355 Rn. 14.

¹²⁴³ Kritisch Bydlinski 2021, S. 66 Rn. 2/39.

¹²⁴⁴ Klang/Gschnitzer Band 4-Gschnitzer 1968, § 866 ABGB S. 92.

¹²⁴⁵ Fischer-Colbrie ZBl. 1931, S. 631 (634); Klang/Gschnitzer Band 4-Gschnitzer 1968, § 866 ABGB Rn. 92.

2. Schweiz

Eine nach Art. 16 ZGB urteilsunfähige Person ist nach Art. 17 und 18 ZGB handlungsunfähig.¹²⁴⁶ Eine urteilsunfähige Person ist damit nicht nur geschäftsunfähig, sondern ihre Handlungen führen grundsätzlich auch nicht zu einer Schadensersatzhaftung, da Urteilsfähigkeit i. S. e. Verschuldensfähigkeit bzw. Deliktsfähigkeit auch Voraussetzung der Verschuldenshaftung ist.¹²⁴⁷ Auch im Zusammenhang mit der Deliktsfähigkeit setzt sich die Urteilsfähigkeit aus Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zusammen: So muss der Schädiger die Gefahr eines Schadenseintritts sowie das Unrecht der Schadenszufügung erkennen können.¹²⁴⁸ Es soll dabei das mehr oder weniger diffuse Bewusstsein, „etwas Falsches“ zu tun, genügen.¹²⁴⁹ Und schließlich muss der Schädiger auch die Fähigkeit haben, vernunftgemäß handeln zu können, also die Fähigkeit, entsprechend der gewonnenen Einsicht zu handeln; dies bedeutet insbesondere, in der Lage zu sein, die Handlung zu unterlassen.¹²⁵⁰ Die Urteilsfähigkeit ist als „Alles oder Nichts“-Prinzip gedacht, wobei aber eine verminderte Urteilsfähigkeit zumindest bei der Ersatzbemessung eine Rolle spielen kann.¹²⁵¹

Da die Urteilsfähigkeit stets relativ zu bestimmen ist, kann sie für manche Sachverhalte gegeben sein, für manche hingegen nicht.¹²⁵² Dies führt insbesondere dazu, dass Divergenzen zwischen rechtsgeschäftlicher Urteilsfähigkeit einerseits und Deliktsfähigkeit andererseits entstehen können,¹²⁵³ allerdings wiederum nur dann, wenn unterschiedliche Lebenssachverhalte betroffen sind. Im hier untersuchten Kontext, also im Fall des Abschlusses eines wegen Urteilsunfähigkeit nichtigen Rechtsgeschäfts, ist ein solches Auseinanderfallen nicht möglich: Obwohl der Betroffene schon in der Sache nicht urteilsfähig ist, müsste er trotzdem noch in der Lage sein, sein Handeln auf einer übergeordneten Ebene zu bewerten, was kaum möglich sein dürfte.¹²⁵⁴

¹²⁴⁶ Zur Bestimmung der Urteilsunfähigkeit siehe oben unter 3. Kapitel C.II.2.b).

¹²⁴⁷ Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 41 OR Rn. 51; Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 137.

¹²⁴⁸ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 138 und 139; Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin 2023, Art. 16 ZGB Rn. 17.

¹²⁴⁹ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 139; Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin 2023, Art. 16 ZGB Rn. 17: Bewusstsein, dass das Verhalten nicht normal ist; siehe auch Zürcher Kommentar-Egger 1930, Art. 18 ZGB Rn. 7: die Fähigkeit, „das Minderwertige, Unrichtige, Unrechte des Verhaltens einzusehen.“

¹²⁵⁰ Berner Kommentar-Aebi-Müller 2017, Art. 16 ZGB Rn. 142; Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin 2023, Art. 16 ZGB Rn. 22.

¹²⁵¹ Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 41 OR Rn. 52.

¹²⁵² Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 41 OR Rn. 52.

¹²⁵³ Hausbeer und Aebi-Müller 2020, S. 82 Rn. 261 Fn. 192; die Trennung von Geschäfts- und Deliktsfähigkeit hervorhebend auch Zürcher Kommentar-Egger 1930, Art. 18 ZGB Rn. 7.

¹²⁵⁴ So explizit Werro 1986, S. 138 Rn. 548: „*peu probable*“. In der Schweizer Rechtsliteratur wird daher bestätigt, was in dieser Arbeit für das deutsche und das österreichische Recht

Ist der Geschäftsunfähige, dessen Haftung im Raum steht, also auch deliktsunfähig, kann sich eine Schadensersatzpflicht allenfalls aus Art. 54 Abs. 1 OR ergeben: Hiernach kann der Richter aus Billigkeit „auch eine nicht urteilsfähige Person, die einen Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatze verurteilen.“ Art. 54 Abs. 1 OR gilt dabei für dauerhaft und vorübergehend Urteilsunfähige bzw. für vorübergehend Urteilsunfähige jedenfalls dann, wenn sie i. S. v. Absatz 2 den Beweis erbringen können, den vorübergehenden Zustand nicht verschuldet zu haben.¹²⁵⁵ Die Schadensersatzklausel ist auch nicht nur auf deliktische Handlungen oder auf die Verletzung von Pflichten zunächst wirksam geschlossener Verträge anwendbar;¹²⁵⁶ in der Rechtsprechung ist gerade auch die Haftung für die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts aufgrund unerkennbarer Urteilsunfähigkeit anerkannt:

Die frühere Rechtsprechung lehnte eine solche Schadensersatzpflicht Urteilsunfähiger für den reinen Akt des Abschlusses eines nichtigen Rechtsgeschäfts zwar noch ab. Denn ein urteilsfähiger Handlungsunfähiger¹²⁵⁷ hafte nach Art. 19 Abs. 3 ZGB¹²⁵⁸ für unerlaubte Handlungen; Art. 411 Abs. 2 ZGB a.F., wonach ein urteilsfähiger Handlungsunfähiger nur dann für einen Vertragsschluss hafte, wenn er den Vertragspartner zur Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet habe, zeige dabei, dass ein Vertragsschluss nicht per se eine deliktische Handlung sei. Denn wäre jeder Vertragsschluss schon eine unerlaubte Handlung, so bedürfte es des Art. 411 Abs. 2 ZGB a.F. neben Art. 19 Abs. 3 ZGB nicht. Wenn nun also der urteilsfähige Handlungsunfähige nicht per se für den Abschluss eines nichtigen Vertrages hafte, weil dieser für sich allein keine unerlaubte Handlung darstelle, so könne demgegenüber der sogar urteilsunfähige Handlungsunfähige nicht schlechthin für jeden seiner Vertragsschlüsse eintreten müssen.¹²⁵⁹ Damit hafte der Urteilsunfähige im Ergebnis nur für ein Verhalten, das ihm, wäre er urteilsfähig, als unerlaubte Handlung bzw. also Verschulden angerechnet würde.¹²⁶⁰

bereits vermutet wurde: Die Regel ist, dass der Geschäftsunfähige für den Vorgang des Rechtsgeschäftsabschlusses auch deliktsunfähig ist.

¹²⁵⁵ Berner Kommentar-*Brehm* 2021, Art. 54 OR Rn. 60. Nach Art. 54 Abs. 2 OR wird vermutet, dass der Zustand der vorübergehenden Urteilsunfähigkeit durch das Verschulden des Schädigers eingetreten ist. Der Gegenbeweis gilt als erbracht, wenn es sich um eine Krankheit mit Schüben handelt, denen auch nicht medikamentös vorgebeugt werden kann, siehe dort Rn. 58.

¹²⁵⁶ Zur Verletzung von Pflichten aus einem wirksamen geschlossenen Vertrag: Berner Kommentar-*Brehm* 2021, Art. 54 OR Rn. 49.

¹²⁵⁷ Dies ist eine Person, der „nur“ aufgrund einer Erwachsenenschutzmaßnahme die Handlungsfähigkeit entzogen wurde. Siehe oben zum Auseinanderfallen von Urteilsfähigkeit einerseits und Handlungsfähigkeit andererseits unter 3. Kapitel C.II.1. in Fn. 1904 sowie unter 4. Kapitel B.II.1.c)bb).

¹²⁵⁸ „Sie [urteilsfähige handlungsunfähige Personen] werden aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig.“ (Einschub durch Autorin).

¹²⁵⁹ BGE 47 II 97 E. 4 S. 97f.

¹²⁶⁰ BGE 47 II 97 E. 4 S. 98; BGE 55 II 35 S. 38; vgl. BGE 102 II 226 E. 2.a) S. 229.

Von dieser Meinung hat das Bundesgericht aber ausdrücklich wieder Abstand genommen: Art. 54 OR begründe eine Haftung aus Billigkeit, und zwar gerade nicht nur für deliktische Handlungen, sondern auch für Vertragsverletzungen, Art. 99 Abs. 3 OR¹²⁶¹.¹²⁶² Das Bundesgericht weist explizit auf die Abweichung vom deutschen § 829 BGB hin und betont, dass der Urteilsunfähige für alle Gefahren einstehen solle, die sein Zustand für die Umwelt darstelle, gleich ob die Gefahren aus deliktischen oder vertragsverletzenden Handlungen resultierten.¹²⁶³ Der Geschädigte sei bei rechtsgeschäftlichem Verhalten des Urteilsunfähigen nicht weniger schutzwürdig als bei deliktischem, sodass Art. 54 OR, der den Schutz des Geschädigten bezwecke, Anwendung finden müsse.¹²⁶⁴ Es mache dabei auch keinen Unterschied, ob eine Person zunächst einen wirksamen Vertrag schliesse und sodann im Zustand der Urteilsunfähigkeit eine Vertragsverletzung begehe¹²⁶⁵ oder ob der Vertrag von vornherein aufgrund ihrer Urteilsunfähigkeit nichtig sei: In beiden Situationen sei Art. 54 OR anwendbar.¹²⁶⁶

Die Literatur leistet dem Bundesgericht in dieser Frage überwiegend Gefolgschaft,¹²⁶⁷ nur vereinzelt gibt es Gegenstimmen: Der Schutz urteilsunfähiger Personen vor rechtsgeschäftlichen Bindungen werde ausgehöhlt, zumal das Risiko der Urteilsunfähigkeit grundsätzlich zum Vertragspartner zu tragen sei.¹²⁶⁸ Teils wird eine Haftung auch mit dem Argument bestritten, dem Urteilsunfähigen könne, wenn er einfach nur einen nichtigen Vertrag abschliesse, kein objektives Verschulden vorgeworfen werden, das aber auch für eine Haftung aus Art. 54 OR Voraussetzung sei.¹²⁶⁹ In der Tat verzichtet Art. 54 OR nicht vollständig auf das Verschulden, das aus einem objektiven und einem subjektiven Element besteht, sondern nur auf das subjektive Element der Zurechnungsfähigkeit.¹²⁷⁰ Objektives Verschulden muss hingegen vorliegen, was bedeutet, dass ein Verstoß gegen eine Verhaltensnorm nachgewiesen werden muss,¹²⁷¹ wobei der Fahrlässigkeitsmaßstab als objektiver Maßstab eine Würdigung des

¹²⁶¹ „Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.“

¹²⁶² BGE 102 II 226 E.2.b) S. 230.

¹²⁶³ BGE 102 II 226 E.2.b) S. 230; BGE 103 II 30 E.4.b)aa) S. 335.

¹²⁶⁴ BGE 102 II 226 E.2.b) S. 230.

¹²⁶⁵ So der Fall BGE 55 II 35.

¹²⁶⁶ BGE 102 II 226 E.2.b) S. 230.

¹²⁶⁷ Zürcher Kommentar-Egger 1930, Art. 18 ZGB Rn. 15, mit denselben Argumenten wie später das Bundesgericht; *Pedrazzini und Oberholzer* 1993, S. 83; *Bucher* 1999, S. 43 Rn. 185; *Hausbeer und Aebi-Müller* 2020, S. 82 Rn. 261; *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 18 ZGB Rn. 32f.

¹²⁶⁸ Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 54 OR Rn. 2.

¹²⁶⁹ *Werro* 1986, S. 137ff. Rn. 544ff.; *Werro* 2005, S. 267 Rn. 67.

¹²⁷⁰ *Berner Kommentar-Brehm* 2021, Art. 54 OR Rn. 17; *Basler Kommentar/OR I-Kessler* 2020, Art. 54 OR Rn. 4; *Commentaire Romand/CC I-Werro und Schmidlin* 2023, Art. 18 ZGB Rn. 22.

¹²⁷¹ *Berner Kommentar-Brehm* 2021, Art. 41 OR Rn. 170.

Verhaltens nach allgemeingültigen Maßstäben verlangt.¹²⁷² Es handelt sich bei Art. 54 OR also nicht um einen Tatbestand der Gefährdungshaftung i. S. e. Haftung für erlaubtes Verhalten.¹²⁷³ Konkret bedeutet die Prüfung objektiven Verschuldens, dass festgestellt werden muss, ob das Verhalten des Schädigers als jenes eines Urteilsfähigen, also eines Deliktsfähigen, gedacht zum Verschulden reichen würde,¹²⁷⁴ also ob einem Urteilsfähigen Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könnte.¹²⁷⁵ Der Urteilsunfähige soll nicht strenger haften als der Urteilsfähige.¹²⁷⁶

Der Abschluss eines nichtigen Vertrages könne nun aber, so die Kritiker, denklöglich kein objektives Verschulden darstellen, da dies nach den eben dargestellten Grundsätzen einen Vergleich mit einer gedacht urteilsfähigen Person voraussetze: Der Abschluss dieses Rechtsgeschäfts durch eine gedacht urteilsfähige Person sei aber gerade wirksam, eine urteilsfähige Person verstoße folglich gegen keinerlei Verhaltensnormen. Objektives Verschulden sei lediglich dann gegeben, wenn einem Urteilsunfähigen gleichzeitig durch eine Erwachsenenschutzmaßnahme die Handlungsfähigkeit entzogen worden sei und er bei Vertragsschluss diesen Entzug verschweige oder seine Handlungsfähigkeit vorspiegle. Denn nur in dieser Situation sei das Rechtsgeschäft auch bei gedachter Urteilsfähigkeit aufgrund der zusätzlich entzogenen Handlungsfähigkeit nichtig und ein objektives Verschulden gegeben.¹²⁷⁷

Dieser Kritik ist jedoch entgegenzuhalten, dass sie nicht die richtigen Situationen miteinander vergleicht. Praktisch mag es im Kontext einer Haftung für nichtige Geschäfte zwar nicht vorkommen, aber zum Zwecke der Feststellung objektiven Verschuldens ist von einem – dogmatisch möglichen – Auseinanderfallen von Geschäftsunfähigkeit und Deliktsfähigkeit auszugehen, denn nur dann wird der richtige Vergleich angestellt: Denn der durch Art. 54 OR gefor-

¹²⁷² Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 41 OR Rn. 48a. Zum Maßstab näher Berner Kommentar-Brehm 2021, Art. 41 OR Rn. 172f.: Es sei zu fragen, ob er es an der Sorgfalt habe fehlen lassen, die von einem „Mustermenschen“ in dieser Situation hätte erwartet werden können: Dieser „Mustermensch“ sei eine Person, die insbesondere im selben Alter sei, derselben Berufsgruppe angehöre und die in der entsprechenden Situation umsichtig und besonnen gehandelt hätte. Siehe auch Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 41 OR Rn. 48a: Es sei zu fragen, was für die Kategorie des Schädigers an Sorgfalt zu erwarten sei.

¹²⁷³ Berner Kommentar-Brehm 2021, Art. 54 OR Rn. 8, stattdessen von einer Haftung des Urteilsunfähigen für seinen geistigen Mangel sprechend, vergleichbar der Haftung eines Werkunternehmers für sein mangelhaftes Werk. Dies ist jedoch auch verkürzt, da eben die Haftung neben dem „geistigen Mangel“ eben zusätzlich einen objektiven Verhaltensverstoß voraussetzt.

¹²⁷⁴ BGE 55 II 35 S. 38; Berner Kommentar-Brehm 2021, Art. 54 OR Rn. 17.

¹²⁷⁵ Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 54 OR Rn. 4

¹²⁷⁶ BGE 55 II 35 S. 38.

¹²⁷⁷ Werro 1986, S. 137 Rn. 546 und S. 139 Rn. 549; Commentaire Romand/CO I-Werro und Perritaz 2021, Art. 54 Rn. 9. Zweifelnd, ob die Frage nach dem objektiven Verschulden im Fall der Haftung für die eigene Urteilsunfähigkeit überhaupt sinnvoll gestellt werden könne: Bucher 1999, S. 43 Rn. 185.

derte Vergleich bezieht sich auf das Tun von zwei Personen, die sich ausschließlich in puncto Deliktsfähigkeit unterscheiden. Es muss also das Tun einer geschäftsunfähigen und deliktsunfähigen Person einerseits mit dem Tun einer geschäftsunfähigen und deliktsfähigen Person andererseits verglichen werden. Der Grund für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, also die Geschäftsunfähigkeit, bleibt in beiden Vergleichssituationen gleich.

Eine geschäftsunfähige Person mit einer geschäftsfähigen vergleichen zu wollen, ist auch sinnlos, weil doch die Frage geklärt werden soll, ob der Abschluss eines nichtigen Geschäfts einen Verhaltensverstoß darstellen kann. Weil diese Nichtigkeit aber zwingend an die persönliche Eigenschaft der Geschäftsunfähigkeit anknüpft, ist also nach einem möglichen Verhaltensverstoß zu suchen, der naturgemäß nur Geschäftsunfähigkeit treffen kann. Es ist entsprechend nicht schlüssig, bei Prüfung des Verhaltensverstoßes genau diese individuelle Eigenschaft plötzlich wieder hinwegzudenken. Die maßgebliche Frage muss vielmehr bleiben, ob ein Geschäftsunfähiger durch Abschluss eines nichtigen Rechtsgeschäfts etwas Verbotenes tut, das es rechtfertigte, ihn trotz Unzurechnungsfähigkeit unter den weiteren Voraussetzungen des Art. 54 OR zur Verantwortung zu ziehen. Art. 54 OR wird hierdurch auch nicht zu einer Gefährdungshaftungsnorm, sondern setzt immer noch einen Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht voraus, mit der Besonderheit, dass denklologisch nur Urteilsunfähige gegen diese Verhaltenspflicht verstoßen können.

Die Wertung, ob ein Urteilsunfähiger bei Abschluss des Rechtsgeschäfts etwas Verbotenes tut, trifft die herrschende Meinung zu Ungunsten des Urteilsunfähigen: Der Urteilsunfähige nehme eine Handlung vor, zu der er nicht ermächtigt sei; dies sei objektiv schuldhaft, daher müsse er haften.¹²⁷⁸ Alternativ, im Ergebnis aber gleich, wird das objektive Verschulden nicht auf den Vertragsabschluss selbst abgestellt, sondern auf die für den Vertragspartner damit verbundene Vermögensgefährdung.¹²⁷⁹

Die Haftung für die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Urteilsunfähigkeit wird im Ergebnis als „c.i.c.‘ ohne culpa“ umschrieben,¹²⁸⁰ wobei dies, will man ganz präzise sein, nur „c.i.c. ohne Zurechnungsfähigkeit“ heißen dürfte:

¹²⁷⁸ So ausdrücklich das objektive Verschulden bejahend: Berner Kommentar-*Brehm* 2021, Art. 54 OR Rn. 50. Der Urteilsunfähige begehe bei Vertragsschluss stets objektiv eine culpa in contrahendo und müsse hierfür einstehen. Siehe auch Zürcher Kommentar-*Egger* 1930, Art. 18 ZGB Rn. 15, wonach der Abschluss eines nichtigen Rechtsgeschäfts zwar nichts Verbotenes sei, der Urteilsunfähige aber dennoch im Wege einer Gefährdungshaftung aufgrund seiner Abweichung vom „Normalypus“ und den damit einhergehenden Gefahren für die Umwelt in die Haftung zu nehmen sei.

¹²⁷⁹ Ausdrücklich die Vermögensgefährdung als objektiv unerlaubt bezeichnend, nicht hingegen den Abschluss des nichtigen Geschäfts selbst: Berner Kommentar-*Aebi-Müller* 2017, Art. 18 ZGB Rn. 32.

¹²⁸⁰ Dieser Ausdruck bei Basler Kommentar/OR I-*Kessler* 2020, Art. 54 OR Rn. 2.

Denn das objektive Verschuldenselement ist schließlich gegeben, nimmt man Geschäftsunfähige entsprechend in die Pflicht. Am Rande sei bemerkt, dass die Frage nach der Verletzung der Verhaltenspflicht strenggenommen auch nicht erst im Rahmen der Verschuldensprüfung relevant wird, sondern die Problematik ist bereits eine solche der vorvertraglichen Pflichtverletzung, die auch im Schweizer Recht im Rahmen der culpa in contrahendo vor dem Verschulden geprüft wird.¹²⁸¹ Wird sodann in einem ersten Schritt die Pflichtverletzung bejaht, ist aufgrund des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs in einem zweiten Schritt auch das objektive Verschulden zu bejahen. Entsprechend, da eine vorvertragliche Pflichtverletzung bzw. das objektive Verschuldenselement festgestellt ist, kommt theoretisch sogar eine Haftung aus „gewöhnlicher“ culpa in contrahendo in Betracht, und zwar dann, wenn zwar die Urteilsfähigkeit in Bezug auf das abgeschlossene Rechtsgeschäft fehlt, gleichzeitig aber Verschuldensfähigkeit gegeben ist.¹²⁸² Dies ist aber, wie schon mehrfach gezeigt, ein eher theoretisches Konstrukt.

Zur sich an die Erfüllung des Haftungstatbestands anschließenden Frage, ob eine Schadensersatzpflicht auch der Billigkeit entspricht, soll insbesondere jeweils die Vermögenssituation des Urteilsunfähigen und des Geschädigten berücksichtigt werden,¹²⁸³ wobei eine enge Auslegung geboten ist, sodass eine Haftung nur in Betracht kommt, wenn der Schädiger wohlhabender ist als der Geschädigte.¹²⁸⁴ Mehrheitlich wird auch eine Versicherung des Schädigers als Umstand, der eine Billigkeitshaftung begründen kann, berücksichtigt.¹²⁸⁵ In die vom Gericht anzustellenden Billigkeitserwägungen fließt im Übrigen auch die Höhe des zu leistenden Ersatzes mit ein: Über Art. 54 OR wird nicht automatisch der gesamte Schaden ersetzt, sondern es kann auch auf einen nur teilweisen Ersatz erkannt werden, beispielsweise abhängig davon, ob das Verhalten des Schädigers „objektiv“ schwerwiegendes Verschulden darstellt oder eher leichtes, oder abhängig davon, wie groß das Vermögensgefälle zwischen Schädiger und Geschädigtem ist.¹²⁸⁶ Die Haftung des Urteilsunfähigen soll im Übrigen grundsätzlich subsidiär sein, sodass Dritte, die ebenso haften, vorrangig in Anspruch zu nehmen sind.¹²⁸⁷

¹²⁸¹ Hofer 2014, S. 145 f. Rn. 2.135.

¹²⁸² So etwa *Hausbeer und Aebi-Müller* 2020, S. 82 Rn. 261 mit Fn. 192; *Werro* 1986, S. 138 Rn. 548.

¹²⁸³ BGE 102 II 226 E.3.b) S. 231; Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 54 OR Rn. 8.

¹²⁸⁴ Berner Kommentar-Brehm 2021, Art. 54 OR Rn. 19 ff.

¹²⁸⁵ Siehe mit zahlreichen Nachweisen Berner Kommentar-Brehm 2021, Art. 54 OR Rn. 28. Das für einen Schadensfall zur Verfügung stehende Aktivum solle eingesetzt werden, siehe dort Rn. 29.

¹²⁸⁶ Berner Kommentar-Brehm 2021, Art. 54 OR Rn. 43.

¹²⁸⁷ Basler Kommentar/OR I-Kessler 2020, Art. 54 OR Rn. 9; Berner Kommentar-Brehm 2021, Art. 54 OR Rn. 38.

3. Frankreich

a) Keine Deliktsunfähigkeit im französischen Haftungsrecht

aa) Reichweite von Art. 414-3 Code civil

Die Samthandschuhe, die sich der BGB-Gesetzgeber im Umgang mit Deliktsunfähigen übergestreift hat, hat der Gesetzgeber des Code civil nicht angelegt. So regelt Art. 414-3 Code civil zumindest aus Perspektive des deutschen Rechts recht erbarmungslos: Wer einem anderen im Zustand einer geistigen Störung (*trouble mental*) einen Schaden zugefügt hat, ist diesem nicht minder zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Vorschrift ergänzt die deliktische Generalklausel des Art. 1240 Code civil: Jede Handlung, die einem anderen einen Schaden zufügt, verpflichtet denjenigen, durch dessen Verschulden (*faute*) er entstanden ist, zum Ersatz des Schadens. Daneben gilt Art. 414-3 Code civil auch für alle weiteren deliktischen Haftungstatbestände gem. Art. 1240 ff. Code civil.¹²⁸⁸ Die *responsabilité civile*, die Haftung, die demnach grundsätzlich verschuldensabhängig ist, verzichtet im Anwendungsbereich des Art. 414-3 Code civil folglich vollständig auf das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit bzw. Deliktsfähigkeit.

Dabei ist die Reichweite des Art. 414-3 Code civil umstritten. Konkret ist unklar, ob diese Vorschrift nur eine Haftung für solche Personen begründet, die tatsächlich unter einer „geistigen Störung“ im engeren Sinne, also einem Zustand i.S.v. Art. 414-1 Code civil, leiden, oder ob damit für alle Schädiger auf das Kriterium der Zurechnungsfähigkeit verzichtet werden sollte. Eine enge Auslegung des Art. 414-3 Code civil hätte zur Folge, dass nur Personen, die an einer geistigen Krankheit leiden, trotz Zurechnungsunfähigkeit haften, während es für andere Personen, denen es aus anderen Gründen an Einsichtsfähigkeit fehlt, z.B. aufgrund ihrer Minderjährigkeit, bei der haftungsrechtlichen Unverantwortlichkeit bliebe:

Die *Cour de Cassation* tendierte zunächst zu einem engen Verständnis des Anwendungsbereichs und damit des Begriffs der geistigen Störung. So fielen etwa Zustände der Bewusstlosigkeit nicht unter Art. 414-3 Code civil: Wer einen Herzinfarkt erleide und hierdurch das Bewusstsein verliere, sei nicht zum Ersatz des Schadens der Person verpflichtet, die durch den Sturz mitgerissen werde. Der Übergang vom Bewusstsein zur Bewusstlosigkeit stelle keine geistige Störung dar.¹²⁸⁹ Im Ergebnis soll damit im Rahmen des Art. 414-3 Code civil statt auf das Ergebnis bzw. das Symptom eines Zustands – Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten –, auf dessen Ursprung abgestellt werden: Nur

¹²⁸⁸ Cass. 2^e civ., 4. Mai 1977, n° 75-14.473, Recueil Dalloz 1978, S. 393 m. Anm. *Legeais*. So etwa auch für die Haftung für von Sachen verursachte Schäden, Art. 1242 Code civil, oder für die Haftung für Tiere, Art. 1243 Code civil.

¹²⁸⁹ Cass. 2^e civ., 4. Februar 1981, n° 79-11.243.

geistige Beeinträchtigungen, die auf eine geistige Erkrankung zurückzuführen sind, sollen erfasst sein, nicht aber körperliche Störungen, die sich lediglich auf die geistigen Fähigkeiten auswirken.¹²⁹⁰

In der Literatur wird dieses enge Verständnis kritisiert, da es für das Opfer und dessen Entschädigungsinteressen keinen Unterschied machen könne, worin die möglicherweise auch nur vorübergehende geistige Beeinträchtigung ihren Ursprung habe, ob in einer geistigen oder körperlichen Erkrankung.¹²⁹¹ Nicht nur dürfte eine Grenzziehung im Einzelfall schwer fallen; es bestehe auch die Gefahr, dass Gerichte vom gewünschten Ergebnis ausgehend einen Zustand mal körperlichen Ursprungs, mal geistigen Ursprungs qualifizierten.¹²⁹² Im Übrigen hat die *Cour de Cassation* in anderen Urteilen selbst wiederum ein weites Verständnis vertreten und so die Haftung nicht einsichtsfähiger Minderjähriger bejaht,¹²⁹³ was wiederum dafür spricht, dass in Art. 414-3 Code civil ein allgemeiner Grundsatz – auf die Zurechnungsfähigkeit kommt es nicht an – verankert sein soll.¹²⁹⁴

bb) Bedeutung von Art. 414-3 Code civil

(1) Vorrang des Schutzes des Geschädigten

Im Anwendungsbereich des Art. 414-3 Code civil, mag dieser auch umstritten sein, wird folglich auf die Zurechnungsfähigkeit verzichtet. Dies war im französischen Recht nicht schon immer der Fall, auch nicht bei geistig Erkrankten: Vor Schaffung des Art. 414-3 Code civil – bzw. dessen Vorgängernorm Art. 489-2 Code civil a. F.¹²⁹⁵ – im Jahr 1968 war jedenfalls nach Ansicht der *Cour de Cassation* eine Haftung für schädigende Handlungen ohne Fähigkeit zu fehlerfreier

¹²⁹⁰ Vgl. *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 32, diese Unterteilung bedauernd; vgl. *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 47.

¹²⁹¹ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 48; *Massip* 1983, S. 52f. Rn. 36; eine analoge Anwendung des Art. 414-3 Code civil befürwortend; *Carbonnier* 2004, S. 638 Rn. 328; in diesem Sinne auch *Viney* RTD Civ. 1970, S. 251 (265).

¹²⁹² *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 48.

¹²⁹³ Cass. 2^e civ., 19. Februar 1997, n° 94-19.726: Die *Cour de Cassation* stellt ausdrücklich fest, dass ein Verschulden des Kindes auch dann möglich sei, wenn es keine Einsicht in die Konsequenzen und Gefahren seiner Handlung habe (konkret ging es um die Frage der Möglichkeit des Mitverschuldens einer Minderjährigen). Siehe auch Cass. ass. plén., 9. Mai 1984, RTD Civ. 1984, S. 508f. obs. *Huet*: Haftung aus Art. 1242 Code civil bzw. Art. 1384 Code civil a. F. (Haftung für durch Sachen zugefügte Schäden, für die der Schädiger die Verantwortung trug) eines dreijährigen Kindes für durch die mit einem Stock zugefügten Verletzungen. Siehe auch bereits oben in Fn. 537.

¹²⁹⁴ *Massip* 2009, S. 185 Rn. 220.

¹²⁹⁵ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO 4. Januar 1968; in Art. 414-3 Code civil geregelt seit 2009 (Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), JO 7. März 2007).

Willensbildung,¹²⁹⁶ ohne Einsichtsfähigkeit¹²⁹⁷ ausgeschlossen, da Haftung Verschulden voraussetze, welches wiederum ohne Zurechnungsfähigkeit nicht denkbar sei.¹²⁹⁸

Unumstritten war dies allerdings auch schon zum damaligen Zeitpunkt nicht: Vielmehr wurde schon vor Erlass des Art. 414-3 Code civil bzw. seiner Vorgängernorm verlangt, nicht die Interessen des Schädigers in das Zentrum der Betrachtung zu rücken, sondern diejenigen des Geschädigten.¹²⁹⁹ Es erscheine ungerecht, den Ersatzanspruch des Geschädigten von der Einsichtsfähigkeit des Schädigers abhängig zu machen.¹³⁰⁰ In Extremfällen gedacht, komme man zu gar verstörenden Ergebnissen, wenn etwa der mittellose Geschädigte nur wegen der Einsichtsunfähigkeit des Schädigers auf seinem Schaden sitzen bleibe, obwohl der Schädiger ein beträchtliches Vermögen besitze.¹³⁰¹

Auch die Rechtsprechung selbst tendierte schon vor Schaffung von Art. 414-3 Code civil bzw. von dessen Vorgängernorm dazu, obwohl sie Zurechnungsfähigkeit grundsätzlich für erforderlich hielt, den Interessen des Geschädigten weitgehend Rechnung zu tragen: So bemühten sich die Gerichte darum, Haftungsausschlüsse wegen Unzurechnungsfähigkeit nach Möglichkeit zu vermeiden, indem sie an die geforderte geistige Störung hohe Anforderungen stellten.¹³⁰² So wurde für einen Haftungsausschluss gefordert, die schädigende Handlung müsse als „maschinell“ zu qualifizieren und folglich der Kontrolle durch Bewusstsein und Wille vollständig entzogen sein.¹³⁰³ Es müsse sich um eine geistige Krankheit handeln, die die Einsichtsfähigkeit vollständig ausschließe.¹³⁰⁴ Dabei war, um die relevanten Krankheiten zu bezeichnen, der Begriff der *démence* üblich, als Oberbegriff für schwerwiegende geistige Störungen, welcher, da veraltet, im Art. 414-3 Code civil bzw. der Vorgängernorm

¹²⁹⁶ Cass. req., 21. Oktober 1901, Jurisprudence générale: recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (DP) 1901, S. 524, mit Berichterstattung *Letellier*; Civ. 2^e civ., 11. März 1965, Recueil Dalloz 1965, S. 575 m. Anm. *Esmein*.

¹²⁹⁷ „Discernement“: Cass. req., 21. Oktober 1901, Jurisprudence générale: recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (DP) 1901, S. 524 (525), Berichterstattung *Letellier*.

¹²⁹⁸ So zur früheren Rechtsprechung *Marty und Raynaud* 1976, S. 730 Rn. 630; *Savatier* Recueil Dalloz 1968, S. 109 (114); *Terré und Fenouillet* 2012, S. 597 Rn. 577.

¹²⁹⁹ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 5; *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 6.

¹³⁰⁰ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 5.

¹³⁰¹ *Massip* 2009, S. 183 Rn. 217.

¹³⁰² Siehe m.z.N. Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 6; diese Feststellung ebenso bereits bei *Viney* RTD Civ. 1970, S. 251 (251); *Terré und Fenouillet* 2012, S. 597 Rn. 577; *Dauray-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1529); *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 7; *Marty und Raynaud* 1988, S. 516 Rn. 461.

¹³⁰³ Vgl. Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 6.

¹³⁰⁴ Vgl. Cass. req., 13. April 1892: Jurisprudence générale: recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (DP) 1892, S. 303.

nicht mehr aufgegriffen und durch den Begriff des *trouble mental* ersetzt wurde.¹³⁰⁵ Die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses wegen Unzurechnungsfähigkeit erkannte die Rechtsprechung im Übrigen auch von vornherein ausschließlich für den Bereich der Haftung für eigene Handlungen nach Art. 1240 Code civil bzw. Art. 1382 Code civil a.F. an. Für von Sachen verursachte Schäden, die sich im Verantwortungsbereich des Schädigers befinden, haftete eine Person nach Art. 1242 Code civil bzw. Art. 1384 Code civil a.F. stets, selbst wenn sie an einer geistigen Erkrankung litt.¹³⁰⁶ In diesem Bereich verzichtete die Rechtsprechung daher seit jeher auf das Element der Zurechnungsfähigkeit.

In gewisser Weise durch diese Entwicklungen in Literatur und Rechtsprechung vorbereitet, entschloss sich der Gesetzgeber im Jahr 1968 schließlich zu „einer kleinen juristischen Revolution“¹³⁰⁷ und vollendete diese Entwicklungen durch vollständige Abschaffung des Kriteriums der Unzurechnungsfähigkeit bei schädigenden Handlungen geistig Erkrankter: Dem Schutz des Geschädigten wird nunmehr der Vorrang vor dem Schutz des Schädigers eingeräumt,¹³⁰⁸ was selbstverständlich ebenso nicht frei von Kritik geblieben ist: Man sei vom einen Extrem zum anderen übergegangen und müsse sich die Frage stellen, ob der Gesetzgeber statt des Schutzes *des* geistig Kranken nicht letztlich den Schutz *vor* dem geistig Kranken anstrebe.¹³⁰⁹ Die Vorschrift gründe auf einer übertriebenen Sorge um die Interessen des Opfers unter völliger Zurückstellung der Interessen des Schädigers, da durch diese Vorschrift beispielsweise auch ein sehr reiches Opfer gegenüber einem sehr armen Schädiger ersatzberechtigt sei.¹³¹⁰ Manbürde dem geistig Kranken im Ergebnis nicht nur sein eigenes Unglück auf, sondern auch das von ihm verursachte Unglück Dritter.¹³¹¹ Insgesamt habe der Gesetzgeber durch diese Reform das letzte Bindeglied zwischen rechtlicher

¹³⁰⁵ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 44; die Verwendung dieses Begriffs beispielsweise bei Cass. 2^e civ., 11. März 1965, Recueil Dalloz 1965, S. 575 m. Anm. *Esmein*; siehe auch *Marty und Raynaud* 1988, S. 516 Rn. 461.

¹³⁰⁶ Cass. 2^e civ., 18. Dezember 1964, n° 836, Recueil Dalloz 1965, S. 191 (193) m. Anm. *Esmein*: Haftung des Autofahrers für die vom Auto verursachte Schäden (*arrêt Trichard*).

¹³⁰⁷ Garde des sceaux, JO, Débats parlementaires, Assemblée nationale, 21.12.1966, S. 5712.

¹³⁰⁸ Juris Classeur/Civil Code-*Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 11. Der Schädiger werde zum Schutz der Interessen des Geschädigten „geopfert“: *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 11.

¹³⁰⁹ *Viney* RTD Civ. 1970, S. 251 (260f.); *Marty und Raynaud* 1976, S. 731 Rn. 630.

¹³¹⁰ *Malaurie und Peterka* 2022, S. 371 Rn. 429.

¹³¹¹ *Savatier* Recueil Dalloz 1968, S. 109 (115); ähnlich *Viney* RTD Civ. 1970, S. 251 (261): Es finde eine vollständige Verlagerung des Schädigungsrisikos auf den Schädiger statt, der doch aber schon von einer fürchterlichen Krankheit gezeichnet sei. Dies allein sei schon ein Drama für den Betroffenen und dessen Familie; zu diesem Drama komme nun die allgegenwärtige Sorge hinzu, der Kranke könne sich ruinieren. Im Übrigen sei der Kranke meist ohnehin nicht solvent, sodass sich auch die Frage stelle, was Art. 414-3 Code civil überhaupt zu einem gerechten Ausgleich beitragen könne.

und moralischer Verantwortlichkeit zerschlagen.¹³¹² In der Tat entbehrt die Schaffung des Art. 414-3 Code civil bzw. des Art. 489-2 Code civil a. F. insofern nicht einer gewissen Ironie, als das fragliche Gesetz aus dem Jahr 1968 gerade das Ziel verfolgte, geistig Erkrankte zu schützen: Über Art. 414-1 Code civil wird dessen Vermögen auf der einen Seite geschützt, indem Rechtshandlungen nichtig sind bzw. für nichtig erklärt werden können, durch seine vollumfängliche Haftung wird sein Vermögen auf der anderen jedoch wiederum preisgegeben.¹³¹³

Die Haftung unter Aufgabe des Kriteriums der Zurechnungsfähigkeit wird aber auch verteidigt: Man brauche dieses Kriterium nicht; die Fälle, in denen ein Haftungsausschluss angebracht sei, seien hinreichend mit dem Kausalitätserfordernis bzw. der Frage nach dem Vorliegen eines Sorgfaltsverstößes abgedeckt.¹³¹⁴ Die Handlung eines geistig Kranken sei auch nicht mit einem zufälligen Ereignis oder höherer Gewalt zu vergleichen, für dessen bzw. deren Eintritt niemand haftbar gemacht werden könne; auch der geistig Kranke sei ein Mensch mit einem Vermögen, welches zur Wiedergutmachung des von ihm kausal verursachten Schadens eingesetzt werden könne.¹³¹⁵ Es gebe auch keinen Grund, weshalb juristische Verantwortlichkeit und moralische Verantwortlichkeit deckungsgleich sein müssten.¹³¹⁶ Schließlich gehe es der zivilrechtlichen Haftung auch nicht um moralische Vorwerfbarkeit, sondern um den Schadensausgleich zwischen Personen, die als Mitglied einer Gesellschaft zusammenlebten. Entsprechend sei das Haftungssystem eines der wesentlichen Elemente, um das soziale Zusammenleben zu organisieren. Damit sei ein Verschuldensverständnis angebracht, welches sich an dem Verhalten orientiere, das von jedem innerhalb der Gesellschaft erwartet werden dürfe.¹³¹⁷

Von einer bloßen Billigkeitslösung, insbesondere unter Berücksichtigung der Vermögenslage des Schädigers, nach dem Vorbild ausländischer Rechtsordnungen wurde im Übrigen ausdrücklich abgesehen. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden entsprechende Vorschläge zwar eingebracht, aber wieder verworfen.¹³¹⁸ Man dürfe den geistig Erkrankten nicht in seiner Krankheit „ein-

¹³¹² Viney RTD Civ. 1970, S. 251 (252); siehe auch *Fossier* Droit de la famille 2003, S. 33 (34f.).

¹³¹³ *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 40.

¹³¹⁴ *Marty und Raynaud* 1988, S. 521 Rn. 464. Zum Sorgfaltsverstoß sogleich.

¹³¹⁵ *Marty und Raynaud* 1988, S. 521 Rn. 464.

¹³¹⁶ *Marty und Raynaud* 1988, S. 521 Rn. 464.

¹³¹⁷ *Marty und Raynaud* 1988, S. 522 Rn. 464.

¹³¹⁸ *Pleven*, JO, Débats Parlementaires, Assemblée nationale, Sitzung vom 20.12.1966, S. 5712: Entsprechende Vorschriften ausländischer Rechtsordnungen könnten nicht als Vorbild dienen, da diese an der Idee der Unverantwortlichkeit (*irresponsabilité*) geistig Kranker festhielten, während diese Idee im französischen Recht aber vollständig aufgegeben werden solle. Vgl. Viney RTD Civ. 1970, S. 251 (253); *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 41; *Massip* 2009, S. 184 Rn. 218; *Massip* 1983, S. 48 ff. Rn. 34.

mauern“, sondern er müsse ohne Diskriminierung wie alle anderen behandelt werden¹³¹⁹ – eine durchaus interessante Begründung, wo er doch insbesondere im rechtsgeschäftlichen Bereich auch anders als andere behandelt wird. Auch weitere alternative Vorschläge in der Literatur, wie dem Interesse auf Schadensersatz des Geschädigten Rechnung getragen werden könnte, wie beispielsweise ein aus Steuergeldern zusammengesetzter Entschädigungsfond oder eine Versicherungslösung – der geistig Kranke müsse sich gegen Schadensverursachungen versichern –, konnten sich nicht durchsetzen.¹³²⁰ Damit haftet der geistig Kranke stets vollständig für den von ihm angerichteten Schaden.¹³²¹ Der Schutz des geistig Erkrankten kann damit nur noch mittelbar durch die Gerichte erfolgen, etwa durch großzügige Anerkennung von Schadensersatzansprüchen auch gegen Dritte bzw. durch großzügige Annahme von Mitverschulden auf Seiten des Geschädigten.¹³²²

(2) Modifizierter Verschuldensbegriff

Die Einführung des Art. 414-3 Code civil bzw. des Art. 489-2 Code civil a.F. führte nach herrschender Ansicht im Ergebnis zu einem veränderten Verständnis des Verschuldensbegriffs: So erfasse der Verschuldensbegriff [*faute*], der traditionell aus zwei Elementen bestehe, nun nur noch ein Element.¹³²³ Denn traditionellerweise seien sowohl ein objektives als auch ein subjektives Element erforderlich: Objektiv gesehen, setze Verschulden ein Verhalten voraus, das gegen eine Regel verstoße.¹³²⁴ Zudem müsse – und dies sei das subjektive Element – dem Schädiger aber im Zeitpunkt der Handlung auch bewusst gewesen sein, was er tat und was er tun wollte.¹³²⁵ Mit Art. 414-3 Code civil (Art. 489-2 Code civil a.F.) solle nun jenes subjektive Element abgeschafft werden, sodass sich die Verschuldensprüfung nur noch auf die Prüfung eines objektiven Fehlverhaltens beschränke¹³²⁶; die Zurechnungsfähigkeit, also der Prüfungsvor-

¹³¹⁹ *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 42.

¹³²⁰ *Viney* RTD Civ. 1970, S. 251 (253).

¹³²¹ *Massip* 2009, S. 187 f. Rn. 222.

¹³²² *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 43, der im Übrigen aber darüber hinaus dafür plädiert, dennoch nach Billigkeit zu entscheiden und insbesondere die Schwere des Fehlverhaltens sowie die Vermögenssituation bei der Höhe des Schadensersatzanspruchs zu berücksichtigen, Rn. 46: Wo das Recht zu abstrakt und zu rigoros sei, müsse der Richter einen Ermessensspielraum haben.

¹³²³ Garde des sceaux, JO, Débats parlementaires, Assemblée nationale, Sitzung vom 20.12.1966, S. 5712.

¹³²⁴ Garde des sceaux, JO, Débats parlementaires, Assemblée nationale, Sitzung vom 20.12.1966, S. 5712.

¹³²⁵ Garde des sceaux, JO, Débats parlementaires, Assemblée nationale, Sitzung vom 20.12.1966, S. 5712.

¹³²⁶ Garde des sceaux, JO, Débats parlementaires, Assemblée nationale, Sitzung vom 20.12.1966, S. 5712; dem folgend *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 22 ff., 27; *Fossier* Droit de la famille 2003, S. 33 (34); *Savatier* Recueil Dalloz 1968, S. 109

gang, ob einer Person ihr Verhalten wirklich vorwerfbar sei, was wiederum ein Mindestmaß an Einsichtsfähigkeit voraussetze, gehöre nicht mehr dazu.¹³²⁷ Es müsse nur noch der Vergleich angestellt werden, ob ein „normales“ Individuum den Schaden in derselben Situation unter Zugrundelegung der gebotenen Sorgfalt verhindert hätte,¹³²⁸ bzw. wie sich ein vorsichtig und sorgfältig handelnder Mensch verhalten hätte.¹³²⁹ Dabei soll berücksichtigt werden, welchem Verkehrskreis der Schädiger angehört, etwa einer bestimmten Berufsgruppe oder einer bestimmten Altersgruppe, sodass die Sorgfaltsanforderungen je nach Verkehrskreis variieren.¹³³⁰

Im Ergebnis solle die Verschuldensprüfung nicht aufgegeben, sondern nur verändert werden; es solle mit Art. 414-3 Code civil kein eigener Haftungstatbestand, keine spezielle Verantwortlichkeit für geistig Kranke geschaffen werden.¹³³¹ Dieser Einordnung, wonach es sich immer noch um eine verschuldensabhängige Haftung handle, wird aber auch entgegengetreten, da Verschulden ohne subjektives Element nicht denkbar sei; vielmehr sei eine Haftung für die Verwirklichung des Risikos, zu erkranken, geschaffen worden, ein Risiko, das vollständig auf den Kranken verlagert worden sei.¹³³² Gegen dieses Verständnis spricht jedoch, dass in Art. 1240 Code civil nach wie vor den Begriff des Ver-

(115); Viney RTD Civ. 1970, S. 251 (254ff.); Daury-Fauveau JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1529f.); Geffroy 1974, S. 232f.; Le Tourneau JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 21: Dies sei im Übrigen nicht neu, sondern schon immer die richtige Vorgehensweise im Rahmen der zivilrechtlichen Verschuldensprüfung gewesen. Tatsächlich verzichtet die Rechtsprechung auch bei der Haftung Minderjähriger auf eine Prüfung der Zurechnungsfähigkeit (ohne Hinzuziehung einer Vorschrift, die diesen Verzicht begründen könnte): Cass. 2^e civ., 19. Februar 1997, n° 94-19.726; Cass. ass. plén., 9. Mai 1984, RTD Civ. 1984, 508f. obs. Huet. Siehe zu diesen Urteilen bereits oben in Fn. 537.

¹³²⁷ Daury-Fauveau JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1529f.).

¹³²⁸ Savatier Recueil Dalloz 1968, S. 109 (115); Le Tourneau JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 21 f.: Zivilrechtliche Haftung bedeute nicht mehr als ein objektives Fehlverhalten (*simple erreur de conduite*). Viney RTD Civ. 1970, S. 251 (254ff.): Der geistig Kranke werde dem Gesunden gleichgestellt, sodass der geistig Kranke bei einem solchen (objektiven) Fehlverhalten hafte, bei dem auch der Gesunde hafte.

¹³²⁹ Marty und Raynaud 1988, S. 513 Rn. 457.

¹³³⁰ Marty und Raynaud 1988, S. 513 Rn. 457.

¹³³¹ Terré und Fenouillet 2012, S. 599 Rn. 578: Dem geistig Kranken müsse eine unter die allgemeinen Haftungsnormen fallende Handlung zur Last gelegt werden können (mit Verweis auf Cass. 2^e civ., 4. Mai 1977, Recueil Dalloz 1978, S. 393; Art. 414-3 Code civil (bzw. dessen Vorgängernorm) sei auf alle Haftungstatbestände anwendbar und begründe keine gesonderte Haftung; vgl. Carbonnier 2004, S. 637 Rn. 327.

¹³³² Savatier Recueil Dalloz 1968, S. 109 (115); das Verschuldenserfordernis aufgegeben sieht auch Massip 1983, S. 50ff. Rn. 35: Der Vorschrift liege ein Gerechtigkeitsgedanke zugrunde, damit Opfer von Handlungen „verrückter“ Personen nicht auf ihren Schäden sitzen blieben. Die Interessen des Geschädigten stünden über den Interessen des geistig Erkrankten. Alternativ lasse sich Art. 414-3 Code civil als Gefährdungshaftung [*théorie de la garantie*] begreifen. Siehe auch Pleven, JO, Débats Parlementaires, Assemblée nationale, Sitzung vom 20.12.1966, S. 5712: vollständige Aufgabe des Verschuldenserfordernisses.

schuldens [*faute*] verwendet wird.¹³³³ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auf das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit nur im zivilen Haftungsrecht verzichtet wurde. Das französische Strafrecht erkennt die Kategorie der Unzurechnungsfähigkeit vollumfänglich an.¹³³⁴

b) Haftung für geistige Störungen in Vertragsbeziehungen

aa) Haftung für geistige Störung bei Vertragsschluss

Bedeutsam ist zunächst der Hinweis, dass Art. 414-3 Code civil nichts an der Nichtigkeit des von einem Geschäftsunfähigen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ändert, wenn der Betroffene sich auf die Nichtigkeit beruft. Dieses Geschäft hat dann niemals existiert und der Geschäftsunfähige kann nicht wegen Nichterfüllung auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.¹³³⁵ Eine andere Frage ist jedoch, ob der Geschäftsunfähige nach von ihm selbst erwirkter Nichtigkeit des Vertrags (*nullité relative*¹³³⁶) auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Da das französische Recht keine Deliktsunfähigkeit kennt, sondern jeder Mensch gleichermaßen haftet, erübrigt sich die sonst in diesem Zusammenhang gestellte Frage, ob ein Geschäftsunfähiger gleichzeitig deliktsfähig sein kann. Die Haftung des Geschäftsunfähigen hängt also allein von der Frage ab, ob dem Geschäftsunfähigen an irgendeiner Stelle des Geschehens ein objektives Fehlverhalten vorzuwerfen ist, weil er etwa seine Geschäftsfähigkeit nicht aufdeckt oder weil er gar seine Geschäftsfähigkeit aktiv vortäuscht, weil er überhaupt in seinem Zustand einen Vertrag schließt oder weil er durch Klage die Nichtigkeit des Vertrags herbeiführt.

In einer viel zitierten und viel kritisierten Entscheidung der *Cour de Cassation*¹³³⁷ hat diese Schadensersatzansprüche gegen eine nach Art. 414-1 Code civil geschäftsunfähige Person bejaht, wobei im Detail Unklarheiten bestehen, worin das Gericht das haftungsrelevante Verhalten sah. Im zu entscheidenden Fall gab eine unter gerichtlicher Schutzbetreuung stehende Person eine Bürgschaftserklärung gegenüber einer Bank ab, um das Darlehen ihrer Tochter in Höhe von 1.000.000 Francs abzusichern; die Bürgschaft wurde wegen Art. 414-1 Code civil für nichtig erklärt. Die Bank machte Schadensersatzansprüche – in Höhe von etwas mehr als 1.000.000 Francs – geltend, die ihr sowohl vom Ausgangsgericht als auch von der *Cour de Cassation* gewährt wurden. Das Ausgangsgericht stützte sich in seiner Begründung darauf, dass die Darlehensnehmerin und die Bürgin die Frage, ob sie – die Bürgin – unter einer Erwachsenenschutzmaßnah-

¹³³³ Geffroy 1974, S. 232.

¹³³⁴ Art. 122-1 Code pénal. Siehe auch Geffroy 1974, S. 233.

¹³³⁵ Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse 2017, Fasc. 20 Rn. 179.

¹³³⁶ Siehe oben unter 4. Kapitel B.III.1.c)aa).

¹³³⁷ Cass. 1^{re} civ., 28. Januar 2003, n° 00-12.498; zum Sachverhalt *Massip* Répertoire du notariat Defrénois 2003, S. 1077 (1088f.).

me stehe, wahrheitswidrig verneint hätten. Laut Bürgschaftsvertrag könne das Darlehen bei wahrheitswidrigen Angaben des Darlehensnehmers sofort zurückverlangt werden. Mit der Falschangabe habe die Bürgin der Bank einen Schaden verursacht, da die Darlehensnehmerin vermögenslos sei und das Darlehen ohne die Bürgschaft nie gewährt worden wäre. Dieser Schaden sei über Art. 414-3 Code civil zu ersetzen; diese Vorschrift greife nicht nur dann ein, wenn der Schaden durch deliktische oder quasi-deliktische Handlungen verursacht worden sei, sondern auch bei einer Schadensverursachung durch Nichtigerklärung des Rechtsgeschäfts. Die *Cour de Cassation* stellte im Anschluss an diese Ausführungen des Ausgangsgerichts lediglich knapp fest, das Ausgangsgericht habe zu Recht angenommen, dass „die Vertragsnichtigkeit einer Haftungsklage gegen den Vertragspartner, dessen Verschulden im Einzelfall festgestellt sei, nicht entgegenstehe.“

Bei genauerer Betrachtung ist die Begründung der Gerichte, woraus sich das objektive Fehlverhalten ergeben soll und woraus die Schadensersatzpflicht folglich resultiert, äußerst uneindeutig. An Stimmigkeit fehlt es zunächst deswegen, weil die Gerichte die Bürgschaft einerseits für nichtig erklären, andererseits die Schadensersatzpflicht insbesondere auf eine Klausel – die sofortige Rückzahlungspflicht – aus genau diesem Bürgschaftsvertrag stützen.¹³³⁸ Fragwürdig ist auch, dass diese Klausel ihrem Inhalt nach durch eine Falscherklärung der Darlehensnehmerin ausgelöst wird, während es aber doch darum gehen muss bzw. auch darum ging, ein haftungsrechtlich relevantes Verhalten der Bürgin zu bestimmen.

Und gerade in Bezug auf die Bürgin ist unklar, auf welches objektive Fehlverhalten, auf das Art. 414-3 Code civil nicht verzichten will, letztlich abgestellt wird: Das Ausgangsgericht bezieht sich einerseits auf die Falschbehauptung der Bürgin, nicht unter gerichtlicher Schutzbetreuung zu stehen, andererseits spricht es aber auch davon, dass Art. 414-3 Code civil auf die Schadensverursachung durch die Nichtigerklärung eines Vertrags über Art. 414-1 Code civil anwendbar sei. Damit verwischt es aber seine eigene Begründung: Liegt das haftungsrechtlich relevante Verhalten nun in der Falschbehauptung in Bezug auf die gerichtliche Schutzbetreuung oder bereits im Abschluss des Vertrages trotz natürlicher Geschäftsunfähigkeit zusammen mit der rückwirkenden Beseitigung dieses Vertrages?

Die Interpretationen dieses Urteils in Bezug auf die Frage, worin das haftungsrelevante Verhalten liegen soll, sind unterschiedlich: Einerseits wird vertreten, dass eine Lüge und damit ein haftungsbegründendes Fehlverhalten ausgeschlossen gewesen wäre, hätte die Bürgin nicht unter gerichtlicher Schutz-

¹³³⁸ *Massip* Répertoire du notariat Defrénois 2003, S. 1077 (1089); *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 34.

betreuung gestanden.¹³³⁹ Dies bedeutet implizit, dass im durch Art. 414-1 Code civil „bemakelten“ Vertragsabschluss also selbst kein Fehlverhalten gesehen wird, denn eine hierauf gegründete Haftung könnte problemlos auch dann Bestehen, wenn der Betroffene nicht gleichzeitig unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme steht.

Andererseits wird die Rechtsprechung so verstanden, auch wenn sich dies weder den Ausführungen des Ausgangsgericht noch der *Cour de Cassation* ausdrücklich so entnehmen lässt, als sei auf das Verschweigen der Erwachsenenschutzmaßnahme *und* das Verschweigen der geistigen Störung i.S.v. Art. 414-1 Code civil abgestellt worden.¹³⁴⁰ Andere sehen das Fehlverhalten statt im Verschweigen der eigenen Geschäftsunfähigkeit in jedoch sehr vergleichbarer Weise im Abschluss des Vertrages trotz Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes.¹³⁴¹

Sinn ergibt das Ergebnis – Haftung der Bürgin auf Schadensersatz – letztlich nur, wenn zumindest *auch* auf das Verschweigen der Geschäftsunfähigkeit bzw. den Vertragsabschluss trotz Vorliegens von Nichtigkeitsgründen abgestellt wird und nicht nur auf das Verschweigen der gerichtlichen Schutzbetreuung: Denn die gerichtliche Schutzbetreuung ändert nichts an der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen.¹³⁴² Das Bestehen oder auch das Verschweigen dieser Maßnahme ändert also nichts an der Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags, sodass der Bank – wenn nicht zusätzlich Art. 414-1 Code civil erfüllt ist – allein durch diese Falschbehauptung auch kein Schaden entstehen kann, da sie ihren Zahlungsanspruch immer noch auf den wirksamen Bürgschaftsvertrag stützen könnte. Der Schaden entsteht im konkreten Fall nur, weil der Bank aufgrund natürlicher Geschäftsunfähigkeit nach Art. 414-1 Code civil keine wirksame Bürgschaft mehr zur Verfügung steht.¹³⁴³

Ob die Gerichte aber tatsächlich zumindest implizit auch den Vertragsschluss trotz Vorliegens des Nichtigkeitsgrundes des Art. 414-1 Code civil bzw. das Verschweigen dieses Nichtigkeitsgrundes bzw. die Herbeiführung der Nichtigkeit als Fehlverhalten akzeptieren wollten, bleibt unklar. Wenn die *Cour de cassation* feststellt, Art. 414-1 Code civil stehe einer Schadensersatzhaftung nicht im Weg, so kann dies auch nur bedeuten, dass der durch die Nichtigkeit bezweckte Schutz des Geschäftsunfähigen bei einem *sonstigen* und darüber hinausgehenden festgestellten Fehlverhalten eine Haftung nicht ausschließt, auch dann nicht, wenn die Nichtigkeit des Vertrags tatsächlich eingetreten ist. Nicht

¹³³⁹ *Massip* Répertoire du notariat Defrénois 2003, S. 1077 (1089), allerdings kritisch, da sich so das Bestehen einer solchen Maßnahme, die den Schutz des Erwachsenen bezwecke, de facto gegen diesen wende; auf die Falschbehauptung in Bezug auf die gerichtliche Schutzbetreuung abstellend auch *Malaurie und Peterka* 2022, S. 370 Rn. 429 Fn. 27.

¹³⁴⁰ *Fossier* Droit de la famille 2003, S. 33 (34).

¹³⁴¹ So allgemein *Noguéro* Les Petites Affiches 2009, S. 6ff. (unter I.A.2.d)): Das Fehlverhalten liege im Vertragsabschluss, trotz Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes.

¹³⁴² Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(2)(c)(dd).

¹³⁴³ Siehe auch *Fossier* Droit de la famille 2003, S. 33. (34).

aber kann ohne Weiteres angenommen werden, die *Cour de Cassation* habe damit sagen wollen, Art. 414-1 Code civil stehe der Vorgehensweise nicht entgegen, in der natürlichen Geschäftsunfähigkeit selbst den Haftungsgrund zu sehen. Auch in anderen Urteilen wird, wenn Geschäftsunfähige auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden sollen, in der Tat tendenziell nach einem gesonderten Haftungsgrund und einem sonstigen Fehlverhalten gesucht, der mit der Geschäftsunfähigkeit nicht zusammenhängt.¹³⁴⁴

Feststeht im Ergebnis aber jedenfalls, gleich worauf das Fehlverhalten konkret zurückgeführt werden soll, dass nach der Rechtsprechung auch ein Geschäftsunfähiger auf Schadensersatz soll haften können, wenn sich aus der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts Schäden für den Vertragspartner ergeben, selbst dann, wenn dies wirtschaftlich gesehen der Vertragserfüllung gleichkommt oder gar noch darüber hinausgeht, wie im eben beschriebenen Fall.

Unumstritten ist diese Schadensersatzpflicht Geschäftsunfähiger aber nicht. Es ist die Rede von einer Einzelfallentscheidung, die man am besten gleich wieder vergesse.¹³⁴⁵ Mit Art. 414-3 Code civil habe der Gesetzgeber nur die deliktische bzw. quasi-deliktische Haftung regeln wollen; für Rechtsgeschäfte sei Art. 414-1 Code civil abschließend: Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger seien bei entsprechender Geltendmachung nichtig und könnten keine Haftung nach sich ziehen,¹³⁴⁶ weder in Form einer Zahlungspflicht noch in der Form des Entzugs des Rechts, auf Nichtigkeit zu klagen.¹³⁴⁷ Es könne dem Geschäftsunfähigen im Ergebnis nicht „mit der einen Hand das genommen werden, was ihm mit der anderen gerade noch gewährt wurde“. ¹³⁴⁸ Schadensersatzansprüche weichen zudem den Schutz des Geschäftsunfähigen auf, schon weil der Anreiz verloren gehe, mit Geschäftsunfähigen nicht zu kontrahieren.¹³⁴⁹ Im Übrigen wird, allerdings wenig überzeugend, bezweifelt, ob insbesondere die Nichtigkeit des Vertrages überhaupt haftungsbegründend sein könne, denn eine Haftung setze eine Verletzungshandlung bzw. eine Schadensursache, einen Schaden sowie

¹³⁴⁴ CA Caen, 18. September 2007, n° 06/00056: Der wegen Geschäftsunfähigkeit nichtige Mietvertrag stützt für sich allein keinen Schadensersatzanspruch, sondern die *Cour d'appel* sucht nach sonstigem Fehlverhalten – beispielsweise einem Vorbehalt, nicht erfüllen zu wollen –, verneint dieses aber.

¹³⁴⁵ *Massip Répertoire du notariat Defrénois* 2003, S. 1077 (1090).

¹³⁴⁶ *Massip* 1983, S. 54ff. Rn. 36; *Massip Répertoire du notariat Defrénois* 2003, S. 1077 (1089); *Massip* 2009, S. 185f. Rn. 220; *Fossier Droit de la famille* 2003, S. 33 (34); *Marty und Raynaud* 1976, S. 731 Rn. 630; siehe auch *Marty und Raynaud* 1988, S. 518 Rn. 463, wonach eine Haftung für die Nichtausführung eines wegen Geschäftsunfähigkeit nichtigen Vertrags nicht in Betracht komme.

¹³⁴⁷ Kein Entzug des Klagerechts: *Massip* 1983, S. 54ff. Rn. 36; *Marty und Raynaud* 1976, S. 731 Rn. 630; gegen eine Beschränkung des Rechts, auf Nichtigkeit zu klagen, ebenso bereits *Viney RTD Civ.* 1970, S. 251 (260), da dies den Regelungen in Bezug auf die Folgen der Geschäftsunfähigkeit zuwiderlaufe.

¹³⁴⁸ *Noguéro Les Petites Affiches* 2009, S. 6ff. (unter I.A.2.d)).

¹³⁴⁹ *Noguéro Les Petites Affiches* 2009, S. 6ff. (unter I.A.2.d)).

Kausalität voraus. Ein nichtiger Vertrag existiere aber nicht mehr und könne daher auch keine Schadensursache mehr darstellen.¹³⁵⁰ Die Nichtigkeit des Vertrags ist doch ein rechtliches Faktum und es ist nicht ersichtlich, weshalb die Nichtigkeit als Schadensursache unbeachtlich sein soll.

Teils wird in Anlehnung an das Minderjährigenrecht allenfalls eine eingeschränkte Haftung in Betracht gezogen: So sieht Art. 1149 Abs. 2 Code civil zwar vor, dass dem Minderjährigen das Recht, auf Nichtigkeit zu klagen, auch dann nicht genommen wird, wenn er bei Vertragsschluss erklärt hat, er sei volljährig. Eine Ausnahme gilt aber anerkanntermaßen dann, wenn er seine Minderjährigkeit über die bloße Behauptung der Volljährigkeit hinaus in betrügerischer Weise verschleiert hat: Es wird ihm sodann als Konsequenz das Recht, auf Nichtigkeit zu klagen, versagt.¹³⁵¹ Dies soll so auf den volljährigen Geschäftsunfähigen übertragen werden: Zwar enthalte Art. 414-3 Code civil das Erfordernis betrügerischen Vorgehens nicht, dennoch solle der volljährige Geschäftsunfähige nicht strenger haften als der Minderjährige. Haftbar sei entsprechend nur der Geschäftsunfähige, der in betrügerischer Weise seinen Zustand verschleierte und mit Schädigungsvorsatz handle, wobei ebenso die bloße Behauptung, geschäftsfähig zu sein, nicht genüge.¹³⁵² Auch die Rechtsfolge müsse angepasst werden, um nicht faktisch eine Pflicht zur Vertragserfüllung herbeizuführen: Der Schadensersatz sei auf den Ersatz des Vertrauensschadens begrenzt, etwa auf mit dem Vertragsschluss in Zusammenhang stehende Ausgaben.¹³⁵³

Eine solche Analogie des Art. 1149 Abs. 2 Code civil dürfte aber ins Leere laufen, da, wie schon mehrfach besprochen, fraglich ist, ob eine Person, die in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft i. S. d. Art. 414-1 Code civil keinen freien Willen bilden kann, in der Lage ist, sich gleichzeitig von ihrem Zustand zu distanzieren und hierüber bewusst zu täuschen. Dem entspricht es im Ergebnis auch, wenn auch in der französischen Rechtsliteratur gegen die Analogie eingewendet wird, Art. 1149 Abs. 2 Code civil habe Sanktionscharakter und sanktioniere das bewusst betrügerische Handeln des Minderjährigen. Von einem solchen Verhalten könne beim geistig Kranken aber nicht gesprochen werden: Der Geschäftsunfähige, der krankheitsbedingt seine Krankheit zu verschleiern suche, versuche nicht, im vollen Bewusstsein der Realität seinen Vertragspartner in die Irre zu führen.¹³⁵⁴ Rechtsfolgen mit Sanktionscharakter könnten den

¹³⁵⁰ *Fossier* Droit de la famille 2003, S. 33 (34).

¹³⁵¹ Siehe oben unter 4. Kapitel B.II.1.c)cc)(1)(c).

¹³⁵² *Terré und Fenouillet* 2012, S. 599 Rn. 578; *Geffroy* 1974, S. 241; *Fossier* Droit de la famille 2003, S. 33 (34); Cour de Paris, 20. März 1956, RTD Civ. 1956, S. 709 obs. *Desbois*; andeutend *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 20 Rn. 180, ablehnend aber Fasc. 30 Rn. 31.

¹³⁵³ *Terré und Fenouillet* 2012, S. 599 Rn. 578.

¹³⁵⁴ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 31; siehe auch *Savatier* Recueil Dalloz 1968, S. 109 (115): Eine Haftung wegen Vortäuschens der Geschäftsunfähig-

geistig Kranken mangels Bewusstseins, was er tue, folglich „logischerweise“ nicht treffen.¹³⁵⁵

Allgemein könne Art. 414-3 Code civil nicht auf Haftungstatbestände angewendet werden, die einen bestimmten Verschuldensgrad, insbesondere Vorsatz, voraussetzten: Vorsatz oder gar Absicht setzten das Bewusstsein und den Willen, bestimmte Folgen herbeizuführen, voraus, was bei einem geistig Kranken aufgrund seines Zustands nie vorliege.¹³⁵⁶ Dies scheint auch die Position der Rechtsprechung zu sein, die, in versicherungsrechtlichem Kontext, Vorsatz ausschließt, wenn eine geistige Störung vorliegt.¹³⁵⁷ Auf den hier zu untersuchenden Fall angewendet bedeutet dies entsprechend, dass dann, wenn eine geistige Störung i. S. v. Art. 414-3 Code civil feststeht, eine Haftung wegen vorsätzlichen betrügerischen Verschleierns der eigenen Geschäftsunfähigkeit wegen Inkompatibilität des Zustands mit dem vorgeworfenen Verhalten ausgeschlossen ist.¹³⁵⁸

Entsprechend geht auch die Kritik fehl, es mute widersprüchlich an, über Art. 414-3 Code civil einerseits nur auf ein objektives Fehlverhalten abstellen zu wollen und die Kategorie der Zurechnungsfähigkeit aus dem Haftungsrecht zu verbannen, sie aber andererseits bei bestimmten Verschuldensformen wieder einführen zu wollen.¹³⁵⁹ Wenn Art. 414-3 Code civil auf die Zurechnungsfähigkeit verzichtet, so könnte doch vielmehr auch ein nur „natürlicher“ Vorsatz genügen.¹³⁶⁰ Abgesehen davon, dass schon nicht klar ist, was einen „natürlichen“ Vorsatz kennzeichnet, ist ein solches Verhalten, das eine vorsätzliche Täuschung, ob natürlich oder nicht, erfüllt, schlicht nicht denkbar.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass die Haftung des nach Art. 414-1 Code civil Geschäftsunfähigen bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts äußerst umstritten ist. Während in der Rechtsprechung eine solche Haftung zu finden ist, wo-

keit sei bei einem Geschäftsunfähigen stets ausgeschlossen gewesen, da sich dieser seiner Handlungen nie bewusst sei.

¹³⁵⁵ *Fossier* Droit de la famille 2003, S. 33 (34).

¹³⁵⁶ *Viney* RTD Civ. 1970, S. 251 (259); *Gomaa* RTD Civ. 1971, S. 29 (46); *Daurry-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1532); *Marty und Raynaud* 1988, S. 522 Rn. 464; *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 68 f.; *Massip* 2009, S. 188 Rn. 223; *Geffroy* 1974, S. 243 f.: Während das Fehlverhalten wegen Art. 414-3 Code civil grundsätzlich abstrakt und objektiv festzustellen sei, müsse Vorsatz aufgrund des Sanktionscharakters, der auf Vorsatz gründenden Haftungstatbeständen zugrunde liege, immer konkret und subjektiv festgestellt werden.

¹³⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 25. März 1991, RGAT 1991, S. 561 ff. m. Anm. *Margeat und Landel*.

¹³⁵⁸ So ausdrücklich *Daurry-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1532).

¹³⁵⁹ Dies ist aber genau die Vorgehensweise der herrschenden Meinung. In der Tat soll ausdrücklich bei einer Vorsatzhaftung statt einer sonst nur abstrakten Beurteilung des Fehlverhaltens eine konkrete Beurteilung vorgenommen werden: *Daurry-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1531); *Geffroy* 1974, S. 243 f.

¹³⁶⁰ Die Existenz eines natürlichen Willens anerkennend *Fossier* Droit de la famille 2003, S. 33 (34).

bei allerdings nicht eindeutig ist, welches Verhalten sie dem Geschäftsunfähigen konkret vorwirft – tendenziell muss eine gesondert festzustellende Pflichtverletzung vorliegen, die sich nicht im Zustand der Geschäftsunfähigkeit erschöpfen darf –, steht die Literatur einer solchen Haftung eher ablehnend gegenüber. Mehrheitlich geht die Literatur allenfalls dann von einer Haftung aus, wenn der Geschäftsunfähige seine Geschäftsunfähigkeit in betrügerischer Weise verschleiert, wobei jedoch fraglich ist, inwiefern er zu dieser Pflichtverletzung überhaupt in der Lage sein soll.

Sofern eine Haftung im Übrigen für möglich gehalten wird, kann auch gleichzeitig eine Haftung des Aufsichtspflichtigen begründet sein; die Haftung des Geschäftsunfähigen ist nicht subsidiär. Wenn es für den geistig Kranken einen Aufsichtspflichtigen gibt, dem Aufsichtspflichten vorzuwerfen sind, so bestehen die Haftung des geistig Kranken und die des Aufsichtspflichtigen wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht nebeneinander.¹³⁶¹

bb) Haftung für geistige Störung nach Vertragsschluss

Dass Art. 414-3 Code civil aber zumindest für Schadensersatzansprüche für die Nicht- oder Schlechterfüllung eines zunächst wirksam abgeschlossenen Vertrages gilt, darf als anerkannt gelten.¹³⁶² Wenn auf die Zurechnungsfähigkeit bei einer deliktischen Handlung verzichtet werde, so müsse die erst recht oder jedenfalls genauso im Vertragsverhältnis gelten.¹³⁶³

Dabei stellt sich aber die Folgefrage, ob sich der geistig Erkrankte auf Art. 1218 Code civil berufen kann, wonach eine Haftung ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner durch höhere Gewalt an der Vertragserfüllung gehindert wurde. Eine Berufung auf diese Vorschrift wird teils ausdrücklich abgelehnt: Eine geistige Störung i. S. v. Art. 414-3 Code civil sei keine höhere Gewalt.¹³⁶⁴ Es sei unlogisch, zunächst über Art. 414-3 Code civil eine Haftung zu begründen und die geistige Erkrankung als irrelevant zu ignorieren, sodann aber dieselbe Erkrankung als Haftungsausschluss heranzuziehen.¹³⁶⁵ Es gelte zudem auch zu

¹³⁶¹ Terré und Fenouillet 2012, S. 599 Rn. 578.

¹³⁶² Savatier Recueil Dalloz 1968, S. 109 (114f.); *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 28; *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 36ff.; *Daury-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1532); *Geffroy* 1974, S. 242; vgl. *Terré und Fenouillet* 2012, S. 599 Rn. 578.

¹³⁶³ *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 28; *Daury-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1532).

¹³⁶⁴ *Viney* RTD Civ. 1970, S. 251 (255, 263); *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 34; *Savatier* Recueil Dalloz 1968, S. 109 (115): Nur das, was auch für einen Gesunden als externe Ursache die höhere Gewalt darstelle, könne die Schadensersatzpflicht beseitigen.

¹³⁶⁵ *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 34 unter Berufung auf den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der eine Haftung auch bei geistiger Störung begründet wissen wollte. Vgl. *Daury-Fauveau* JCP G (La Semaine Juri-

verhindern, dass sich Schädiger stets auf den Einwand höherer Gewalt beriefen: Art. 414-3 Code civil sei schließlich auch geschaffen worden, um das materielle Recht zu vereinfachen und damit auch, um Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.¹³⁶⁶

Unumstritten ist auch dies jedoch nicht, da nach Rechtsprechung der *Cour de Cassation* jedenfalls bei einer physischen Krankheit – im konkreten Fall eine Krebserkrankung – die Berufung auf höhere Gewalt nicht ausgeschlossen ist: Höhere Gewalt setze voraus, dass das Ereignis, das an der Vertragserfüllung hindere, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unvorhersehbar gewesen und zudem unüberwindlich sei.¹³⁶⁷ Unvorhersehbarkeit bedeute, dass die Krankheit gewissermaßen von heute auf morgen aufgetreten sein müsse oder der Betroffene die Verschlechterung seines Zustands nicht habe aufhalten können, auch wenn diese vorhersehbar gewesen sei.¹³⁶⁸ Unüberwindbarkeit bedeute, dass die Leistungserbringung unmöglich und nicht lediglich erschwert sei.¹³⁶⁹ Diese Voraussetzungen kann, so die Rechtsprechung, auch der aus Sicht des Schuldners unvorhergesehene Eintritt einer Krankheit erfüllen.¹³⁷⁰ Auf das umstrittene Kriterium, wonach nur ein „externes“ Ereignis höhere Gewalt darstellen könne, und damit kein solches, das in der Person selbst begründet liege, hat die *Cour de Cassation* jedenfalls in diesem Zusammenhang verzichtet.¹³⁷¹

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung käme es, wollte man bei psychischen Erkrankungen Art. 414-3 Code civil unter Ausschluss des Einwands höherer Gewalt strikt anwenden, also zu einer merkwürdigen Spaltung der Rechtslage, je nach Art der plötzlich aufgetretenen Krankheit: Der geistig Kranke haftet stets für von ihm verursachten Schäden, der körperlich Kranke, der aufgrund eines körperlichen Gebrechens nicht zur Vertragserfüllung in der Lage ist, unter Umständen nicht, da diesem der Einwand der höheren Gewalt

dique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1532 f.); so im Bereich der deliktischen Haftung *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 87.

¹³⁶⁶ *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 34.

¹³⁶⁷ Cass. ass. plén., 14. April 2006, n° 02-11.168; zu diesem Urteil *Jourdain* Recueil Dalloz 2006, S. 1577 ff.

¹³⁶⁸ *Daurry-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1534).

¹³⁶⁹ *Daurry-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1534).

¹³⁷⁰ Cass. ass. plén., 14. April 2006, n° 02-11.168; zu diesem Urteil *Jourdain* Recueil Dalloz 2006, S. 1577 ff.

¹³⁷¹ *Juris Classeur/Civil Code-Cicile-Delfosse* 2017, Fasc. 30 Rn. 91; vgl. auch *Noguéro* Recueil Dalloz 2006, S. 1566 ff. (unter Überschrift I.), selbst aber kritisch, da die Pflichtverletzung stets objektiv zu bestimmen sei, sodass Krankheiten als interne Faktoren auch bei der Frage nach einem Haftungsausschluss außer Betracht bleiben müssten. Dabei ist das Kriterium der Exteriorität selbst umstritten. So ließe sich dieses auch auf eine Weise interpretieren, wonach solche Umstände extern sind, die der Betroffene nicht selbst verursacht hat, sondern die schlicht über ihn gekommen sind, sodass auch eine Krankheit einen externen Umstand darstellen könnte: *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 34.

eröffnet ist.¹³⁷² Es wird daher teils auch für geistig Erkrankte die Anwendbarkeit der Einwendung höherer Gewalt gefordert, wenn die Voraussetzungen dieser Einwendung – Unvorhersehbarkeit des Eintritts der geistigen Erkrankung und Unüberwindbarkeit des Leistungshindernisses i.S.d. Unmöglichkeit der Leistungserbringung – erfüllt sind. Letzteres sei insbesondere dann der Fall, wenn die Leistung vom Schuldner persönlich zu erbringen und dieser daher nicht ersetzbar sei.¹³⁷³

IV. Ergebnis

1. Zusammenfassung

Das Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit bedingt, dass eine geschäftsunfähige Person, also eine Person, die in allen Lebensbereichen handlungsunfähig ist, entsprechend auch für alle Lebensbereiche deliktsunfähig ist. Es ist folglich ausgeschlossen, dass ein absolut Geschäftsunfähiger aus einer verschuldensabhängigen Haftungsnorm für den Schaden eines von ihm abgeschlossenen und nichtigen Rechtsgeschäfts – sei es aufgrund von § 105 Abs. 1 BGB *de lege lata*, sei es aufgrund nicht erteilter Zustimmung des Vertreters trotz Zustimmungspflichtigkeit *de lege ferenda* – aufkommen muss.

Ein Auseinanderfallen von Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit ist nur möglich, bestätigt durch die Schweizer Rechtsliteratur,¹³⁷⁴ wenn ein Konzept relativer Geschäftsunfähigkeit zugrunde gelegt wird. Allerdings sind auch dann die Bezugspunkte beider Fähigkeiten im Fall des Abschlusses eines nichtigen Rechtsgeschäfts so nah beieinander (die Unfähigkeit, in Bezug auf das Rechtsgeschäft einen freien Willen zu bilden, als Geschäftsunfähigkeit einerseits und die Unfähigkeit, das Unrecht und die Schadensgeeignetheit des eigenen Tuns zu erkennen, als Deliktsfähigkeit andererseits), dass kaum vorstellbar ist, dass die eine Fähigkeit vorliegen soll, die andere aber nicht. Auch unter Geltung eines Konzepts relativer Geschäfts- und Deliktsfähigkeit scheidet eine Haftung aus verschuldensabhängigen Haftungsnormen aus.

Im Übrigen, selbst bei unterstellter Deliktsfähigkeit, erfüllte der Geschäftsunfähige schon keinen Haftungstatbestand, denn eine Haftung aus c.i.c. sowie § 122 BGB analog muss ausscheiden, sowohl bei aktiven Täuschungen über die

¹³⁷² *Noguéro* Recueil Dalloz 2006, S. 1566 ff. (unter Überschrift I.).

¹³⁷³ *Gomaa* RTD Civ. 1971, S. 29 (46, 58); *Daury-Fauveau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998, S. 1529 (1534): Ein gewöhnlicher Chirurg sei beispielsweise ersetzbar, ein Spezialist einer ausgefallenen Spezialisierung nicht. a.A. *Le Tourneau* JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 1971, I, n° 2401 Rn. 34 f.: Bedauerlich sei vielmehr, dass Art. 414-3 Code civil nicht auch auf physische Erkrankungen anwendbar sei. Der Einwand höherer Gewalt solle für alle Krankheiten ausgeschlossen sein.

¹³⁷⁴ Siehe oben bei Fn. 1254.

eigene Handlungsunfähigkeit als auch bei bloßem Verschweigen dieser Tatsache. Denn diese Vertrauenshaftungstatbestände, die als Gegenstück zum Recht, privatautonom im Rechtsverkehr zu handeln, zu verstehen sind, haben keinen Anwendungsbereich, wenn das Recht, privatautonom zu handeln, dem Schädiger gerade versagt wird. Im Übrigen ist auch nicht vorstellbar, dass eine geschäftsunfähige Person in der Lage ist, über ihren Zustand aktiv zu täuschen: Es ist nicht vorstellbar, dass bei einer Person ein geistiger Zustand vorliegt, der sie daran hindert, das fragliche Rechtsgeschäft zu verstehen bzw. einen von der Krankheit unbeeinflussten Willen hinsichtlich des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zu bilden, sie sich aber gleichzeitig ihrer Situation – inklusive der rechtlichen Auswirkungen bei Vorliegen von Geschäftsunfähigkeit – so bewusst sein soll, dass sie in der Lage wäre, sich diesen Zustand zunutze zu machen. Damit können auch, gleich ob absolute oder relative Geschäfts- und Deliktsfähigkeit zugrunde gelegt werden, die § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB tatbestandlich nicht erfüllt sein.

Weil kein Haftungstatbestand erfüllt ist, kann auch § 829 BGB, der ausnahmsweise eine Haftung bei Deliktsunfähigkeit ermöglicht, nicht anwendbar sein, auch nicht analog: Direkt ist er ohnehin nur auf deliktische Tatbestände anwendbar, die aber eine vorsätzliche Täuschung voraussetzen, wozu der Geschäftsunfähige aber wohl nicht in der Lage ist. Eine analoge Anwendung auf vorvertragliche Pflichtverletzungen scheidet schon deswegen aus, weil dem Geschäftsunfähigen keine vorvertragliche Pflichtverletzung vorzuwerfen ist: Aktiv täuschen kann er nicht, über seinen Zustand aufklären muss (und könnte) er nicht. Im Ergebnis bleibt der Vertragspartner, dessen Rechtsgeschäft aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des anderen keinen Bestand hat, schutzlos.

Während die Debatte um die Schadensersatzpflicht Geschäftsunfähiger im österreichischen Recht wie im deutschen Recht verläuft und damit wohl auch versandet, denn Schadensersatzpflicht soll auch im österreichischen Recht allenfalls bei – wohl nicht möglicher – aktiver Täuschung gegeben sein, sind das Schweizer Recht und das französische Recht wesentlich mehr darum bemüht, dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen: Das Schweizer Recht sieht, bestätigt durch das Bundesgericht, eine Billigkeitsregelung vor, wonach der Geschäfts- und Deliktsunfähige jedenfalls dann den Schaden aus dem nichtigen Rechtsgeschäft zu tragen hat, wenn dies der Billigkeit entspricht. Das französische Recht geht gar noch einen Schritt weiter und sieht mit Art. 414-3 Code civil eine Haftungsnorm vor, die auf das Merkmal der Deliktsfähigkeit vollständig verzichtet. Dies ermöglichte es dem Grunde nach, den Geschäftsunfähigen stets haften zu lassen. Entsprechend hat zumindest die *Cour de Cassation* in der Vergangenheit eine Haftung bei bzw. trotz Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Geschäftsunfähigkeit bejaht, auch wenn nicht eindeutig festzustellen ist, auf welche objektive Pflichtverletzung das Gericht dabei gestellt hat.

2. Reformüberlegungen

Die Tatsache, dass die Haftung des Geschäftsunfähigen für die von ihm „verursachte“ Nichtigkeit zumindest faktisch ausgeschlossen ist, ist einerseits zwar insofern konsistent, als schließlich das Vertrauen in die Geschäftsfähigkeit gerade nicht geschützt ist, sodass ein Rechtsgeschäft selbst bei unerkennbarer Geschäftsunfähigkeit nichtig ist. Dieser fehlende Vertrauensschutz bzw. dieser umfassende Schutz des Geschäftsunfähigen wird konsequent zu Ende geführt, wenn die Nichtigkeit für den Geschäftsunfähigen sodann auch ohne Folgen bleibt.

Andererseits ist aber fraglich, weshalb vom Schutz des Deliktsunfähigen bei Erfüllung eines deliktischen Haftungstatbestandes Abstriche gemacht werden können, nicht aber vom Schutz des Deliktsunfähigen, der seinen geistigen Zustand durch den Abschluss eines nichtigen Rechtsgeschäfts „auslebt“. Während über § 829 BGB die Haftung für jegliches deliktische Verhalten begründet werden kann, ohne dass dieses zwingend sittenwidrig oder vorsätzlich sein müsste, kann der Geschäfts- und Deliktsunfähige im vertraglichen Bereich allenfalls unter diesen erhöhten Voraussetzungen, die aber im Zweifel ohnehin nie vorliegen, belangt werden.

Dieser kompromisslose Schutz des Geschäfts- und Deliktsunfähigen zu Lasten des Vertragspartners wird zudem durch die hier vorgeschlagene Reform der Rechtsfolge des § 105 Abs. 1 BGB erheblich in Zweifel gezogen: Behandelt man erwachsene Geschäftsunfähige als beschränkt geschäftsfähig, gewährt man ihnen, zwar in abgeschwächter Form, aber immerhin, gewisse Selbstbestimmung im Rechtsverkehr. Dem entspricht es aber, ihnen spiegelbildlich auch in zumindest geringem Maße Selbstverantwortung aufzuerlegen. Ist der Geschäftsunfähige damit weder vollständig vom Rechtsverkehr ausgeschlossen noch von vornherein von jeder Haftung befreit, werden im Ergebnis auch die Ziele der UN-Behindertenrechtskonvention gefördert, da dies die Stellung von Menschen mit geistigen Behinderungen der Stellung von Menschen ohne Behinderungen jedenfalls annähert. Es sollte daher im deutschen Recht eine Schadensersatzhaftung Geschäftsunfähiger eingeführt werden.

Auf das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit ganz zu verzichten, wie es Art. 414-3 Code civil entspräche, bzw. die Haftung über eine § 122 BGB vergleichbare Norm zu begründen, ist dabei nicht zu empfehlen. Dies bedeutete faktisch, den Schutz des Geschäfts- und Deliktsunfähigen vollständig hinter den Ersatzinteressen des Geschädigten zurücktreten zu lassen, was einen radikalen Bruch mit dem deutschen Haftungsrecht und insbesondere den § 827 BGB und § 829 BGB darstellte. Es ist auch nicht notwendig, den Verkehrsschutzinteressen eine solch überragende Bedeutung beizumessen. Zum einen ist der Verkehrsschutz keinesfalls höher zu gewichten als der Schutz einer nicht einsichts- und steuerungsfähigen Person. Es bestehen vielmehr verfassungsrechtli-

che Schutzpflichten gegenüber geschäfts- und deliktsunfähigen Personen, die nicht vollständig zum Schutz der Interessen Dritter vernachlässigt werden dürfen, sondern es ist vielmehr ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen zu suchen. Zum anderen stellt es bereits eine Verbesserung gegenüber der aktuellen Situation dar, wenn auch bei Vertragsnichtigkeit und nicht nur geknüpft an die Erfüllung eines Deliktstatbestands zumindest eine Billigkeitshaftung möglich wäre.

Dem Schweizer Recht folgend sollte unter Weiterentwicklung des § 829 BGB also ein Tatbestand der Billigkeitshaftung für Geschäftsunfähige eingeführt werden, der diese zum Ersatz des Vertrauensschadens bei unerkannter Geschäftsunfähigkeit verpflichtet.¹³⁷⁵ Nichts anderes sollte gelten, ebenso wie im Schweizer Recht und im französischen Recht, wenn eine Person, die zunächst einen wirksamen Vertrag geschlossen hat, im Zustand später eintretender Geschäftsunfähigkeit eine vertragliche Pflichtverletzung begeht.¹³⁷⁶ Systematisch sollte diese Ersatzpflicht aber nicht ins Deliktsrecht eingefügt werden, sondern in die §§ 104 ff. BGB.

Gegen eine Haftung spricht dann auch nicht, dass eine solche Haftung, selbst wenn sie auf das negative Interesse begrenzt ist, typischerweise auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses hinauslaufe, etwa wenn ein geschäftsunfähiger Bankkunde einen Geldbetrag abhebe: Damit werde, so die Kritik, der Geschäftsunfähige allein durch Vollzug der rechtsgeschäftlichen Handlung de facto exakt den Belastungen ausgesetzt, vor denen ihn die §§ 104 ff. BGB bewahren wollen.¹³⁷⁷ Wenn aber die Haftung nur bei Billigkeit eintritt, können auch solche Umstände berücksichtigt werden. Außerdem, wenn § 105 Abs. 1 BGB durch die Zustimmungslösung ersetzt wird, ist es auch nicht mehr in Stein gemeißelt, dass der Geschäftsunfähige um jeden Preis vor einer Vertragserfüllung geschützt werden muss.

Die Billigkeitslösung wurde in der Vergangenheit mit dem Argument abgelehnt, Aufgabe des Gesetzgebers sei es, Interessenkonflikte abstrakt zu lösen, und es bedeute eine Resignation, gebe man nun dem Richter das Mittel an die Hand, um Einzelfälle anhand konkreter Umstände zu entscheiden.¹³⁷⁸ Dem

¹³⁷⁵ So auch *Breit* Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (141 f.); Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 30; *Simon* JW 1913, S. 291 (295); ebenso für eine Ausdehnung des Gedankens des § 829 BGB: *Lange* 1934, S. 82; dagegen *Gerstberger*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (8 f.), stattdessen ein Anfechtungsrecht befürwortend, nach dessen Ausübung stets auf den Vertrauensschaden gehaftet werden solle. Für eine Schaffung des dem § 122 BGB entsprechenden Tatbestands *Püschel* JW 1914, S. 564 (566 f.).

¹³⁷⁶ *Brandt* 1936, S. 68 f.; *Breit* Bank-Archiv 1911/1912, S. 140 (142), eine Schadensersatzpflicht für eine während eines laufenden Vertragsverhältnisses auftretende Geschäftsunfähigkeit grundsätzlich bejahend, jedenfalls dann, wenn der Geschäftsfähige sich vertraglich dazu verpflichtet habe.

¹³⁷⁷ Staudinger BGB-Knothe 2012, Vorbem. zu §§ 104–115 BGB Rn. 30.

¹³⁷⁸ *Gerstberger*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S. 1 (9).

wurde allerdings auch in der Vergangenheit damit begegnet, eine kluge Resignation sei um vieles besser als eine unzulängliche abstrakte Lösung.¹³⁷⁹ Diesem Ansatz entspricht es, dass sich schon auf Tatbestandsebene dringend empfiehlt, das abstrakte Konzept der absoluten Geschäftsunfähigkeit durch das einer Einzelfallbewertung zugängliche Konzept der relativen Geschäftsfähigkeit zu ersetzen. Nichts anderes kann dann aber auf Rechtfolgenebene gelten.

¹³⁷⁹ Brandt 1936, S. 68.

5. Kapitel

Ergebnisse und Formulierungsvorschläge

A. Ergebnisse

1. Geschäftsunfähigkeitsregelungen wie die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB stellen Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG, gegebenenfalls verstärkt durch weitere Grundrechte wie Art. 6 Abs. 1 GG oder Art. 14 Abs. 1 GG, derjenigen Personen dar, deren Rechtsgeschäft die Wirksamkeit versagt wird. Trotz geistiger Erkrankungen oder geistigen Behinderungen sind Geschäftsunfähige grundrechtswahrnehmungsfähig, solange sie zur Bildung irgendeines Willens fähig sind, sodass die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB ihre Eingriffswirkung nicht verlieren.

2. Gleichzeitig sind diese Eingriffsregelungen aber einer Rechtfertigung zugänglich, schon allein deswegen, weil die Privatautonomie ihre Ordnungsfunktion nur erfüllen kann, wenn am Rechtsverkehr grundsätzlich nur der Selbstbestimmung fähige Personen teilnehmen. Vor allem aber müssen Personen, denen ein hinreichendes Maß an Selbstbestimmung fehlt, vor Selbstschädigungen geschützt werden. Selbstbestimmungsfähigkeit bedeutet, zur freien Willensbildung in der Lage zu sein, was wiederum bedeutet, einsichts- (und urteils-¹) und steuerungsfähig zu sein. Was der Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung im Einzelnen unter diesen beiden Fähigkeiten verstehen, variiert jedoch je nach rechtlicher Handlungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit, Deliktsfähigkeit, Einwilligungsfähigkeit, Fähigkeit, die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung einzusehen – teils erheblich.

3. Ein Schutz vor sich selbst ist bei verminderter Selbstbestimmungsfähigkeit aus verfassungsrechtlicher Perspektive umso mehr gerechtfertigt, je erheblicher sich eine Person zu schädigen droht. Andersherum gewendet: Je erheblicher sich eine Person zu schädigen droht, desto höhere Anforderungen sind an ihre Selbstbestimmungsfähigkeit zu stellen.

4. Aus den völkerrechtlichen Vereinbarungen, die die Verfassung ergänzen, geht besonders deutlich hervor, dass Beschneidungen der Handlungsfähigkeit, wie sie von den §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB ausgehen, nur unter strenger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig sind. Vorrangig sind

¹ Insbesondere im Bereich der Einwilligungsfähigkeit wird die Urteilsfähigkeit als gesonderte Fähigkeit von der Einsichtsfähigkeit abgespalten, siehe oben unter 3. Kapitel D.I.1–4.

solche Schutzmaßnahmen zu wählen, die dem zu Schützenden Unterstützung bei der Ausübung seiner Freiheitsrechte bieten, statt ihm die Ausübung zu verweigern. Es ist also auch bei Schutzbedürftigkeit einer Person stets der Schutzmechanismus zu wählen, durch den dem Selbstbestimmungsrecht bestmöglich zur Geltung verholfen wird.

5. Die absolute Geschäftsunfähigkeit, die nach herrschender Meinung und Rechtsprechung dem § 104 Nr. 2 BGB zugrunde liegt, in Kombination mit den strikten Nichtigkeitsfolgen des § 105 Abs. 1 BGB oszilliert zwischen dem Untermaß- und dem Übermaßverbot. Ein Konflikt mit dem Untermaßverbot entsteht deswegen, weil durch diese absolute Geschäftsunfähigkeit bestimmte Personengruppen vom Schutz der Geschäftsunfähigkeitsregelungen ausgeschlossen sind. Denn nach herrschender Meinung ist nur geschäftsunfähig, wer nicht in der Lage ist, von einer Krankheit unbeeinflusst einen Willen zu bilden oder von einer Krankheit unbeeinflusst einen Willen umzusetzen. Absolute Geschäftsunfähigkeit bedeutet dabei konkret, dass eine Person stets – vom Sonderfall der partiellen Geschäftsunfähigkeit abgesehen – stets entweder für alle Geschäfte geschäftsfähig oder für alle Geschäfte geschäftsunfähig ist. Der krankhafte Zustand, um Geschäftsunfähigkeit begründen zu können, muss also so ausgestaltet sein, dass er jegliche Willensbildung und -umsetzung bestimmt, unabhängig vom Lebensbereich.

6. Dieses Verständnis von Geschäftsunfähigkeit führt zu dem, dass Personen, die einfache Rechtsgeschäfte noch nachvollziehen können, bei schwierigen Geschäften jedoch überfordert sind, nicht von § 104 Nr. 2 BGB erfasst sind. Nicht geschäftsunfähig ist daher grundsätzlich, wer (nur) das konkrete Rechtsgeschäft im Kern inhaltlich nicht verstanden hat (Fallgruppe 1), wer komplexe einzelvertragliche Regelungen nicht nachvollziehen kann (Fallgruppe 2), wer die rechtlichen, aber auch tatsächlichen Folgen („Tragweite“) des Rechtsgeschäfts nicht überblickt oder sich seine eigenen Lebensumstände, die für oder gegen das Rechtsgeschäft sprechen, nicht vergegenwärtigen kann (Fallgruppe 3). Außerdem ist nicht geschäftsunfähig, wer „nur“ krankheitsbedingt erheblich beeinflussbar ist (Fallgruppe 4).

7. Da die Personen der Fallgruppen 1–4 nicht von § 104 Nr. 2 BGB erfasst sind, ergeben sich, auch wenn punktuell andere Schutzvorschriften eingreifen, erhebliche Schutzlücken:² Das Betreuungsrecht gewährt nur Schutz für die Zukunft und wirkt sich im Übrigen nicht auf die Handlungsfähigkeit einer Person aus, außer bei Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts. Dieser kann aber wiederum nur unter hohen Voraussetzungen angeordnet werden und auch nicht gegen den Willen des Betreuten. Bei der Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB handelt es sich zum einen mehr um eine Inhaltskontrolle als um

² Auf die unter 3. Kapitel B. jeweils geprüften Vorschriften und Zwischenergebnisse wird verwiesen.

eine Abschlusskontrolle. Zum anderen setzt die Sittenwidrigkeitsklausel ein subjektives Element voraus, welches aber gerade dann, wenn eine geistige Beeinträchtigung nicht erkennbar ist, wie es bei Demenzen häufig der Fall ist, fehlt. Das AGB-Recht hat einen äußerst engen Anwendungsbereich und ist nicht auf den Schutz intellektuell und kognitiv beeinträchtigter Menschen zugeschnitten. Das Recht, wegen Irrtums anzufechten, droht an der Irrtumsdefinition zu scheitern, zumindest ist die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln je nach Ausprägung der geistigen Schwäche fraglich. Außerdem ist eine nur einem Motivirrtum unterlegene Person grundsätzlich ohnehin nicht zur Anfechtung berechtigt. Hinzukommt, dass die Anfechtungsregelungen als Gestaltungsrecht stets, gar fristgebunden, erst ausgeübt werden müssen und zudem zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichten. Auch über Aufklärungspflichten und ähnliche Informationspflichten zum Vertragsinhalt lässt sich kein hinreichender Schutz erzielen: Diese Mitteilungspflichten drohen fruchtlos zu sein, weil schlicht nicht jeder Sachverhalt einem jeden verständlich gemacht werden kann bzw. weil ihre angemessene Durchführung, also orientiert am Verständnishorizont des Mitteilungsberechtigten, daran scheitert, dass geistige Schwächen nicht zwingend zu erkennen sind. Führt die geistige Schwäche zu einer besonderen Beeinflussbarkeit oder zu besonderer Täuschungsanfälligkeit, so sind Willensbeeinflussungen zwar von der c.i.c., § 123 BGB und gegebenenfalls dem Deliktsrecht erfasst, diese Vorschriften sind aber eben auf die Situation einer – teils sehr spezifischen – Willensbeeinflussung beschränkt: Erfasst sind insbesondere arglistige Täuschung und Drohung, über die c.i.c. auch fahrlässige Täuschungen sowie sonstige, als unlauter zu wertende Willensbeeinflussungen. Objektiv neutrale Handlungen, also etwa die Tatsache, dass „einfach nur“ ein Vertrag mit einer intellektuell unterlegenen Person geschlossen wird, ohne dass gleichzeitig irgendeine Art „Trick“ angewendet würde, um diese Person zum Vertragsschluss zu verleiten, stellen – vorbehaltlich etwaiger Aufklärungspflichten – hingegen keine vorvertragliche Pflichtverletzung dar und führen daher nicht zu einem Vertragsaufhebungsrechts des intellektuell Schwächeren. Eine Ausnahme hiervon mag im Anwendungsbereich des UWG gelten, welches aber auf ein Unternehmer/Verbraucher-Verhältnis beschränkt ist. Im Übrigen sind auch diese Schadensersatz- sowie Gestaltungsrechte im Fall unlauterer Willensbeeinflussung von wiederum einem Tätigwerden des Betroffenen abhängig, was deren Schutzwirkung erheblich beschränkt. Dasselbe gilt für Widerrufsrechte, die zudem von vornherein nur auf bestimmte Vertragstypen sowie wiederum die Unternehmer/Verbraucher-Konstellation anwendbar sind.

8. Nicht nur bleiben bestimmte Personengruppen schutzlos: Das absolute Verständnis von Geschäftsunfähigkeit bedingt zum anderen auch, dass Geschäftsunfähigkeit grundsätzlich nur angenommen werden darf, wenn eine Person an einer Krankheit leidet, die ihr eine freie Willensbestimmung und -umsetzung in Bezug auf jegliches Rechtsgeschäft unmöglich macht. Geschäfts-

unfähigkeit muss also anhand von Kriterien geprüft werden, die, wenn sie vorliegen, einen solch weitreichenden Schluss zulassen. Dies erfolgt in der Praxis jedoch nicht so konsequent: Denn häufig prüfen die Gerichte faktisch eben doch nur, ob eine Person zum Abschluss des konkreten Geschäfts in der Lage war. Weil die Gerichte aber am Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit festhalten, wird damit notgedrungen behauptet, eine Person sei zum Abschluss keines Geschäfts mehr in der Lage, auch wenn dies gar nicht den Tatsachen entspricht. Wollen die Gerichte § 104 Nr. 2 BGB in einem bestimmten Einzelfall, in dem es unangemessen erschiene, den Betroffenen an das Rechtsgeschäft zu binden, anwenden, sind sie gezwungen, diese Ungereimtheit und dieses Übermaß an Schutz hinzunehmen. Aber selbst dann, wenn die Gerichte die Geschäftsunfähigkeit tatsächlich anhand sehr abstrakter und vom konkreten Rechtsgeschäft losgelöster Kriterien prüfen, wie etwa anhand des Kriteriums, ob eine Person zeitlich und örtlich orientiert ist, nehmen sie in Kauf, mit dem Übermaßverbot in Konflikt zu geraten: Denn dann nehmen sie in Kauf, Geschäftsunfähigkeit bei einem bestimmten Geschäft anzunehmen und dieses für nichtig zu erklären, obwohl für konkret dieses die abgeprüfte Fähigkeit unter Umständen gar nicht notwendig ist. So stellt sich durchaus die Frage, ob ein jedes Geschäft erfordert, dass die Person, die es schließt, zeitlich und örtlich orientiert ist.

9. Dieser Konflikt sowohl mit dem Übermaß- als auch mit dem Untermaßverbot ließe sich vermeiden, wenn sich auch das deutsche Recht, wie bereits insbesondere das österreichische und das Schweizer Recht, zu einer relativen Geschäftsfähigkeit bekennen würde. Es könnte so für jeden Einzelfall sachgerecht bestimmt werden, welche Anforderungen an die geistigen Fähigkeiten bei welchem Rechtsgeschäft erforderlich sind und ob der Betroffene die entsprechenden Fähigkeiten aufweist, ohne dass ein Übermaß oder ein Untermaß an Schutz drohte.

10. Aus der Analyse des österreichischen und insbesondere des Schweizer Rechts ergibt sich, dass für relative Geschäftsfähigkeit, damit also der rechtsgeschäftliche Wille einer Person respektiert werden kann und muss, im Detail folgende Fähigkeiten vorliegen müssen: Zur Willensbildungsfähigkeit (Einsichtsfähigkeit) gehört zunächst die Fähigkeit, im Kern zu verstehen, welche Rechtsfolge mit dem Rechtsgeschäft unmittelbar bewirkt wird sowie darüber hinaus, im Kern die wesentlichen Folgen des Rechtsgeschäfts („Tragweite“), sowohl wirtschaftlicher Natur als auch die lebensgestaltende Bedeutung des Geschäfts, zu erfassen. Mit dem Begriff der Tragweite sind folglich mehr tatsächliche als rechtliche Auswirkungen einer Handlung gemeint. Um willensbildungsfähig zu sein, muss eine Person zudem einen hinreichenden Realitätsbezug aufweisen, sich also insbesondere ihrer eigenen Lebensumstände bewusst sein und sich die für die konkrete Entscheidung relevanten Gesichtspunkte vergegenwärtigen können. Schließlich muss sie zur Abwägung des Für und Wider des Rechtsgeschäfts in der Lage sein, wobei ihre Motivbildung und ihre Fähig-

keit, ihre Interessen zu gewichten, nicht durch die Krankheit verzerrt sein dürfen. Die Person muss grundsätzlich auch zu Selbstkontrolle in der Lage sein und darf ihre Entscheidung nicht nur auf ihrem ersten Impuls aufbauen können. Abzüglich der Verstandeskraft – Verständnis von Inhalt und Tragweite des Geschäfts – sind all dies Elemente, die auch die herrschende Meinung der deutschen Rechtsliteratur sowie die Rechtsprechung für die Prüfung der absoluten Geschäftsunfähigkeit heranzieht, allerdings mit dem Unterschied, dass sich die Bestimmung, ob die genannten Fähigkeiten vorliegen, bei der relativen Geschäftsfähigkeit anhand des konkreten Rechtsgeschäfts bemisst.

11. Dass sich die Fähigkeiten anhand des konkreten Rechtsgeschäfts bemessen, bedeutet dabei insbesondere, dass sich die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit im Einzelfall jeweils nach Art, Komplexität und die Tragweite des Rechtsgeschäfts bestimmen: So hängt hiervon etwa ab, welche und wie viele Tatsachen eine Person im Kern erfassen können muss und wie anspruchsvoll die zu verstehenden Tatsachen sind. Je komplexer und je weitreichender ein Rechtsgeschäft ist, desto mehr bzw. komplexere Tatsachen muss eine Person folglich verstehen und verarbeiten können und desto mehr muss sie in der Lage sein, prognostische Überlegungen anzustellen. Die Anforderungen an ihre geistigen Fähigkeiten steigen aufgrund der „Verständnisquantität“³ entsprechend. Dass das konkrete Rechtsgeschäft über die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit entscheidet, bedeutet zudem, dass Art, Komplexität und Tragweite aber auch darüber entscheiden, inwiefern bestimmte Fähigkeiten überhaupt eine Rolle spielen und wie einwandfrei die Willensbildung und -umsetzung sein muss. Denn die genannten Fähigkeiten sind keineswegs schemhaft bei Abschluss eines jeden Rechtsgeschäfts abzuprüfen, sondern es muss stets festgestellt werden, ob für das konkret in Frage stehende Geschäft beispielsweise tatsächlich Kenntnis der eigenen Lebensumstände notwendig ist oder ob es gerechtfertigt erscheint, eine einwandfreie Motivbildung, eine dem eigenen Wertsystem entsprechende Bewertung und Impulskontrolle zu verlangen. Auch das Maß des Verstehenkönnens kann somit reduziert sein, wenn nichts „auf dem Spiel steht“ („Verständnisqualität“).⁴

12. Die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit dürfen dabei nicht zu hoch angestellt werden. Dies gilt insbesondere für höchstpersönliche Geschäfte. Aber auch ganz allgemein kann es keinesfalls darum gehen, dass eine Person bei einem Rechtsgeschäft jedes Detail bis in die letzte Verästelung verstanden hat. Personen der Fallgruppe 2 bleiben daher, wie auch bei einem Konzept absoluter Geschäftsfähigkeit, grundsätzlich geschäftsfähig, was sachgerecht ist, um die Anforderungen an die Handlungsfähigkeit nicht zu überspitzen. Dies ent-

³ Zum Begriff bei *Kuhlmann* 1996, S. 43.

⁴ So im Schweizer Recht zur Annahme einer Schenkung *Berner Kommentar-Aebi-Müller* 2017, Art. 16 ZGB Rn. 117: „primitive“ Vorstellung des „Bekommens“ ausreichend. Zum zitierten Begriff bei *Kuhlmann* 1996, S. 43.

spricht auch den Vorgaben der EMRK und der UN-Behindertenrechtskonvention, wonach das Selbstbestimmungsrecht von Menschen mit psychischen Krankheiten und geistigen Behinderungen zu respektieren ist und ihnen die Teilnahme am Rechtsverkehr so umfassend wie möglich gewährt werden soll.

13. Zur Willensumsetzungsfähigkeit (oder Steuerungsfähigkeit) gehört sodann die Fähigkeit, den frei gebildeten Willen umzusetzen, ohne dabei über das Normalmaß hinaus beeinflussbar zu sein. Auch hier bestimmen Art, Komplexität und Tragweite des Rechtsgeschäfts, welches Maß an Beeinflussbarkeit noch hingenommen werden kann, wie einwandfrei folglich die Willensumsetzung erfolgt sein muss. Dabei kann aber auch grundsätzlich schon die krankheitsbedingte Beeinflussbarkeit zu Geschäftsunfähigkeit führen, nicht erst der vollständige Ausschluss der Willensumsetzungsfähigkeit.

14. Im Übrigen liegt relative Geschäftsunfähigkeit nicht vor, wenn einer Person bewusst ist, dass sie bei einem Rechtsgeschäft beispielsweise nicht versteht, worauf sie sich einlässt. Geschäftsunfähigkeit beschreibt keinen Mangel an das Rechtsgeschäft betreffenden Informationen, sondern durch die Unfähigkeit, selbstbestimmt zu handeln. Es kommt also darauf an, ob der Person bewusst war, dass sie etwa einer vorherigen Beratung bedurfte. Konnte sie dieser Einsicht krankheitsbedingt jedoch keine Folge leisten, bleibt es bei der Feststellung von Geschäftsunfähigkeit.

15. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die relative Geschäftsunfähigkeit insbesondere den Schutz der Personengruppen der Fallgruppen 1, 3 und 4 BGB ermöglicht, der ihnen bislang, jedenfalls durch Geschäftsunfähigkeitsregelungen, verwehrt blieb.

16. Durch den maßgeschneiderten und am Einzelfall orientierten Schutz, den die relative Geschäftsfähigkeit ermöglicht, wird nicht nur dem verfassungsrechtlichen Prinzip Rechnung getragen, wonach ein Schutz vor sich selbst umso eher angemessen ist, je schwerwiegender die Beeinträchtigung der Selbstbestimmungsfähigkeit bzw. je erheblicher der drohende Schaden ist: Denn genau diese Verhältnismäßigkeit wird gewahrt, wenn es von Umständen wie der Tragweite und damit von der Gefährlichkeit des Geschäfts abhängt, wie einwandfrei die Selbstbestimmungsfähigkeit sein muss, sodass die Nichtigkeit nur dort ausgesprochen wird, wo es nicht angemessen erscheint, den Betroffenen an das Rechtsgeschäft zu binden. Es wird durch die relative Geschäftsfähigkeit auch die Rechtssicherheit bzw. der Schutz des Vertragspartners nicht über Gebühr beeinträchtigt, jedenfalls nicht mehr als bei einem Modell absoluter Geschäftsunfähigkeit: Denn größter Quell der Rechtsunsicherheit ist auch aktuell bereits, dass der Vertragspartner als Laie in der Regel nicht erkennen kann, ob das Gegenüber an einer zu Geschäftsunfähigkeit führenden Krankheit leidet, und dass sein guter Glaube an eine vorhandene Geschäftsfähigkeit nicht geschützt wird. Der vermeintlichen Unsicherheit, die bei relativer Geschäftsunfähigkeit daraus resultieren soll, dass der Vertragspartner nicht eindeutig erkennen könne, ob

das Geschäft schwierig oder leicht sei, ist also schon damit zu begegnen, dass es hierauf ohnehin nicht primär ankommt: Denn meist wird der Vertragspartner schon nicht die Kompetenz haben, um beurteilen zu können, welche Fähigkeiten sein Gegenüber aufweist, um, nach welchem Konzept auch immer, geschäftsfähig zu sein. Die Einstufung als leichtes oder schwieriges Rechtsgeschäft nützt dem Vertragspartner so isoliert daher ohnehin nichts. Außerdem wird sich kaum bestreiten lassen, dass es bei zahlreichen Geschäften durchaus möglich ist, zu beurteilen, ob dieses eher komplex ist (Ehevertrag, Gründung einer Aktiengesellschaft) oder nicht (Kauf eines einzelnen Gegenstands).

17. Der § 104 Nr. 2 BGB ließe sich bereits in seiner aktuellen Fassung i. S. e. relativen Geschäftsfähigkeit auslegen. Dennoch sollte aus Klarstellungsgründen eine neue Regelung zur Geschäftsunfähigkeit erlassen werden. Diese sollte wertungsoffen formuliert werden, um die Berücksichtigung jedes Einzelfalls zu ermöglichen: Geschäftsfähig ist nur, wer einsichts- und steuerungsfähig ist, wobei eine Konkretisierung erfolgen muss, dass sich diese Fähigkeiten anhand des konkreten Rechtsgeschäfts bemessen. Durch eine nicht abschließende Aufzählung kann umschrieben werden, welche Fähigkeiten im Detail für die Prüfung der Geschäftsunfähigkeit zu berücksichtigen sind (z. B. Verstehenkönnen von Bedeutung und Folge, Fähigkeit zu rationaler Abwägung etc.), wobei zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt sein muss, dass sich das notwendige Maß dieser Fähigkeiten von Fall zu Fall, je nach Art und Tragweite des Geschäfts, unterscheidet. Es geht stets um eine wertende Entscheidung, keine schemahafte Prüfung. Bestimmte Grundsätze sind dabei auch für diese neue Vorschrift zu übernehmen: Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit wird nicht geschützt und Geschäftsunfähigkeit setzt keine Kausalität in dem Sinne voraus, dass das Rechtsgeschäft bei Geschäftsfähigkeit nicht oder jedenfalls so nicht zustande gekommen wäre. Geschäftsunfähigkeit sollte nach wie vor an eine medizinische relevante Beeinträchtigung anknüpfen, die aber, wie im Schweizer Recht, weitverstanden werden und insbesondere auch Altersschwächen erfassen sollte. Auf das Merkmal der „Dauerhaftigkeit“ des krankhaften Zustands, wie es sich aktuell in § 104 Nr. 2 BGB findet, sollte jedoch verzichtet werden; beim Zugang von Willenserklärungen kann der in § 131 Abs. 1 S. 1 BGB angelegte Unterschied zwischen vorübergehenden und dauerhaften Zuständen – Zugang beim Geschäftsunfähigen selbst vs. Zugang beim Vertreter – jedoch beibehalten werden.⁵

18. Auch die besonderen rechtlichen Teilhandlungsfähigkeiten sollten relativ verstanden werden. Für die Einwilligungsfähigkeit ist dies bereits anerkannt, für die Testierfähigkeit und die Prozessfähigkeit ist dies zu übernehmen. Die Ehesfähigkeit ist im Wesentlichen schon deswegen relativ, weil sie sich ohnehin nur auf eine Art von Rechtsgeschäften – die Eheschließung – bezieht. Sowohl

⁵ Siehe zur Reform der Zugangsvorschrift auch unten Nr. 25.

bei der Ehefähigkeit als auch bei der Testierfähigkeit sind die Anforderungen an die Handlungsfähigkeit aufgrund der Höchstpersönlichkeit gering zu halten.

19. § 105a BGB sollte neben der relativen Geschäftsfähigkeit bestehen bleiben, allerdings ebenso reformiert werden.⁶ Weder geht die relative Geschäftsfähigkeit in § 105a BGB auf noch wird § 105a BGB neben der relativen Geschäftsfähigkeit überflüssig.

20. Nicht nur das Konzept absoluter Geschäftsunfähigkeit ist verfassungsrechtlich bedenklich, auch die strikte Nichtigkeitsfolge des § 105 Abs. 1 BGB ist mit dem Übermaßverbot unvereinbar. Gemäß § 105 Abs. 1 BGB sind, abgesehen von vereinzelten Ausnahmeregelungen, Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger nichtig. Diese Nichtigkeit trägt weder dem Selbstbestimmungsrecht des Geschäftsunfähigen hinreichend Rechnung, welches aber insbesondere auf der Grundlage der EMRK und der UN-Behindertenrechtskonvention zu fördern ist, noch der Rechtssicherheit bzw. dem Verkehrsschutz, da es keinerlei Möglichkeit gibt, dem Rechtsgeschäft zu Wirksamkeit zu verhelfen, auch dann nicht, wenn dieses dem Geschäftsunfähigen nützt, und auch dann nicht, wenn der Vertragspartner die Geschäftsunfähigkeit nicht erkennen konnte.

21. Nach aktuell geltendem Recht gelten bei Beteiligung Geschäftsunfähiger nur alltägliche und mit geringfügigen Mitteln zu bewirkende Geschäfte gemäß § 105a S. 1 BGB nach Bewirkung der Leistungen als wirksam, wobei nicht nur unklar ist, welche Geschäfte überhaupt diese Kriterien erfüllen, sondern die Wirksamkeitsfiktion zieht zudem eine Vielzahl dogmatischer Schwierigkeiten nach sich: Denn es handelt sich nicht um eine echte Ausnahme zu § 105 Abs. 1 BGB, sondern es soll, bei grundsätzlich gleichbleibender Nichtigkeit, lediglich eine Rückabwicklung ausgeschlossen werden. Auch in Spezialbereichen gibt es vergleichbare Regelungen: Für den Bereich der Werkstattverträge ist § 221 Abs. 5 SGB IX dem § 105a BGB nachempfunden. Für den Bereich von Heimverträgen geht § 4 Abs. 2 WBVG sogar über § 105a BGB hinaus und bewirkt eine echte Ausnahme zu § 105 Abs. 1 BGB: Heimverträge, die von einem Geschäftsunfähigen geschlossen werden, sind nur schwebend unwirksam, sodass der von einem Geschäftsunfähigen geschlossene Heimvertrag vom gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter genehmigt werden kann. Insbesondere § 4 Abs. 2 WBVG lässt folglich erahnen, dass eine Aufweichung der strengen Nichtigkeitsfolge mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen nicht von vornherein unvereinbar sein kann. Im Übrigen ist eine geschäfts- und prozessunfähige Person ausnahmsweise gem. §§ 275, 276 FamFG verfahrensfähig, um zu verhindern, dass diese Person bei Betreuungs- und Unterbringungsachen zum bloßen Gegenstand des Verfahrens gemacht wird.

22. Zur Abwehr der Nichtigkeit kann auch der Einwand des Rechtsmissbrauchs erhoben werden. Dieser Einwand findet im deutschen Recht allerdings

⁶ Siehe sogleich unten Nr. 27.

kaum Erwähnung. Sofern er Erwähnung findet, soll damit die Nichtigkeit allenfalls zu Gunsten des Geschäftsunfähigen abgewehrt werden, um diesem die Wirksamkeit des Vertrags zu erhalten. Dem Geschäftsunfähigen selbst soll es hingegen nie verwehrt sein, sich auf die Nichtigkeit zu berufen; der Gutgläubensschutz des Vertragspartners steht insofern stets zurück. Im Schweizer Recht ist dies anders: Dort ist anerkannt, dass in Grenzen auch dem Geschäftsunfähigen dieser Einwand entgegengehalten werden kann, allerdings wird diese Lösung aus Sicht des Verkehrsschutzes für unzureichend betrachtet.

23. Zum Schutz der Selbstbestimmung Geschäftsunfähiger sowie zum Schutz des Rechtsverkehrs sollte § 105 Abs. 1 BGB durch ein Zustimmungsmodell entsprechend den §§ 107 ff. BGB ersetzt werden, mit dem Ergebnis, dass erwachsene Geschäftsunfähige den beschränkt Geschäftsfähigen gleichgestellt sind. Ein solches Modell, welches es im Übrigen in Österreich auch für Volljährige bereits gibt, trägt den Interessen der Beteiligten wesentlich besser Rechnung, ohne den Schutz des Geschäftsunfähigen zu vernachlässigen: Dass es mit dem Schutz nicht voll Geschäftsfähiger vereinbar sein muss, beweist schon allein die Tatsache, dass der BGB-Gesetzgeber selbst diese Lösung für Minderjährige ab Vollendung des siebten Lebensjahres vorgesehen hat.

24. Die Alternative, ein Anfechtungsmodell nach französischem Vorbild zu schaffen, wodurch sich auch Geschäftsunfähige zunächst wirksam binden und das Geschäft nur nachträglich durch Anfechtung wieder zu Fall bringen können, empfiehlt sich hingegen nicht. Es trüge zwar dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen in gleichem Maße Rechnung wie die Zustimmungslösung. Allerdings hat das Anfechtungsmodell gegenüber dem Zustimmungsmodell den Nachteil, dass der Geschäftsunfähige aufgrund der zunächst eintretenden Wirksamkeit an das Geschäft gebunden ist und von ihm folglich Erfüllung verlangt werden kann. Er ist, wenn er erfüllt und dann anfechtet, auf den Bereicherungsanspruch verwiesen. Zwar können auch weder die Nichtigkeit des § 105 Abs. 1 BGB noch das zu schwebender Unwirksamkeit führende Zustimmungsmodell verhindern, dass Rechtsgeschäfte faktisch erfüllt werden, auch wenn der Geschäftsunfähige rechtlich dazu nicht verpflichtet ist, und damit Geschäftsunfähige ebenso faktisch auf den Bereicherungsanspruch verwiesen sind. Es wäre aber nicht sachgerecht, eine solche Pflicht zur Erfüllung rechtlich zu verankern. Dem Schutz des Geschäftsunfähigen entspricht es weitaus mehr, erst über das Schicksal des Vertrags zu entscheiden und ihn dann gegebenenfalls zur Erfüllung zu verpflichten, nicht aber umgekehrt.

25. Das neu zu schaffende Zustimmungsmodell sollte sich an den bewährten §§ 107 ff. BGB orientieren, was dazu führt, dass für den erwachsenen Geschäftsunfähigen im Wesentlichen dieselben Vorschriften gelten sollten wie aktuell für den beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen. Dies betrifft insbesondere die Regelung zum Widerrufsrecht des Vertragspartners nach § 109 Abs. 1 S. 1 BGB. Auch § 110 BGB sollte übernommen werden, da es mit dem Schutz des Ge-

schäftsunfähigen kompatibel ist, ihn über ihm zur Verfügung gestellte Mittel verfügen zu lassen. § 110 BGB ist dabei weder wegen der gleichzeitigen Anerkennung der relativen Geschäftsfähigkeit noch wegen § 105a BGB obsolet. Ebenso sind § 111 BGB, § 131 Abs. 2 S. 2 BGB sowie §§ 165, 179 Abs. 3 S. 2 BGB auf Geschäftsunfähige zu erstrecken. Insgesamt sollte bei einer Neuformulierung der §§ 104 ff. BGB bei Erwachsenen, die einsichts- oder steuerungsunfähig sind, aber nicht mehr von Geschäftsunfähigen, sondern nur noch von beschränkt Geschäftsfähigen gesprochen werden, um Unklarheiten zu vermeiden.

26. Insbesondere sollten auch erwachsene Geschäftsunfähige in der Lage sein, Geschäfte, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind, ohne Zustimmung vollständig wirksam abzuschließen. Trotz des Begriffs der lediglich *rechtlichen* Vorteilhaftigkeit sollten dabei, wie die Rechtsprechung tendenziell bei Grundstücksgeschäften schon anerkennt, unbedeutende wirtschaftliche Nachteile sowie nur mittelbare Nachteile ausgesondert werden und keine Zustimmungspflichtigkeit begründen können. Dies eröffnet zwar gewisse Wertungsspielräume, was den Einwand der Rechtsunsicherheit auf den Plan ruft. Dem ist aber zu entgegnen, dass Rechtssicherheit ohnehin nicht das primäre Ziel der §§ 104 ff. BGB ist, wie schon der fehlende Gutgläubensschutz beweist, und ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit auch nicht zu vermeiden ist.

27. Darüber hinaus sollten Geschäftsunfähige – sowie im Übrigen *de lege ferenda* auch beschränkt geschäftsfähige Minderjährige – alltägliche Geschäfte voll wirksam abschließen können, wie es beispielsweise auch im französischen Recht mit Art. 1148 Code civil anerkannt ist. § 105a BGB ist entsprechend zu reformieren. Es empfiehlt sich darüber hinaus jedoch nicht, den Bereich der voll wirksamen Geschäfte entsprechend dem französischem Minderjährigenrecht bzw. den französischen Regelungen in Bezug auf Erwachsenenschutzmaßnahmen auf all die Geschäfte auszudehnen, durch die sich der Geschäftsunfähige „nur“ nicht wirtschaftlich oder auf sonstige Weise schädigt.⁷ Zwar ist auch ein Betreuer bis zur Grenze des § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB – Gefahr einer erheblichen Schädigung – verpflichtet, den Wünschen des Geschäftsunfähigen nachzukommen, sodass sich die Frage stellt, weshalb der Betroffene Geschäfte, die sich unterhalb dieser Schädigungsgrenze befinden, nicht schlicht selbst schließen kann, oder weshalb jedenfalls die Grenze zwischen Zustimmungsfreiheit und Zustimmungspflichtigkeit nicht zumindest irgendwo unterhalb der Schädigungsgrenze des § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB gezogen werden könnte. Zum einen empfiehlt sich die vollständige Wirksamkeit bis zur Grenze von § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB deswegen nicht, weil sonst die Zwischenschaltung eines Vertreters,

⁷ Wobei sich im französischen Recht die Einschränkung, dass nur bei Schädigung auf Nichtigkeit geklagt werden kann, ohnehin auf bestimmte Rechtsgeschäftstypen beschränkt, konkret auf sog. *actes d'administration*. Bei den von vornherein als gefährlich eingestuften Rechtsgeschäften, sog. *actes de disposition*, kann die Nichtigkeit schon allein aufgrund der Minderjährigkeit geltend gemacht werden.

die dem Schutz des Betreuers dient, wegfielen: Denn auch eine Schädigung unterhalb des § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB kann immer noch eine zumindest nicht zu vernachlässigende Schädigung sein, sodass eine Besprechung mit dem Betreuer, ob das Geschäft wirklich abgeschlossen werden soll, sinnvoll ist. Zum anderen empfiehlt es sich auch nicht, die Zustimmungspflichtigkeit von einer etwaigen wirtschaftlichen oder sonstigen Schädigung abhängig zu machen, weil die beschränkte Geschäftsfähigkeit Volljähriger nicht abweichend von der Minderjähriger geregelt werden sollte; und jedenfalls bei Minderjährigen ist eine solche weitgehende Ausdehnung der Handlungsfähigkeit kritisch zu betrachten, zumal speziell bei Minderjährigen Rechtssicherheitsbedenken, die aus einem solch wertungs offenen Schädigungsbegriff resultierten, jedenfalls nicht von der Hand zu weisen sind. Und schließlich haben selbst im französischen Recht „natürlich“ Geschäftsunfähige stets das Recht, allein aufgrund ihrer Geschäftsunfähigkeit die Nichtigkeit geltend zu machen. Auch dies spricht dafür, dass diese Personengruppe offensichtlich besonders schutzwürdig ist und ihr Recht, sich vom Vertrag zu lösen, nicht wie bei Minderjährigen bzw. solchen Erwachsenen, die „nur“ unter einer Erwachsenenschutzmaßnahme stehen, vom Nachweis eines Schadens abhängen soll. Übertragen auf das deutsche Recht bedeutet dies, dass der Bereich der Zustimmungsfreiheit und damit der endgültigen Bindung an Rechtsgeschäfte ebenso eng zu halten ist.

28. Jedenfalls aber dann, wenn sich der volljährige Geschäftsunfähige i. S. d. § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB zu schädigen drohte, sollte das Geschäft nicht nur schwebend unwirksam, sondern nichtig sein. Denn ein solches Geschäft wäre ohnehin nicht zustimmungsfähig.

29. Die durch Einführung der Zustimmungslösung eintretende schwebende Unwirksamkeit sollte nicht daran geknüpft sein, dass dem Geschäftsunfähigen im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts bereits ein Vertreter bestellt war. Vielmehr sollte auch ein erst später eingesetzter Vertreter das Geschäft noch genehmigen können. Der Vertragspartner ist durch die Widerrufsmöglichkeit des § 109 Abs. 1 S. 1 BGB ausreichend geschützt. Im Übrigen sollte die Zustimmung des Vertreters in den Bereichen der gerichtlichen Genehmigung bedürfen, in denen auch der Vertreter, nähme er das Geschäft selbst vor, einer solchen Genehmigung bedürfte.

30. Es sind dabei an die geistigen Fähigkeiten des Volljährigen, schwebend unwirksame bzw. bei Vorteilhaftigkeit wirksame Geschäfte zu schließen, keine besonderen Anforderungen zu stellen, abgesehen von den grundsätzlichen Anforderungen, die für die wirksame Abgabe einer Willenserklärung stets notwendig sind. Eine Person muss also insbesondere einen Handlungswillen ausbilden können. Neben Abgrenzungsproblemen, die entstünden, wollte man zudem eine bestimmte „Restgeschäftsfähigkeit“ einfordern, wäre es auch widersprüchlich, eine eingeschränkte Handlungsfähigkeit aufgrund einer bestimmten Beeinträchtigung zunächst zu gewähren, um sie dann sofort wieder

einzuschränken. Sofern also von der Fähigkeit, einen „natürlichen Willen“ zu haben, die Rede ist, ist dies folglich lediglich als Gegenstück zum „freien Willen“, der von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit getragen ist, zu verstehen, ohne aber selbst bestimmten Anforderungen zu unterliegen.

31. Die Zustimmungslösung sollte auf alle Spezialvorschriften erstreckt werden, die bereits jetzt in irgendeiner Form von § 105 Abs. 1 BGB abweichen. Insbesondere sollte also § 221 Abs. 5, 6 SGB IX, wie es § 4 Abs. 2 WBVG schon entspricht, durch ein Zustimmungsmodell ersetzt werden, allerdings, zum Schutz des Geschäftsunfähigen, unter Ausschluss eines Widerrufsrechts entsprechend § 109 BGB. Um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, sollte die in §§ 221 Abs. 5 SGB IX und 4 Abs. 2 S. 3 WBVG geregelte Wirksamkeitsfiktion bei bereits erbrachter Leistung und Gegenleistung explizit durch einen Ausschluss von Rückforderungsansprüchen ersetzt werden. Bei der Prozessfähigkeit sollte es bei den aktuellen Regelungen der ZPO bleiben, wonach insbesondere auch beschränkt geschäftsfähige Minderjährige prozessunfähig sind.

32. In höchstpersönlichen Angelegenheiten, in denen auch keine Vertretung zulässig ist, kann es hingegen keine beschränkte Geschäftsfähigkeit geben. Das Zustimmungsmodell findet dort keine Anwendung. Dies betrifft etwa die Testamentserrichtung, § 2064 BGB, sowie die Eheschließung, § 1311 S. 1 BGB. Hier bleibt es also, sofern gesetzlich angeordnet, bei der Nichtigkeit. Im Ergebnis wird folglich die Handlungsfähigkeit Geschäftsunfähiger gerade im höchstpersönlichen Bereich am intensivsten beschnitten, was paradox anmutet. Allerdings wird dies wiederum dadurch ausgeglichen, dass die Höchstpersönlichkeit schon bei der Frage, ob eine Person überhaupt geschäftsunfähig ist, berücksichtigt wird. Wo im Übrigen in bestimmten höchstpersönlichen Bereichen ausdrücklich vorgesehen ist, dass der Geschäftsunfähige vertreten werden kann bzw. muss, siehe etwa § 1713 Abs. 2 S. 3 BGB oder § 1600a Abs. 2 S. 3 BGB, kann die Vertretungspflicht aber durch ein Zustimmungsmodell abgemildert werden, unter Berücksichtigung von § 111 BGB.

33. Ob auch das Minderjährenrecht einer Reform bedarf, ist gesondert zu untersuchen. Der hier vorgeschlagene Reformbedarf in Bezug auf die modifizierten Rechtsfolgen bezieht sich nur auf Volljährige bzw. solche Minderjährige, die auch nach aktuellem Recht grundsätzlich beschränkt geschäftsfähig, aber zusätzlich aus sonstigen Gründen geschäftsunfähig sind.

34. Ist das Rechtsgeschäft *de lege lata* aufgrund der Rechtsfolge des § 105 Abs. 1 BGB bzw. *de lege ferenda* aufgrund verweigerter Zustimmung nichtig, so ist der Vertragspartner, wenn bereits erfüllt wurde, im Wesentlichen auf bereicherungsrechtliche Ansprüche verwiesen. Schadensersatzansprüche sieht das Recht grundsätzlich nicht vor, sodass der Verkehrsschutz, selbst bei Einführung eines Zustimmungsmodells, immer noch sehr weit zurückgedrängt wird.

35. Verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche scheitern schon daran, dass bei einer geschäftsunfähigen Person nicht gleichzeitig Deliktsfähigkeit

vorliegen kann: Dies gilt ohne Zweifel für die absolute Geschäftsunfähigkeit, die nur dann vorliegt, wenn eine Person in einem Lebensbereich zu keinem freien Willensentschluss mehr in der Lage ist, sodass diese Person in den jeweiligen Lebensbereichen auch alle anderen rechtlichen Teilhandlungsfähigkeiten verliert. Außerdem wird auch die Deliktsfähigkeit wie die Geschäftsfähigkeit *de lege lata* absolut verstanden, sodass aufgrund der gleichlaufenden Voraussetzungen bei Geschäftsunfähigkeit stets auch die Voraussetzungen der Deliktsfähigkeit erfüllt sind.

36. Die absolute Deliktsfähigkeit sollte aber wie die absolute Geschäftsfähigkeit ohnehin durch ein relatives Modell abgelöst werden. Beim vorgeschlagenen Konzept relativer Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit ist ein Auseinanderfallen von Geschäftsunfähigkeit und Deliktsunfähigkeit sodann tatsächlich möglich, da Geschäftsunfähigkeit dann nicht mehr eine umfassende Handlungsunfähigkeit beschreibt. Allerdings liegen die Bezugspunkte beider Unfähigkeiten im Fall des Abschlusses eines nichtigen Rechtsgeschäfts so nah beieinander (die Unfähigkeit, in Bezug auf das Rechtsgeschäft einen freien Willen zu bilden, als Geschäftsunfähigkeit einerseits und die Unfähigkeit, das Unrecht und die Schadensgeeignetheit des eigenen Tuns zu erkennen, als Deliktsfähigkeit andererseits), dass trotzdem kaum vorstellbar ist, dass die eine Fähigkeit vorliegen soll, die andere aber nicht. Es bleibt also dabei: Auch unter Geltung eines Konzepts relativer Geschäfts- und Deliktsfähigkeit scheidet eine Haftung aus verschuldensabhängigen Haftungsnormen also aus.

37. Im Übrigen, selbst bei unterstellter Deliktsfähigkeit, erfüllte der Geschäftsunfähige durch Abschluss eines nichtigen Rechtsgeschäfts keinen Haftungstatbestand: Eine Haftung aus c.i.c. sowie § 122 BGB analog muss ausscheiden, sowohl bei aktiven Täuschungen über die eigene Handlungsunfähigkeit als auch bei bloßem Verschweigen dieser Tatsache. Denn diese Vertrauenshaftungstatbestände, die als Gegenstück zum Recht, privatautonom im Rechtsverkehr zu handeln, zu verstehen sind, haben keinen Anwendungsbereich, wenn das Recht, privatautonom zu handeln, dem Schädiger gerade versagt wird. Im Übrigen ist auch kaum vorstellbar, dass eine geschäftsunfähige Person in der Lage ist, über ihren Zustand aktiv zu täuschen: Bei einer Person kann nicht einerseits ein geistiger Zustand vorliegen, der sie daran hindert, das fragliche Rechtsgeschäft zu verstehen bzw. einen von der Krankheit unbeeinflussten Willen hinsichtlich des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zu bilden, während sie aber andererseits gleichzeitig in der Lage ist, sich ihre Situation – inklusive der rechtlichen Auswirkungen bei Vorliegen von Geschäftsunfähigkeit – bewusst zu machen, sodass sie in der Lage wäre, sich ihren geistigen Zustand zunutze zu machen. Damit dürften auch, gleich ob absolute oder relative Geschäfts- und Deliktsfähigkeit zugrunde gelegt werden, die § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB tatbestandlich in der Regel nicht erfüllt sein.

38. Ist kein Haftungstatbestand erfüllt, kann auch § 829 BGB, der ausnahmsweise eine Haftung bei Deliktsunfähigkeit ermöglicht, nicht anwendbar sein, auch nicht analog.

39. Um den Interessen des Vertragspartners besser Rechnung zu tragen, sollte eine Billigkeitshaftung entsprechend Art. 54 OR im Schweizer Recht eingeführt werden, die systematisch in die §§ 104 ff. BGB einzufügen ist, da sie nicht in Zusammenhang mit deliktischem Verhalten steht. Für eine solche Haftungsklausel spricht, dass nicht nachvollziehbar ist, weshalb vom Schutz des Deliktsunfähigen bei Erfüllung eines deliktischen Haftungstatbestandes Abstriche gemacht werden können, nicht aber vom Schutz des Deliktsunfähigen, der seinen geistigen Zustand durch den Abschluss eines nichtigen Rechtsgeschäfts „auslebt“. Während über § 829 BGB die Haftung für jegliches deliktische Verhalten begründet werden kann, ohne dass dieses zwingend sittenwidrig oder vorsätzlich sein müsste, kann der Geschäfts- und Deliktsunfähige im vertraglichen Bereich allenfalls unter diesen erhöhten Voraussetzungen, die aber im Zweifel ohnehin nie vorliegen, belangt werden.

40. Die Notwendigkeit dieses im aktuellen Recht kompromisslosen Schutzes des Geschäfts- und Deliktsunfähigen zu Lasten des Vertragspartners wird zudem durch die hier vorgeschlagene Reform der Rechtsfolge des § 105 Abs. 1 BGB erheblich in Zweifel gezogen: Behandelt man erwachsene Geschäftsunfähige als beschränkt geschäftsfähig, gewährt man ihnen, zwar in abgeschwächter Form, aber immerhin, gewisse Selbstbestimmung im Rechtsverkehr. Dem entspricht es aber, ihnen spiegelbildlich auch in zumindest geringem Maße Selbstverantwortung aufzuerlegen. Ist der Geschäftsunfähige damit weder vollständig vom Rechtsverkehr ausgeschlossen noch von vornherein von jeder Haftung befreit, werden im Ergebnis auch die Ziele der UN-Behindertenrechtskonvention gefördert, da dies die Stellung von Menschen mit geistigen Behinderungen und Krankheiten der Stellung von Menschen ohne entsprechende Schwächen jedenfalls annähert.

B. Neugestaltung der rechtlichen Handlungsfähigkeit Geschäftsunfähiger: Formulierungsvorschläge

§ 104 BGB-E Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit

(1) Geschäftsunfähig ist, wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat.

(2) Beschränkt geschäftsfähig ist,

Nr. 1 wer das siebente Lebensjahr vollendet hat

Nr. 2 wer aufgrund psychischer Erkrankung oder aufgrund eines sonstigen Zustands einsichts- oder steuerungsunfähig ist. Einsichtsfähig ist insbesondere, wer Bedeutung und Folgen der von ihm abgegebenen Willenserklärung verstehen und die entschei-

dungsrelevanten Umstände erkennen und rational abwägen kann; steuerungsfähig ist, wer entsprechend der so gewonnenen Einsicht handeln kann.

§ 105 BGB-E Wirkung der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit⁸

- (1) Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen i. S. d. § 104 Nr. 1 BGB ist nichtig.
- (2) Ein beschränkt Geschäftsfähiger i. S. d. § 104 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines bevollmächtigten oder gesetzlichen Vertreters. Schließt der beschränkt Geschäftsfähige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab.
- (3) Fordert der andere Teil den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.
- (4) Erlangt der beschränkt Geschäftsfähige unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vertreters.
- (3) Abweichend von Absatz 2 ist eine Willenserklärung nichtig, wenn die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen erheblich gefährdet würden.

§ 106 BGB – Widerrufsrecht des anderen Teils

Siehe aktuelle Fassung des § 109 BGB, wobei der Begriff des Minderjährigen durch den des beschränkt Geschäftsfähigen und der Begriff des gesetzlichen Vertreters durch den des Vertreters zu ersetzen ist.

§ 107 BGB-E Geschäfte des täglichen Lebens⁹

- (1) Beschränkt Geschäftsfähige können wirksam Geschäfte des täglichen Lebens abschließen, die mit geringerwertigen Mitteln bewirkt werden können.
- (2) Satz 1 gilt nicht bei einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen. Droht die Schädigung durch eine Vielzahl von Einzelgeschäften, so sind diese Geschäfte nichtig.

§ 108 BGB – Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln

Ein von einem beschränkt Geschäftsfähigen ohne Zustimmung des Vertreters geschlossener Vertrag ist wirksam, wenn der beschränkt Geschäftsfähige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind.

⁸ Siehe auch bereits den Entwurf von *Heber* 2022, S. 292f.; *Franzen* JR 2004, S. 221 (226), allerdings keine schwebende Unwirksamkeit befürwortend, sondern lediglich Wirksamkeit bei lediglich rechtlicher Vorteilhaftigkeit. Jedenfalls aber zieht *Franzen* auch die Grenze der erheblichen Gefahr für Person und Vermögen.

⁹ Zur Wirksamkeit alltäglicher Geschäfte auch bei *Franzen* JR 2004, S. 221 (226),

§ 111 BGB – Einseitige Rechtsgeschäfte

Siehe aktuelle Fassung des § 111 BGB, wobei der Begriff des Minderjährigen durch den des beschränkt Geschäftsfähigen und der Begriff des gesetzlichen Vertreters durch den des Vertreters zu ersetzen ist.

§ 112 – Selbstständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts und § 113 BGB – Dienst- oder Arbeitsverhältnis

Keine Änderung.

§ 114 BGB-E Ersatzpflicht aus Billigkeitsgründen

Ist das Rechtsgeschäft eines beschränkt Geschäftsfähigen nichtig oder verletzt ein beschränkt Geschäftsfähiger Pflichten eines wirksam geschlossenen Vertrages, so hat er den hierdurch entstandenen Schaden insoweit zu ersetzen, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum angemessenen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf.

§ 131 BGB-E Wirksamwerden gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen

(1) Wird die Willenserklärung einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben, so wird sie nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht.

(2) Eine Willenserklärung wird auch dann nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht, wenn die Willenserklärung einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gegenüber abgegeben wird. Dies gilt nicht, wenn der Zustand, der i. S. d. § 104 Abs. 2 Nr. 2 BGB die beschränkte Geschäftsfähigkeit begründet, nur von vorübergehender Dauer ist.

(3) Bringt die Erklärung der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person lediglich einen rechtlichen Vorteil oder hat der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt, so wird die Erklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihr bzw. ihm zugeht.

§ 2229 BGB-E Testierfähigkeit Minderjähriger, Testierunfähigkeit

(4) Wer aufgrund psychischer Erkrankung oder aufgrund eines sonstigen Zustands in Bezug auf die Errichtung seines Testaments einsichts- oder steuerungsunfähig ist, kann dieses Testament nicht errichten. § 104 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 gilt entsprechend.

§ 1304 BGB-E Eheunfähigkeit

Wer aufgrund psychischer Erkrankung oder aufgrund eines sonstigen Zustands in Bezug auf die Eheschließung einsichts- oder steuerungsunfähig ist, kann eine Ehe nicht eingehen. § 104 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 gilt entsprechend.

§ 52 ZPO-E Umfang der Prozessfähigkeit

Eine Person ist insoweit prozessfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. § 104 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB gilt entsprechend.

Literaturverzeichnis

- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Manfred Neumann (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte. Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Basel 1983, 1984, Berlin: Duncker & Humblot, S. 655–680.
- Adena, Siebo*, Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens in Deutschland und Österreich, §§ 105a, 1903 Abs. 3 S. 2 BGB, 151 Abs. 3, 280 Abs. 2 ABGB, 2009, Hamburg: Kovač.
- Ady, Johannes/Paetz, Erich*, Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in deutsches Recht und besondere verbraucherpolitische Aspekte, WM 2009 S. 1061–1069.
- Aebi-Müller, Regina Elisabeth*, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, successio 2012 S. 4–32.
- Abrens, Hans-Jürgen*, Erstes Dieselskandal-Urteil des BGH – Schadensersatz als Privatstrafe für sittenwidriges Verhalten?, VersR 2020 S. 933–937.
- Abrens, Hans-Jürgen/Spickhoff, Andreas*, Deliktsrecht, 2022, München: C.H. Beck.
- Aichele, Valentin/Althoff, Nina*, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Antje Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, Berlin: Eigenverl. des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, S. 104–118.
- Aichele, Valentin/Bernstorff, Jochen von*, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, BtPrax 2010 S. 199–203.
- Alexander, Christian*, Überblick und Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, WRP 2021 S. 136–145.
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, 1994, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Amelung, Knuth*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW (104) 1992 S. 525–558.
- Ders.*, Überprüfung der Einwilligungsfähigkeit von Jugendlichen, NSTz 1999 S. 458–460.
- Angermann, Juliane*, Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht, 2010, Baden-Baden: Nomos.
- Arbeitsgemeinschaft für Methodik und Dokumentation in der Psychiatrie* (Hrsg.), Das AMDP-System, Manual zur Dokumentation psychiatrischer Befunde. 10. Aufl., 2018, Göttingen: Hogrefe-Verlag.
- Armbrüster, Christian*, Beratungspflichten des Versicherers nach § 6 VVG n.F.: Grundlagen, Reichweite, Rechtsfolgen, ZVersWiss 2008 S. 425–437.
- Arzt, Gunther*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, Frankfurt a. M.: Athenäum.
- Badura, Peter*, § 29 Grundrechte und Wirtschaftsordnung, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa,

- Band II, Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren 1, 1. Aufl., 2006, Heidelberg: C.F. Müller.
- Ballerstedt, Kurt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP (151) 1951 S. 501–531.
- Bar, Christian von*, Gemeineuropäisches Privatrecht der natürlichen Person, 2023, München: C.H. Beck.
- Barth, Peter/Ganner, Michael*, I. Allgemeiner Teil, in: Peter Barth und Michael Ganner (Hrsg.), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, Band 1, 3. Aufl., 2019a, Wien: Linde, S. 11–215.
- dies.*, VIII. Die gerichtliche Erwachsenenvertretung, in: Peter Barth und Michael Ganner (Hrsg.), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, Band 1, 3. Aufl., 2019b, Wien: Linde, S. 762–810.
- Barth, Peter/Maier, Teresa*, VII. Die gesetzliche Erwachsenenvertretung, in: Peter Barth und Michael Ganner (Hrsg.), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, Band 1, 3. Aufl., 2019, Wien: Linde, S. 693–761.
- Bartlitz, David*, Die Sanktionierung von Verstößen gegen die Erläuterungs- und Bonitätsprüfungspflicht im Verbraucherkreditrecht, WM 2016 S. 344–352.
- Basler Kommentar*, Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, hrsg. v. Corinne Widmer Lüchinger und David Oser, 7. Aufl., 2020, Zürich: Helbing & Lichtenhahn. Zitiert als *Basler Kommentar/OR I-Bearbeiter* 2020.
- Basler Kommentar*, Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB, hrsg. v. Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis, 7. Aufl., 2022, Basel: Helbing & Lichtenhahn. Zitiert als *Basler Kommentar/ZGB I-Bearbeiter* 2022.
- Batteur, Annick/Mauger-Vielpeau, Laurence*, Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, 11. Aufl., 2021, Paris: LGDJ.
- Baumann, Wolfgang*, Die relative Testierfähigkeit, ZEV 2020 S. 193–199.
- Becker, Michael*, Der unfaire Vertrag, Verfassungsrechtlicher Rahmen in privatrechtlicher Ausfüllung, 2003, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Beckermann, Ansgar*, Freier Wille – Alles Illusion, in: Stephan Barton (Hrsg.), „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, 2006, Baden-Baden: Nomos, S. 293–307.
- BeckOK BGB*, hrsg. v. Wolfgang Hau und Roman Poseck, 70. Ed., München: C.H. Beck. Zitiert als *BeckOK BGB-Bearbeiter*.
- BeckOK FamFG*, hrsg. v. Meo-Micaela Hahne, Jürgen Schlögel und Rolf Schlünder, 43. Ed., München: C.H. Beck. Zitiert als *BeckOK FamFG-Bearbeiter*.
- BeckOK Sozialrecht*, hrsg. v. Christian Rolfs, Richard Giesen, Meßling Miriam et al., 37. Ed., München: C.H. Beck. Zitiert als *BeckOK Sozialrecht-Bearbeiter*.
- BeckOK StGB*, hrsg. v. Bernd von Heintschel-Heinegg, 61. Ed., München: C.H. Beck. Zitiert als *BeckOK StGB-Bearbeiter*.
- BeckOK UWG*, hrsg. v. Jörn Fritzsche, Reiner Münker und Christoph Stollwerck, 21. Ed., München: C.H. Beck. Zitiert als *BeckOK UWG-Bearbeiter*.
- BeckOGK*, gesamthrg. v. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann, München: C.H. Beck. Zitiert als *BeckOGK-Bearbeiter*.
- BGB §§ 1–20, 90–185, hrsg. v. Johannes Hager
- § 106 BGB: Stand 1.10.2019.
 - §§ 104, 105a, 107, 109, 110 BGB: Stand 1.5.2024.
 - §§ 116, 119, 123 BGB: Stand 1.3.2024.
 - § 130 BGB: Stand 1.9.2022.
 - § 134 BGB: Stand 1.6.2024.

- § 138 BGB: Stand 1.1.2024.
 - § 154 BGB: Stand 1.8.2018.
 - § 179 BGB: Stand 1.11.2023.
 - BGB §§ 186–304, hrsg. v. Beate Gsell
 - §§ 241a, 242 BGB: Stand 1.5.2024.
 - § 276 BGB: Stand 1.3.2024.
 - BGB §§ 305–310, hrsg. v. Markus Artz
 - § 305 BGB: Stand 1.6.2024.
 - § 310 BGB: Stand 1.9.2023.
 - BGB §§ 311–361; EGBGB Art. 240 §§ 1, 4, Art. 246, 246a §§ 1–4, Art. 246b §§ 1, 2, Art. 246c, hrsg. v. Stephan Lorenz
 - § 311 BGB: Stand 15.2.2024.
 - §§ 312c, 312d, 312g BGB; Art. 246, 246a § 4 EGBGB: Stand 1.7.2023.
 - § 355 BGB: Stand 1.4.2024.
 - BGB §§ 488–515, 607–610, 655a–655e, 675–676c, 765–778, 780–808, hrsg. v. Johannes Köndgen
 - §§ 491a, 505a, 505d BGB: Stand 15.3.2024.
 - BGB §§ 535–580a; BetrKV; EGBGB Art. 240 §§ 2, 7; HeizkostenV; WärmeLV; WBVG, hrsg. v. Hubert Schmidt
 - § 4 WBVG: Stand 1.7.2024.
 - BGB §§ 823–853, hrsg. v. Andreas Spickhoff
 - §§ 823, 826 BGB: Stand: 1.3.2024.
 - § 827 BGB: Stand 1.4.2024.
 - BGB §§ 1297–1362, 1568a, 1568b, 1588, 1616–1625, 1626–1711; GewSchG; KKG; LPartG; RelKErzG; SGB VIII, hrsg. v. Marina Wellenhofer
 - § 1303, 1304 BGB: Stand 1.11.2023.
 - § 1358 BGB: Stand 15.10.2023.
 - BGB §§ 1363–1568, 1589–1600d, 1741–1772, hrsg. v. Alexander Krafka
 - § 1750 BGB: Stand 1.2.2024.
 - BGB §§ 1712–1740, 1773–1921, hrsg. v. Wulf Schindler
 - § 1713 BGB: Stand 1.4.2024.
 - §§ 1814, 1815 BGB: 15.2.2024.
 - § 1825 BGB: 1.3.2024.
 - §§ 1896, 1897, 1901, 1903 BGB a.F.: Stand 1.5.2021.
 - BGB §§ 1922–2385; BeurkG, hrsg. v. Gabriele Müller-Engels
 - § 11 BeurkG: Stand 1.4.2024.
 - § 17 BeurkG: Stand 1.6.2024.
 - § 28 BeurkG: Stand 1.7.2024.
 - § 2087 BGB: Stand 1.4.2024.
 - §§ 2229, 2232 BGB: Stand 1.7.2024.
 - § 2347 BGB: Stand 1.6.2024.
- Behrens, Peter*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, 1986, Tübingen: Mohr.
- Benecke, Martina*, Minderjährigenschutz bei unentgeltlicher Übertragung von Grundstücken: Gesamtbetrachtung, Gefährdungspotential und die „bloß theoretische Möglichkeit“, ZJS 2008 S. 217–223.

- Bernat, Erwin, Zwischen Autonomie und Paternalismus: die Stellung des Demenzkranken im Prozess des Selbstverlustes – ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich, ZfRV 2005 S. 163–172.
- Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB. Rechts- und Handlungsfähigkeit, hrsg. v. Regina Elisabeth Aebi-Müller und Christoph Müller, 2. Aufl., 2017, Bern: Stämpfli Verlag. Zitiert als *Berner Kommentar-Bearbeiter* 2017.
- Berner Kommentar, Das Obligationenrecht. Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, hrsg. v. Roland Brehm, 5. Aufl., 2021, Bern: Stämpfli. Zitiert als *Berner Kommentar-Bearbeiter* 2021.
- Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, hrsg. v. Christian Armbrüster, Nicola Preuß und Thomas Renner, 8. Aufl., 2020, Bonn: DeutscherNotarVerlag. Zitiert als *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare-Bearbeiter* 2020.
- Bichlmeier, Gerd, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, JZ 1980 S. 53–56.
- Bickel, Horst, Demenzen im höheren Lebensalter: Schätzungen des Vorkommens und der Versorgungskosten, Z Gerontol Geriat 2001 S. 108–115.
- Biedenkopf, Kurt H., Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, 1958, Heidelberg: Verlagsgesellschaft „Recht und Wirtschaft“ m.b.H.
- Binder, Hans, Die Urteilsfähigkeit in psychologischer, psychiatrischer und juristischer Sicht, 1964, Zürich: Schulthess.
- Bitter, Georg/Röder, Sebastian, BGB AT, 5. Aufl., 2020, München: Franz Vahlen.
- Boehm, Laura, Der demenzkranke Erblasser, 2017, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Boemke, Burkhard, Kündigung von NPD-Konten und § 138 BGB, NJW 2001 S. 43–45.
- Boemke, Burkhard/Ulrici, Bernhard, BGB, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2014, Heidelberg: Springer.
- Böhme, Lothar, Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen, Dissertation, 1964, Göttingen.
- Böhmer, Emil, Anwendung von § 829 BGB bei außerdeliktischen Schadensersatzfällen, NJW 1967 S. 865–866.
- Böhringer, Ayse-Martina/Marauhn, Thilo, Kapitel 16: Privat- und Familienleben, in: Oliver Dörr, Rainer Grote und Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar, 3. Aufl., 2022, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., 2016, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Börner, Andreas, Die „Heilung“ von AGB durch die Berücksichtigung vertragsabschlußbegleitender Umstände nach § 24a Nr. 3 AGBG, JZ 1997 S. 595–601.
- Brandner, Hans Erich, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten, Leitlinien der Rechtsprechung, ZHR 1989 S. 147–161.
- Brandt, Hans, Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit, 1936, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag.
- Brandts, Ricarda/Schlehofer, Horst, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungstheorie, JZ 1987 S. 442–448.
- Braunfels, Florian, Der neue § 24a AGBG und seine Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle notarieller Verträge, DNotZ 1997 S. 356–383.
- Bredthauer, Jürgen, Der Ehevertrag in der Praxis, NJW 2004 S. 3072–3076.

- Breidenbach, Stephan*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertrags-schluß, 1989, München: C.H. Beck.
- Breit, James*, Schutz der Banken gegen Geisteskranke durch Geschäftsbedingungen, Bank-Archiv 1911/1912 S. 140–142.
- Breitschmid, Peter*, Über die Urteilsunfähigkeit des Urteilsfähigen und die Urteilsfähig-keit des Urteilsunfähigen – Thesen zur Urteilsfähigkeit aus rechtlicher Sicht, in: Frank Thomas Petermann (Hrsg.), in: Urteilsfähigkeit. Referate der Tagung vom 31. Okto-ber 2012 in Zürich, 2014, St. Gallen: Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 91–119.
- Brenner, Michael*, § 115 Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, Grundrechte in Deutschland – Einzelgrundrechte II, 1. Aufl., 2013, Heidel-berg: C.F. Müller.
- Brock, Dan W.*, Review: Paternalism and Autonomy, *Ethics* 98 (3) 1988 S. 550–565.
- Brosej, Dagmar*, Der General Comment No. 1 zu Art. 12 der UN-BRK und die Umset-zung im deutschen Recht, *BtPrax* 2014 S. 211–215.
- Brox, Hans*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung. Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung, 1960, Karlsruhe: C.F. Müller.
- Brückner, Christian*, Das Personenrecht des ZGB, 2000, Zürich: Schulthess.
- Bucher, Andreas*, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., 1999, Basel, Genf, München: Helbing & Lichtenhahn.
- Bucher, Eugen*, Für mehr Aktionendenken, *AcP* (186) 1986 S. 1–73.
- Buck-Heeb, Petra*, Kreditberatung, Finanzierungsberatung, *BKR* 2014 S. 221–236.
- Dies.*, Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Kreditverträgen – Verschärfungen durch die EuGH-Rechtsprechung und die Wohnimmobilienkredit-Richtlinie, *BRK* 2015 S. 177–186.
- Dies.*, Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung. Das neue Verbraucherkreditrecht nach Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, *NJW* 2016 S. 2065–2070.
- Bülow, Peter; Artz, Markus*, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherpri-vatrechts im BGB, *NJW* 2000 S. 2049–2056.
- Dies.*, Verbraucherprivatrecht, 6. Aufl., 2018, Heidelberg: C.F. Müller.
- Bundesamt für Justiz*, Verfahren nach dem Betreuungsgesetz 1992 bis 2017, Stand 11.12.2018. Online verfügbar unter <https://www.bundesjustizamt.de>, zuletzt geprüft am 16.7.2024.
- Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter* (Hrsg.), *Erbrecht*, 4. Aufl., 2022, München: C.H. Beck.
- Büscher, Wolfgang*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stär-kung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 2), *WRP* 2021 S. 132–137.
- Bydlinski, Franz*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, Wien, New York: Springer.
- Ders.*, Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft, *JZ* 1975 S. 1–6.
- Ders.*, Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Sys-temdenkens, in: Gerhard Hohloch, Rainer Frank und Peter Schlechtriem (Hrsg.), Fest-schrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, 2001, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 113–141.
- Bydlinski, Peter*, Alles fließt. Gedanken zur „neuen“ Handlungsfähigkeit und ihren Er-scheinungsformen, *ÖJZ* 2018 S. 941–951.

- Ders.*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil. 9. Aufl., 2021, Wien: Verlag Österreich.
- Caemmerer, Ernst von*, Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 1978 S. 5–27.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus „culpa in contrahendo“, Gefährdung und Aufopferung, *NJW* 1964 S. 1987–1993.
- Ders.*, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, *JZ* 1965 S. 475–482.
- Ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, München: C.H. Beck.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 110/83, *JZ* 1984 S. 627–629.
- Ders.*, Grundrechte und Privatrecht, *AcP* (184) 1984 S. 201–246.
- Ders.*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, *JZ* 1987 S. 993–1004.
- Ders.*, Bankvertragsrecht, Erster Teil, 3. Aufl., 1988, Berlin: De Gruyter.
- Ders.*, Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot. Ein Schlusswort zu den vorstehend abgedruckten Erwiderungen von Ramm und Wieser, *JZ* 1988 S. 494–499.
- Ders.*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, *JuS* 1989 S. 161–172.
- Carbonnier, Jean*, *Droit civil*. Volume I, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, 2004, Paris: Quadrigue/PUF.
- Caspar, Johannes*, Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, *EuGRZ* 2000 S. 135–144.
- Casper, Matthias*, Geschäfte des täglichen Lebens – kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB, *NJW* 2002 S. 3425–3430.
- Chiusi, Tiziana J.*, Geschäftsfähigkeit im Recht der Stellvertretung, *Jura* 2005 S. 532–537.
- Cicile-Delfosse, Marie-Laure*, Art. 414-1 à 414-3, Fasc. 20, Majeurs protégés, Dispositions indépendantes de toute protection, Actes juridiques; Fasc. 30, Dispositions indépendantes de toute protection, Faits juridiques, in: J. Labic (Hrsg.), *Juris Classeur Civil Code*. Art. 414 à 495-9 à Art. 515-9 à 515-13, Stand: 2017, Paris: Lexis Nexis.
- Clade, Harald*, Behinderungen. Erweiterte Definition der WHO, *Deutsches Ärzteblatt* 2004 A 1563.
- Coeppicus, R.*, Die Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung/Selbstbestimmungsrecht, *FamRZ* 1992 S. 741–753.
- Coester-Waltjen, Dagmar*, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBGB, *AcP* (190) 1990 S. 1–16.
- Dies.*, Liebe – Freiheit – gute Sitten. Grenzen autonomer Gestaltung der Ehe und ihrer Folgen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Claus-Wilhelm Canaris und Andreas Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, Bürgerliches Recht, 2000, München: C.H. Beck, S. 985–1008.
- Commentaire Romand*, Code civil I, Art. 1–359 CC, hrsg. v. Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx und Christiana Fountoulakis, 2. Aufl., 2023, Basel: Helbing & Lichtenhahn. Zitiert als *Commentaire Romand/CC I-Bearbeiter* 2023.
- Commentaire Romand*, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, hrsg. v. Luc Thévenoz und Franz Werro, 3. Aufl., 2021, Basel: Helbing & Lichtenhahn. Zitiert als *Commentaire Romand/CO I-Bearbeiter* 2021.
- Conte, Philippe/Montanier, Jean-Claude*, Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé, *JCP N* (La Semaine Juridique Notariale et Immobilière) 1986 S. 401 ff.

- Conte, *Philippe/Petit, Bruno*, Les Incapacités, 2. Aufl., 1995, Grenoble: Presses universitaires de Grenoble.
- Cording, *Clemens*, Die Begutachtung der Testier(un)fähigkeit, *Fortschr Neurol Psychiatrie* 72 (3) 2004 S. 147–159.
- Ders., Die Begutachtung der „freien Willensbestimmung“ im deutschen Zivilrecht: Geschäftsfähigkeit, Testierfähigkeit, Prozessfähigkeit, Suizid bei Lebensversicherung, in: Jürgen Müller, Göran Hajak und Volkmar Blendl (Hrsg.), Willensbestimmung zwischen Recht und Psychiatrie. Krankheit, Behinderung, Berentung, Betreuung, 2005, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, S. 37–50.
- Ders., Relative Willensfreiheit und zivilrechtliche Verantwortung, in: Martin Heinze, Thomas Fuchs und Friedel M. Reischies (Hrsg.), Willensfreiheit – eine Illusion? Naturalismus und Psychiatrie, 2006, Berlin: Parados Verlag, S. 223–247.
- Ders., Beweismittel zur Klärung der Testier(un)fähigkeit, *ZEV* 2010a S. 23–28.
- Ders., Kriterien zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit, *ZEV* 2010b S. 115–121.
- Cording, *Clemens/Roth, Gerhard*, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit und Neurobiologie – ein Widerspruch?, *NJW* 2015 S. 26–31.
- Cornils, *Matthias*, Die Ausgestaltung der Grundrechte. Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, 2005, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ders., § 168 Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII, Freiheitsrechte, 3. Aufl., 2009, Heidelberg: C.F. Müller.
- Cypionka, *Bertram*, Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die Praxis des Notars, *DNotZ* 1991 S. 571–590.
- Ders., Fortfall der Entmündigung Volljähriger – Auswirkungen auf den Rechtsverkehr, *NJW* 1992 S. 207–211.
- Czeguhn, *Ignacio*, Geschäftsfähigkeit, beschränkte Geschäftsfähigkeit, Geschäftsunfähigkeit, Grundlagen, Rechtsfolgen, Sonderfragen, 2003, Berlin: Schmidt.
- Czeguhn, *Ignacio/Dickmann, Roman*, Die Fortwirkung des § 241a BGB nach Zusage unbestellter, mangelhafter Ware, *JA* 2005 S. 587–591.
- Cziupka, *Johannes*, Die Irrtumsgründe des § 119 BGB, *JuS* 2009 S. 887–891.
- Dahm, *Katharina*, Die Anfechtung des Ehevertrages als parteiliche Inhaltskontrolle. Zugleich: das Scheidungsfolgenrecht als Vertrauenshaftung, 2019, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking.
- Dalhoff, *Albrecht*, Die Einwirkung der Geschäftsfähigkeit auf nichtrechtsgeschäftliche Willensäußerungen, Dissertation, 1969.
- Damm, *Reinhard*, Einwilligungs- und Entscheidungsfähigkeit in der Entwicklung von Medizin und Medizinrecht, *MedR* 2015 S. 775–785.
- Danz, *Erich*, Sind alle Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken nichtig?, *JW* 1913 S. 1016–2021.
- Dauner-Lieb, *Barbara*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, 1983, Berlin: Duncker & Humblot.
- Dies., Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht. Zugleich Anmerkungen und Fragen zum Urteil des BVerfG vom 6.2.2011 – 1 BvR 12/92, *AcP* (201) 2001 S. 295–332.
- Daury-Fauveau, *Morgane*, La faute de l'aliéné et le contrat, *JCP G* (La Semaine Juridique – Édition générale) 1998 S. 1529–1534.
- Deuring, *Silvia*, Einwilligungsschranken im Zivilrecht, *AcP* (222) 2022 S. 255–291.

- Deutsch, Erwin*, Zurechnungsfähigkeit und Verschulden. Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des 829 BGB, JZ 1964 S. 86–91.
- Ders.*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, Köln: Carl Heymanns Verlag KG.
- Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V.*, Selbsthilfe Demenz, Informationsblatt 14. Die Lewy-Körperchen-Demenz, 2011. Online verfügbar unter <https://www.deutsche-alzheimer.de> (zuletzt geprüft am 13.8.2024).
- Dhanda, Amita*, Legal Capacity in The Disability Rights Convention: Stranglehold of The Past or Lodestar For The Future?, *Syracuse Journal of International Law & Commerce* (34) 2007 S. 429–462.
- Diederichsen, Uwe; Dröge, Michael*, Juristische Voraussetzungen, in: Ulrich Venzlaff, Klaus Foerster und Uwe Diederichsen (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen*, 3. Aufl., 2000, München: Urban & Fischer, S. 361–423.
- Dodegge, Georg*, Vom Wohl des Betroffenen zu dessen Wünschen und Willen – neue Maßstäbe für die Betreuertätigkeit, *FamRZ* 2022 S. 844–852.
- Dodegge, Georg/Roth, Andreas* (Hrsg.), *Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht*, 5. Aufl., 2018, Köln: Bundesanzeiger Verlag.
- Dölle, Hans*, Absurdes Recht?, Ein Essay, in: Rolf Dietz und Heinz Hübner (Hrsg.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Band I, 1965, München und Berlin: C.H. Beck, S. 23–36.
- Donath, Roland*, Unwirksamer formularmäßiger Haftungsausschluß bei Geschäftsunfähigkeit des Bankkunden, *BB* 1991 S. 1881–1883.
- Dörner, Heinrich*, Versicherungsrechtliche Aufklärungspflichten, in: Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2000: Aufklärungspflichten*, 2001, Karlsruhe: Versicherungswirtschaft GmbH, S. 39–65.
- Drasdo, Michael*, Die Raumüberlassung unter dem Heimgesetz. Ein Überblick zu den zivilrechtlichen Grundlagen einer Vertragstypenmischung, *NZM* 2008 S. 665–675.
- Dreier*, *Grundgesetz-Kommentar*, Band I: Präambel, Art. 1–19, hrsg. v. Frauke Brosius-Gersdorf, 4. Aufl., 2023, Tübingen: Mohr Siebeck. Zitiert als *Dreier-Bearbeiter* 2023.
- Drexel, Josef*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, 1998, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Dröge, Michael*, Die Zwangsbetreuung, 1997, Hamburg: Dr. Kovač.
- Dullinger, Silvia*, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, *ÖJZ* 1987 S. 33–40.
- Dies.*, Anmerkung zu Oberster Gerichtshof vom 22. Juni 1995, 8 Ob A 223/95, *ÖJZ* 1996 S. 226–227.
- Dullinger, Silvia/Eliskases, Martina*, Krankheitsbedingte Geschäftsunfähigkeit des Bankkunden – wesentliche Änderungen durch das 2. ErwSchG, *JBl* 2017 S. 481–492.
- Dürig/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz Kommentar*, hrsg. v. Roman Herzog, Rupert Schulz, Matthias Herdegen und Hans Klein, München: C.H. Beck. Zitiert als *Dürig/Herzog/Scholz-Bearbeiter*.
- Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 12 GG: Stand Januar 2024.
- Art. 5 GG, Art. 20 GG: Stand April 2024.
- Edelmann, Hervé*, § 4 Haftung der Bank bei der Finanzierung von Kapitalanlagegeschäften, in: Heinz-Dieter Assmann und Petra Buck-Heeb (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, 5. Aufl., 2020, München: C.H. Beck.

- Egger, August*, Die Rechtsgeschäfte urteilsunfähiger Personen, in: Staatswissenschaftliche Fakultät Zürich (Hrsg.), Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstag, 1915, Zürich: Orell Füssli, S. 711–723.
- Ehlers, Dirk*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 19.3.1984 – 7 B 183/82, JZ 1985 S. 675–678.
- Eidenmüller, Horst*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005 S. 216–224.
- Ders.*, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP (210) 2010 S. 67–104.
- Enderlein, Wolfgang*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, München: C.H. Beck.
- Epping, Volker/Lenz, Sebastian/Leydecker, Philipp*, Grundrechte, 10. Aufl., 2024, Berlin: Springer.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, hrsg. v. Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis und Ingrid Schmidt, 24. Aufl., 2024, München: C.H. Beck. Zitiert als Erfurter Kommentar-Bearbeiter 2024.
- Erman BGB*, Kommentar mit Nebengesetzen, hrsg. v. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reimer, 17. Aufl., 2023, Köln: Otto Schmidt. Zitiert als Erman BGB/Band (...) - Bearbeiter 2023
- Band 1, §§ 1–597 BGB.
 - Band 2, §§ 598–1588 BGB.
 - Band 3, §§ 1589–2385 BGB.
- Everts, Arne*, Ergänzungspflegerbestellung für Minderjährigen bei Schenkung von nießbrauchsbelastetem, vermietetem Grundbesitz, ZEV 2005 S. 211–212.
- Fabre-Magnan, Muriel*, Droit des obligations, 1 – Contrat en engagement unilatéral, 6. Aufl., 2021, Paris: PUF.
- Farge, Claire*, L'autonomie contractuelle du mineur, Dissertation, 1998.
- Fastrich, Lorenz*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, München: C.H. Beck.
- Faust, Florian*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2021, Baden-Baden: Nomos.
- Favier, Yann*, Majeurs protégés. Sauvegarde de justice. Art. 433 à 439, in: J. Labic (Hrsg.), Juris Classeur Civil Code. Art. 414 à 495-9 à Art. 515-9 à 515-13, Stand: 2023, Paris: Lexis Nexis.
- Fegeler, Susanne*, Der Maßstab des Wohls des Kindes, des Mündels, des Pfleglings und des Betreuten bei der gerichtlichen Kontrolle ihrer Interessenvertreter, 2000, Baden-Baden: Nomos.
- Feinberg, Joel*, The moral limits of the criminal law, Volume 3: Harm to self, 1989, Oxford: Oxford University Press.
- Feldhusen, Claire*, Wirksame Sanktionen bei Verletzung der Pflicht zur Kreditwürdigkeit (Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 10.6.2021 – C-303/20), BKR 2021 S. 497–499.
- Feller, Lutz*, Teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB bei nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Erfüllungsgeschäften. Zugleich Anmerkungen zum Beschluß des OLG Oldenburg v. 1.10.1987 – 5 W 46/87, DNotZ 1989 S. 66–84.
- Fembacher, Tobias*, Kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft bei Überlassung vermieteten Grundbesitzes trotz Nießbrauchsvorbehalt, DNotZ 2005 S. 627–630.
- Ferri, Cleusa P./Prince, Martin/Brayne, Carol et al.*, Global prevalence of dementia: a Delphi consensus study, The Lancet 366 (9503) 2005 S. 2112–2117.

- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Band 2, 3. Aufl., 2016, München: C.H. Beck. Zitiert als Fezer/Büscher/Obergfell/Band 2-Bearbeiter 2016.
- Fischer-Colbrie, Eduard, Ueber die Haftung Geisteskranker, ZBl. 1931 S. 631–635.
- Fischer-Czermak, Constanze, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kind-schaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002 S. 293–302.
- Dies., Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004 S. 302–309.
- Fleischer, Holger, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irre-führung versus arglistige Täuschung: zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 16.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302, AcP (200) 2000 S. 91–120.
- Flume, Werner, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn und Richard Lange, (Hrsg.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Fest-schrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960*, Band I, 1960, Karlsruhe: C.F. Müller, S. 135–238.
- Ders., Zum Bereicherungsausgleich bei Zahlungen in Drei-Personen-Verhältnissen, NJW 1991 S. 2521–2524.
- Ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, Berlin, Heidelberg, New York et al.: Springer.
- Foerster, Klaus/Passow, Daniel/Habermeyer, Elmar, Begutachtung bei zivilrechtlichen Fragen, in: Ulrich Venzlaff, Klaus Foerster, Harald Dreßing et al. (Hrsg.), *Psychiatri-sche Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen*, 7. Aufl., 2021, München: Elsevier, S. 534–557.
- Fossier, Thierry, Majeurs protégés; Anmerkung zu Cass. 1^{re} civ. 28. Januar 2003, n° 00-12.498 (Commentaire 152), Droit de la famille (12) 2003 S. 33–34.
- Franzen, Martin, Rechtsgeschäfte erwachsener Geschäftsunfähiger nach § 105a BGB zwischen Rechtsgeschäftslehre und Betreuungsrecht, JR 2004 S. 221–226.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), *Kommentar zum europäi-schen Arbeitsrecht*, 5. Aufl., 2024, München: C.H. Beck. Zitiert als Franzen/Gallner/Oetker-Bearbeiter 2024.
- Freitag, Robert, Vertragsrechtliche Folgen der Verletzung der Pflicht zur Bonitätsprü-fung, LMK 2014, 358906.
- Fritz, Romana, VI. Gewählte Erwachsenenvertretung, in: Peter Barth und Michael Ganner (Hrsg.), *Handbuch des Erwachsenenschutzrechts*, Band 1, 3. Aufl., 2019, Wien: Linde, S. 659–692.
- Frotz, Gerhard, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahe-no, in: Christoph Faistenberger und Heinrich Mayrhofer (Hrsg.), *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, 1969, Innsbruck: Kommissionsverlag der Österreichischen Kommissionsbuchhandlung Innsbruck, S. 163–180.
- Fuchs, Julian, Verkehrsschutz, Gutgläubensschutz, in: Klaus Weber (Hrsg.), *Rechtswör-terbuch*, 31. Aufl., 2023, München: C.H. Beck.
- Gageik, Astrid, Die aktuelle ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung zur Inhalts-kontrolle von Eheverträgen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, RNotZ 2004 S. 295–318.
- Ganner, Michael, Selbstbestimmung im Alter. Privatautonomie für alte und pflegebe-dürftige Menschen in Österreich und Deutschland, 2005, Wien, New York: Springer.
- Ders., V. Vorsorgevollmacht, in: Peter Barth und Michael Ganner (Hrsg.), *Handbuch des Erwachsenenschutzrechts*, Band 1, 3. Aufl., 2019, Wien: Linde, S. 594–658.

- Ganner, Michael; Barth, Peter, Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht, BtPrax 2010 S. 204–208.
- Ganssmüller, N. N., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.4.1955 – II ZR 202/53 (Neustadt/Weinstr.), NJW 1955 S. 1069.
- Ganter, Hans Gerhard, Aktuelle Rechtsprechung zum Notarhaftungsrecht, DNotZ 2013 S. 165–189.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., 2020, Zürich: Schulthess.
- Gebauer, Gerhard, Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, AcP (154) 1954 S. 332–372.
- Geffroy, Claire, La condition civile du malade mental et de l'inadapté, 1974, Paris: Librairie Techniques.
- Geilen, Gerd, Beschränkte Deliktsfähigkeit, Verschulden und Billigkeitshaftung (§ 829 BGB), FamRZ 1965 S. 401–408.
- Genske, Anna, Gesundheit und Selbstbestimmung. Voraussetzungen und Folgen der Einwilligungs(un)fähigkeit von Patienten, 2020, Berlin: Springer.
- Gerber, Simone, Die Komplexität der Urteils(un)fähigkeit, in: Beat Franz und Michael Mooser (Hrsg.), Vorsorgeauftrag/Le mandat pour cause d'incapacité. Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 25. August 2023 in Zürich und vom 6. September 2023 in Lausanne/Contribution des séminaires de formation continue organisé par la Fondation Notariat Suisse le 25 août 2023 à Zurich, 2023, Zürich: Schulthess, S. 287–340.
- Gercke, Christian, Schadensersatz wegen vorvertraglicher Informationspflichtverletzung beim Verbraucherkredit, 2014, Berlin, Heidelberg: Springer.
- Gerhartl, Andreas, Partielle Geschäfts(un)fähigkeit, Zak 2014 S. 27–28.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar, Familienrecht, 7. Aufl., 2020, München: C.H. Beck.
- Gerstberger, N. N., Der Schutz gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr mit nicht entmündigten unerkennbar Geisteskranken, in: K. E. Cäsar Predari, Franz Schlegelberger und Martin Wolff (Hrsg.), Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. 71. Jahrgang, 1931, Berlin: Franz Vahlen, S. 1–31.
- Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Gesundheit in Deutschland, 2015. Online verfügbar unter <https://www.gbe-bund.de/> (zuletzt aufgerufen am 1.7.2024).
- Gleixner-Eberle, Elisabeth, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger. Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht, 2014, Heidelberg et al.: Springer.
- Gödde, Jürgen, § 53. Bier und alkoholfreie Getränke, in: Michael Martinek, Franz-Jörg Semler und Eckhard Flohr (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrecht, 2016, München: C.H. Beck, zitiert nach Randnummern.
- Gomaa, Norman M. K., La réparation du préjudice causé par les malades mentaux, RTD Civ. 1971 S. 29–60.
- Görge, Thomas/Wagner, Daniel/Nowak, Sabine et al., Sicherheitspotenziale im höheren Lebensalter, Ein Projekt zur Förderung sicherheitsbezogenen Handelns im Alter und zur Prävention betrügerischer Vermögensdelikte an älteren Menschen. Bericht an das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2014, Münster. Online verfügbar unter www.dhpol.de (zuletzt aufgerufen am 1.8.2024).

- Gottwald, Peter*, Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982 S. 877–889.
- Gouttenoire, Adeline*, La capacité usuelle du mineur, in: Philippe Delmas Saint-Hilaire, Adeline Gouttenoire, Marie Lamarche et al. (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, 2012, Paris: LexisNexis, Dalloz, S. 163–177.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 7. Aufl., 2021, München, Basel, Wien: C.H. Beck, HLV, Manz.
- Grigoleit, Hans Christoph*, Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, 1997, München: C.H. Beck.
- Ders.*, Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999 S. 900–904.
- Ders.*, Die Aufklärungspflichten des acquis, in: Horst Eidenmüller (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 223–265.
- Grimaldi, Michel*, L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence, in: Françoise Dekeuwer-Défossez (Hrsg.), *L'Enfant, la famille et l'argent. Actes des journées d'études de 13 et 14 décembre 1990*, 1991, Paris: LGDJ, S. 101–116.
- Gruhle, Hans W.*, Bürgerliches Gesetzbuch, in: Gustav Aschaffenburg, Hans W. Gruhle und Alfred Hoche et al. (Hrsg.), in: *Handbuch der Gerichtlichen Psychiatrie*, 3. Aufl., 1934, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, S. 154–235.
- Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 83. Aufl., 2024, München: C.H. Beck. Zitiert als *Grüneberg-Bearbeiter 2024*.
- Grunewald, Barbara*, Aufklärungspflichten ohne Grenzen?, AcP (190) 1990 S. 609–623.
- Grzibowicz, Herbert*, Notarielle Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit von betagten Erblässern, DNotZ 2020 S. 389–396.
- Gudian, Gunter*, Fehlen des Erklärungsbewußtseins, AcP (169) 1969 S. 232–236.
- Gut, Elizabeth*, Die Geschäftsfähigkeit Erwachsener in Deutschland und in der Schweiz. Ein Plädoyer für die Anerkennung einer relativen Geschäfts(un)fähigkeit, 2019, Baden-Baden: Tectum Verlag.
- Gutzwiller, Peter Max*, Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, AJP 2008 S. 1223–1232.
- Habermeyer, Elmar*, Psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen der Geschäftsfähigkeit und verwandter Themenbereiche, in: Hans-Ludwig Kröber, Dieter Dölling und Norbert Leygraf (Hrsg.), *Handbuch der Forensischen Psychiatrie*, Band 5, *Forensische Psychiatrie im Privatrecht und Öffentlichen Recht*, 2009, S. 51–100.
- Habermeyer, Elmar/Saß, Henning*, Die überdauernde krankhafte Störung der Geistestätigkeit als Voraussetzung der Geschäftsunfähigkeit, Der Nervenarzt 2002 S. 1094–1099.
- Dies.*, Ein am Willensbegriff ausgerichteter, symptomorientierter Ansatz zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit, Fortschr Neurol Psychiat 70 (1) 2002 S. 5–10.
- Dies.*, Voraussetzungen der Geschäfts(-un)fähigkeit – Anmerkungen aus psychopathologischer Sicht, MedR 2003 S. 543–546.
- Hadding, Walther*, Zur Abgrenzung von Unterrichtung, Aufklärung, Auskunft, Beratung und Empfehlung als Inhalt bankrechtlicher Pflichten, in: Norbert Horn, Hans-Jürgen Lwowski und Gerd Nobbe (Hrsg.), *Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven. Festschrift für Herbert Schimansky*, 1999, Köln: RWS-Verl. Kommunikationsforum, S. 67–81.
- Handkommentar Versicherungsvertragsgesetz*, hrsg. v. Wilfried Rüffer, Dirk Halbach und Peter Schimikowski, 4. Aufl., 2020, Baden-Baden: Nomos. Zitiert als *HK-VVG-Bearbeiter 2020*.

- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Band 1, hrsg. v. Peter Breitschmid und Alexandra Jungo, 3. Aufl., 2016, Zürich: Schulthess. Zitiert als Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Bearbeiter 2016.
- Harte, Solveig*, Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils i. S. d. § 107 BGB, 1. Aufl., 2008, Baden-Baden: Nomos.
- Häßler, Frank*, Intelligenzminderung, in: Hans-Jürgen Möller, Gerd Laux und Hans-Peter Kapfhammer (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, Band 2: Allgemeine Psychiatrie 2, 5. Aufl., 2017, Berlin, Heidelberg: Springer, S. 2625–2641.
- Hauser, Jean*, Périodes suspectes avant et pendant les mesures de protection: qui vit sans folie n'est pas si sage qu'on croit, RTD Civ. 2003 S. 478.
- Ders.*, Des conditions d'application de l'article 503 du code civil et du consentement dans les testaments, RTD Civ. 2006 S. 89.
- Ders.*, La suspension de la prescription contre une personne dans l'impossibilité d'agir placée ensuite sous tutelle (Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 2009, pourvoi n° 08-13.518, D. 2009.1896, obs. V. Egéa), RTD Civ. 2009 S. 507.
- Ders.*, Testament tardif: preuve de l'insanité d'esprit et période suspecte (Civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, n° 13-11.912, inédit), RTD Civ. 2014 S. 263.
- Hausheer, Heinz*, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel: dargestellt an den Beispielen des GAV und des RMV, ZSR (95) 1976 S. 225–364.
- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina Elisabeth*, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., 2016, Bern: Stämpfli Verlag.
- Dies.*, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., 2020, Bern: Stämpfli Verlag.
- Heber, Lukas*, Der Schutz älterer Menschen vor Übervorteilung im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Zugleich eine Einführung in das Elder Law, 2022, Berlin: Peter Lang.
- Hedemann, Justus Wilhelm*, Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933, Tübingen: Mohr.
- Heidrich, Tanja/Heins, Detlef*, Gerichtliche Inhaltskontrolle von ehe- und unterhaltsrechtlichen Vereinbarungen, NotBZ 2001 S. 140–144.
- Heinrichs, Helmut*, Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch den Bundesgesetzgeber, NJW 1996 S. 2190–2197.
- Ders.*, Die Entwicklungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahr 1996, NJW 1997 S. 1407–1420.
- Heinsheimer, Karl*, Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ein Vortrag, AcP (95) 1904 S. 234–255.
- Heiss, Helmut*, Grund und Grenzen der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Versicherers, ZVersWiss 2003 S. 339–374.
- Helmchen, Hanfried/Lauter, Hans*, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? Analyse des Problemfeldes, Forschungsbedarf und Einwilligungssproblematik, 1995, Stuttgart: G. Thieme.
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, 1987, Heidelberg: C.F. Müller.
- Herresthal, Carsten*, Die Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit und zur angemessenen Erläuterung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG, WM 2009 S. 1174–1180.

- Hillgruber, Christian*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, München: Vahlen.
- Ders.*, § 120 Grundrechtsschranken, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., 2011, Heidelberg, Hamburg: C.F. Müller.
- Hippel, Fritz von*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. Beiträge zu einem Natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, 1936, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band I: Allgemeiner Teil §§ 1–240, hrsg. v. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann, 2003, Tübingen: Mohr Siebeck. Zitiert als HKK-Bearbeiter 2003.
- Hofer, Sibylle*, Zivilrechtliche Ansprüche, Handbuch für Praxis und Studium, 2014, Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Hoffmann, Jochen/Bartlitz, David*, Erläuterungs- und Bonitätsprüfungspflicht im Verbraucherkredit, WM 2014 S. 2297–2304.
- Hoffmann, Stefan*, Verbraucherschutz im deutschen Privatversicherungsrecht nach dem Wegfall der Vorabkontrolle allgemeiner Versicherungsbedingungen, 1998, Karlsruhe: VVW.
- Höfling, Wolfram*, Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991, Heidelberg: C.F. Müller.
- Hohm, Karl-Heinz*, Grundrechtsträgerschaft und „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, NJW 1986 S. 3107–3115.
- Hohmann, Harald*, § 242 BGB und unzulässige Rechtsausübung in der Rechtsprechung des BGH, JA 1982 S. 112–117.
- Höhnberg, Ulrich*, Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit des jungen Menschen im Bereich der Freiheitsrechte. Eine grundrechtsdogmatische Untersuchung, 1972, München: Dissertationsdruck SCHÖN.
- Holzhauser, Heinz*, Verfassungsrechtliche Beurteilung des Entwurfs eines Betreuungsgesetzes, ZRP 1989 S. 451–457.
- Ders.*, Betreuungsrecht in der Bewährung, FamRZ 1995 S. 1463–1473.
- Ders.*, Gutachten B, Juristisches Teilgutachten: Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages. Mainz 1988, Band I (Gutachten), 1988, München: C.H. Beck, S. B5–B117.
- Hommelhoff, Peter/Wiedenmann, Kai-Udo*, Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993 S. 562–572.
- Hommers, Wilfried*, Die Entwicklungspsychologie der Delikts- und Geschäftsfähigkeit. Ein exemplarischer Beitrag zur Validität der zivilrechtlichen Altersgrenze des vollendeten siebenten Lebensjahres, 1983, Göttingen: C.H. Hogrefe.
- Hönn, Günther*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, München: C.H. Beck.
- Ders.*, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, in: Günther Jahr (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, 1987, Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 79–97.
- Huber, Gerd*, Psychiatrie, Lehrbuch für Studium und Weiterbildung: mit 3 Abbildungen und 44 Tabellen. Unter Mitarbeit von Gisela Gross. 7. Aufl., 2005, Stuttgart: Schattauer.

- Huber, Hans*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 12. November 1965, 1966, Berlin: De Gruyter (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 24).
- Huber, Peter M.*, § 49 Natürliche Personen als Grundrechtsträger, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren 1, 1. Aufl., 2006, Heidelberg: C.F. Müller.
- Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Artikel 1–19, hrsg. v. Peter M. Huber und Andreas Voßkuhle, 8. Aufl., 2024, München: C.H. Beck. Zitiert als *Huber/Voßkuhle-Bearbeiter* 2024.
- Hübner, Heinz*, Rechtsgeschäftslehre und Verbraucherschutz, in: Jürgen F. Baur, Peter-Christian Müller-Graff und Manfred Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht. Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, 1992, Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 717–727.
- Huckele, Christian F.*, Die vorvertraglichen Aufklärungs-, Beratungs- und Informationspflichten im Versicherungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verhaltenspflichten der Banken in der Anlageberatung und des zukünftigen Vermittlerrechts im Versicherungswesen, Dissertation, 2005, Tübingen.
- Humm, Andreas*, Relative Geschäfts- und Testierfähigkeit, ZEV 2022 S. 253–258.
- Igl, Gerhard*, Altersgrenzen als altersspezifisches Regelungsinstrument, in: Ulrich Becker und Markus Roth (Hrsg.), Recht der Älteren, 2013, Berlin: De Gruyter, S. 165–191.
- Isensee, Josef*, § 150 Privatautonomie, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, Freiheitsrechte, 3. Aufl., 2009, Heidelberg: C.F. Müller.
- ders.*, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., 2011, Heidelberg, Hamburg: C.F. Müller.
- Jaeger, Peter*, Der Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen, 1946, Zürich: Schulthess.
- Janda, Constanze*, Grundfragen der Einschränkung der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit. Das Rechtsinstitut der Betreuung im Spiegel der allgemeinen Regeln zu Geschäftsfähigkeit und gesetzlicher Vertretung, FamRZ 2013 S. 16–22.
- Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, hrsg. v. Rolf Stürner, 18. Aufl., 2023, München: C.H. Beck. Zitiert als *Jauernig-Bearbeiter* 2023.
- Jellinek, Walter*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie, 1908, Tübingen: Mohr.
- Jestaedt, Matthias*, § 42 Das Recht der Eltern zur religiösen Erziehung, in: Michael Germann, Dietrich Pirson, Stefan Muckel und Wolfgang Rübner (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, 2020, Berlin: Duncker & Humblot, S. 1671–1749.
- Jourdain, Patrice*, Force majeure: l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire, Recueil Dalloz 2006 S. 1577–1581.
- Jurgeleit, Andreas*, Der geschäftsunfähige Betreute unter Einwilligungsvorbehalt, Rpfleger 1995 S. 282–284.

- Jürgens, Betreuungsrecht, hrsg. v. Dagmar Brosey, Jutta Kretz, Annette Loer et al., 7. Aufl., 2023, München: C.H. Beck. Zitiert als Jürgens-Betreuungsrecht-Bearbeiter 2023.
- juris Praxiskommentar BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, hrsg. v. Klaus Vieweg, gesamthrg. v. Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann et al., 10. Aufl., 2023, Saarbrücken: juris. Zitiert als JurisPK BGB-Bearbeiter 2023.
- Karl, Bettina, Auswirkungen der Länderregelungen zum Heimrecht in der erbrechtlichen Praxis, ZEV 2009 S. 544–549.
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C. (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrecht und Grundfreiheiten. Kommentar, 3. Aufl., 2022, München: C.H. Beck. Zitiert als Karpenstein/Mayer-Bearbeiter 2022.
- Kaufhold, Sylvia, Verbraucherschutz durch europäisches Vertragsrecht – materielle und institutionelle Bezüge zur notariellen Praxis, DNotZ 1998 S. 254–273.
- Kaufmann, Jörg, Der lediglich rechtliche Vorteil des Minderjährigen im Sinne des Paragraph 107 BGB, 2011, Hamburg: Kováč.
- Keil, Geert, Willensfreiheit, 2. Aufl., 2013, Berlin: De Gruyter.
- Kempermann, Michael, Unlautere Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen im englischen, französischen und deutschen Recht, 1975, Berlin: Duncker & Humblot.
- Kern, Bernd-Rüdiger, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994 S. 753–759.
- Ders., § 66 Inhalt und Umfang der Aufklärung, in: Bernd-Rüdiger Kern und Martin Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., 2019, München: C.H. Beck.
- Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin, § 74 Die Zahlungspflicht des Patienten und das Arzthonorar GOÄ und GOZ, in: Bernd-Rüdiger Kern und Martin Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., 2019, München: C.H. Beck.
- Kersting, Christian, Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen – Vertragsaufhebungsanspruch oder „Minderung“ aus c.i.c.?, JZ 2008 S. 714–721.
- Klang, Heinrich/Gschnitzer, Franz (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, vierter Band, erster Halbband, §§ 859–1044, 1968, Wien: Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei. Zitiert als Klang/Gschnitzer Band 4-Bearbeiter 1968.
- Klein, Andreas, „Ich bin so frei!“, Willensfreiheit in der philosophischen, neurobiologischen und theologischen Diskussion, 2012, Neukirchen-Vluyn: Neukirchener Theologie.
- Kletečka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg.), ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand: 1.10.2018, Manz: Wien. Zitiert als Kletečka/Schauer-Bearbeiter.
- Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht, Band II, Grundrechte, 2010, München: C.H. Beck.
- Klose, Martin/Straub, Marvin, Willensmängel bei der Einwilligung in eine ärztliche Behandlung, MedR 2019 S. 714–721.
- Klüsener, Bernd/Rausch, Hans, Praktische Probleme bei der Umsetzung des neuen Betreuungsrechts, NJW 1993 S. 617–624.
- Knieper, Judith, Geschäfte von Geschäftsunfähigen, 1. Aufl., 1999, Baden-Baden: Nomos.
- Köhler, Helmut, Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein „lediglich rechtlicher Vorteil“?, JZ 1983 S. 225–230.
- Ders., BGB Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 45. Aufl., 2021, München: C.H. Beck.

- Ders., Der Schadensersatzanspruch der Verbraucher im künftigen UWG, WRP 2021 S. 129–136.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn et al. (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 42. Aufl., 2024, München: C.H. Beck. Zitiert als Köhler/Bornkamm/Feddersen-Bearbeiter 2024.
- Köhler, Helmut/Lettl, Tobias, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003 S. 1019–1057.
- Kobte, Wolfhard, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP (185) 1985 S. 105–161.
- Kolmasch, Wolfgang, Geschäftsfähigkeit nach der Erwachsenenschutz-Reform, Zak 2018 S. 204–208.
- Kölmel, Dominik, Der Minderjährige in der notariellen Praxis – unentgeltlicher Erwerb von Grundstücken, RNotZ 2010 S. 618–643.
- Köndgen, Johannes, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht. Bemerkungen zum „Hypothekenzins-“ und zum „Wertstellungsurteil“ des BGH, NJW 1989 S. 943–952.
- Korff, Niklas, Kapitel 17: Verbraucherdarlehensrecht, in: Hans-Peter Schwintowski (Hrsg.), Bankrecht, 6. Aufl., 2022, Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 949–1113.
- Kössinger, Winfried, § 7 Die Feststellung der Testierfähigkeit des Erblassers sowie die Aufgaben und Pflichten der Beratungsperson bei Verfügungen von Todes wegen, in: Heinrich Nieder und Reinhard Kössinger (Hrsg.), Handbuch der Testamentsgestaltung. Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemaßnahmen, 6. Aufl., 2020, München: C.H. Beck.
- Kötz, Hein, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003 S. 209–214.
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard, Deliktsrecht, 14. Aufl., 2021, München: Verlag Franz Vahlen.
- Koziol, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, Haftung für eigenes und fremdes Fehlverhalten, 3. Aufl., 2018, Wien: Jan Sramek Verlag.
- ders., Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2020, Wien: Jan Sramek Verlag.
- Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, EheG, KSchG, IPR-G, Rom I-, Rom II- und Rom III-VO, 6. Aufl., 2020, Wien: Verlag Österreich. Zitiert als Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bearbeiter 2020.
- Kröber, Hans-Ludwig, Psychiatrische Kriterien zur Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit, Rechtsmedizin 1998 S. 41–46.
- Kruse, Andreas, in: Wolf D. Oswald (Hrsg.), Gerontologie. Medizinische, psychologische und sozialwissenschaftliche Grundbegriffe, 3. Aufl., 2006, Stuttgart: Kohlhammer, S. 31–36.
- Kruse, Britta, Zur Feststellung der Testierfähigkeit durch den Notar – Teil I, NotBZ 2001 S. 405–409.
- Kube, Hanno, § 148 Persönlichkeitsrecht, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, Freiheitsrechte, 3. Aufl., 2009, Heidelberg: C.F. Müller.
- Kuhlenbeck, Ludwig, Zum Schadensersatzanspruch aus Geschäftsabschlüssen mit heimlichen Geisteskranken, Bank-Archiv 1905/1906 S. 285–287.

- Ders.*, Einfluß seelischer Störungen auf die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit (und das Ehescheidungsrecht), Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung 1907 S. 271–296.
- Kuhlmann, Jens-Michael*, Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen, 1996, Frankfurt am Main, Berlin: Peter Lang.
- Lachwitz, Klaus*, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Auswirkungen auf die Rechte von Menschen mit geistiger Behinderung und/oder psychosozialen Problemen, BtPrax 2008 S. 143–148.
- ders.*, Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das deutsche Geschäftsfähigkeits- und Betreuungsrecht: Überlegungen aus der Perspektive von Menschen mit geistiger Behinderung, KJ 2012 S. 385–404.
- Lackner/Kühl/Heger*, Strafgesetzbuch. Kommentar, hrsg. v. Kristian Kühl und Martin Heger, 30. Aufl., 2023, München: C.H. Beck. Zitiert als Lackner/Kühl/Heger-Bearbeiter 2023.
- Lange, Heinrich*, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- ders.*, Schenkungen an beschränkt Geschäftsfähige und § 107 BGB, NJW 1955 S. 1339–1342.
- Lange, Knut Werner*, Erbrecht. 2. Aufl., 2022, München: C.H. Beck.
- Langenfeld, Gerrit*, Zur gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen, DNotZ 2001 S. 272–280.
- Larenz, Karl*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, München: C.H. Beck.
- ders.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, Berlin: Springer.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., 1994, München: C.H. Beck.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, München: C.H. Beck.
- Lauf, Niclas; Birck, Leon*, Minderjährige als Partei des Behandlungsvertrags, NJW 2018 S. 2230–2235.
- Laufke, Franz*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Band I, 1956, Berlin: De Gruyter, S. 145–188.
- Le Tourneau, Philippe*, La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental, JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale), I, n° 2401, 1971.
- Leeb, Christina-Maria; Weber, Martin*, Der Verfahrenspfleger, „Pflichtverteidiger“ in Unterbringungs- und Betreuungsverfahren, NJOZ 2014 S. 1201–1210.
- Leenen, Detlef*, Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Dissens –, AcP (188) 1988 S. 381–418.
- ders.*, BGB Allgemeiner Teil. 3. Aufl., 2021, Berlin, Boston: De Gruyter.
- Lehmann, Michael*, Vertragsanbahnung durch Werbung. Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher, 1981, München: C.H. Beck.
- Leipold, Dieter*, Schutz der Testierfreiheit vor geldgierigen Berufsbetreuern: ein neues Urteil und ein neues Gesetz (§ 30 BtOG), ZEV 2021 S. 485–489.
- Lemouland, Jean-Jacques*, L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation, RTD Civ. 1997 S. 1 ff.

- ders., Majeurs protégés. Curatelle et tutelle. Sanctions des irrégularités. Art. 464 à 466, in: J. Labic (Hrsg.), *Juris Classeur Civil Code*. Art. 414 à 495-9 à Art. 515-9 à 515-13, Stand: 2016, Paris: Lexis Nexis.
- ders., Nullité pour trouble mental d'un acte de disposition à titre onéreux conclu par un majeur en curatelle avec l'assistance de son curateur, *Recueil Dalloz* 2018 S. 1732–1735.
- Lemouland, Jean-Jacques/Noguéro, David, Droit des majeurs protégés, juin 2020 – mai 2021, *Recueil Dalloz* 2021 S. 1257–1267.
- Dies., Droit des majeurs protégés, *Recueil Dalloz* 2022 S. 1174–1185.
- Leuschner, Lars, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, *AcP* (207) 2007 S. 491–529.
- Leyens, Patrick C./Schäfer, Hans-Bernd, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, *AcP* (210) 2010 S. 771–803.
- Lichtenwimmer, Andrea, Geschäfts- und Testierfähigkeit in der Praxis des Notars, in: Mathias Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit*, 1. Aufl., 2010, Baden Baden: Nomos, S. 43–56.
- Lieb, Manfred, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?, *AcP* (178) 1978 S. 196–226.
- Ders., Grundfragen einer Schuldrechtsreform, *AcP* (183) 1983 S. 327–368.
- Ders., Vertragsaufhebung oder Geldersatz?, Überlegungen über die Rechtsfolgen von culpa in contrahendo, in: Universität zu Köln (Hrsg.), *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*, 1988, Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 251–270.
- Limmer, Peter, Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz, in: Rheinische Notarkammer und Verein für das Rheinische Notariat e.V. (Hrsg.), *Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft; Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats*, 1998, Köln: Otto Schmidt, S. 15–48.
- Linardatos, Dimitrios, Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie, 2013, Baden-Baden: Nomos.
- Lipp, Volker, Freiheit und Fürsorge: der Mensch als Rechtsperson, Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, 2000, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ders., Die neue Geschäftsfähigkeit Erwachsener, *FamRZ* 2003 S. 721–729.
- ders., Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention, *FamRZ* 2012 S. 669–679.
- ders., Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz, Zur Kritik des Fachausschusses zur UN-Behindertenrechtskonvention am Betreuungsrecht, *FamRZ* 2017 S. 4–11.
- Littwin, Frank, Grundrechtsschutz gegen sich selbst. Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, 1993, Frankfurt am Main, Berlin: Peter Lang.
- Loewenheim, Ulrich, Irrtumsanfechtung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, *AcP* (180) 1980 S. 433–461.
- Löhnig, Martin/Schärtl, Christoph, Zur Dogmatik des § 105a BGB, *AcP* (204) 2004 S. 25–58.
- Looschelders, Dirk, *Schuldrecht*, 2021, München: Franz Vahlen.
- Lorenz, Dieter, Allgemeine Handlungsfreiheit und unbenannte Freiheitsrechte, in: Max-Emanuel Geis (Hrsg.), *Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, 2001, München: C.H. Beck, S. 212–225.

- Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, 1997, München: C.H. Beck.
- ders.*, Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?, ZIP 1998 S. 1053–1057.
- ders.*, Vertrauensschaden des Wohnungskäufers bei Verschweigen der Sozialbindung und falschen Finanzierbarkeitsangaben – Was schützt die culpa in contrahendo?, NZM 1998 S. 359–363.
- ders.*, Haftungsausfüllung bei der culpa in contrahendo: Ende der „Minderung durch c.i.c.“?, NJW 1999 S. 1001–1002.
- ders.*, Grundwissen – Zivilrecht: Rechts- und Geschäftsfähigkeit, JuS 2010 S. 11–13.
- Löwe, Walter*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.4.1980 - III ZR 96/78 (Hamm) (NJW 1980, S. 2076–2078), NJW 1980 S. 2078–2080.
- Ludyga, Hannes*, Die Stärkung der Rechtsstellung Geschäftsunfähiger – Auslegung von § 105a BGB, FPR 2007 S. 3–6.
- Magnus, Dorothea*, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Makowsky, Mark*, Grundzüge des Behandlungsvertragsrechts, JuS 2019 S. 332–337.
- Malaurie, Philippe/Peterka, Nathalie*, Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs, 12. Aufl., 2022, Paris: LGDJ.
- Malnivaud, Philippe*, La responsabilité des incapables et de la femme dotale, 1965, Paris: Pichon et Durand-Auzias.
- von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz. Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1–19, hrsg. v. Peter M. Huber und Andreas Voßkuhle, 7. Aufl., 2018, München: C.H. Beck. Zitiert als von Mangoldt/Klein/Starck-Bearbeiter 2018.
- Mankowski, Peter*, Verändert die Neurobiologie die rechtliche Sicht auf Willenserklärungen?, AcP (211) 2011 S. 153–195.
- Manssen, Gerrit*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, 1994, Tübingen: Mohr.
- Martinek, Michael*, Das neue Teilzeit-Wohnrechtgesetz – mißratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen, NJW 1997 S. 1393–1399.
- Marty, Gabriel; Raynaud, Pierre*, Droit civil. Les personnes, 3. Aufl., 1976, Paris: Sirey.
- Dies.*, Droit civil, Les obligations, Tome 1, 2. Aufl., 1988, Paris: Sirey.
- Massip, Jacques*, La réforme du droit des incapables majeurs, Tome I. 4. Aufl., 1983, Paris: Répertoire du notariat Defrénois.
- Ders.*, Chronique de jurisprudence civile générale. Personnes, famille, incapacité, Répertoire du notariat Defrénois 2003 S. 1077–1094.
- Ders.*, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, 2009, Paris: Defrénois-Lextenso.
- Mayer-Maly, Theo*, Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts, AcP (170) 1970 S. 133–180.
- Medicus, Dieter*, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965 S. 209–218.
- Ders.*, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges.m.b.H., S. 481–550.
- Ders.*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Heidelberg: C.F. Müller.
- Meier-Hayoz, Arthur* (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19–22 OR, 1991, Bern: Stämpfli & Cie AG.

- Merten, Detlef, § 60 Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken; § 68 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren 2, 1. Aufl., 2009, Heideberg: C.F. Müller.
- Merz, Franz, Hüte dich vor fremder Bürgschaft: Die Rechtsprechung des BGH zur Mithaftung für Kredite scheint widersprüchlich, ZRP 1991 S. 307–309.
- Metz, Rainer, Erläuterungspflichten bei Verbraucherkrediten, NJW 2012 S. 1990–1995.
- Meyer-Mews, Hans, Ohne freien Willen – aber schuldfähig?, HRRS 2014 S. 487–492.
- Michalski, Lutz, Die Berücksichtigung von vertragsabschlußbegleitenden Umständen nach § 24a Nr. 3 AGB-Gesetz, Der Betrieb 1999 S. 677–680.
- Miethaner, Tobias, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung. Zweck und Grenzen der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln, 2010, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Miettinen, Johanna, Die vorvertraglichen Pflichten des Versicherers, 2005, Karlsruhe: VVW.
- Mönch, Gerhard, Der fehlende Schutz des Vertragsgegners bei Rechtsgeschäften mit unerkennbar Geisteskranken im deutschen bürgerlichen Recht unter Berücksichtigung fremder Rechte, Dissertation Universität Breslau, 1927.
- Monsch, Andreas, Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, 2012, Bern: Stämpfli, S. 1–23.
- Montanier, Jean-Claude, Les actes de la vie courante en matière d'incapacités, JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale), n° 3076, 1982.
- Montourcy, Valéry, L'ouverture d'une curatelle renforcée met fin à la suspension de la prescription!, Arrêt rendu par Cour de Cassation, 1^{re} civ., 14.4.2021 n°20-11.959 (317 F-D), AJ fam. 2021 S. 439.
- Mugdan, B., Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, 1899a.
- Ders., Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, 1899b.
- Müller, Gabriele, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, 1998, Bielefeld: Gieseking.
- Dies., Erwiderung zum Beitrag von Stoppe/Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, 806 ff., DNotZ 2006 S. 325–328.
- Dies., Neuregelung der Einwilligung des Betreuers bzw. des Bevollmächtigten in ärztliche Zwangsmaßnahmen – Auswirkungen auf die Gestaltung von Vorsorgevollmachten, ZEV 2013 S. 304–306.
- Müller, Jürgen, Forensische Psychiatrie. Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht, 4. Aufl., 2017, Stuttgart: Thieme Verlag KG.
- Münch, Christof, Notar und Parität – Die Bedeutung notarieller Beurkundung im Rahmen der Inhaltskontrolle von Eheverträgen, DNotZ 2004 S. 901–914.
- Münch, Ingo von, Grundrechtsschutz gegen sich selbst?, in: Rolf Stödter und Werner Thieme (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hand Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), S. 113–128.
- von Münch/Kunig, Grundgesetz. Kommentar, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 69, hrsg. v. Ingo von Münch und Philip Kunig, 6. Aufl., 2012, München: C.H. Beck. Zitiert als von Münch/Kunig-Bearbeiter 2012.

- von Münch/Kunig, Grundgesetz. Kommentar, Band 1: Präambel, Art. 1 bis Art. 69, hrsg. v. Jörn-Axel Kämmerer und Markus Kotzur, 7. Aufl., 2021, München: C.H. Beck. Zitiert als von Münch/Kunig-Bearbeiter 2021.
- Münchener Kommentar zum BGB*, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker et al., München: C.H. Beck. Zitiert als MüKo BGB/Band (...) -Bearbeiter Jahr.
- Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1–240, 10. Aufl., 2025.
 - Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2022.
 - Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 9. Aufl., 2022.
 - Band 4/2, Schuldrecht – Besonderer Teil I/2, §§ 481–543, Finanzierungsleasing, 9. Aufl., 2023.
 - Band 5, Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535–630h, 9. Aufl., 2023.
 - Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 631–704, 9. Aufl., 2023.
 - Band 7, Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–863, 9. Aufl., 2024.
 - Band 9, Familienrecht I, §§ 1297–1588, Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, 9. Aufl., 2022.
 - Band 9, Familienrecht II, §§ 1589–1921, SGB VIII, 7. Aufl., 2017.
 - Band 10, Familienrecht II, §§ 1589–1921, SGB VIII, 8. Aufl., 2020.
 - Band 10, Familienrecht, §§ 1589–1921, 9. Aufl., 2024.
 - Band 11, Erbrecht, §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, 9. Aufl., 2022.
- Münchener Kommentar zum FamFG*, Band 1, §§ 1–270, hrsg., v. Thomas Rauscher, 3. Aufl., 2018, Manz: C.H. Beck. Zitiert als MüKo FamFG/Band 1-Bearbeiter 2018.
- Münchener Kommentar zum FamFG*, Band 2, §§ 271–493, hrsg. v. Thomas Rauscher, 3. Aufl., 2019, München: C.H. Beck. Zitiert als MüKo FamFG/Band 2-Bearbeiter 2019.
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, Band 1, hrsg. v. Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff, 3. Aufl., 2020, München: C.H. Beck. Zitiert als MüKo UWG/Bearbeiter 2020.
- Münchener Kommentar zum StGB*, Band 5, §§ 263–297, hrsg. v. Volker Erb und Jürgen Schäfer, 9. Aufl., 2022, München: C.H. Beck. Zitiert als MüKo StGB-Bearbeiter 2022.
- Münchener Kommentar zum VVG*, Band 1, hrsg. v. Theo Langheid und Manfred Wandt, 3. Aufl., 2022, München: C.H. Beck. Zitiert als MüKo VVG/Band 1-Bearbeiter 2022.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 1, §§ 1–354, hrsg. v. Thomas Rauscher und Wolfgang Krüger, 6. Aufl., 2020, München: C.H. Beck. Zitiert als MüKo ZPO/Band 1-Bearbeiter 2020.
- Muscheler, Karlheinz*, Erbrecht, Band I, 2010, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar, 20. Aufl., 2023, München: Verlag Franz Vahlen. Zitiert als Musielak/Voigt-Bearbeiter 2023.
- Mußig, Ulrike*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04 (BayObLG), JZ 2006 S. 150–152.
- Nachtschatt, Eva*, Die rechtliche Handlungsfähigkeit im Erwachsenenschutz. Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland und Australien (New South Wales). Dissertation, 2019.
- Naczinsky, Simon*, Auswirkungen der Testierfähigkeit auf die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, NZFam 2018 S. 713–719.
- Nawiasky, Hans*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 1948, Einsiedeln, Zürich, Köln: Verlagsanstalt Benziger & Co. AG.
- Nerson, Roger*, Personnes et droits de famille, RTD Civ. 1971 S. 613–624.

- Neubecker, Friedrich Karl*, Haftung für Wort und Werk. Eine rechtsvergleichende Skizze, 1910, Breslau: Verlag von M. & H. Marcus.
- Neuffer, Thomas*, Die Anfechtung der Willenserklärung wegen Rechtsfolgeirrtums, 1991, Pfaffenweiler: Centaurus-Verl.-Ges.
- Neuner, Jörg*, Natürlicher und freier Wille. Eine Studie zum Bürgerlichen Recht, AcP (218) 2018 S. 1–31.
- Ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2023, München: C.H. Beck.
- Nicholas, Barry*, English Report: The Obligation to Disclose Information, in: Donald Harris und Denis Tallon (Hrsg.), in: Contract law today. Anglo-French comparisons, 1989, Oxford: Clarendon Pr., S. 166–187.
- Nobbe, Gerd*, Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Wertpapieranlagen, in: Norbert Horn und Herbert Schimansky (Hrsg.), Bankrecht 1998, Köln: RWS-Verl. Kommunikationsforum, S. 235–263.
- Ders.*, Neuregelungen im Verbraucherkreditrecht. Ein kritischer Überblick, WM 2011 S. 625–632.
- Noguéro, David*, La maladie du débiteur cas de force majeure, Recueil Dalloz 2006 S. 1566–1569.
- Ders.*, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés (Première partie: les sanctions hors mesures de protection organisée), Les Petites Affiches 2009 S. 6 ff.
- Ders.*, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés (Seconde partie: les sanctions sous mesure de protection organisée), Les Petites Affiches 2010 S. 5 ff.
- NomosKommentar StGB*, hrsg. v. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paefffgen et al., 6. Aufl., 2023, Baden-Baden: Nomos. Zitiert als NK-StGB-Bearbeiter 2023.
- Odenwald, Steffen*, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handelns, 2004, Frankfurt am Main: Lang.
- Oefeke, Konrad von/Saß, Henning*, Die forensisch-psychiatrische Beurteilung von freier Willensbestimmung und Geschäftsfähigkeit, Versicherungsmedizin 1994 S. 167–170.
- OFK – Orell Füssli Kommentar*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz et al. (Hrsg.), 4. Aufl., 2021, Zürich: Orell Füssli.
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 8. Aufl., 2023, München: C.H. Beck. Zitiert als Ohly/Sosnitza-Bearbeiter 2023.
- Omlor, Sebastian*, Neuregelung der Finanzierung von Wohnimmobilien, NJW 2017 S. 1633–1639.
- Papikinou, Athina*, Die Pflicht zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers, 2018, Baden-Baden: Nomos.
- Parapatits, Felicitas/Perner, Stefan*, Die Neuregelung der Geschäftsfähigkeit im 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, iFamZ 2017 S. 160–168.
- Patarin, Jean*, Jurisprudence française en matière de droit civil. E. Successions et libéralités, RTD Civ. 1995 S. 659–672.
- Pauen, Michael*, Illusion Freiheit?, Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung, 2004, Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag.
- Pauer-Studer, Herlinde*, Autonom leben, Reflexionen über Freiheit und Gleichheit, 2000, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Paulus, Christoph G./Zenker, Wolfgang*, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001 S. 1–9.

- Pawlowski, Hans-Martin*, Willenserklärungen und Einwilligungen in personenbezogene Eingriffe, JZ 2003 S. 66–73.
- Pécaut-Rivolier, Laurence*, Nullité de actes, insanité d'esprit. Arrêt rendu par Cour d'appel de Paris, 8^e ch., AJ fam. 2007 S. 480.
- Dies.*, Le trouble mental, cause de suspension de la prescription civile, Arrêt rendu par Cour de Cassation, 1^{re} civ. 1.7.2009 n° 08-13.518 (n° 767 FS-P+B+I), AJ fam. 2009 S. 402.
- Pedrazzini, Mario M./Oberholzer, Niklaus*, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., 1993, Bern: Stämpfli.
- Peterka, Nathalie*, La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés, AJ contrat 2018 S. 107 ff.
- Peters, Anne/Altwicker, Tilmann*, Europäische Menschenrechtskonvention. 2. Aufl., 2012, München: C.H. Beck.
- Petersen, Jens*, Die Privatautonomie und ihre Grenzen, Jura 2011 S. 184–186.
- Plazy, Jean-Marie*, Les actes juridiques des majeurs protégés, in: Philippe Delmas Saint-Hilaire, Adeline Gouttenoire und Marie Lamarche et al. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, 2012, Paris: LexisNexis, Dalloz, S. 549–562.
- Poirret, Jennifer*, La représentation légale du mineur sous autorité parentale, Dissertation, 2011.
- Poscher, Ralf*, § 3 Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: Matthias Herdegen, Matthias Bäcker et al. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, 2021, München: C.H. Beck, zitiert nach Rn.
- Prölss, Jürgen*, Haftung bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht, JuS 1986 S. 169–175.
- Prölss, Jürgen/Martin, Anton* (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 31. Aufl., 2021, München: C.H. Beck. Zitiert als Prölss/Martin-Bearbeiter 2021.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Band I. Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I (Nachdruck), Bearbeitet von Achilles, Spahn, Gebhard, 1897, Berlin: Guttentag.
- Püschel, Willy*, Verstärker Schutz gutgläubiger Vertragsgegner von nicht erkennbar Geisteskranken, JW 1914 S. 564–567.
- Rabel, Ernst*, Streifgänge im schweizerischen Zivilgesetzbuch, RheinZ 1912 S. 135–195.
- Rademacher, Friederike*, Rechtsschutz zugunsten älterer Verbraucher am Beispiel unerlaubter Telefonwerbung, 2020, Baden-Baden: Nomos.
- Raiser, Ludwig*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958 S. 1–8.
- Ders.*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1961, Bad Homburg vor der Höhe: Hermann Genter Verlag.
- Ders.*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Essen 1966, Band II, Teil B, 1967, München, Berlin: C.H. Beck, S. B5–B31.
- Ramm, Thilo*, Drittwirkung und Übermaßverbot – Eine Erwiderung auf den Aufsatz von Canaris in JZ 1987, S. 993 ff., JZ 1988 S. 489–493.
- Raoul-Cormeil, Gilles*, Le trouble mental du contractant et l'impossibilité d'agir en nullité, Recueil Dalloz 2009 S. 2660–2663.
- Ders.*, L'habilitation familiale: une tutelle adoucie, en la forme et au fond, Recueil Dalloz 2015 S. 2335–2339.

- Ders.*, L'achat d'un scooter n'est pas un acte de la vie courante!, JCP G (La Semaine Juridique – Édition générale) 2016 S. 306.
- Ders.*, Art. 1148, 1149 Code civil, in: Thibault Douville (Hrsg.), La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, 2018, Paris: Gualino.
- Ders.*, L'assistance du curateur et le trouble mental du curélaire contractant, Recueil Dalloz 2020 S. 805–809.
- Rasch, Wilfried*, Begutachtung im Zivilrecht. Die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit – aus ärztlicher Sicht, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1992 S. 767–770.
- Rasch, Wilfried/Bayerl, Rolf*, Der Mythos vom luziden Intervall – Zur Begutachtung der Testierfähigkeit –, LebensversicherungsMedizin 1985 S. 2–8.
- Rauch, Hans-Joachim*, Über die Begutachtung der Testierfähigkeit, Der medizinische Sachverständige 1962 S. 1–6.
- Raz, Joseph*, The morality of freedom, 2010, Oxford, New York: Clarendon Press.
- Reetz, Peter*, Die Urteilsunfähigkeit. Eine Lotterie?, in: Peter Gauch und Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Figures juridiques. Rechtsfiguren. Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l'occasion de son soixantième anniversaire. K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier zu seinem sechzigsten Geburtstag, 2003, Zürich: Schulthess, S. 199–208.
- Rehberg, Markus*, Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem. Die Gewährleistung freier Produktwahl in der Privatversicherung, 2003, Baden-Baden: Nomos.
- Rehm, Gebhard M.*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, 2003, München: C.H. Beck.
- Reinking, Kurt*, Die Änderungen des Kreditvertragsrechts und ihre Auswirkungen auf die Finanzierung und das Leasing von Kraftfahrzeugen, DAR 2010 S. 252–256.
- Remien, Oliver*, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 1994 S. 34–66.
- RGRK – Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs*, Kommentar, Band II, 5. Teil. §§ 812–831, hrsg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofs 12. Aufl., 1989, Berlin, New York: Walter de Gruyter & Co. Zitiert als RGRK-Bearbeiter 1989.
- Rittner, Fritz*, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, 1957, Düsseldorf: Verlag Handelsblatt GmbH.
- Rixecker, Roland*, § 18a. Beratungspflichten des Versicherers, in: Roland Michael Beckmann und Annemarie Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechtshandbuch, 2015, München: C.H. Beck, zitiert nach Rn.
- Rodi, Daniel*, Wirksamkeitsdynamik im Minderjährigenrecht, 2020, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Rödl, Florian*, Kollidierende AGB: Vertrag trotz Dissens, AcP (215) 2015 S. 683–715.
- Römer, Wolfgang*, Zu den Informationspflichten der Versicherer und ihrer Vermittler, VersR 1998 S. 1313–1322.
- Roscher, Falk*, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem. Dargestellt am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1974, Berlin: Duncker & Humblot.
- Rösler, Patrick/Werner, Stefan*, Erhebliche Neuerungen im zivilen Bankrecht: Umsetzung von Verbraucherkredit- und Zahlungsdiensterichtlinie. Überblick über den Umsetzungsbedarf in der Bankpraxis anhand der vorliegenden Gesetzentwürfe, BKR 2009 S. 1–10.
- Rossak, Erich*, Die Testierfähigkeit bzw. die Testiermöglichkeit Mehrfachbehinderter, ZEV 1995 S. 236–240.

- Roth, Markus, Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel. Stärkung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen, AcP (208) 2008 S. 451–489.
- Röthel, Anne, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen, NJW 2001 S. 1334–1335.
- Dies., Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, Gutachten A, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Berlin 2010, 2010, München: C.H. Beck, S. A5–A112.
- Dies., Testierfreiheit und Testiermacht, AcP (210) 2010 S. 32–66.
- Röthel, Annel/Krackhardt, Oliver, Lediglich rechtlicher Vorteil und Grunderwerb, Jura 2006 S. 161–166.
- Rothfritz, Lauri Philipp, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene, 2010, Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Roxin, Claus/Greco, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2020, München: C.H. Beck.
- Ruffert, Matthias, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 2001, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Rüfner, Wolfgang, § 196 Grundrechtsträger, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., 2011, Heidelberg, Hamburg: C.F. Müller.
- Rümelin, Max, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, 1912, Tübingen: Mohr.
- Rummel, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, §§ 1175 bis 1502 ABGB, 3. Aufl., 2007, Wien: Manz. Zitiert als Rummel-Bearbeiter 2007.
- Rummel, Peter/Lukas, Meinhard (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Teilband §§ 859–916 ABGB (Vertragsrecht), 4. Aufl., 2014, Wien: Manz. Zitiert als Rummel/Lukas-Bearbeiter 2014.
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., 2021, München: C.H. Beck. Zitiert als Sachs-Bearbeiter 2021.
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts, 1999, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sack, Rolf, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge. Die Auswirkungen unlauteren Wettbewerbs auf Vertragsabschlüsse, 1974, Frankfurt am Main: Deutscher Fachverlag.
- ders., Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, WRP 1985 S. 1–15.
- Sana-Chaillé de Néré, Sandrine, Art. 1178 à 1185, Fasc. 10, „Contrat – Nullité du contrat – Généralités“, in: J. Labic (Hrsg.), Juris Classeur Civil Code, Art. 1100 à Art. 1231 à 1231-7, Stand: 2017, Paris: LexisNexis.
- Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 10. Aufl., 2023, Baden-Baden: Nomos. Zitiert als Saenger-Bearbeiter 2023.
- Savatier, René, Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil, Recueil Dalloz 1968 S. 109–116.
- Schaal, Daniel, § 17. Vormundschaft, Pflegschaft, Betreuung, in: Christof Münch (Hrsg.), Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl., 2023, München: C.H. Beck.
- Schäfer, Frank L., Wohnimmobilienkreditrichtlinie, VuR 2014 S. 207–216.

- Scherer, Inge*, Die besonders schutzbedürftigen Verbraucher nach der UWG-Novelle 2015, WRP 2016 S. 1441–1446.
- Schirmer, Helmut*, Beratungspflichten und Beratungsverschulden der Versicherer und ihrer Agenten – Teil I, r+s 1999 S. 133–138.
- Schmahl, Stefanie*, Grund- und menschenrechtliche Anforderungen an den Erwachsenenschutz, in: Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp und Eva Schumann et al. (Hrsg.), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes: 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012, 2013, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 11–39.
- Schmidt, Gerd/Böcker, Felix*, Betreuungsrecht. Eine systematische Einführung aus juristischer und psychiatrischer Sicht, 2. Aufl., 1993, München: Jehle-Rehm, zitiert nach Rn.
- Schmidt, Jan Peter*, Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa, RabelsZ (76) 2012 S. 1022–1050.
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP (147) 1941 S. 130–197.
- Ders.*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Rolf Dietz, Alfred Hueck und Rudolf Reinhardt (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, 21. Januar 1955, 1955, München: C.H. Beck, S. 1–30.
- Schmidt-Salzer, Joachim*, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, Berlin: Duncker & Humblot.
- Ders.*, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 1970 S. 8–15.
- Ders.*, Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in deutsches Recht und AGB-Gesetz, BB 1995 S. 733–740.
- Schmitt, Jochem*, Der Begriff der lediglich rechtlich vorteilhaften Willenserklärung i. S. d. § 107 BGB, NJW 2005 S. 1090–1093.
- Schmoeckel, Mathias*, Einleitendes: Demenzerkrankungen als gesellschaftliche Herausforderung für Juristen, in: Mathias Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, 1. Aufl., 2010, Baden Baden: Nomos, S. 13–23.
- Ders.*, Die Geschäfts- und Testierfähigkeit von Demenzerkrankten, NJW 2016 S. 433–439.
- Schneider, René*, § 765a BGB: Verbot der Ehegatten-Bürgschaft?, ZRP 1992 S. 360.
- Schöne-Seifert, Bettina*, Paternalismus. Zu seiner ethischen Rechtfertigung in Medizin und Psychiatrie, in: Ludger Honnefelder und Dieter Sturma (Hrsg.), Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 14, Heft 1, 2009, München: De Gruyter, S. 107–128.
- Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch. Kommentar, hrsg. v. Albin Eser, 2019, München: C.H. Beck. Zitiert als Schönke/Schröder-Bearbeiter 2019.
- Schreiber, Marie*, Die medizinische Forschung mit abgetrennten Körpersubstanzen Minderjähriger, 2019, Berlin: LIT.
- Schröder, Horst*, Anmerkung zu BayObLG, Urt. v. 17.9.1971. RReg. 7 St 143/71, JZ 1972 S. 26.
- Schröder, Michael/Taupitz, Jochen*, Menschliches Blut: verwendbar nach Belieben des Arztes? Zu den Formen erlaubter Nutzung menschlicher Körpersubstanzen ohne Kenntnis des Betroffenen, 1991, Stuttgart: Enke.
- Schroeder, Dirk*, Die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre, 1983, Berlin: Duncker und Humblot.
- Schroth, Ulrich*, Die Einwilligung in eine nicht-indizierte Körperbeeinträchtigung zur Selbstverwirklichung – insbesondere die Einwilligung in Lebendspende, Schönheits-

- operation und Piercing, in: Winfried Hassemer, Eberhard Kempf und Sergio Moccia (Hrsg.), *In dubio pro libertate*. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, München: C.H. Beck, S. 719–741.
- Schumacher, Rolf, Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, 1979, Bonn: Stollfuss.
- Schur, Wolfgang, Die Bedeutung der Willensfreiheit für das heutige deutsche Privatrecht, in: Ernst-Joachim Lampe, Michael Pauen und Gerhard Roth (Hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 1. Aufl., 2008, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 226–249.
- Schwab, Dieter, Referat (Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?), in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages*, Mainz 1988, Band II (Sitzungsberichte), 1988, München: C.H. Beck, S. K8–K46.
- Ders., Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992 S. 493–507.
- Ders., Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, FamRZ 2001 S. 349–350.
- Schwabe, Jürgen, Grundrechte und Privatrecht, AcP (185) 1985 S. 1–8.
- Schwarze, Roland, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 2001, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schwenzer, Ingeborg, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP (196) 1996 S. 88–113.
- Schwimann, Michael, Die Institution der Geschäftsfähigkeit. Ein Beitrag zu den Grundlagen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Zweiter Band, 1965, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Schwimann, Michael/Kodek, Georg E. (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar. §§ 1293–1503 ABGB, Band 6, 4. Aufl., 2016, Wien: LexisNexis. Zitiert als Schwimann/Kodek/Band 6-Bearbeiter 2016.
- Dies. (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar. §§ 1–284 ABGB, Band 1, 5. Aufl., 2018, Wien: LexisNexis. Zitiert als Schwimann/Kodek/Band 1-Bearbeiter 2018.
- Dies. (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar. §§ 859–937 ABGB, WucherG, Allgemeines Vertragsrecht, Band 5, 5. Aufl., 2021, Wien: LexisNexis. Zitiert als Schwimann/Kodek/Band 5-Bearbeiter 2021.
- Schwimann, Michael/Neumayr, Matthias (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG, 5. Aufl., 2021, Wien: LexisNexis. Zitiert als Schwimann/Neumayr-Bearbeiter 2021.
- Schwintowski, Hans-Peter, Aufklärungspflichten beim Discount Brokerage. Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 5. Oktober 1999 – XI ZR 296/98, ZBB 1999, 380, ZBB 1999 S. 385–388.
- Schwolow, Peter, Keine einstweilige Verfügung bei dementiellen Syndrom, aber unzureichenden Indizien für Geschäftsunfähigkeit, NZFam 2015 S. 383.
- Seibert, Ann, Testierfähigkeit und Willensfreiheit. Die Problematik der beweisrechtlichen Vermutung der Testierfähigkeit, 2015, Hamburg: Kovač.
- Siebert, Wolfgang, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, Karlsruhe: C.F. Müller.
- Simon, Ludwig, Die Gefährdung der Banken durch Geschäftsabschlüsse mit unerkennbar Geisteskranken, JW 1913 S. 291–295.
- Simon, Odile, La nullité des actes juridiques pour trouble mental, RTD Civ. 1974 S. 707–738.

- Singer, Reinhard*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, München: Beck.
- Ders.*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995 S. 1133–1141.
- Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, begr. von Hans Theodor Soergel, Stuttgart: Kohlhammer. Zitiert als Soergel BGB/Band (...) -Bearbeiter Jahr.
- Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240, 13. Aufl., 1999.
 - Band 2/1, Allgemeiner Teil, §§ 104–157, 14. Aufl., 2023.
 - Band 5/1a, Schuldrecht 3/1a, §§ 311, 311a–c, 313, 314, 13. Aufl., 2013.
 - Band 7, Schuldrecht 5, §§ 481–534, 13. Aufl., 2014.
 - Band 12, Schuldrecht 10, §§ 823–853, ProdHG, UmweltHG, 13. Aufl., 2005.
- Spellenberger, Ulrich*, Fremdsprache und Rechtsgeschäft, in: Andreas Heldrich und Hans Jürgen Sonnenberger (Hrsg.), Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 1. April 1988, 1988, München: C.H. Beck, S. 463–494.
- Spickhoff, Andreas*, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP (208) 2008 S. 345–415.
- Ders.*, § 6 Selbstbestimmungsfähigkeiten, in: Ulrich Becker und Markus Roth (Hrsg.), Recht der Älteren, 2013, Berlin: De Gruyter, S. 101–125.
- Ders.*, § 11 Grundstrukturen und Grundzüge des Betreuungsrechts (einschließlich Patientenverfügung), in: Ulrich Becker und Markus Roth (Hrsg.), Recht der Älteren, 2013, Berlin: De Gruyter, S. 247–284.
- Ders.*, Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen im Kontext medizinischer Behandlungen, FamRZ 2018 S. 412–425.
- Spilgies, Gunnar*, Ohne welchen freien Willen? – zur Frage einer präjudiziellen Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit nach den §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB für die Schuldfähigkeit nach § 20 StGB, HRRS 2015 S. 177–186.
- Stamenković, Vladimir; Michel, Roman-Raphael*, Die geplante Neuregelung zum Inhalt und zur Durchsetzung der Kreditwürdigkeitsprüfung im deutschen Recht, VuR 2016 S. 132–141.
- Staudinger, Ansgar*, Abschied von der Gesamtbetrachtungslehre?, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 25.11.2004, NJW 2005, 415 ff., Jura 2005 S. 547–552.
- Staudinger, Ansgar/Steinrötter, Björn*, Minderjährige im Zivilrecht, JuS 2012 S. 97–105.
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, begr. v. Julius von Staudingers. Zitiert als Staudinger BGB-Bearbeiter Jahr.
- Band 1, Allgemeiner Teil, 1957, München und Berlin: Schweitzer Verlag.
 - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 90–124; 130–133, 2012, München und Berlin: Sellier – de Gruyter.
 - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 90–124; §§ 130–133 (Sachbegriff, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Anfechtung, Auslegung), 2021, Köln und Berlin: Otto Schmidt – de Gruyter.
 - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 125–129; BeurkG (Beurkundung), 2023, Köln und Berlin: Otto Schmidt – de Gruyter.
 - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 134–138; ProstG (Allgemeiner Teil 4a – Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit), 2021, Köln und Berlin: Otto Schmidt – de Gruyter.
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241–243, 2024, München und Berlin: Sellier – de Gruyter.
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 305–310; UKLaG (AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz), 2022, Köln und Berlin: Otto Schmidt – de Gruyter.

- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 311–311a–c (Vertragsschluss), 2023, Köln und Berlin: Otto Schmidt – de Gruyter.
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 312, 312a–k, 2019, München und Berlin: Sellier – de Gruyter.
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 491–512 (Verbraucherdarlehen), 2012, München und Berlin: Sellier – de Gruyter.
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 812–822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), 2007, München und Berlin: Sellier – de Gruyter.
 - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 826–829; ProdHaftG, 2021, Köln und Berlin: Otto Schmidt – de Gruyter.
 - Buch 3: Sachenrecht: §§ 925–984; Anh. zu §§ 929–931 (Erwerb und Verlust des Eigentums), 2020, Köln und Berlin: Otto Schmidt – de Gruyter.
 - Buch 4: Familienrecht: §§ 1896–1921, 2017, München und Berlin: Sellier – de Gruyter.
 - Buch 5: Erbrecht: §§ 2229–2302 (Errichtung und Aufhebung eines Testaments, Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag), 2022, Köln und Berlin: Otto Schmidt – de Gruyter.
- Steinbauer, Peter*, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem neuen Sachwalterrecht, *ÖJZ* 1985 S. 427–432.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, München: C.H. Beck.
- Ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994, München: C.H. Beck.
- Ders.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, Die einzelnen Grundrechte. Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, 2006, München: C.H. Beck.
- Sternal, Werner* (Hrsg.), FamFG. Kommentar, 21. Aufl., 2023, München: C.H. Beck. Zitiert als *Sternal FamFG-Bearbeiter* 2023.
- Stief, Matthias*, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 2012, Berlin: Logos Berlin.
- Stöbener, Angela Regina*, Informations- und Beratungspflichten des Versicherers nach der VVG-Reform, *ZVersWiss* 2007 S. 465–483.
- Stoffels, Markus*, Schranken der Inhaltskontrolle, *JZ* 2001 S. 843–849.
- Stoll, Hans*, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in: Hans Claudius Ficker, Detlef König, Karl F. Kreuzer et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 435–474.
- Ders.*, Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluss, in: Erik Jayme, Gerhard Kegel und Marcus Lutter (Hrsg.), *Ius Inter Nationes*. Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlass seines 75. Geburtstages, 1983, Heidelberg: C.F. Müller, S. 275–299.
- Stoll, Heinrich*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck).
- Stoppe, Gabriela/Lichtenwimmer, Andrea*, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, *DNotZ* 2005 S. 806–813.
- Struck, Gerhard*, Vertragsfreiheit – Ein Grundrecht?, *DuR* 1988 S. 39–49.
- Stürner, Rolf*, Der lediglich rechtliche Vorteil, *AcP* (173) 1973 S. 402–431.
- Tamm, Marina*, Informationspflichten nach dem Umsetzungsgesetz der Verbraucherrechtlichlinie, *VuR* 2014 S. 9–18.

- Dies.*, Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG): Zivilrechtlicher Verbraucherschutz für Heimbewohner, VuR 2016 S. 370–381.
- Taupitz, Jochen*, Höfling, Wolfram: Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, AcP (192) 1992 S. 341–348.
- Ders.*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? (Gutachten A), in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages. Band I, Gutachten, Teil A, 2000, München: C.H. Beck, S. A5–A130.
- Ders.*, Medizinische Forschung an jungen und alten Patienten, MedR 2012 S. 583–588.
- Ders.*, Juristische Grundlagen, in: Ulrich Venzlaff, Harald Dreßing und Stephan Bork (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 7. Aufl., 2020, München: Elsevier Urban & Fischer, S. 489–532.
- Tenthoff, Christian*, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 2008, Berlin: Duncker & Humblot.
- Terré, François/Fenouillet, Dominique*, Les personnes, personnalité – incapacité, protection, 8. Aufl., 2012, Paris: Dalloz.
- Teyssié, Bernard*, Droit des personnes. 23. Aufl., 2021, Paris: LexisNexis.
- Theisen, Frank*, Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo, NJW 2006 S. 3102–3105.
- Tolmein, Oliver*, Artikel 12, Gleiche Anerkennung vor dem Recht, in: Antje Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, Berlin: Eigenverl. des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, S. 136–149.
- Ders.*, § 28 Die Leistungen im Rehabilitations- und Teilhaberecht, in: Hermann Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch Sozialrecht, 6. Aufl., 2024, München: C.H. Beck.
- Tuhr, Andreas von*, Die Bedeutung des Willens im Zivilrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1922 S. 259–279.
- Ders.*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, erste Hälfte, 1957: Duncker & Humblot.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether* (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar, 13. Aufl., 2022, Köln: Otto Schmidt. Zitiert als *Ulmer/Brandner/Hensen-Bearbeiter* 2022.
- Ulsenheimer, Klaus*, § 149 Die fahrlässige Körperverletzung, in: Bernd-Rüdiger Kern und Martin Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., 2019, München: C.H. Beck.
- Veaux, Daniel*, Fasc. 40, „Capacité et pouvoirs dans les contrats“, in: Marie-France Bonneau (Hrsg.), Juris Classeur. Contrats Distribution 1, 1996, Paris: Lexis Nexis.
- Viney, Geneviève*, Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil, RTD Civ. 1970 S. 251–267.
- Wackerbarth, Ulrich*, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP (200) 2000 S. 45–90.
- Waibel, Erich*, Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht, 1970, Berlin: Duncker & Humblot.
- Waldhoff, Christian*, Die Testierfähigkeit Demenzkranker im Lichte des Verfassungsrechts, in: Mathias Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, 1. Aufl., 2010, Baden Baden: Nomos, S. 57–74.
- Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl., 2020, München: Franz Vahlen.

- Wandt, Manfred*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Deliktsrecht, Schadensrecht, Bereicherungsrecht, GoA, 11. Aufl., 2022, München: Verlag Franz Vahlen.
- Wapler, Friederike*, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, 2015, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wedemann, Frauke*, Die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit, AcP (209) 2009 S. 668–705.
- Dies.*, Die Geschäftsunfähigkeit, Jura 2010 S. 587–594.
- Dies.*, Ältere Menschen – eine besondere Herausforderung für Rechtsprechung, Gesetzgebung und Beratung, NJW 2014 S. 3419–3424.
- Weimar, Wilhelm*, Gilt die Billigkeitshaftung des § 829 BGB auch im Rahmen vertraglicher Beziehungen?, MDR 1965 S. 263–264.
- Weitnauer, Hermann*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, Vortrag 27. Februar 1975, 1975, Karlsruhe: C.F. Müller.
- Weitzenböck, Johann*, Das Recht der Handlungsfähigkeit im Wandel der Zeit, in: Constanze Fischer-Czermak, Gerhard Hopf, Georg Kathrein und Martin Schauer (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre ABGB, 2011, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, S. 691–711.
- Welser, Rudolf*, Gegenständlich beschränkte (partielle) Testierunfähigkeit, NZ 1987 S. 169–173.
- Welser, Rudolf/Kletečka, Andreas*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band 1, 15. Aufl., 2018, Wien: Manz.
- Wendland, Matthias*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2019, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Werd, Nicolas von*, Prüfung der Urteilsunfähigkeit des Testators durch den Notar – insbesondere im Zusammenhang mit Alzheimer-Demenz, in: Schweizerischer Notarverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 2. Schweizerischer Notarenkongress, 2013, Muri bei Bern: Cosmos, S. 15–28.
- Werro, Franz*, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité. Étude critique et comparative, 1986, Fribourg: Éditions universitaires.
- Ders.*, La responsabilité civile, 2005, Bern: Schulthess.
- Westermann, Harm Peter*, Verbraucherschutz, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht, Band III, 1983, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges.m.b.H., S. 1–121.
- Ders.*, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen, ZHR 1989 S. 123–146.
- Westphalen, Friedrich Graf von*, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002 S. 12–25.
- Wetterling, Tilmann*, Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995 S. 46–50.
- Wetterling, Tilmann/Neubauer, H./Neubauer, W.*, Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995 S. 46–50.
- Weyers, Hans-Leo*, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, 1978, München: C.H. Beck, S. A1–A124.

- Wieser, Eberhard, Verstößt § 105 gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot? – Eine Stellungnahme zu der These von Claus-Wilhelm Canaris in JZ 1987, S. 993 ff., JZ 1988 S. 493–494.
- Wilhelm, Jan, Das Merkmal „lediglich rechtlich vorteilhaft“ bei Verfügungen über Grundstücksrechte, NJW 2006 S. 2353–2356.
- Wilhelmi, Rüdiger, Risikoschutz durch Privatrecht. Eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden, 2009, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wiltfang, Jens/Trost, Sarah/Hampel, Harald-Jürgen, Demenz, in: Hans-Jürgen Möller, Gerd Laux und Hans-Peter Kapfhammer (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, Band 2: Allgemeine Psychiatrie 2, 5. Aufl., 2017, Berlin, Heidelberg: Springer, S. 1377–1465.
- Winkler, Karl, Anmerkung zu OLG Celle, Beschl. v. 9.11.2007 – Not 16/07, MittBayNot 2008 S. 495–497.
- Ders., Beurkundungsgesetz, Kommentar, 21. Aufl., 2023, München: C.H. Beck.
- Wolf, Christian E., Geschäftsunfähigkeit und Behindertenrechtskonvention. Zur Vereinbarkeit von §§ 104 Nr. 2, 105, 131 BGB mit Art. 12 Abs. 2 BRK, 2014, Münster: LIT.
- Wolf, Manfred, Die Vorformulierung als Voraussetzung der Inhaltskontrolle, in: Gerd Pfeiffer, Joachim Kummer und Silke Scheuch (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, 1996, Köln: Otto Schmidt, S. 299–309.
- Ders., Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Ders., Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974 S. 465–470.
- Wolf, Stephan/Krebs, Tim, Handlungsfähigkeit und namentlich Urteilsfähigkeit sowie deren Prüfung durch den Notar, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, namentlich aus der notariellen Praxis, 2024, Bern: Stämpfli, S. 21–97.
- Wolf, Stephan/Setz, Anna Lea, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch Urkundspersonen, 2012, Bern: Stämpfli, S. 23–65.
- Wolffskeel von Reichenberg, Luitpold Graf, Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 7.1.2021 – 6 U 22/20, NJW 2021 S. 1686.
- Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme der „Zentralen Ethikkommission“ bei der Bundesärztekammer. Zum Schutz nicht-einwilligungsfähiger Personen in der medizinischen Forschung, DÄBl. 1997 A-1011–A-1012.
- Zierl, Hans Peter/Schweighofer, Michaela/Wimberger, Sabine, Erwachsenenschutzrecht, „Sachwalterrecht NEU“: Praxiskommentar, 2. Aufl., 2018, Wien: LexisNexis.
- Zimmermann, Theodor, Juristische und psychiatrische Aspekte der Geschäfts- und Testierfähigkeit, BWNotZ 2000 S. 97–108.
- Zimmermann, Walter, Das neue Verfahren in Betreuungssachen, FamRZ 1991 S. 270–277.
- Ders., Der Betreuer als Erbe des Betreuten: jetzt und ab 2023, ZErB 2021 S. 418–421.
- Zimmermann, Walter/Damrau, Jürgen, Das neue Betreuungs- und Unterbringungsrecht, NJW 1991 S. 538–546.
- Zöller, Richard (Hrsg.), Zöller: Zivilprozessordnung, 35. Aufl., 2024, Köln: Otto Schmidt. Zitiert als Zöller-Bearbeiter 2024.

Zöllner, Wolfgang, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP (188) 1988 S. 85–100.

Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung Art. 1–10. Das Personenrecht Art. 11–89, hrsg. v. August Egger, Arnold Egger, Robert Haab et al., 1930, Zürich: Schulthess. Zitiert als *Zürcher Kommentar-Bearbeiter* 1930.

Stichwortverzeichnis

Allgemeine Geschäftsbedingungen

- Beeinflussbarkeit 215
- Einbeziehungskontrolle 210
- Inhaltskontrolle 213
- intellektuelle Unterlegenheit 204, 211, 215
- Überrumpelungssituationen 215

Anfechtung

- Abschlusskontrolle 640
- AGB 243, 260
- Aufklärungspflichten 362
- Ausnutzung Zwangslage 261
- Dritte 262
- Drohung 260
- Frist 248, 265
- Irrtum *siehe* Irrtum
- Irrtums- und Täuschungsanfälligkeit 259
- Kausalität 249, 266
- Schadensersatz 247
- Sittenwidrigkeit 267
- Täuschung 258
- Teilanfechtung 242
- verkehrswesentliche Eigenschaft 249
- Willensbeeinflussung 454

Aufklärungspflichten

- Anfechtung 362
- Äquivalenzstörungen 307, 315
- Banken 307
- Beweggrund 310
- Bürgschaftsverträge 306
- culpa in contrahendo 363, 739
- erfolgsbezogen 313
- finanzielle Überforderung 311
- geistige Defizite 314
- geschäftliche Unerfahrenheit 304, 306, 308, 310
- ignorance légitime 308, 309, 311, 312, 315

- individuelle Defizite 309
- individuelle Schwächen 311
- intellektuelle Beeinträchtigungen 312
- intellektuelle Fähigkeiten 312
- intellektuelle Unterlegenheit 309, 454
- Irrtum 361
- Kaufpreis 309
- motivbildende Umstände 315
- Privatautonomie 304, 306, 308, 315
- Sittenwidrigkeit 358
- Verständnishorizont 311, 312, 314, 454

Behindertenrechtskonvention 76, 452, 457, 642, 733, 742, 750

- substituted decision making 70, 71
- supported decision making 70, 72

Beratungspflichten

- Empfehlung 303
- geistige Beeinträchtigung 346
- intellektuelle Beeinträchtigung 317
- Kapitalanlagegeschäfte 317
- Kaufverträge 318
- Versicherungsverträge 338
- Verständnishorizont 345

Betreuung

- Beeinflussbarkeit 123, 153
- Behinderung 117
- Berufsbetreuer 152
- Demenz *Siehe* Demenz
- Doppelkompetenz 131, 148
- Einwilligungsvorbehalt 92, 131, 133, 465
- Einwilligungsvorbehalt, Zwang 163
- Erforderlichkeitsgrundsatz 123
- geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens 143
- Geschäftsunfähigkeit 121, 123, 128, 135, 145, 160, 163
- Kontrollbetreuung 157

- Krankheit 117
- objektiver Betreuungsbedarf 124
- Sittenwidrigkeit 151, 152, 153, 184
- subjektive Betreuungsbedürftigkeit 122
- Vermögensschaden 140
- Vermögensschädigung 126, 149
- Wunschbefolgungspflicht 45, 528, 607
- Zwangsbehandlung 46
- Zwangsbetreuung 159

- culpa in contrahendo 170
 - Abschlusskontrolle 277
 - aggressive geschäftliche Handlung 273
 - Anfechtung 267, 272
 - Aufklärungspflichten 363, 739
 - Beeinflussbarkeit 277, 278, 280, 283, 739
 - Belästigung 274
 - Dritte 281
 - Drohung 272
 - Geschäftsunfähigkeit 682, 689, 707, 714
 - intellektuelle Überforderung 277, 280, 283
 - neutrales Vertragsangebot 278, 283
 - Täuschung 267
 - Überrumpelung 276
 - unlautere Willensbeeinflussung 273
 - unzulässige Beeinflussung 274
 - Verkaufsförderungsmaßnahmen 275
 - Vermögensschaden 268, 286
 - Vertragsaufhebung 271, 278
 - Willensbeeinflussung 454
- curatele (Pflegschaft) 577, 584, 587
- Nichtigkeitsklage 625
- période suspecte 577

- Deliktsfähigkeit *Siehe* Deliktsunfähigkeit
- Deliktsunfähigkeit 42, 70
 - absolut 671
 - Geschäftsunfähigkeit 680, 704, 710, 723, 748
 - Haftung 697, 705, 710, 717
 - relativ 674
 - Verschuldensfähigkeit 225, 671
- Demenz 3, 104, 111, 142, 149, 163, 176, 180, 195, 226, 231, 247, 291, 412, 414, 460
- Diskriminierungsverbot 46, 62, 75, 459
- Drohung 285
 - Anfechtung *Siehe* Anfechtung
 - culpa in contrahendo *Siehe* culpa in contrahendo

- Ehefähigkeit 421, 429, 488
 - relativ 744
- Ehefreiheit 31
- Eheunfähigkeit *Siehe* Ehefähigkeit
- Eigentumsfreiheit 31
- Einsichtsfähigkeit 42, 82, 93, 113, 122, 161, 162, 177, 391, 439, 449, 568, 659, 672, 674, 677, 737, 740
- Einwilligungsfähigkeit 42, 70, 397, 436, 450
 - Einsichtsfähigkeit *Siehe* Einsichtsfähigkeit
 - relativ 444
 - Steuerungsfähigkeit *Siehe* Steuerungsfähigkeit
 - Tragweite 436, 440, 446
 - Urteilsfähigkeit *Siehe* Urteilsfähigkeit
 - Verständnisqualität 445, 446
 - Verständnisquantität 444, 445, 446
- Einwilligungsunfähigkeit *Siehe* Einwilligungsfähigkeit
- Erklärungsbewusstsein 224, 660
- Erläuterungspflichten 333
 - culpa in contrahendo 364
 - Darlehensverträge 333
 - entgeltliche Finanzierungsverträge 333
 - erfolgsbezogen 337
 - finanzielle Verhältnisse 334
 - intellektuelles Defizit 336
 - Verständnishorizont 336
 - vertragstypische Auswirkungen 333

- Geschäftsfähigkeit *Siehe* Geschäftsunfähigkeit
- Geschäftsunfähigkeit 482
 - absolut 2, 93, 112, 403, 456, 458, 672, 738
 - absolute/strikte Nichtigkeit 493, 521, 527, 558, 606, 620, 642, 744

- allgemeines Persönlichkeitsrecht 30, 34
- alltägliche Geschäfte 485, 498, 559, 561, 562, 563, 564, 566, 610, 621, 744, 746
- Beeinflussbarkeit 95, 107, 113
- Behinderung 68
- Billigkeitshaftung 734
- Dauerhaftigkeit 108, 470, 743
- Deliktsunfähigkeit *Siehe* Deliktsunfähigkeit
- Demenz *Siehe* Demenz
- Einsichtsfähigkeit *Siehe* Einsichtsfähigkeit
- geistige Behinderung 410
- guter Glaube 392, 484
- Haftung 682, 705, 710, 723, 748
- Heimrecht 511
- Höchstpersönlichkeit 433
- incapacité (Geschäftsunfähigkeit) 616, 617
- insanité d'esprit (geistige Krankheit) 615, 617
- Intelligenz 88, 392
- Irrtum 228
- Kausalität 86, 87, 402, 421, 481, 629
- krankhafter Zustand 392
- krankhafte Störung 103
- luzides Intervall 109, 462
- necessities 500
- Nichtigkeitssklage 616, 619, 621
- Notar 195, 349
- nullité de droit (Nichtigkeit von Rechts wegen) 621
- nullité facultative (optionale Nichtigkeit) 621
- partiell 83, 462
- psychische Störung 410
- Recht auf Achtung des Privatlebens 58
- Rechtfertigung 48, 63, 74, 75, 457
- relative Nichtigkeit 558, 559, 560, 562, 564, 574, 614, 619, 638
- Rückforderungsansprüche 667
- Schutz vor sich selbst 55, 457
- Steuerungsfähigkeit *Siehe* Steuerungsfähigkeit
- Testierfähigkeit *Siehe* Testierfähigkeit
- trouble mental (geistige Störung) 617, 716
- Übermaßverbot 740, 744
- Untermaßverbot 740
- Urteilsfähigkeit *Siehe* Urteilsfähigkeit
- Werkstattverträge 508
- Geschäftsunfähigkeit, beschränkt
 - actes conservatoires (Sicherungsgeschäfte) 567
 - actes d'administration (Verwaltungsgeschäfte) 560, 601, 602
 - actes de disposition (Veräußerungsgeschäfte) 560, 601
- Anfechtungslösung 631, 745
- Gefahr erheblicher Schädigung 648
- Höchstpersönlichkeit 656, 748
- Läsionsklage 559, 560, 561, 563, 565, 570
- lediglich rechtlicher Vorteil 534, 598, 746
- Schutzzweck 531
- simple lésion (einfache Schädigung) 559, 569, 572, 575
- Taschengeldparagraph 532, 651
- Vertragsanpassung 660
- Vertreterbestellung 644
- verweigerter Zustimmung 655
- Vorteil 553, 555
- Zustimmungslösung 605, 611, 642, 745
- Geschäftsunfähigkeit, relativ 85, 112, 146, 183, 293, 313, 389, 449, 529, 651
- abgestuft 86
- Alter 460
- Beeinflussbarkeit 423, 432, 433, 452, 483
- Deliktsunfähigkeit 731
- Erinnerungsvermögen 420
- geistige Beeinträchtigung 416
- Höchstpersönlichkeit 414, 433
- intellektuelle Fähigkeiten 395, 417
- Kern des Rechtsgeschäfts 114, 396, 404, 452
- Komplexität 432, 451, 458, 741
- Motivabwägung 421, 433, 451
- Motivbildung 420, 433, 451
- Realitätsbezug 419, 433, 451
- rechtliche Folgen 114, 396, 404, 450
- Rechtssicherheit 742

- Tragweite 113, 191, 393, 395, 404, 412, 417, 432, 451, 458, 738, 740, 741, 743
- Übermaßverbot 459
- Untermaßverbot 458
- Verhältnismäßigkeit 742
- Vernünftigkeit 421, 433
- Verständnisqualität 452, 741
- Verständnisquantität 451, 741
- Willensschwäche 115
- wirtschaftliche Folgen 114, 404
- Grundrechtsmündigkeit 36
- Grundrechtswahrnehmungsberechtigung 39
- Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit 38
 - Geschäftsunfähigkeit 40, 737
- Gutgläubenschutz 496, 603, 683

- habilitation familiale (Familienbeistandschaft) 577, 585, 593
 - période suspecte 577
- Handlungsfähigkeit
 - Deliktsfähigkeit *Siehe* Deliktsunfähigkeit
 - Einwilligungsfähigkeit *Siehe* Einwilligungsfähigkeit
 - Geschäftsfähigkeit *Siehe* Geschäftsunfähigkeit
- Handlungswille 224, 660

- Informationspflichten
 - außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge 326, 329
 - culpa in contrahendo 364
 - entgeltliche Zahlungsaufschübe 332
 - Fernabsatzverträge 326
 - Finanzdienstleistungen 330
 - geistige Behinderung 325
 - geistige Schwäche 324
 - information overload 324, 329
 - intellektuelle Beeinträchtigung 328, 329
 - intellektuelle Einschränkung 326
 - standardisierte Tatsachenvermittlung 302, 303
 - Verbraucherdarlehensverträge 331
 - Verbraucherschutz 320
 - Verbraucherverträge 322
 - Versicherungsverträge 338
- Irrtum
 - erkannt und ausgenutzt 226
 - Fehlvorstellung 227, 246
 - Inhaltsirrtum 232
 - krankheitsbedingtes Nichtverstehen 228, 246
 - Motivirrtum 233, 238, 246, 252, 258
 - Rechtsfolgenirrtum 234
 - Risikoerklärung 230
 - Unkenntnis 227, 246
- Kreditwürdigkeitsprüfung 366
- mandat de protection future (Vorsorgevollmacht) 577, 585, 595

- notarielle Belehrungspflichten 304, 346
 - Abfragepflicht 347
 - geistige Beeinträchtigung 349
 - intellektuelle Unterlegenheit 353
 - Irrtum 361
 - Klärung Sachverhalt 347
 - rechtliche Tragweite 347
 - Sittenwidrigkeit 360
 - Testierunfähigkeit 349
 - wirtschaftliche Belehrung 347
- Privatautonomie
 - allgemeine Handlungsfreiheit 23
 - allgemeines Persönlichkeitsrecht 24, 27
 - Institutsgarantie 20
 - Ordnungsfunktion 9, 49, 737
 - Rechtssicherheit *Siehe* Rechtssicherheit
 - Richtigkeitschance 640
 - Richtigkeitsgewähr 10, 49, 304
 - Selbstbestimmung *Siehe* Selbstbestimmung
 - Selbstverantwortung *Siehe* Selbstverantwortung
 - subjektives Abwehrrecht 20
 - Vertragsfreiheit *Siehe* Vertragsfreiheit
- Prozessfähigkeit 430, 490, 663
 - relativ 743
- Prozessunfähigkeit *Siehe* Prozessfähigkeit

- Rechtsfähigkeit 69, 72
- Rechtsmissbrauch 217, 518, 744

- Ausübungskontrolle 217, 385
- Beeinflussbarkeit 222
- Inhaltskontrolle 217, 219
- intellektuelle Unterlegenheit 221
- Sittenwidrigkeit 219
- Rechtssicherheit 6, 9, 55, 91, 447, 461, 495, 524, 571, 573, 602, 631, 642, 647, 649, 652, 744
- sauegarde de justice (gerichtliche
Schutzbetreuung) 577, 585, 594
- Schutz vor sich selbst 6, 53
- Schutzpflicht 6, 50, 61, 73, 76
- Selbstbestimmung 10, 41, 224, 750
 - formal 11, 14
 - material 12
- Selbstbestimmungsfähigkeit 35, 41, 48, 54, 121, 314, 346, 353, 457, 475, 737, 742
- Selbstverantwortung 41, 49, 50, 55, 167, 224, 247, 256, 306, 308, 329, 733, 750
- Sittenwidrigkeit
 - Abschlusskontrolle 169, 193, 194, 285
 - Äquivalenzstörung 407
 - auffälliges Missverhältnis 171
 - Beeinflussbarkeit 179, 180, 192, 194
 - besonders grobes Missverhältnis 171, 188
 - Betreuung 184
 - Bürgschaftsverträge 170, 172, 175, 185, 194, 219
 - Deliktshaftung 284
 - erhebliche Willensschwäche 175, 177
 - Geschäftsunfähigkeit 177, 178, 181, 190, 191
 - Geschäftsunfähigkeit, relativ 407, 434, 453
 - Inhaltskontrolle 169, 171, 193, 408, 434, 639
 - Inhaltssittenwidrigkeit 168, 188
 - krasse finanzielle Überforderung 172, 185
 - mangelndes Urteilsvermögen 175, 177
 - Nichtigkeit 638
 - notarielle Beurkundung 195
 - Schenkung 173
 - strukturelle Ungleichheit 175
 - strukturelle Unterlegenheit 185
 - Testament 173, 176, 180, 184
 - Umstandssittenwidrigkeit 168, 188
 - unangemessene Benachteiligung 171
 - Unerfahrenheit 175, 176
 - Unterlegenheit 174, 181
 - Verfügungsgeschäft 173, 179, 193
 - Verstandesschwäche 407
 - Vertrauensverhältnis 182
 - verwerfliche Gesinnung 171, 187, 194
 - wucherähnliches Geschäft 171
 - Wuchergeschäft 196
 - Zwangslage 175
- Steuerungsfähigkeit 42, 82, 93, 113, 122, 162, 177, 444, 449, 450, 452, 659, 737, 742
- Täuschung 284
 - Anfechtung *Siehe* Anfechtung
 - culpa in contrahendo *Siehe* culpa in contrahendo
- Testierfähigkeit 34, 419, 425, 426
 - absolut 471, 473
 - Anfechtung 476
 - relativ 473, 486, 743
- Testierfreiheit 31, 152, 155
- Testierunfähigkeit *Siehe* Testierfähigkeit
- tutelle (Vormundschaft) 577, 584, 587
 - Nichtigkeitsklage 625
 - période suspecte 577
- Urteilsfähigkeit 43, 391, 409, 410, 411, 412, 440, 710, 737
- Verbotsgesetz
 - Betreuung 202
 - Heimgesetz 200
 - Reisegewerbe 197
- Verfahrensfähigkeit 513, 659, 663
- Verfahrensunfähigkeit *Siehe* Verfahrens-
fähigkeit
- Verkehrsschutz 6, 403, 461, 482, 496, 529, 631, 666, 670, 744
- Verkehrssicherheit 523
- Verschuldensfähigkeit *Siehe* Delikts-
unfähigkeit
- Vertragsfreiheit
 - Abschlussfreiheit 8
 - allgemeine Handlungsfreiheit 23
 - Formfreiheit 8
 - Inhaltsfreiheit 8

Vertrauensschutz 6, 224

Vorsorgevollmacht 156

Widerrufsrecht

– Beeinflussbarkeit 379

– endogene Präferenzstörung 380

– exogene Präferenzstörung 378

– geistige Fähigkeiten 385

– geistige Schwäche 375, 380

– Informationsasymmetrie 373

– mangelndes Verständnis 384

– Widerrufsfrist 374, 377, 383

Wille

– frei 42, 161, 162, 457, 517, 672, 748

– indeterminiert 42, 83

– natürlich 42, 44, 82, 161, 513, 606, 641, 659, 748

Willensbeeinflussung 284, 289

– aggressive geschäftliche Handlung 292

– Anfechtung *Siehe* Anfechtung

– culpa in contrahendo *Siehe* culpa in contrahendo

– geistige Beeinträchtigung 290, 293

– intellektuelle Defizite 291

– Irreführung 291

– objektiv neutrale Handlung 293

– unlautere geschäftliche Handlung 289

Willensbildungsfähigkeit 416, 450, 740

Willensumsetzungsfähigkeit 423, 450, 452, 742