

NOMOSKOMMENTAR

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein
Herausgegeben von Dauner-Lieb | Heidel | Ring

Heidel | Hüßtege | Mansel | Noack

BGB

Allgemeiner Teil | EGBGB

Band 1
4. Auflage



Nomos



DeutscherAnwaltVerein

Gesamtherausgeber:
Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Köln
RA Dr. Thomas Heidel, Bonn
Prof. Dr. Gerhard Ring, Freiberg

NOMOSKOMMENTAR

BGB

Allgemeiner Teil | EGBGB

Band 1
4. Auflage

Herausgegeben von

Dr. Thomas Heidel, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bonn | **Dr. Rainer Hüßtege**, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München | **Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel**, Universität zu Köln, Direktor des Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht | **Prof. Dr. Ulrich Noack**, Universität Düsseldorf, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht

in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein



Nomos



Deutscher**Anwalt**Verein

Zitervorschlag: NK-BGB/*Bearbeiter* § ... Rn ...

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4586-9

4. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort der Herausgeber

Seit der 3. Aufl. 2016 hat der Gesetzgeber den Allgemeinen Teil des BGB weithin unangetastet gelassen. Änderungen ergaben sich seitdem nur bei den §§ 8, 55 a, 79 a, 126 a, 204, 218 BGB, die alle kommentiert wurden. Die Autorinnen und Autoren haben zugleich den steten Strom von Rechtsprechung und Literatur genutzt, um das Werk in allen Teilen auf den neuesten Stand zu bringen. So wurden die Rechtsprobleme rund um die elektronische Kommunikation unter Privaten und auch mit den Gerichten (§§ 126 a, 126 b BGB) der dynamischen Entwicklung folgend weiter praxisingerecht durchdrungen. Markant für das Vereinsrecht ist die Kita-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vom 16.05.2017 - II ZB 7/16 u.a.), die das Leitbild des eingetragenen Idealvereins (§§ 21 ff. BGB) konturiert und Rechtssicherheit in einem wichtigen Bereich der Praxis bringt.

Die COVID-19-Pandemie hat tiefe Einschnitte in das Leben und Wirtschaften mit starken Auswirkungen für den Wirtschaftsverkehr und die Vertragsrechtspraxis gebracht. Der Gesetzgeber hat deshalb verschiedene Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie geschaffen, die nur temporär gelten. Am 1.4.2020 trat das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht in Kraft. Die zentrale Norm für die vertragsrechtlichen Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie ist Art. 240 EGBGB n.F.; die Vorschrift wird von den Rechtsanwältinnen *Dres. Moritz Beneke* und *Torben Illner* auf aktuellstem Stand kommentiert.

Im internationalen Privatrecht gab es umfangreiche Änderungen. Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts vom 11.6.2017 schuf mit Art. 8 EGBGB n.F. erstmals eine gesetzliche Kollisionsnorm für die gewillkürte Stellvertretung. Es baute dabei auf dem entsprechenden Entwurf des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht auf. Art. 8 EGBGB wird durch *Dr. Lukas Rademacher*, Köln, kommentiert. Die Folgen des Austritts des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland zum 31.1.2020 (Brexit) und des Ablaufs der einjährigen Übergangsphase am 31.12.2020 sind in den Kommentierungen berücksichtigt.

Das internationale Familienrecht ist weiterhin einem steten Wandel unterworfen. Die durch die beiden Güterrechtsverordnungen (sie sind in Band 6: Rom-Verordnungen, 3.Auf. 2019 kommentiert) veranlassten zahlreichen Änderungen des EGBGB durch das Gesetz zum Internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des Internationalen Privatrechts vom 17.12.2018 mussten ebenso berücksichtigt werden, wie diejenigen durch das Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 18.12.2018. So wurden die Art. 3 a, 15 und 16 EGBGB aufgehoben; Art. 14, 17, 17 a und 17 b EGBGB wurden neugefasst; Art. 19 und 22 EGBGB wurden ergänzt. Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.07.2017 hat Art. 13 EGBGB neu gefasst. Die durch die Aufhebung bzw. Änderung der genannten Vorschriften aufgetretenen Übergangsprobleme werden berücksichtigt.

Die durch Art. 17 Abs. 2 EGBGB angeordnete teilweise Anwendbarkeit der Rom III-VO, die sich vor allem bei der Anerkennung einer ausländischen Privatscheidung auswirkt, wurde kommentiert. Im Abstammungsrecht ergeben sich vielfältige Probleme, die durch eine im Ausland begründete Leihmutterchaft entstehen. Die reiche Rechtsprechung dazu wird im Kommentar verarbeitet.

Das EuSorgeRÜ und des Haager MSA werden wegen der mangelnden praktischen Relevanz nicht mehr kommentiert, sondern nur einführend erläutert. Insoweit wird auch auf die Voraufgabe verwiesen. Das Haager Kindesentführungsübereinkommen wird durch Frau Richterin am Amtsgericht *Martina Erb-Klüne-mann*, die auf diesem Gebiet über eine sehr große praktische Erfahrung verfügt, neu kommentiert. Die umfangreiche Rechtsprechung des EuGH und des BGH zu Fragen der internationalen Zuständigkeit nach der Brüssel IIa-VO und zum Kollisionsrecht wurde ausgewertet und einer kritischen Analyse unterzogen.

Herausgeber und Verlag gedenken dankbar *Prof. Dr. Götz Schulze*, der am 30. Oktober 2018 überraschend in Potsdam starb. Er wurde 54 Jahre alt. Wir erinnern uns an einen besonders lebenswürdigen Menschen und wissenschaftlich herausragenden Kollegen. Seine tiefgründigen Kommentierungen der Rechtsgeschäftslehre (§§ 145-156 BGB) wie auch seine Kommentierung zum Haager Übereinkommen über den int. Schutz von Erwachsenen hat Herr *Dr. Lukas Rademacher* in seinem Geiste weitergeführt. Die Kommentierungen der Art. 5-7, 9 EGBGB verantwortet jetzt *Prof. Dr. Mark Makowsky*, Mannheim, ebenso die Kommentierungen des New Yorker UN-Übereinkommens über die Rechtsstellung von Staatenlosen und zu den Sonderregelungen für Flüchtlinge, Verschleppte und Vertriebene. Es kam auch zu anderen Bearbeiterwechseln. So übernahm *Prof. Dr. Christine Budzikiewicz*, Marburg, die Kommentierung der §§ 194 – 218 BGB mit Ausnahme des § 204 BGB und Herr *Prof. Dr. Robert Magnus*, Bayreuth, die der Art. 22 – 24 EGBGB mit diversen Anhängen.

Vorwort der Herausgeber

Die Herausgeber danken ihrem Lektor *Frank Michel* für die vertrauensvolle Zusammenarbeit. Die Kommentierung ist auf aktuellem Gesetzesstand und berücksichtigt die reiche Literatur und Rechtsprechung bis Frühjahr 2020. Wir hoffen, dass auch diese Auflage der Wissenschaft und Praxis als hilfreiches Arbeitsmittel und als Erkenntnisquelle dienen wird. Für Anregungen und Hinweise für die nächste Auflage sind wir dankbar.

September 2020

Thomas Heidel, Bonn
Rainer Hüßtege, München
Heinz-Peter Mansel, Köln
Ulrich Noack, Düsseldorf

Inhaltsübersicht

Vorwort der Herausgeber	V
Autorenverzeichnis	XI
Bearbeiterverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Allgemeines Literaturverzeichnis	XXXV
Unionsprivatrecht und Zivilrechtspraxis – eine Einführung	1
Abschnitt 1 Personen (§§ 1–89)	31
Titel 1 Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer (§§ 1–20)	31
Titel 2 Juristische Personen (§§ 21–89)	145
Untertitel 1 Vereine (§§ 21–79a)	145
Kapitel 1 Allgemeine Vorschriften (§§ 21–54)	145
Steuerlicher Anhang zu § 21: Gemeinnützigkeitsrecht des eingetragenen Vereins	179
Kapitel 2 Eingetragene Vereine (§§ 55–79a)	395
Untertitel 2 Stiftungen (§§ 80–88)	429
Untertitel 3 Juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 89)	541
Abschnitt 2 Sachen und Tiere (§§ 90–103)	545
Abschnitt 3 Rechtsgeschäfte (§§ 104–185)	659
Titel 1 Geschäftsfähigkeit (§§ 104–115)	659
Titel 2 Willenserklärung (§§ 116–144)	747
Anhang zu § 128: Die Amtshaftung des Notars	914
Anhang zu § 133: Auslegung von Gesetzen und Rechtsfortbildung	991
Anhang zu § 138: Prostitutionsgesetz	1180
Titel 3 Vertrag (§§ 145–157)	1230
Anhang zu § 156: Internet-Versteigerungen	1294
Titel 4 Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163)	1330
Titel 5 Vertretung und Vollmacht (§§ 164–181)	1366
Titel 6 Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185)	1507
Abschnitt 4 Fristen, Termine (§§ 186–193)	1541
Abschnitt 5 Verjährung (§§ 194–225)	1551
Titel 1 Gegenstand und Dauer der Verjährung (§§ 194–202)	1551
Titel 2 Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung (§§ 203–213)	1645
Titel 3 Rechtsfolgen der Verjährung (§§ 214–225)	1769
Abschnitt 6 Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe (§§ 226–231)	1782
Abschnitt 7 Sicherheitsleistung (§§ 232–240)	1800
Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche	
Erster Teil Allgemeine Vorschriften (Art. 1–49)	1812
Erstes Kapitel Inkrafttreten. Vorbehalt für Landesrecht. Gesetzesbegriff (Art. 1–2)	1812
Zweites Kapitel Internationales Privatrecht (Art. 3–46d)	1812
Erster Abschnitt Allgemeine Vorschriften (Art. 3–6)	1812
Anhang I zu Art. 5: New Yorker UN-Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen	1868
Anhang II zu Art. 5: Sonderregelungen für Flüchtlinge, Verschleppte und Vertriebene	1871
Zweiter Abschnitt Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte (Art. 7–12)	1913

Inhaltsübersicht

	Anhang zu Art. 8: Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13.1.2000	1930
	Anhang zu Art. 12: Juristische Personen und Gesellschaften	2010
Dritter Abschnitt	Familienrecht (Art. 13–24)	2094
	Anhang I zu Art. 13: Verlöbnis	2135
	Anhang II zu Art. 13: Nichteheliche Lebensgemeinschaft	2138
	Anhang zu Art. 14: Allgemeine Ehwirkungen (in der Fassung des IPRG v. 25.7.1986)	2165
	Anhang I zu Art. 22: AdWirkG	2289
	Anhang II zu Art. 22: Haager AdÜ	2299
	Anhang I zu Art. 24: KSÜ	2320
	Anhang II zu Art. 24: MSA	2368
	Anhang III zu Art. 24: HKÜ	2372
	Anhang IV zu Art. 24: ESÜ	2427
	Anhang V zu Art. 24: EuSorgeRÜ	2476
	Anhang I zum III. Abschnitt: EheVO 2003	2486
	Anhang Ia zum III. Abschnitt: EheVO 2019	2664
	Anhang II zum III. Abschnitt: Internationale Zuständigkeit in Ehesachen	2760
Vierter Abschnitt	Erbrecht (Art. 25–25, 26)	2789
	Anhang zu Art. 25, 26: Haager Testamentsformabkommen	2796
Fünfter Abschnitt	Außervertragliche Schuldverhältnisse (Art. 27–42)	2798
Sechster Abschnitt	Sachenrecht (Art. 43–46)	2837
Siebter Abschnitt	Besondere Vorschriften zur Durchführung und Umsetzung international-privatrechtlicher Regelungen der Europäischen Union (Art. 46a–46d)	2876
	Erster Unterabschnitt Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 (Art. 46a)	2876
	Zweiter Unterabschnitt Umsetzung international-privatrechtlicher Regelungen im Verbraucherschutz (Art. 46b–46c)	2877
	Dritter Unterabschnitt Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Art. 46d)	2897
	Anhang zu Art. 46 d: Internationales Wertpapierrecht	2902
	Vierter Unterabschnitt Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 (Art. 46e nicht abgedruckt)	2912
Drittes Kapitel	Angleichung; Wahl eines in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erworbenen Namens (Art. 47–49)	2912
Zweiter Teil	Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen (Art. 50–54 nicht abgedruckt)	
Dritter Teil	Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen (Art. 55–152 nicht abgedruckt)	
Vierter Teil	Übergangsvorschriften (Art. 153–218 nicht abgedruckt)	
Fünfter Teil	Übergangsvorschriften aus Anlaß jüngerer Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Einführungsgesetzes (Art. 219–229 §§ 1–41)	2952
Sechster Teil	Inkrafttreten und Übergangsrecht aus Anlaß der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Einführungsgesetzes in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet (Art. 230–237 nicht abgedruckt)	3016
Siebter Teil	Durchführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Verordnungsermächtigungen, Länderöffnungsklauseln, Informationspflichten (Art. 238–246c)	3016

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Abschnitt 1	Allgemeiner Teil (§§ 1–5)	3096
Abschnitt 2	Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung (§§ 6–18)	3115
	Unterabschnitt 1 Verbot der Benachteiligung (§§ 6–10)	3115
	Unterabschnitt 2 Organisationspflichten des Arbeitgebers (§§ 11–12)	3141
	Unterabschnitt 3 Rechte der Beschäftigten (§§ 13–16)	3148
	Unterabschnitt 4 Ergänzende Vorschriften (§§ 17–18)	3158
Abschnitt 3	Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (§§ 19–21)	3164
Abschnitt 4	Rechtsschutz (§§ 22–23)	3182
Abschnitt 5	Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (§ 24)	3187
Abschnitt 6	Antidiskriminierungsstelle (§§ 25–30)	3188
Abschnitt 7	Schlussvorschriften (§§ 31–33)	3196

Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben

Abschnitt 1	Allgemeine Vorschriften (§§ 1–2)	3199
Abschnitt 2	Entnahme von Organen und Geweben bei toten Spendern (§§ 3–7)	3202
Abschnitt 3	Entnahme von Organen und Geweben bei lebenden Spendern (§§ 8–8c)	3205
Abschnitt 3 a	Gewebeeinrichtungen, Untersuchungslabore, Register (§§ 8d–8f)	3207
Abschnitt 4	Entnahme, Vermittlung und Übertragung von Organen, Zusammenarbeit bei der Entnahme von Organen und Geweben (§§ 9–12a)	3208
Abschnitt 5	Meldungen, Dokumentation, Rückverfolgung, Datenschutz, Fristen (§§ 13–15)	3217
Abschnitt 5 a	Transplantationsregister (§§ 15a–15i)	3220
Abschnitt 5 b	Richtlinien zum Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft, Verordnungsermächtigung (§§ 16–16b)	3226
Abschnitt 6	Verbotsvorschriften (§ 17)	3228
Abschnitt 7	Straf- und Bußgeldvorschriften (§§ 18–20)	3228
Abschnitt 8	Schlussvorschriften (§§ 21–26)	3229

Stichwortverzeichnis	3261
----------------------------	------

Gesamtverzeichnis der Anhänge

Steuerlicher Anhang zu § 21: Gemeinnützigkeitsrecht des eingetragenen Vereins	179
Anhang zu § 128: Die Amtshaftung des Notars	914
Anhang zu § 133: Auslegung von Gesetzen und Rechtsfortbildung	991
Anhang zu § 138: Prostitutionsgesetz	1180
Anhang zu § 156: Internet-Versteigerungen	1294
Anhang I zu Art. 5 EGBGB: New Yorker UN-Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen	1868
Anhang II zu Art. 5 EGBGB: Sonderregelungen für Flüchtlinge, Verschleppte und Vertriebene	1871
Anhang zu Art. 8 EGBGB: Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13.1.2000	1930
Anhang zu Art. 12 EGBGB: Juristische Personen und Gesellschaften	2010
Anhang I zu Art. 13 EGBGB: Verlöbnis	2135
Anhang II zu Art. 13 EGBGB: Nichteheliche Lebensgemeinschaft	2138
Anhang zu Art. 14 EGBGB: Allgemeine Ehwirkungen (in der Fassung des IPRG v. 25.7.1986)	2165

Inhaltsübersicht

Anhang I zu Art. 22 EGBGB: AdWirkG	2289
Anhang II zu Art. 22 EGBGB: Haager AdÜ	2299
Anhang I zu Art. 24 EGBGB: KSÜ	2320
Anhang II zu Art. 24 EGBGB: MSA	2368
Anhang III zu Art. 24 EGBGB: HKÜ	2372
Anhang IV zu Art. 24 EGBGB: ESÜ	2427
Anhang V zu Art. 24 EGBGB: EuSorgeRÜ	2476
Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB: EheVO 2003	2486
Anhang Ia zum III. Abschnitt EGBGB: EheVO 2019	2664
Anhang II zum III. Abschnitt EGBGB: Internationale Zuständigkeit in Ehesachen	2760
Anhang zu Art. 25, 26 EGBGB: Haager Testamentsformabkommen	2796
Anhang zu Art. 46 d EGBGB: Internationales Wertpapierrecht	2902

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Ludwig-Maximilians-Universität München, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. Marianne Andrae

Universität Potsdam

Dr. Moritz Beneke

Rechtsanwalt, Bonn

Prof. Dr. Christoph Benicke

Universität Gießen, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

Dr. Kai Bischoff, Dipl.-Kfm, LL.M.

Notar, Köln-Rodenkirchen

Prof. Dr. Christine Budzikiewicz

Philipps-Universität Marburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Privatrecht sowie Rechtsvergleichung

Dr. Ilse Dautert, MHMM

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Medizinrecht und für Sozialrecht, Oldenburg

Prof. Dr. Diederich Eckardt

Universität Trier, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht

Martina Erb-Klünemann

Richterin am Amtsgericht, Hamm

Prof. Dr. Florian Faust, LL.M.

Bucerius Law School, Hamburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Andreas Feuerborn

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Professur für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Robert Freitag, Maître en droit (Bordeaux)

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht; Richter am Oberlandesgericht Nürnberg

Manfred Fuchs

Richter am Oberlandesgericht München

Prof. Dr. Martin Gebauer

Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung; Richter am Oberlandesgericht Stuttgart

Prof. Dr. Urs Peter Gruber

Johannes Gutenberg Universität Mainz, Lehrstuhl für Zivilrecht und Zivilprozessrecht

Dr. Thomas Heidel

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bonn

Prof. Dr. Jochen Hoffmann

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Lehrstuhl für Wirtschaftsprivatrecht

Prof. Dr. Peter Huber, LL.M.

Universität Mainz, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

Dr. Rainer Hüfstege

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., München

Dr. Torben Illner

Rechtsanwalt, Bonn

Prof. Dr. Stefan Koos

Universität der Bundeswehr München, Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht

Sascha Kremer

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologie-Recht, Köln

Prof. Dr. Ludwig Kroiß

Präsident des Landgerichts, Traunstein; Honorarprofessor an der Universität Passau

Herbert Krumscheid

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Versicherungsrecht, Bonn

Dr. Lena Kunz, LL.M. (The University of Chicago)

Universität Heidelberg, Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Werner Langen

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mönchengladbach, Honorarprofessor an der Universität zu Köln

Christoph Legerlotz

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Prof. Dr. Stefan Leible

Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

Dr. Daniel Lochner

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bonn

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Dirk Looschelders

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Privatversicherungsrecht

Prof. Dr. Jan D. Lüttringhaus, LL.M. (Columbia), Maître en droit

Leibniz Universität Hannover, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Versicherungsrecht
Prof. Dr. Robert Magnus
Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht

Prof. Dr. Mark Makowsky
Universität Mannheim, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Medizinrecht sowie Privatversicherungsrecht

Prof. Dr. Peter Mankowski
Universität Hamburg, Seminar für ausländisches und internationales Privat- und Prozessrecht

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel
Universität zu Köln, Direktor des Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht

Prof. Dr. Ulrich Noack
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer
Universität Heidelberg, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Dr. Thomas von Plehwe
Rechtsanwalt beim BGH, Karlsruhe

Dr. Adam Polkowski
Rechtsanwalt, München Lehrbeauftragter der Hochschule Deggendorf, Fachbereiche Bauingenieurwesen sowie Ressourcen- und Umweltmanagement

Matthias Pruns
Rechtsanwalt, Bonn

Prof. Dr. Thomas Raab
Universität Trier, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht

Dr. Lukas Rademacher, M.Jur. (Oxon.)
Universität zu Köln, Institut für internationales und ausländisches Privatrecht

Prof. Dr. Gerhard Ring
Technische Universität Bergakademie Freiberg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht

Dr. K. Jan Schiffer
Rechtsanwalt, Bonn

Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke
Universität Osnabrück, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Europäische Rechtsgeschichte; Direktor am European Legal Studies Institute

Prof. Dr. Robert Sieghörtner, LL.M. (Sydney), EMBA (Münster)
Notar, Gräfenberg; Honorarprofessor an der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg

Dr. Andreas Staffhorst
Staatsanwalt, Baden-Baden

Dr. Jürgen vom Stein
Präsident des Landesarbeitsgerichts, Köln

Prof. Dr. Markus Stoffels
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht

Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth
FernUniversität Hagen, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik

Inga-Kristin Zillmer
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Steuerrecht, Ludwigsburg

Bearbeiterverzeichnis

Im Einzelnen haben bearbeitet:

Unionsprivatrecht und Zivilrechtspraxis – eine Einführung

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer

BGB

§ 1

Prof. Dr. Gerhard Ring

§ 2

Dr. Lena Kunz

§§ 7–9, 11

Herbert Krumscheid

§ 12

Prof. Dr. Stefan Koos

§§ 13, 14

Prof. Dr. Gerhard Ring

Vor §§ 21 ff., §§ 21–40

Dr. Thomas Heidel/Dr. Daniel Lochner

Steuerlicher Anhang zu § 21: Gemeinnützigkeitsrecht
des eingetragenen Vereins

Inga-Kristin Zillmer

§§ 41–54

Prof. Dr. Diederich Eckardt

Vor §§ 55–79, §§ 55–60, 64–73

Dr. Thomas Heidel/Dr. Daniel Lochner

§§ 74–76

Prof. Dr. Diederich Eckardt

§§ 77–79

Dr. Thomas Heidel/Dr. Daniel Lochner

Vor §§ 80 ff., §§ 80–89

Dr. K. Jan Schiffer/Matthias Pruns

Vor §§ 90–103, §§ 90–103

Prof. Dr. Gerhard Ring

§§ 104–113

Dr. Lena Kunz

Vor §§ 116–144, §§ 116–124

Prof. Dr. Andreas Feuerborn

§§ 125–129

Prof. Dr. Ulrich Noack/Sascha Kremer

Anhang zu § 128: Die Amtshaftung des Notars

Dr. Jürgen vom Stein

§§ 130–132

Prof. Dr. Florian Faust

§§ 133–138

Prof. Dr. Dirk Looschelders

Anhang zu § 133: Auslegung von Gesetzen und
Rechtsfortbildung

Prof. Dr. Dirk Looschelders

Anhang zu § 138: Prostitutionsgesetz

Prof. Dr. Dirk Looschelders

§§ 139–141

Prof. Dr. Florian Faust

§§ 142–144

Prof. Dr. Andreas Feuerborn

Vor §§ 145–157, §§ 145–156

Dr. Lukas Rademacher

Anhang zu § 156: Internet-Versteigerungen

Sascha Kremer

§ 157

Prof. Dr. Dirk Looschelders

§§ 158–163

Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth

§§ 164–166

Prof. Dr. Markus Stoffels

§§ 167–180

Prof. Dr. Thomas Ackermann

§ 181

Prof. Dr. Markus Stoffels

§§ 182–185

Dr. Andreas Staffhorst

§§ 186–193

Herbert Krumscheid

Vor §§ 194–218, §§ 194–202

Prof. Dr. Christine Budzikiewicz

Vor §§ 203–213, § 203

Prof. Dr. Christine Budzikiewicz

§ 204

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

§§ 205–218

Prof. Dr. Christine Budzikiewicz

§§ 226–231, Vor §§ 232–240, 232–240

Manfred Fuchs

Bearbeiterverzeichnis

EGBGB

Art. 3, 4

Prof. Dr. Robert Freitag

Art. 5

Prof. Dr. Mark Makowsky

Anhang I zu Art. 5: New Yorker UN-Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen

Anhang II zu Art. 5: Sonderregelungen für Flüchtlinge, Verschleppte und Vertriebene

Prof. Dr. Mark Makowsky

Art. 6, 7

Prof. Dr. Mark Makowsky

Art. 8

Dr. Lukas Rademacher

Anhang zu Art. 8: Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13.1.2000

Dr. Lukas Rademacher

Art. 9

Prof. Dr. Mark Makowsky

Art. 10

Prof. Dr. Peter Mankowski

Art. 11-12

Dr. Kai Bischoff

Anhang zu Art. 12: Juristische Personen und Gesellschaften

Prof. Dr. Jochen Hoffmann

Art. 13

Prof. Dr. Marianne Andrae

Anhänge I–III zu Art. 13: Verlöbnis, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft, Haager

Eheschließungsübereinkommen

Prof. Dr. Marianne Andrae

Art. 14

Prof. Dr. Marianne Andrae

Anhang zu Art. 14: Allgemeine Ehwirkungen (in der Fassung des IPRG v. 25.7.1986)

Prof. Dr. Marianne Andrae

Art. 17, 17 a

Prof. Dr. Urs Peter Gruber

Art. 17 b

Prof. Dr. Martin Gebauer

Art. 18

Prof. Dr. Urs Peter Gruber

Art. 19, 20

Dr. Kai Bischoff

Art. 21

Prof. Dr. Christoph Benicke

Art. 22-24

Prof. Dr. Robert Magnus

Anhang I zu Art. 22: AdWirkG

Prof. Dr. Robert Magnus

Anhang I zu Art. 24: KSÜ

Prof. Dr. Christoph Benicke

Anhang II zu Art. 24: MSA

Dr. Rainer Hüfstege

Anhang III zu Art. 24: HKÜ

Martina Erb-Klünemann

Anhang IV zu Art. 24: ESÜ

Prof. Dr. Christoph Benicke

Anhang V zu Art. 24: EuSorgeRÜ

Dr. Rainer Hüfstege

Anhang I zum III. Abschnitt: EheVO 2003

Vor EheVO 2003, Art. 1–20 EheVO 2003

Prof. Dr. Urs Peter Gruber

Art. 21–39 EheVO 2003

Prof. Dr. Marianne Andrae

Art. 40–45 EheVO 2003

Prof. Dr. Marianne Andrae

Art. 46–52 EheVO 2003

Prof. Dr. Marianne Andrae

Art. 53–58 EheVO 2003

Prof. Dr. Marianne Andrae

Art. 59–72 EheVO

Prof. Dr. Urs Peter Gruber

Anhang Ia zum III. Abschnitt: EheVO 2019

Prof. Dr. Urs Peter Gruber

Anhang II zum III. Abschnitt: Internationale Zuständigkeit in Ehesachen

1. Teil: § 98 FamFG

Prof. Dr. Urs Peter Gruber

2. Teil: §§ 107, 108, 109 FamFG

Prof. Dr. Marianne Andrae

Vor Art. 25, 26, Art. 25, 26

Prof. Dr. Ludwig Kroiß

Anhang zu Art. 25, 26
Prof. Dr. Ludwig Kroiß

Art. 38, 39
Prof. Dr. Peter Huber

Art. 40–42
Prof. Dr. Gerhard Wagner

Art. 43–46 a
Dr. Thomas von Plehwe

Art. 46 b, 46 d
Prof. Dr. Stefan Leible

Anhang zu Art. 46 d: Internationales Wertpapierrecht
Dr. Jan D. Lüttringhaus

Art. 47, 48
Prof. Dr. Peter Mankowski

Art. 229 §§ 5, 6
Prof. Dr. Christine Budzikiewicz

Art. 229 §§ 9–11
Prof. Dr. Gerhard Ring

Art. 229 § 12
Prof. Dr. Christine Budzikiewicz

Art. 229 § 23
Prof. Dr. Christine Budzikiewicz

Art. 229 § 27
Prof. Dr. Gerhard Ring

Art. 229 § 32
Prof. Dr. Gerhard Ring

Art. 229 § 34
Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke

Art. 229 § 36
Prof. Dr. Ludwig Kroiß

Art. 229 § 39
Prof. Dr. Werner Langen

Art. 229 § 41
Dr. Lukas Rademacher

Art. 240 §§ 1–4, Vor § 1
Dr. Moritz Beneke/Dr. Torben Illner

Art. 243
Prof. Dr. Gerhard Ring

Art. 244
Dr. Adam Polkowski

Art. 245, Vor Art. 246–246 c, Art. 246, 246 a §§ 1–4,
246 b §§ 1, 2, 246 c
Prof. Dr. Gerhard Ring

AGG
§§ 1–33
Christoph Legerlotz

TPG
§§ 1–26
Dr. Ilse Dautert

§ 32 Mitgliederversammlung; Beschlussfassung

- (1) ¹Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgan zu besorgen sind, durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet. ²Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, dass der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird. ³Bei der Beschlussfassung entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen.
- (2) Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluss gültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschluss schriftlich erklären.

Literatur: *Adams/Maßmann*, Vereinsreform in Deutschland, ZRP 2002, 128; *Beuthien*, Müssen Sonderrechte unentziehbar sein?, ZGR 2014, 24; *Eichler*, Probleme des Vereinsrechts aus Sicht der Registergerichte, Rpfleger 2004, 196; *Fleck*, Die virtuelle Mitgliederversammlung im eingetragenen Verein, DNotZ 2008, 245 ff; *Happ*, Stimmbindungsverträge und Beschlussfassung, ZGR 1984, 168; *Keilbach*, Das Erfordernis einfacher Mehrheit in Vereinssatzungen, DNotZ 1998, 597; *ders.*, Fragen des Vereinsregisters, DNotZ 2001, 671; *Kölsch*, Die Form der Einberufung der Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins, Rpfleger 1985, 137; *Morlok*, Mitgliederentscheid und Mitgliederbefragung, ZRP 1996, 447; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, 1989; *ders.*, Mitgliederversammlung bei Großvereinen und digitale Teilhabe, NJW 2018, 1345; *Ott*, Reform des privaten Vereinsrechts?, ZRP 2002, 433; *Pauli*, Wesen und Aufgaben der Mitgliederversammlung eines Vereins, ZStV 2010, 167; *Piper*, Virtuelle Mitgliederversammlungen bei Vereinen, NZG 2012, 735; *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018; *Reuter*, Die Verfassung des Vereins gem. § 25 BGB, ZHR 148 (1984), 523; *Roßnagel/Gitter/Opitz-Talidou*, Telemedienwahlen im Verein, MMR 2009, 383; *Säcker/Oetker*, Probleme der Repräsentation von Großvereinen, 1986; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016; *Scheffer*, Vereinsrecht: Fallstricke bei der Einberufung und Durchführung von Mitgliederversammlungen, DStR 2011, 2053; *K. Schmidt*, Die Beschlüßanfechtungsklage bei Vereinen und Personengesellschaften, in: FS Stimpel 1985, S. 217; *Schödel*, Die Zuständigkeitsordnung im unverbundenen Verein und im Verein als Gruppenspitze, 2017; *Schwarz*, Die Mehrheitsvertretung des Vereinsvorstandes und deren Eintragung im Vereinsregister, Rpfleger 2003, 1; *Segna*, Vereinsreform, NZG 2002, 1048; *Stöber/Otto*, Handbuch des Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016; *Stefanik/Punkte*, Das Minderheitsverlangen auf Ergänzung der Tagesordnung im BGB – Vereinsrecht, NZG 2017, 1161; *Terner*, Neues zum Vereinsrecht, NJW 2008, 16 ff; *Trouet*, Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung auf die Stimmenmehrheit nach Vereinsrecht, NJW 1983, 2865. Siehe auch bei Vorbemerkungen zu § § 21 ff.

A. Allgemeines	1	III. Beschlussfassung der Mitgliederversammlung	18
B. Regelungsgehalt	2	1. Versammlungsleitung	19
I. Zuständigkeit der Mitgliederversammlung		2. Beschlussfähigkeit	20
(Abs. 1)	4	3. Stimmabgabe	21
1. Gesetzliche Regelung	4	4. Mehrheit	22
2. Abweichende Gestaltung	7	IV. Beschlussmängel	24
II. Einberufung	9	1. Vorliegen eines Mangels	24
1. Zuständigkeit	10	2. Relevanz	26
2. Form	13	3. Verfahrensrechtliche Geltendmachung	27
3. Ort und Zeit	14	V. Beschlussfassung ohne Versammlung (Abs. 2)	28
4. Tagesordnung	15		

A. Allgemeines

- 1** § 32 ist die zentrale Norm für die Willensbildung im Verein. Abs. 1 S. 1 regelt die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung und deren grundsätzliches Verhältnis zu den anderen Vereinsorganen. Abs. 1 S. 2 und 3 befassen sich mit der Einberufung der Mitgliederversammlung und der für die Beschlussfassung grundsätzlich erforderlichen Abstimmungsmehrheit. Gegenstand von Abs. 2 ist die Wirksamkeit von Beschlussfassungen außerhalb der Mitgliederversammlung; Abs. 2 wurde 2009 klarstellend im Sinne der Rechtsprechung des BGH¹ dahin gehend bereinigt, dass es bei der Beschlussfassung auf die Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen ankommt.² 2020 hat der Gesetzgeber durch § 5 Abs. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht Sonderregelungen eingeführt, die aber nach § 7 Abs. 5 dieses Gesetzes nur auf im Jahr 2020 stattfindende Mitgliederversammlungen Anwendung finden,³ → Rn. 28.

1 BGHZ 82, 83, 85.
 2 BGBl. I 2009, 3145 ff.; Gesetzentwurf zum Gesetz zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen, BT-Drs. 16/12813, S. 10 f.; *Reuter* NZG 2009, 1368 (1371); vgl. auch die entsprechenden Regelungen im § 133 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 1 GmbHG, § 43 Abs. 2 S. 1 GenG.
 3 BT-Drs. 19/18110, S. 11.

B. Regelungsgehalt

Die Mitgliederversammlung (auch Haupt-, General-, Vollversammlung oder Konvent) ist nicht die Summe der Vereinsmitglieder; sie ist die Gesamtheit derjenigen Mitglieder, die auf eine ordnungsgemäße Einberufung⁴ hin erschienen sind. **2**

Aus dem Mitgliedschaftsrecht erwächst zugleich das **Recht zur Teilnahme** an sowie das **Rede- und Auskunftsrecht** in der Mitgliederversammlung.⁵ Nichtmitglieder können vom Versammlungsleiter als Gäste zur Versammlung zugelassen werden.⁶ Das OLG Zweibrücken verneint mangels entsprechender gesetzlicher Regelung ein Teilnahmerecht von sog. **Fremdorganen**, dh von Organen bzw. Organmitgliedern, die selbst nicht Vereinsmitglied sind.⁷ Dies vermag aber nicht zu überzeugen. Richtigerweise besteht eine planwidrige Regelungslücke, die durch analoge Anwendung von § 118 Abs. 2 S. 1 AktG zu schließen ist. Alle Organmitglieder sind für die Mitgliederversammlung zur Ermöglichung einer Willensbildung auf angemessener Informationsgrundlage potenziell wichtige Auskunftspersonen, so dass wie im Aktienrecht eine grundsätzliche Anwesenheitspflicht aller Organmitglieder, und als Minus dazu auch ein Anwesenheitsrecht, bestehen muss. **3**

I. Zuständigkeit der Mitgliederversammlung (Abs. 1)

1. Gesetzliche Regelung. Nach Abs. 1 S. 1 hat grundsätzlich die Mitgliederversammlung die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen. Das Gesetz postuliert die Mitgliederversammlung damit als das oberste Entscheidungsorgan des Vereins.⁸ Die Entscheidungen werden durch Beschlussfassung des Plenums getroffen. **4**

Der Mitgliederversammlung kommt grundsätzlich eine **Allzuständigkeit** für die innere Organisation des Vereins zu; ihre Zuständigkeit wird gesetzlich vermutet.⁹ Ausdrücklich zugewiesene Aufgaben sind die Bestellung und Kontrolle des Vorstandes sowie etwaiger anderer Vereinsorgane (§ 27), Satzungsänderungen (§ 33), die Entscheidung über die Vereinsauflösung (§ 41) sowie die Bestimmung von Anfallberechtigten (§ 45) und Liquidatoren (§ 48). **Ausnahmen** bestehen, wenn diese gesetzlich oder durch die Satzung angeordnet sind.¹⁰ Hat die Satzung Angelegenheiten anderen Organen zugewiesen, kann die Mitgliederversammlung diese nicht beliebig an sich ziehen.¹¹ So obliegt etwa nach § 26 Abs. 2 dem Vorstand die Vertretung des Vereins nach außen. Die Vertretungsbefugnis des Vorstands wird durch § 32 nicht berührt;¹² die Mitgliederversammlung kann gegenüber dem Vorstand bzgl. der Geschäftsführung aber gemäß §§ 27 Abs. 3, 665, 666 Auskunfts- und Rechenschaftsrechte ausüben und Weisungen erteilen. **5**

Ferner kann die Mitgliederversammlung durch Satzungsregelung neue Organe schaffen (zB Delegiertenversammlung, Beirat, Verwaltungsrat, Aufsichtsrat, Vereinsrevisor) und ihnen Funktionen zuweisen (sog. **Kompetenz-Kompetenz**).¹³ Sind diese handlungsunfähig, ist die Mitgliederversammlung ersatzweise zuständig; das gilt gemäß § 29 indes nicht bei Handlungsunfähigkeit des Vorstands; bei Fehlen erforderlicher Vorstandsmitglieder hat bis zur Behebung des Mangels eine gerichtliche Notbestellung zu erfolgen. **6**

2. Abweichende Gestaltung. Nach § 40 ist § 32 dispositiv; die Aufgabenbereiche der Mitgliederversammlung können daher durch Satzungsregelung sowohl erweitert als auch beschnitten werden. Eine Abschaffung der Mitgliederversammlung ist jedoch unzulässig,¹⁴ zumal die zwingenden Vorschriften der §§ 36, 37, 41 ihre Existenz voraussetzen. Indes ist es nach allgemeiner Ansicht zulässig, durch Satzungsregelung die Mitgliederversammlung durch eine **Vertreterversammlung** bzw. Delegiertenversammlung zu ersetzen. Von dieser Möglichkeit wird in Großvereinen regelmäßig Gebrauch gemacht.¹⁵ Voraussetzung dafür ist, dass die Satzung eindeutig die Bestellung und Zusammensetzung der Delegiertenversammlung **7**

4 BGHZ 59, 369, 373 = NJW 1973, 235; Staudinger/*Weick* BGB § 32 Rn. 7; ähnlich BeckOK BGB/*Schöpflin* § 32 Rn. 2.

5 Vgl. OLG Zweibrücken FGPrax 2006, 229 (230) = Rpfleger 2006, 658; LG Bremen Rpfleger 1990, 262 jeweils zum Teilnahmerecht.

6 Ebenso *Sauter/Schweyer/Waldner* Eingetragener Verein Rn. 196; aA *Reichert/Wagner* Kapitel 2 Rn. 1570: Zuständigkeit der Mitgliederversammlung.

7 OLG Zweibrücken FGPrax 2006, 229 (230) = Rpfleger 2006, 658.

8 Palandt/*Ellenberger*; § 32 Rn. 1; aA wohl *K. Schmidt* GesR § 24 III 3 a: die Gesamtheit der Mitglieder, da diese gemäß § 32 Abs. 2 auch ohne Versammlung Beschlüsse fassen kann.

9 Staudinger/*Schwennicke* BGB § 32 Rn. 9.

10 OLG Celle SpuRt 2017, 2354 = ZIP 2017, 2202; Stöber/Otto Rn. 633.

11 OLG Celle SpuRt 2017, 254 = ZIP 2017, 2202; Stöber/Otto Rn. 632.

12 LG Frankfurt Rpfleger 1970, 103; Staudinger/*Weick* BGB § 32 Rn. 2.

13 BGHZ 84, 209, 213 f. = DB 1982, 2025 = NJW 1984, 1038; *Soergel/Hadding* BGB § 32 Rn. 5; BeckOK BGB/*Schöpflin* § 32 Rn. 4; *Reichert/Wagner* Kapitel 2 Rn. 1144.

14 Vgl. RGZ 137, 308 f. zur Gesellschafterversammlung der GmbH; *Erman/Westermann* BGB § 32 Rn. 1; *MüKoBGB/Leuschner* § 32 Rn. 1; *Schauhoff* Gemeinnützigkeits-HdB § 2 Rn. 80.

15 *Erman/Westermann* BGB § 32 Rn. 1; vgl. OLG Frankfurt WM 1985, 1466 (Gewerkschaftstag).

regelt.¹⁶ Für den nichtrechtsfähigen Verein ist allerdings anerkannt, dass diesbezügliche Satzungs-lücken durch Gewohnheitsrecht oder entsprechende Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zur Mitgliederversammlung geschlossen werden können.¹⁷ Die Satzung kann regeln, dass insbesondere die Wahl von Organmitgliedern statt oder alternativ zur Stimmabgabe in der Präsenzversammlung durch Briefwahl oder elektronisch über sog. Telemedienwahlen erfolgt, was gerade bei bundesweit tätigen Großvereinen zu einer höheren Beteiligungsquote am Wahlvorgang führen kann.¹⁸ Anstelle der Mitgliederversammlung kann stets die Gesamtheit der Mitglieder beschließen (Abs. 2).

- 8 Die allgemeine Zuständigkeit der Mitgliederversammlung für Vereinsangelegenheiten umfasst auch **vereinsinterne Streitigkeiten** zwischen anderen Organträgern. Das hat zur Folge, dass Vereinsmitglieder zur Rüge der Satzungsverletzung durch ein Organ nicht ohne Weiteres Feststellungsklage gegen den Verein erheben können. Zuvor ist mit Rücksicht auf das Selbstverwaltungsrecht des Vereins die Mitgliederversammlung zu befassen und ein Beschluss herbeizuführen.¹⁹

II. Einberufung

- 9 Die ordnungsgemäße Beschlussfassung der Mitgliederversammlung setzt nach Abs. 1 S. 2 voraus, dass diese zuvor unter Bezeichnung der Tagesordnungsgegenstände einberufen wurde. Bis auf das Erfordernis der Bekanntgabe der Tagesordnung sind die verfahrensmäßigen und inhaltlichen Anforderungen an eine wirksame Einberufung gesetzlich nicht geregelt. Zu den Folgen eines Einberufungsmangels, → Rn. 22 ff.
- 10 **1. Zuständigkeit.** Die Einberufung erfolgt grds. durch den **Vorstand**, sofern die Satzung kein anderes Einberufungsorgan bestimmt (§ 58 Nr. 4). Die Einberufung bedarf eines ordnungsgemäßen Vorstandsbeschlusses²⁰ oder jedenfalls eines Tätigwerdens von Vorstandsmitgliedern in der für die gesetzliche Vertretung erforderlichen Zahl.²¹ Zuständig ist der Vorstand iSv § 26, nicht der erweiterte Vorstand.²² Beim eV ist der eingetragene Vorstand auch noch nach Ablauf seiner Amtszeit zuständig;²³ dies folgt aus dem Rechtsgedanken von § 68 bzw. aus § 121 Abs. 2 S. 2 AktG analog. In der Liquidation sind die Liquidatoren gemäß § 48 Abs. 2 für die Einberufung zuständig.
- 11 Unter den Voraussetzungen von § 37 Abs. 2 S. 1 kann auch eine **Einberufung durch Vereinsmitglieder** erfolgen (→ § 37 Rn. 6). Nach der wohl herrschenden Meinung bleibt das Einberufungsrecht des Vorstands jedoch durch eine gerichtliche Ermächtigung der Minderheit zur Einberufung nach § 37 Abs. 2 unberührt.²⁴ Die Kollision von Einberufungen des Vorstandes und der gerichtlich zur Einberufung ermächtigten Vereinsmitglieder soll wegen der damit verbundenen Verwirrung der Vereinsmitglieder zur Unwirksamkeit beider Einladungen führen.²⁵ Diese Sichtweise ist jedoch mit Sinn und Zweck von § 37 Abs. 2 und insbesondere dem bezweckten Minderheitsschutz unvereinbar.²⁶ Der Vorstand kann den Vereinsmitgliedern zwar zuvor kommen, indem er noch vor einer Ausübung des Einberufungsrechts durch diese eine Mitgliederversammlung mit der gewünschten Tagesordnung einberuft.²⁷ Richtigerweise verliert der Vorstand aber nach Ausübung der gerichtlichen Ermächtigung gemäß § 37 Abs. 2 sein Einberufungsrecht, zumal er davon zuvor weder auf die Aufforderung der Minderheit gemäß § 37 Abs. 1 hin noch während des gerichtlichen Verfahrens nach § 37 Abs. 2 Gebrauch gemacht hat. Ist zweifelhaft, wer zuerst eingeladen hat, kommt der Einberufung durch die Vereinsmitglieder Vorrang zu. Die herrschende Meinung, wonach ein Vorstand, der in

16 *Sauter/Schweyer/Waldner* Eingetragener Verein Rn. 216 ff.; *Segna* NZG 2002, 1048 (1049); *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 1; *MüKoBGB/Leuschner* § 32 Rn. 70 ff.

17 BGH WM 1985, 1468; OLG Frankfurt Rpfleger 1973, 54; *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 1.

18 *Roßnagel/Gitter/Opitz-Talidou* MMR 2009, 383 ff.; *Fleck* DNotZ 2008, 245 (248 ff.); *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 1; *Erdmann* MMR 2000, 526 ff.

19 BGHZ 49, 396, 398 = WM 1968, 532; *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 1; *MHdB GesR II/Waldner* § 25 Rn. 6.

20 BayOblLGZ 1963, 15 (18); OLG Schleswig NJW 1960, 1862; KG OLGZ 1978, 272 (276); *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 2; aA *BeckOK BGB/Schöpfli*n § 32 Rn. 9.

21 KG OLGZ 1978, 272; *Sauter/Schweyer/Waldner* Eingetragener Verein Rn. 157; *BeckOK BGB/Schöpfli*n § 32 Rn. 9; *Soergel/Hadding* BGB § 32 Rn. 8; *MHdB GesR II/Waldner* § 25 Rn. 7 a; einschränkend OLG Brandenburg 11.9.2012 – 11 U 80/09, juris

Rn. 150 ff. für den Fall, dass ein beschlussfähiger Restvorstand vorhanden ist.

22 KG OLGZ 1978, 272; *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 2.

23 BayOblLGZ 1985, 24 (26 f.); 1988, 410, 412; BayOblLG Rpfleger 1995, 465 = NJW-RR 1996, 991; LG Aurich Rpfleger 1987, 116; *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 2; *BeckOK BGB/Schöpfli*n § 32 Rn. 9; *Soergel/Hadding* BGB § 32 Rn. 8.

24 OLG Stuttgart NZG 2004, 1020 = Rpfleger 2004, 106 (107); BayOblG NZG 2004, 1017 (1018); *Palandt/Ellenberger* BGB § 37 Rn. 3; *Hk-BGB/Dörner* § 37 Rn. 2; *Prütting/Schöpfli*n BGB § 32 Rn. 4; *Reichert/Wagner* Kapitel 2 Rn. 1931.

25 OLG Stuttgart Rpfleger 2004, 106 (107); *Palandt/Ellenberger* BGB § 37 Rn. 3; *Reichert/Wagner* Kapitel 2 Rn. 1194.

26 Vgl. auch *Waldner* Rpfleger 2004, 108 (109); wohl auch *Staudinger/Weick* BGB § 37 Rn. 14.

27 Vgl. zu § 122 Abs. 3 AktG KölnKommAktG/*Noack/Zetsche* AktG § 122 Rn. 110 mwN.

einem gerichtlichen Verfahren nach § 37 Abs. 2 unterlegen war, gleichwohl stets einberufen könne und kollidierende Einberufungen zur Unwirksamkeit beider Einberufungen führten, eröffnet dem Vorstand Möglichkeiten, die dem Minderheitsschutz dienende und im Einzelfall womöglich sogar von der Mehrheit der Mitglieder herbeigeführte gerichtliche Entscheidung nach § 37 Abs. 2 bewusst durch eine kollidierende Einberufung zu unterlaufen und so eine von ihm nicht gewünschte Mitgliederversammlung zu verhindern.²⁸ Die von *Waldner*²⁹ und dem OLG Stuttgart³⁰ vorgeschlagene Lösung einer Kollision von Einberufungen, wonach die zeitlich früher zugehende Einberufung wirksam sei, ist nicht praktikabel. Zwar wird dies in Teilen der aktienrechtlichen Literatur vertreten.³¹ Die Priorität nach dem Zeitpunkt des Zugangs ist etwa bei einer Verschickung von Einladungen per Post nicht stets eindeutig bestimmbar, da denkbar ist, dass einigen Vereinsmitgliedern die eine und anderen die andere Einberufung zuerst zugeht.³² *Weick*³³ weist mit Recht darauf hin, dass es nicht zu einem „Wettlauf“ von Einberufungen kommen dürfe, zumal der Vorstand selbst durch seine Untätigkeit bzw. Verweigerung einer Einberufung die Voraussetzungen für die Ermächtigung der Minderheit geschaffen hat; er dürfe nicht die Möglichkeit haben, das Minderheitenrecht zu unterlaufen, da er sich dadurch in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzen würde. Zu berücksichtigen ist auch, dass es der Vorstand regelmäßig in der Hand hat, die Einberufung der gerichtlich ermächtigten Mitglieder bewusst zu torpedieren, da diese zur Durchführung der Einberufung auf eine Mitteilung der Mitgliederliste durch den Vorstand angewiesen sein dürften (s. dazu → § 37 Rn. 6 ff.). Eine praktikable, eindeutige und der ratio legis des § 37 gerecht werdende Lösung kann daher nur darin bestehen, dass der Einberufung durch die ermächtigten Vereinsmitglieder im Falle einer früheren Ausübung und in Zweifelsfällen Priorität zukommt.³⁴ Dadurch wird zugleich gewährleistet, dass der Vorstand mit seiner Einberufung etwaige Anordnungen des Gerichts gemäß § 37 Abs. 2, S. 1 Hs. 2 hinsichtlich der Führung des Vorsitzes der Versammlung nicht unterminiert.

Eine **Pflicht zur Einberufung** besteht in den durch die Satzung bestimmten Fällen ferner, wenn das Interesse des Vereins dies erfordert oder auf Verlangen einer qualifizierten Minderheit (→ § 36 Rn. 2 f.; → § 37 Rn. 5). Mit dem Recht zur Einberufung ist das Recht verbunden, die Versammlung zu verschieben oder abzusagen.³⁵ In letzterem Falle sind die Beschlüsse einer gleichwohl abgehaltenen Mitgliederversammlung unwirksam.³⁶

2. Form. Die Satzung soll gemäß § 58 Nr. 4 die Form der Einberufung regeln, wobei die vorgesehenen Ladungsformen eindeutig zu bezeichnen sind.³⁷ Anerkannte **Einberufungsformen** sind Rundschreiben, Zeitungsveröffentlichungen (zB in einem Vereinsblatt) oder Aushänge (zB in einem dafür vorgesehenen Aushangkasten im Vereinsheim);³⁸ grundsätzlich zulässig sind auch mündliche Einladungen. Entscheidend ist, dass für die Mitglieder die Möglichkeit rechtzeitiger Kenntnisnahme gewährleistet ist.³⁹ Die Satzung darf auch alternative Einberufungsformen vorsehen, wenn das die Kenntnisnahmemöglichkeit nicht erschwert,⁴⁰ wie zB die Einberufung per Telefax oder E-Mail.⁴¹ **Notwendige Adressaten** sind sämtliche Mitglieder des Vereins, auch die nur fördernden Mitglieder.⁴² Soll die Einberufung durch eine Tageszeitung verbreitet werden, hat die Satzung diese konkret zu benennen⁴³ oder jedenfalls bestimmbar zu bezeichnen;⁴⁴ „ortsüblichen Bekanntmachung“ als Einberufungsform oder eine Einberufung „durch Presseveröffentli-

12

13

28 Diese Gefahr sieht auch *Waldner Rpfleger* 2004, 108.

29 *Waldner Rpfleger* 2004, 108.

30 OLG Stuttgart NZG 2004, 1020 = *Rpfleger* 2004, 106 (107), ebenso *Reichert/Wagner* Kapitel 2 Rn. 1195.

31 *Butzke* in *GroßKomm AktG* § 121 Rn. 43; *KölnKommAktG/Noack/Zetzsche* § 121 Rn. 61.

32 Darauf weist mit Recht auch *Staudinger/Weick* BGB § 37 Rn. 14 hin.

33 *Staudinger/Weick* BGB § 37 Rn. 14.

34 So wohl auch *Staudinger/Weick* BGB § 37 Rn. 14; *Sauter/Schweyer/Waldner* *Eingetragener Verein* Rn. 169; vgl. im Ansatz auch *Waldner Rpfleger* 2004, 108 f.

35 RGZ 166, 129, 133; OLG Hamm OLGZ 1981, 24 (25); *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 2; *BeckOK BGB/Schöpflin* § 32 Rn. 10.

36 KG NJW 1988, 3159 (3161); *BeckOK BGB/Schöpflin* § 32 Rn. 10.

37 OLG Hamm 23.11.2010 – 15 W 419/10, OLG Hamm OLGZ 1965, 65; OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 995; *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 3.

38 OLG Celle *Rpfleger* 2010, 670 = NZG 2010, 154 jedenfalls bei ganz überwiegend örtlich ausgerichtetem Tätigkeitsschwerpunkt des Vereins.

39 *Kölsch Rpfleger* 1985, 137; *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 3; *BeckOK BGB/Schöpflin* § 32 Rn. 11 f.

40 OLG Oldenburg NdsRpfl 2017, 308; OLG Stuttgart *Rpfleger* 1978, 578; NJW-RR 1986, 995; *Kölsch Rpfleger* 1985, 137.

41 OLG Hamburg *Rpfleger* 2013, 457; OLG Jena GmbHR 1996, 536 (537); *MüKoBGB/Leuschner* § 32 Rn. 15; *Fleck DNotZ* 2008, 245 (257 f.); *Stöber/Otto* Rn. 683.

42 LG Bremen *Rpfleger* 1990, 262; *Reichert/Wagner* Kapitel 2 Rn. 1305; *BeckOK BGB/Schöpflin* § 32 Rn. 11.

43 OLG Stuttgart NZG 2017, 996; OLG Hamm OLGZ 1965, 65; LG Bremen *Rpfleger* 1992, 304; *Palandt/Ellenberger* BGB § 32 Rn. 3.

44 Vgl. OLG Celle *FGPrax* 2012, 35 = *Rpfleger* 2012, 261.

chung“ ist zu unbestimmt.⁴⁵ Die tatsächlich gewählte Ladungsart hat der in der Satzung vorgesehene Form genau zu entsprechen; eine Abweichung führt zur Nichtigkeit der Einberufung und damit auch zur Nichtigkeit der gefassten Mitgliederversammlungsbeschlüsse (→ Rn. 25). Die in der Satzung vorgesehene schriftliche Einladung wird nicht gewahrt durch Bekanntmachung in den „Vereins-News“ oder per einfache E-Mail.⁴⁶ Gemäß § 126 a wird die Schriftform aber gewahrt durch E-Mail mit elektrischer Signatur. Sieht die Satzung eine Einberufung allein durch Veröffentlichung in der Vereinszeitschrift vor, ist eine Einladung durch persönliches Einladungsschreiben unzulässig.⁴⁷ Wenn die Satzung die Einberufung durch ein konkret bezeichnetes Presseorgan vorsieht, gilt dies auch für die Einberufung einer außerordentlichen Mitgliederversammlung, sofern die Satzung dafür nicht abweichende Regelungen trifft.⁴⁸ Individuelle Einladungen gelten als wirksam, wenn sie an die letztbekannte Postanschrift gerichtet sind, auch wenn der Adressat unbekannt verzogen ist.⁴⁹

- 14 3. Ort und Zeit.** Die Einberufung muss Ort und Zeit der Mitgliederversammlung eindeutig⁵⁰ und rechtzeitig ankündigen. Soll vor einer ordentlichen Mitgliederversammlung eine außerordentliche Mitgliederversammlung abgehalten werden, können diese auch in der Weise wirksam einberufen werden, dass beide Mitgliederversammlungen am selben Tag nacheinander stattfinden.⁵¹ Es ist die satzungsgemäß vorgesehene Frist bzw. bei Fehlen einer Fristbestimmung in der Satzung eine angemessene Ladungsfrist einzuhalten.⁵² Weder die Frist aus § 123 Abs. 1 AktG (ein Monat) noch die aus § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG (eine Woche) sind entsprechend anzuwenden; die angemessene Frist bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls.⁵³ Sie beginnt, wenn mit der Kenntnismöglichkeit aller, dh auch des letzten geladenen Mitglieds, zu rechnen ist.⁵⁴ Auf den tatsächlichen Zugang bei jedem einzelnen Mitglied kommt es nicht an. Versammlungsort und -zeit stehen mangels Satzungsbestimmung im Ermessen des einberufenden Organs, solange es eine zumutbare Wahl trifft.⁵⁵ Die Versammlung braucht nicht am Vereinssitz stattzufinden,⁵⁶ auch wenn dies regelmäßig der geeignete Ort ist.⁵⁷ Versammlungszeit und -ort dürfen nicht so bestimmt sein, dass damit zu rechnen ist, dass ein Großteil der Mitglieder verhindert sein wird. Ist die Versammlungszeit auf einen Sonn- oder Feiertag bestimmt, darf daher der Versammlungsbeginn nicht vor 11.00 Uhr liegen.⁵⁸ Ein Versammlungstermin in der Hauptferienzeit kann unangemessen sein und damit zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse führen, wenn dieser Termin ohne besondere Dringlichkeit angesetzt wurde und der Vorstandsvorsitzende zuvor schriftlich erklärt hatte, grundsätzlich keine Mitgliederversammlungen in den Schulferien abzuhalten.⁵⁹ Gleiches gilt zB auch für die Bestimmung des Versammlungstermins auf die Zeit zwischen Weihachten und Neujahr⁶⁰ oder regional bezogen auf einen im Rheinland beheimateten Verein für die Bestimmung des Versammlungstermins auf Rosenmontag. Unzumutbar kann die Bestimmung des Versammlungsorts an einem weit vom Vereinssitz entfernten Ort sein, wenn die überwiegende Zahl der Mitglieder in der Region des Vereinssitzes wohnhaft ist. Eine Eventualeinberufung ist nur auf Grundlage einer entsprechenden Satzungsbestimmung zulässig (dazu → Rn. 18, 23).
- 15 4. Tagesordnung.** Die Einberufung hat die Tagesordnung und insbesondere den Gegenstand der anstehenden Beschlussfassung zu bezeichnen, Abs. 1 S. 2. Das zur Einberufung zuständige Organ legt die Tagesordnung fest. Die Ankündigung der Tagesordnung in der Einberufung ist ein **Wirksamkeitserfordernis** der Beschlüsse der Mitgliederversammlung. Obgleich § 32 gemäß § 40 grundsätzlich abbedungen werden kann, ist eine Tagesordnung in der Einberufung gemäß Abs. 1 S. 2 stets zwingend. Die Bekanntmachungspflicht dient dem Informationsinteresse der Mitglieder. Daher muss die Tagesordnung hinreichend konkret gefasst

45 OLG Zweibrücken Rpfleger 1985, 31; OLG Hamm NJW-RR 2011, 395; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 3 und § 58 Rn. 4; BeckOK BGB/*Schöpflin* § 32 Rn. 11.

46 AG Elmshorn NJW-RR 2001, 25; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 3; *Stöber/Otto*, Handbuch des Vereinsrecht, Rn. 683; Reichert/Wagner Kapitel 2, Rn. 1361; *Sauter/Schweyer/Waldner* Eingetragener Verein Rn. 171 a; aA OLG Hamm ZIP 2015, 2273 = DStR 2016, 487; OLG Zweibrücken Rpfleger 2013, 537: Einladung per email wahrt satzungsgemäß Schriftformerfordernis; OLG Zweibrücken NZG 2014, 1020 = NJW-RR 2014, 1128: Einladung im Rahmen einer Sonderausgabe der Vereinszeitung wahrt Schriftform; vgl. auch *Scheffer* DStR 2011, 2053 f.; Reichert/Wagner Kapitel 2 Rn. 1304 f.

47 OLG Hamm NZG 2014, 510 = MDR 2014, 482.

48 OLG Stuttgart NZG 2017, 996.

49 BayObLGZ 1988, 170 (177); Reichert/Wagner Kapitel 2 Rn. 1305.

50 Reichert/Wagner Kapitel 2 Rn. 1288 ff.

51 LG Hamburg 3.1.2008 – 319 O 135/07.

52 *K. Schmidt* GesR § 24 III 3 b; *Sauter/Schweyer/Waldner* Eingetragener Verein Rn. 172.

53 BeckOK BGB/*Schöpflin* § 32 Rn. 13.

54 BGHZ 100, 264, 267 = DB 1987, 1829 = NJW 1987, 2580 (zur GmbH); OLG München NZG 2016, 387; OLG Frankfurt NJW 1974, 189; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 3.

55 OLG Frankfurt OLGZ 1982, 418 = NJW 1983, 398 zur WEG.

56 OLG Frankfurt OLGZ 1984, 333; BeckOK BGB/*Schöpflin* § 32 Rn. 14.

57 *Sauter/Schweyer/Waldner* Eingetragener Verein Rn. 173; *K. Schmidt* GesR § 24 III 3 b.

58 BayObLG NJW-RR 1987, 1362; OLG Schleswig NJW-RR 1987, 1362.

59 BayObLGZ 2004, Nr. 37 = NZG 2004, 1017; MüKo-BGB/*Leuschner* § 32 Rn. 23.

60 MüKoBGB/*Leuschner* § 32 Rn. 23.

sein, um den Mitgliedern die Entscheidung über ihre Teilnahme und die notwendigen Vorbereitungen zu ermöglichen.⁶¹ Der Wortlaut von Beschlüssen muss aber grundsätzlich nicht vorab mitgeteilt werden.⁶² Die Tagesordnung kann auf Verlangen einer qualifizierten Minderheit unter den nach § 37 für ein Einberufungsverlangen geltenden Voraussetzungen ergänzt werden, dazu → § 37 Rn. 1.

Ist eine **Satzungsänderung** vorgesehen, muss diese in der Einberufung genau bezeichnet oder ein Änderungsentwurf beigefügt werden;⁶³ zumindest muss sich aus der Einberufung die geplante Änderung konkret erschließen lassen.⁶⁴ Ein Tagesordnungspunkt „Feststellung des Kassenvoranschlags“ ermöglicht nicht die Beschlussfassung über eine Beitragsfestsetzung; die „Ergänzungswahl zum Vorstand“ eröffnet nicht dessen Abwahl.⁶⁵ Sieht die Tagesordnung allgemein gehaltene Punkte wie „Verschiedenes“ oder „Antrag“ vor, ist eine Beschlussfassung ausgeschlossen, wenn nicht alle Mitglieder zustimmen.⁶⁶ **16**

Wenn die Satzung dies vorsieht, ist die **nachträgliche Ergänzung** der Tagesordnung um Dringlichkeitsanträge grundsätzlich möglich. Eine derartige, von Abs. 1 S. 2 abweichende Satzungsgestaltung setzt stets voraus, dass hinreichend bestimmt ist, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkt Dringlichkeitsanträge zulässig sind. Dies gilt in besonderem Maße, wenn der Dringlichkeitsantrag eine Satzungsänderung betrifft.⁶⁷ Obwohl § 32 gemäß § 40 dispositiv ist, gebietet der Schutzzedanke des Gesetzes, dass die geplante Satzungsänderung den Mitgliedern so rechtzeitig vor der Versammlung mitgeteilt wird, dass ihnen genügend Zeit bleibt, sich auf den neuen Beratungsstoff sachgerecht vorzubereiten. Reicht die Zeit für die Wahrung einer solchen Nachfrist, deren Länge sich nach den Umständen des Einzelfalles richtet, nicht aus, ist die Satzungsänderung auf einer gesonderten Mitgliederversammlung zu beraten.⁶⁸ Eine verspätete Unterrichtung ist nur dann unschädlich, wenn bei Erscheinen sämtlicher Mitglieder diese stillschweigend auf eine Rüge verzichten.⁶⁹ Eine Heilung tritt dagegen nicht ein, wenn die Mitglieder nur zufällig, inoffiziell oder gerüchteweise von dem neuen Tagesordnungspunkt erfahren.⁷⁰ **17**

III. Beschlussfassung der Mitgliederversammlung

Die Beschlussfassung hat in einer Versammlung der Mitglieder zu erfolgen, Abs. 1 S. 1. Der Beschluss ist nach richtiger Auffassung kein Vertrag, sondern ein **Akt körperschaftlicher Willensbildung**.⁷¹ **18**

1. Versammlungsleitung. Die Mitgliederversammlung leitet der **Vorstandsvorsitzende** oder die in der Satzung bestimmte Person. Bei deren Nichterscheinen kann die Versammlung einen anderen Versammlungsleiter bestimmen.⁷² Die Mitgliederversammlung kann ad hoc einen anderen zum Versammlungsleiter wählen, insbesondere wenn die Besorgnis der Befangenheit des Versammlungsleiters besteht.⁷³ Der Versammlungsleiter wahrt die Ordnung und den geordneten Versammlungsablauf; er bestimmt die Reihenfolge der Erledigung der Tagesordnung, übt das Hausrecht aus, kann die Redezeit begrenzen, (als ultima ratio) störende Mitglieder oder Gäste der Versammlung verweisen und die Versammlung schließen;⁷⁴ die Schließung ist auch dann bindend, wenn die Tagesordnung noch nicht vollständig abgehandelt ist.⁷⁵ **19**

2. Beschlussfähigkeit. Der Versammlungsleiter stellt die Beschlussfähigkeit der Versammlung fest. Das **notwendige Quorum** folgt aus der Satzung; enthält diese keine Regelungen, ist die Mitgliederversammlung – vorbehaltlich einer ordnungsgemäßen Einberufung – schon bei Anwesenheit eines Mitglieds beschlussfähig.⁷⁶ Die Satzung kann vorsehen, dass nach Feststellung der Beschlussunfähigkeit in der folgenden Versammlung ein geringeres oder gar kein Quorum gelten soll. Die Einladung zur 2. Versammlung **20**

61 BGH NJW 2008, 69 ff. = ZIP 2007, 1942 (1945); BGHZ 64, 301, 304 f. = NJW 1975, 1559; BGHZ 88, 119 = NJW 1987, 1811 (1812); BayObLG NJW 1973, 1086; OLG Köln WM 1990, 1068 (1070); OLG Zweibrücken Rpfleger 2002, 314.
62 BayObLG NJW 1973, 1086; BeckOK BGB/Schöpfung § 32 Rn. 15.
63 OLG Zweibrücken Rpfleger 2013, 537 = FGPrax 2013, 223; OLG Celle FGPrax 2012, 34; OLG Schleswig NJW-RR 2002, 760 = NZG 2002, 438; Röcken MDR 2013, 817 (819).
64 BayObLGZ 1972, 29 = Rpfleger 1972, 132.
65 OLG Köln OLGZ 1984, 401 = Rpfleger 1984, 470.
66 KG OLGZ 1974, 400.
67 OLG Celle FGPrax 2014, 34 (35).
68 BGHZ 99, 119, 122 ff. = NJW 1987, 1811.

69 BGH NJW 1973, 235; OLG Frankfurt ZIP 1985, 221.
70 OLG Frankfurt ZIP 1985, 221.
71 BGHZ 52, 316, 318 = DB 1969, 2028 = NJW 1970, 33; OLG Frankfurt WM 1985, 1466 (1488); BeckOK BGB/Schöpfung § 32 Rn. 21; Erman/Westermann BGB § 32 Rn. 2; K. Schmidt GesR § 15 I 2.
72 BayObLGZ 1972, 329 = Rpfleger 1973, 20.
73 OLG Köln Rpfleger 1985, 447; MüKoBGB/Leuschner § 32 Rn. 24; Schauhoff Gemeinnützigkeits-HdB § 2 Rn. 93; vgl. zum Aktienrecht Heidel in Heidel Aktienrecht AktG Vor § 129 Rn. 6 ff.
74 MüKoBGB/Leuschner § 32 Rn. 25; Sauter/Schweyer/Waldner Eingetragener Verein Rn. 185 ff.
75 BayObLGZ 1989, 298; KG OLGZ 1990, 316.
76 RGZ 82, 388; Soergel/Hadding BGB § 32 Rn. 29; Palandt/Ellenberger BGB § 32 Rn. 6.

kann mit Hinweis auf die betreffende Satzungsbestimmung bereits als Eventualeinladung mit der zur 1. Versammlung verbunden werden.⁷⁷

- 21 **3. Stimmabgabe.** Die Stimmabgabe des Mitglieds ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung** unter Anwesenden,⁷⁸ die mit der Wahrnehmung durch den Versammlungsleiter oder die anderen Mitglieder wirksam wird.⁷⁹ Gemäß §§ 32 Abs. 1 S. 3, 38 S. 2 ist das Stimmrecht persönlich auszuüben; bei juristischen Personen geschieht dies durch das zuständige Organ, sofern die Satzung nicht die Abstimmung durch Bevollmächtigte gestattet.⁸⁰ Hat ein Mitglied mehrere Stimmen, kann es sie nach hM auch uneinheitlich abgeben.⁸¹ Ein Teil der Literatur hält dies hingegen nur dann für zulässig, wenn das Mitglied die Stimmen aufgrund von Stimmrechtsvollmachten für andere Mitglieder abgibt und unterschiedlichen Bindungen unterliegt.⁸² Die **Nichtigkeit oder Anfechtung** der Stimmabgabe bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln über die Wirksamkeit von Willenserklärungen. Deshalb ist die Stimmabgabe eines Geschäftsunfähigen nach § 105 nichtig; ein Minderjähriger kann hingegen regelmäßig wirksam abstimmen, wenn dessen Erziehungsberechtigte ihre Einwilligung zur Mitgliedschaft erteilt haben.⁸³ Eine unwirksam abgegebene Stimme ist wie eine Stimmenthaltung zu behandeln, dh die gilt als nicht abgegeben. Der Verstoß gegen eine grundsätzlich zulässige Stimmrechtsabsprache führt nicht zur Unwirksamkeit der abredewidrig abgegebenen Stimme.⁸⁴
- 22 **4. Mehrheit.** Für die Beschlussfassung genügt grundsätzlich die **Mehrheit der abgegebenen Stimmen**; Abs. 1 S. 3, der bis 2009 noch auf die Mehrheit der erschienenen Mitglieder abstellte, wurde redaktionell der Auslegung durch die Rechtsprechung des BGH angepasst, wonach Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen ebenso wie die Stimmen nicht erschienener Mitglieder nicht zu berücksichtigen sind.⁸⁵ Zur Änderung der Satzung oder zur Vereinsauflösung bedarf es gemäß §§ 33 Abs. 1 S. 1, 41 S. 2 einer 3/4-Mehrheit der abgegebenen Stimmen, zur Änderung des Vereinszwecks der Zustimmung aller Mitglieder, § 33 Abs. 1 S. 2. Diese Regelungen sind gemäß §§ 40, 41 S. 2 dispositiv und daher abweichenden Gestaltungen durch die Satzung zugänglich. Einer absoluten Mehrheit bedarf es jedoch auch dann, wenn die Satzung eine Beschlussfassung durch „einfache“ Mehrheit vorsieht.⁸⁶ Mögliche abweichende Gestaltungen der Abstimmungsart durch die Satzung sind zB die Gestattung von Stimmhäufungen,⁸⁷ von Block- oder von Listenwahl.⁸⁸
- 23 Stets muss bei Wahlen von Organmitgliedern eine Chancengleichheit aller Bewerber sichergestellt werden; sie kann durch einen parteiischen Versammlungsleiter oder durch die Gestaltung der Stimmzettel verletzt sein.⁸⁹ Der Versammlungsleiter entscheidet in Ermangelung einer Satzungsbestimmung über den **Abstimmungsmodus**. Durch Widerspruch kann die Mitgliederversammlung die Entscheidung über die Abstimmungsart an sich ziehen. Eine Pflicht zur geheimen Abstimmung besteht grundsätzlich auch auf Antrag nicht.⁹⁰ Die Verweigerung einer geheimen Abstimmung kann aber dann fehlerhaft sein, wenn die Offenlegung der Person des Abstimmenden die unbeeinflusste Abstimmung hindern würde.⁹¹ Bei der Stimmenzählung darf der Versammlungsleiter die sog. Subtraktionsmethode⁹² verwenden, wenn diese nach den Umständen des Einzelfalls geeignet erscheint.⁹³ Ob die Beschlussfassung ggf. zu protokollieren ist, bleibt

77 BGH NJW-RR 1989, 376; BayObLG NJW-RR 2002, 1612 = NZG 2002, 1069; LG Bremen Rpfleger 1999, 132; AG Elmshorn NJW-RR 2001, 25; *Kölsch Rpfleger* 1985, 137.
 78 BGHZ 14, 264, 267 = NJW 1954, 1563; BGH NJW 2002, 3629.
 79 BayObLGZ 1995, 407 = NJW-RR 1996, 524.
 80 OLG Hamm NJW-RR 1990, 532.
 81 RGZ 137, 305, 319 zur GmbH; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 8; Scholz/*K. Schmidt* GmbHG § 47 Rn. 68; Spindler/*Stilz/Rieckers* AktG § 133 Rn. 22 mwN.
 82 Staudinger/*Weick* BGB § 32 Rn. 20; MüKoBGB/*Leuschner* § 32 Rn. 36 f.; *Sauter/Schweyer/Waldner* Eingetragener Verein Rn. 200; Reichert/*Wagner* Kapitel 2 Rn. 1733 ff.; Schauhoff *Gemeinnützigkeits-HdB* § 2 Rn. 100.
 83 KG OLG 15, 324; Soergel/*Hadding* BGB § 32 Rn. 26.
 84 RGZ 165, 78 zur AG; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 8.
 85 BT-Drs. 16/12813, S. 10 f.; BGHZ 83, 35, 36 = DB 1982, 1051 = NJW 1982, 1585; OLG Köln NJW-RR 1994, 1547 = SpuRt 1994, 241; *Reuter* NZG 2009, 1368 (1371); vgl. auch § 133 Abs. 1 AktG, 47

Abs. 1 GmbHG, 43 Abs. 2 S. 1 GenG; zum Erfordernis einer absoluten Mehrheit BGH NJW 1974, 183; WM 1975, 1041; *Keilbach* DNotZ 1997, 846 (864).
 86 OLG München NZG 2008, 351; BayObLG FGPrax 1996, 73 = DB 1996, 386; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 7; krit. *Keilbach* DNotZ 1998, 597.
 87 BGHZ 106, 67, 72 f. = NJW 1989, 1090.
 88 BGHZ 106, 193 = NJW 1989, 1150; BGH NJW 1989, 1213; OLG Zweibrücken NZG 2013, 1236; BayObLG NJW-RR 2001, 537 = Rpfleger 2001, 242; OLG Rostock 25.6.2012 – 1W 16/12, juris, Rn. 16 ff.; KG Rpfleger 2012, 550; OLG Bremen NZG 2011, 1192 = NJW-RR 2011, 1487.
 89 BGH WM 1985, 1474; OLG Frankfurt ZIP 1985, 225.
 90 BGH NJW 1970, 46; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 7.
 91 OLG Frankfurt 6.7.2018 – 3 U 22/17 Rn. 100; Reichert/*Wagner* Rn. 1782.
 92 Ermittlung der Ja-Stimmen durch Subtraktion der ausgezählten Nein-Stimmen und Enthaltungen von der Zahl der präsenten Vereinsmitglieder.
 93 BGHZ 152, 63 = DB 2003, 1169 = ZIP 2003, 437 zur Wohnungseigentümersammlung.

nach § 58 Nr. 4 grundsätzlich der Satzung überlassen. Für den eV ist jedoch nach richtiger Ansicht aufgrund der Vorschriften über die Eintragung zum Vereinsregister für zahlreiche Fälle eine **schriftliche Dokumentation** der Beschlussfassung zu fordern (dazu → § 58 Rn. 7).

IV. Beschlussmängel

1. Vorliegen eines Mangels. Das Beschlussmängelrecht ist beim Verein nicht gesetzlich geregelt. Es gelten andere Regeln als im Aktien- oder Genossenschaftsrecht. Deren Sonderregelungen in §§ 241 ff. AktG, § 51 GenG sind weder direkt noch analog anzuwenden.⁹⁴ Die Differenzierung zwischen Anfechtbarkeit und **Nichtigkeit** kennt das Vereinsrecht nicht. Auch finden teilweise vertretene⁹⁵ Differenzierungen zwischen angeblich sanktionslosen Ordnungsverstößen und Normverletzungen mit der Folge der Nichtigkeit keine Grundlage im Gesetz, führen nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten und sind daher abzulehnen.⁹⁶ Auch de lege ferenda ist dies beizubehalten. Ein Beschluss, der an einem erheblichen Fehler leidet, ist stets nichtig. Das ist grundsätzlich bei Verstoß gegen eine zwingende Gesetzesvorschrift oder gegen die Satzung der Fall.⁹⁷ Bei Verletzung nur untergeordneter Verfahrensvorschriften bedarf es zur Nichtigkeit des Widerspruchs eines betroffenen Mitglieds binnen angemessener Frist.⁹⁸

Ein **Beschluss ist grundsätzlich nichtig**: bei fehlerhafter Einberufung, wenn sie ohne ordnungsgemäßen Vorstandsbeschluss,⁹⁹ von einem unzuständigen Organ,¹⁰⁰ von einem abgewählten oder nicht im Vereinsregister eingetragenen Vorstand¹⁰¹ ausgesprochen wurde oder wenn die Mitgliederversammlung zu einer unzumutbaren Zeit, nicht auf satzungskonforme Weise¹⁰² oder zu einem unzumutbaren Ort einberufen wurde, → Rn. 12.¹⁰³ Das Gleiche gilt bei unterlassener Mitteilung von Satzungsänderungsvorschlägen im Rahmen der Einberufung¹⁰⁴ oder bei Nichteinladung von Mitgliedern,¹⁰⁵ ggf. bei verwirrender Kollision mit einer zeitgleichen weiteren Einberufung,¹⁰⁶ vgl. dazu auch → Rn. 11, oder mangels ordnungsgemäßer Mitteilung der Tagesordnung nach Abs. 1 S. 2.¹⁰⁷ Ebenfalls ohne Widerspruch nichtig sind die auf eine unzulässige Eventualeinberufung hin gefassten Beschlüsse¹⁰⁸ oder solche, die ohne ein unwirksam ausgeschlossenes Mitglied gefasst wurden¹⁰⁹ (→ § 25 Rn. 59 ff.) oder bei denen Nichtmitglieder mitgestimmt haben.¹¹⁰ Wird Letzteres durch ein Mitglied im Prozess behauptet, so hat der Verein darzulegen und ggf. zu beweisen, dass kein Nichtberechtigter mitgestimmt hat.¹¹¹ Nichtig ist die Beschlussfassung im Wege der Blockwahl, wenn diese in der Satzung nicht vorgesehen ist.¹¹² Nichtig ist auch der ein Sonderrecht iSv § 35 beeinträchtigende Beschluss, sofern der Rechtsinhaber nicht zumindest konkludent seine Zustimmung

94 BGH ZIP 2007, 1942 (1945); BGHZ 59, 369, 371 f. = NJW 1973, 235; BGH NJW 1971, 879 f.; BGH NJW 1975, 2101; OLG Hamm NZG 2014, 510; OLG Saarbrücken NZG 2008, 677; OLG Hamm NJW-RR 1997, 989 = SpuRt 1999, 67; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 9; Soergel/*Hadding* BGB § 32 Rn. 14; Reichert/Wagner Kapitel 2 Rn. 1977; *Keilbach* DNotZ 2001, 671 (680 f.); aA *K. Schmidt* GesR § 15 II 3; MüKoBGB/*Leuschner* § 32 Rn. 54 ff.; *Terner* NJW 2008, 16 (18 f.); *Reichert* NJW 1957, 1543 ff.

95 MüKoBGB/*Leuschner* § 32 Rn. 51 mwN.

96 *Heidel*, Referat zum 72. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Band II/1, S. O 79 f.

97 BGHZ 59, 369, 372 = DB 1973, 178 = NJW 1973, 235; BGH NJW 1971, 679; BGH NJW 1975, 2101.

98 KG OLGZ 1971, 480 (483 f.) = Rpfleger 1971, 396; LG Bremen Rpfleger 1990, 466; *Staudinger/Weick* BGB § 32 Rn. 143; Soergel/*Hadding* BGB § 32 Rn. 18; *Sauter/Schweyer/Waldner* Eingetragener Verein Rn. 214; *Keilbach* DNotZ 2001, 671 (681).

99 BayObLGZ 1963, 15 (18); OLG Schleswig NJW 1960, 1862; KG OLGZ 1978, 272 (276), krit. *Reichert/Wagner* Kapitel 2 Rn. 1184.

100 BayObLGZ 1989, 298; vgl. auch BGHZ 18, 334, 335 f. = NJW 1955, 1917 zur Genossenschaft; BGHZ 87, 1, 2 ff. = DB 1983, 1248 = NJW 1983, 1677 zur GmbH.

101 OLG Brandenburg RNotZ 2007, 343 = OLGR 2007, 876.

102 OLG Hamm NZG 2014, 510 = MDR 2014, 482.

103 OLG Frankfurt OLG 282 418 = NJW 1982, 398 (WEG); BayObLG NZG 2004, 1017 = BayObLGZ 2004, Nr. 37; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 9; aA wohl *Staudinger/Schwenicke* BGB § 32 Rn. 143.

104 BayObLG Rpfleger 1979, 196; OLG Zweibrücken Rpfleger 2013, 537 = FGPrax 2013, 223.

105 BGH NJW-RR 2006, 831; BGHZ 59, 369, 373 = NJW 1973, 235; BayObLG NJW-RR 1997, 289 = FGPrax 1996, 232; OLG Brandenburg 3.7.2012 – 11 U 174/07, juris Rn. 65 ff.; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 9.

106 OLG Stuttgart Rpfleger 2004, 106 (107); *Reichert/Wagner* Kapitel 2 Rn. 1194.

107 BGH NJW 2008, 69 ff. = ZIP 2007, 1942 (1945); BGH ZIP 1987, 446; BayObLG Rpfleger 1979, 196; OLG Zweibrücken FGPrax 2002, 80 = NZG 2002, 436.

108 BayObLG NJW-RR 2002, 1612 = Rpfleger 2003, 90.

109 BeckOK BGB/*Schöpflin* § 25 Rn. 83.

110 BGHZ 49, 209, 211 = DB 1968, 1406 = NJW 1968, 543.

111 BGHZ 49, 209, 211 = DB 1968, 1406 = NJW 1968, 543.

112 BGH NJW 1974, 138; OLG Zweibrücken NZG 2013, 1236; OLG Rostock 25.6.2012 – 1 W 16/12, juris Rn. 16; OLG Bremen NZG 2011, 1192; OLG Frankfurt Rpfleger 1984, 360; *Erman/Westermann* BGB § 32 Rn. 2.

erklärt. Ein Beschluss ist **nur auf Widerspruch in der Mitgliederversammlung hin nichtig** bei Nichteinladung eines einzelnen Mitglieds¹¹³ oder bei Verletzung der satzungsmäßigen Ladungsfrist.¹¹⁴

- 26 2. Relevanz.** In allen Fällen tritt jedoch dann keine Nichtigkeit ein, wenn es an der Relevanz fehlt, dh wenn der Fehler für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte eines objektiv urteilenden Vereinsmitglieds nicht relevant ist.¹¹⁵ Nach der früheren Rechtsprechung des BGH führte es dagegen nur dann zur Nichtigkeit, wenn der Beschluss auf dem Fehler beruhte.¹¹⁶ Der Verein, der sich auf die Wirksamkeit und Satzungsmäßigkeit des Beschlusses beruft, ist hinsichtlich der streitigen Tatsachen darlegungs- und beweisbelastet.¹¹⁷ Ein nichtiger Beschluss wird gemäß § 141 geheilt durch Bestätigung der Beschlussfassung in ordnungsgemäßer Form.¹¹⁸ Betrifft die verletzte Gesetzes- oder Satzungsbestimmung nur den Schutz einzelner Mitglieder, wird der Mangel geheilt, wenn die betroffenen Mitglieder zustimmen.¹¹⁹
- 27 3. Verfahrensrechtliche Geltendmachung.** Vereinsmitglieder haben den nach ihrer Ansicht zur Nichtigkeit führenden Verstoß zunächst erschöpfend durch etwaige **vereinsinterne Rechtsbehelfe** geltend zu machen;¹²⁰ diese haben regelmäßig aufsiebende Wirkung.¹²¹ Eine Klage kann, wenn vorrangig geltend zu machende vereinsinterne Rechtsbehelfe vorgesehen sind, nur in Ausnahmefällen entsprechend § 315 Abs. 3 S. 2 sofort erhoben werden, etwa wegen lebenswichtiger Interessen.¹²² Antrags- bzw. klagebefugt sind neben Vereinsmitgliedern auch ein Organmitglied,¹²³ das selbst nicht Vereinsmitglied ist (sog. Fremdorgan), sofern seine Organstellung bzw. sein Organhandeln Gegenstand des anzugreifenden Beschlusses ist. Das Recht zur Geltendmachung des Mangels kann nach sechs Monaten verwirkt sein.¹²⁴ Nach Erschöpfung des vereinsinternen Rechtsweges kann die Nichtigkeit durch **Feststellungsklage** gemäß § 256 ZPO geltend gemacht werden,¹²⁵ die gegen den Verein zu richten ist.¹²⁶ Die Aktivlegitimation setzt grundsätzlich voraus, dass der Kläger bei Beschlussfassung und bei Rechtshängigkeit Vereinsmitglied ist,¹²⁷ es sei denn, Gegenstand der Nichtigkeitsklage ist ein Beschluss über den Vereinsausschluss des Klägers oder es handelt sich um eine Klage eines Fremdorgans. Das Feststellungsinteresse besteht ausnahmsweise nicht, wenn ein objektives Bedürfnis an der Nichtigkeitsklärung fehlt, zB weil der Beschluss überholt ist und keine Wirkung mehr entfaltet.¹²⁸ Die Klage kann wegen Rechtsmissbrauchs unzulässig sein, wenn das klagende Mitglied dem Beschluss in Kenntnis des Verstoßes zugestimmt hat.¹²⁹ Der Kläger trägt die Beweislast für den behaupteten Nichtigkeitsgrund,¹³⁰ der Verein ist hingegen bzgl. der Nichtberuhensfrage beweisbelastet (→ Rn. 24). Die Wirkung des Urteils hängt von der Art des Ausspruchs ab. Ein abweisendes Urteil wirkt nur inter partes, während die Feststellung der Nichtigkeit neben dem Verein für und gegen alle Mitglieder wirkt.¹³¹ Neben der Feststellungsklage kann ggf. auch **einstweiliger Rechtsschutz** eröffnet sein. Zwar ist die Vorwegnahme der Feststellung der Nichtigkeit durch einstweilige Verfügung nicht möglich,¹³² jedoch kann ein Vereinsmitglied gegen den Verein einen im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung der Ausführung eines nichtigen Beschlusses haben.¹³³

113 KG OLGZ 1971, 480; LG Gießen Rpfleger 1998, 523.

114 KG OLGZ 1971, 480; LG Gießen Rpfleger 1998, 523; BayObLG NJW-RR 1997, 289 = FGPrax 1996, 232.

115 BGH ZIP 2007, 1942 (1946) = NJW 2008, 69 ff.; BGHZ 160, 385, 391 f. = ZIP 2004, 2428; BGHZ 153, 32, 37 = ZIP 2003, 290 (292); MüKoBGB/*Arnold* § 32 Rn. 52.

116 BGHZ 59, 369, 374.

117 BGH ZIP 2007, 1942 (1946); BGHZ 49, 209, 211 = NJW 1968, 543; BGHZ 59, 369, 375 = DB 1973, 178 = NJW 1973, 235; BGH DB 1998, 124 = NJW 1998, 684; BayObLG NJW-RR 1997, 289 = FGPrax 1996, 232; OLG Köln OLGZ 1984, 401 (403); OLG Zweibrücken NZG 2002, 436 (437) = Rpfleger 2002, 315.

118 BGHZ 49, 209 = DB 1968, 1406 = NJW 1968, 543; BGHZ 59, 369, 373 = DB 1973, 178 = NJW 1973, 235; OLG Zweibrücken NZG 2002, 436 (437) = Rpfleger 2002, 315; *Soergel/Hadding* BGB § 32 Rn. 16.

119 OLG Frankfurt OLGZ 1984, 11 zur GmbH; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 10; *Keilbach* DNotZ 2001, 671 (682).

120 KG NJW 1988, 3159; vgl. auch BGHZ 47, 172 = NJW 1967, 1268; BGHZ 49, 396 = NJW 1968, 1131.

121 BayObLGZ 1988, 170.

122 Palandt/*Ellenberger* BGB § 25 Rn. 20.

123 Staudinger/*Schwennicke* BGB § 32 Rn. 150 (zur Klagebefugnis des geschäftsführenden Vereinsorgans mit Verweis auf BGH NJW 1975, 2101).

124 OLG Hamm NJW-RR 1997, 989; aA OLG Saarbrücken NZG 2008, 677 = NJW-Spezial 2008, 497; Verwirkung bereits nach einem Monat.

125 BGH NJW 2008, 69 = NZG 2007, 826; OLG Hamm NZG 2014, 510; OLG Saarbrücken NZG 2008, 677 = DSr 2008, 1746; OLG Celle NJW-RR 1994, 1547 = SpuRt 1994, 241.

126 LG Frankfurt NJW-RR 1998, 28.

127 BGH NJW 2008, 69 = ZIP 2007, 1942 (1948); OLG Brandenburg 3.7.2012 – 11 U 174/07, juris Rn. 42; Palandt/*Ellenberger* BGB § 32 Rn. 11; *Röcken* MDR 2013, 817 (819).

128 OLG Hamm NZG 2016, 696; *Wagner* NZG 2016, 1046 (1049).

129 Vgl. BayObLG NJW-RR 1992, 910 zu § 25 WEG.

130 BGHZ 49, 209, 212 f. = DB 1968, 1406 = NJW 1968, 543.

131 BGH NJW-RR 1992, 1209.

132 Zöller/*Vollkommer* ZPO § 940 Rn. 8 Stichwort „Gesellschaftsrecht“.

133 KG GRUR-RR 2011, 280.

befristeter Kauf wie ein befristetes Mietverhältnis zu behandeln, eine Rückabwicklung für die Vergangenheit kommt nicht in Betracht.

IV. Befristeter Ausschluss von Gestaltungsrechten

- 6 Der befristete Ausschluss von Gestaltungsrechten (zB Rücktritt, Kündigung) führt nur zu einer Mindestdauer des Dauerschuldverhältnisses und steht daher einer Befristung nicht gleich. Vorschriften, die eine Partei vor der automatischen Beendigung durch Befristung oder Bedingung schützen sollen, etwa im Mietrecht, können auf den Ausschluss von Kündigungsmöglichkeiten daher nicht entsprechend angewendet werden.¹⁵ In AGB kann ein solcher Ausschluss jedoch nur ausnahmsweise vereinbart werden.¹⁶ Der Schutz vor allzu langfristigen Bindungen im Gesellschaftsrecht wird von der Rechtsprechung durch Anwendung von § 723 Abs. 3 geleistet: In einem Sozietätsvertrag bei Rechtsanwältin hat der BGH eine Regelung für unzulässig lang erachtet, in dem das Recht zur ordentlichen Kündigung für einen Zeitraum von 30 Jahren ausgeschlossen wurde.¹⁷

Titel 5¹ Vertretung und Vollmacht

§ 164 Wirkung der Erklärung des Vertreters

(1) **1** Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. **2** Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.

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

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

Literatur: *Bettermann*, Vom stellvertretenden Handeln, 1937 (Neudruck 1964); *Beuthien*, Gibt es eine organschaftliche Vertretung?, NJW 1999, 1142; *ders.*, Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, in: FS Medicus 1999, S. 1; *ders.*, Zur Theorie der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht, in: FS Zöllner 1998, S. 87; *ders.*, Gilt im Stellvertretungsrecht ein Abstraktionsprinzip?, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Bd. I, S. 81; *ders.*, Gibt es im Gesellschaftsrecht eine gesetzliche Stellvertretung?, in: FS Canaris 2007, Bd. 2, S. 41; *Beuthien/Müller*, Gemischte Stellvertretung und unechte Gesamtprokura, DB 1995, 461; *Börner*, Offene und verdeckte Stellvertretung und Verfügung, in: FS H. Hübner 1984, S. 409; *Buchka*, Die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen, 1852; *Cahn*, Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 247; *Cohn*, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, 1931; *Dölle*, Neutrales Handeln im Privatrecht, in: FS F. Schultz, Bd. 2, 1952, S. 268; *Doerner*, Abstraktheit der Vollmacht, 2018; *Einsele*, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips, JZ 1990, 1005; *Fikentscher*, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154 (1995), 1; *R. Fischer*, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, auch unter Berücksichtigung der Handelsgesellschaften, in: FS Schilling 1973, S. 3; *Fleck*, Mißbrauch der Vertretungsmacht oder Treuebruch des mit Einverständnis aller Gesellschafter handelnden GmbH-Geschäftsführers aus zivilrechtlicher Sicht, ZGR 1990, 31; *Frey*, Rechtsnachfolge in Vollmachtnemer- und Vollmachtgeberstellungen, 1997; *Frotz*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972; *Gernhuber*, Die verdrängende Vollmacht, JZ 1995, 382; *Gessler*, Zum Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, in: FS Caemmerer 1978, S. 531; *Geusen*, Das Handeln unter fremdem Namen im Zivilrecht, Diss. Köln, 1966; *Hager*, Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980), 239; *M.U. Hanau*, Handeln unter fremder Nummer, VersR 2005, 1215; *Hauck*, Handeln unter fremdem Namen, JuS 2011, 967; *Heckelmann*, Mitverschulden des Vertretenen bei Mißbrauch der Vertretungsmacht, JZ 1970, 62; *Himmen*, Der stellvertretungsrechtliche Abstraktionsgrundsatz, Jura 2016, 1345; *J.F. Hoffmann*, Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012, 1156; *G. Hueck*, Bote – Stellvertreter im Willen – Stellvertreter in der Erklärung, AcP 152 (1953), 432; *John*, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, in: FS Mühl 1981, S. 349; *Jahr*, Fremdzurechnung bei Verwaltergeschäften, in: FS F. Weber 1975, S. 275; *Jüngst*, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, 1981; *Klinck*, Stellvertretung im Besitzerwerb, AcP 205 (2005), 487; *Laband*, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB, ZHR 10 (1866), S. 183; *Larenz*, Verpflichtungsgeschäfte „unter“ fremdem Namen, in: FS H. Lehmann 1956, S. 234; *Lenel*, Stellvertretung und Vollmacht, JherJb. 36 (1896), S. 1; *Leo*, Schriftformwahrung bei Stellvertretung in der Gewerberaummieta, NJW 2013, 2392; *Leonhard*, Vertretung und Fremdwirkung, JherJb. 86 (1936/37), S. 1; *Letzgas*, Zum Handeln unter falschem Namen, AcP 137 (1933), 327; *Lieb*, Zum Handeln unter fremdem Namen, JuS 1967, 106; *Lieder*, Trennung und Abstraktion im Recht der Stellvertretung, JuS 2014, 393; *ders.*, Mißbrauch der Vertretungsmacht und Kollusion, JuS 2014, 681; *von Lübtow*, Das Geschäft „für den es angeht“ und sog. „antezipierte

15 BGH NJW 2004, 1448 und NJW 2004, 3117.

16 Näher BGH NJW 2009, 912 f. und NJW 2011, 597; vgl. ferner zum Schutz vor langfristigen Lieferverträgen *Kühn/Stenzel* NJOZ 2014, 1721 (1723 f.) mN.

17 BGH NJW 2007, 295; BGH NZG 2012, 984; dazu *Kühn/Stenzel* NJOZ 2014, 1721 (1723) und *Wackerbarth* EWIR 2012, 721 mit Überlegungen zur zulässigen Bindungsdauer.

1 Beachte hierzu auch §§ 48–58 HGB.

Besitzkonstitut“, ZHR 112 (1949), S. 227; *Lüderitz*, Prinzipien des Vertretungsrechts, JuS 1976, 765; *Metzing*, Folgen des Erlöschens organschaftlicher Vertretungsmacht, NJW 2017, 3194; *ders.*, Das Erlöschen von rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht und Rechtsscheinvollmacht, JA 2018, 413; *L. Mitteis*, Lehre von der Stellvertretung, 1885 (Neudruck 1962); *Mock*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 309, 391, 486; *Moser*, Die Offenkundigkeit im Recht der Stellvertretung, 2010; *K. Müller*, Das Geschäft für den, den es angeht, JZ 1982, 777; *Müller-Erzbach*, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905; *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955; *Ohr*, Zur Dogmatik des Handelns unter fremdem Namen, AcP 152 (1953), 216; *Paulus*, Stellvertretung und unternehmensbezogenes Geschäft, JuS 2017, 301, 399; *Pawlowski*, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, 125; *Pioch*, Der minderjährige Stellvertreter, JA 2018, 815; *Riezler*, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, AcP 98 (1906), 372; *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozess aufgrund der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts, 1908; *G. Roth*, Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den GmbH-Geschäftsführer, ZGR 1985, 265; *Schlossmann*, Die Lehre von der Stellvertretung, 2 Bde. 1900/1902; *ders.*, Organ und Stellvertreter, JherJb. 44 (1902), S. 289; *Scholz*, Missbrauch der Vertretungsmacht durch Gesellschafter-Geschäftsführer, ZHR 182 (2018), 656; *Schott*, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171 (1971), S. 385; *Schreindorfer*, Verbraucherschutz und Stellvertretung, 2012; *K. Schmidt*, Offene Stellvertretung, JuS 1987, 425; *ders.*, BGB AT und Gesellschaftsrecht: Insichgeschäft und Missbrauch der Vertretungsmacht, JuS 2018, 997; *Schwark*, Rechtsprobleme der mittelbaren Stellvertretung, JuS 1980, 777; *Schwarz*, Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen, RabelsZ 2007, 729; *Siebenhaar*, Vertreter des Vertreters?, AcP 162 (1963), S. 354; *Spickhoff*, Kodifikation des Internationalen Privatrechts der Stellvertretung, RabelsZ 80 (2016), 481; *Tank*, Der Mißbrauch von Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, NJW 1969, 6; *Theusinger/Guntermann*, Wann vertritt der Aufsichtsrat die AG? – Neues vom BGH zu § 112 AktG, AG 2017, 798; *Vedder*, Neues zum Missbrauch der Vertretungsmacht – Vorsatzerfordernis, Anfechtbarkeit, negatives Interesse, JZ 2008, 1077; *Wank*, Mißbrauch der Treuhandstellung und der Vertretungsmacht, JuS 1979, 402; *R. Weber*, Das Handeln unter fremdem Namen, JA 1996, 426; *H.P. Westermann*, Mißbrauch der Vertretungsmacht, JA 1981, 521; *H.J. Wolff*, Organschaft und Juristische Person, Bd. 2, Theorie der Vertretung, 1934; *Zehelein*, Verdeckt, ermächtigt, konkludent handelnd – oder verloren?, NZM 2015, 31.

A. Allgemeines	1	3. Rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Stellvertretung	45
I. Begriff der Stellvertretung	1	4. Rechtsfolge der Missachtung eines Vertretungsverbots	46
II. Systematik der gesetzlichen Regelung	2	III. Voraussetzungen der Stellvertretung	47
III. Interessenlage und leitende Prinzipien der gesetzlichen Regelung	4	1. Abgabe einer eigenen Willenserklärung ..	47
1. Bedürfnis für eine Erweiterung bzw. Sicherung des rechtsgeschäftlichen Wirkungskreises	4	a) Botenschaft – Abgrenzung zur Stellvertretung	47
2. Dogmatische Verankerung der gesetzlichen Regelung – Repräsentationsprinzip ..	6	b) Stellvertretung in der Erklärung?	52
3. Interessen des Vertretenen	7	2. Handeln in fremdem Namen	54
4. Schutz des Geschäftsgegners	9	a) Grundsatz	54
a) Offenkundigkeitsprinzip	9	b) Feststellung des Handelns in fremdem Namen	55
b) Abstraktionsprinzip	10	aa) Individualisierbarkeit des Vertretenen	55
c) Vertrauensschutzprinzip	14	bb) Stillschweigende Vertretung – insbesondere unternehmensbezogene Geschäfte	57
5. Interessen des Vertreters	15	c) Irrtum des Vertreters (Abs. 2)	63
IV. Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten ..	16	d) Ausnahmen und Sonderfälle	65
1. Mittelbare Stellvertretung, Treuhand und Einschaltung eines Strohmanns	16	aa) Geschäft für den, den es angeht	65
a) Mittelbare Stellvertretung	16	bb) Handeln unter fremdem Namen	70
b) Treuhandschaft	20	3. Vertretungsmacht	77
c) Strohmann	23	a) Wesen der Vertretungsmacht	77
2. Vermögensverwalter kraft Amtes	24	b) Rechtsgründe für die Vertretungsmacht	78
3. Botenschaft	27	aa) Einheitlichkeit des Begriffs der Vertretungsmacht	78
4. Handeln kraft Ermächtigung	28	bb) Rechtsgeschäftlich begründete Vertretungsmacht	79
5. Wissensvertretung	30	cc) Gesetzlich eingeräumte Vertretungsmacht	80
6. Verhandlungsgehilfen und Abschlussvermittler	31	dd) Organschaftliche Vertretungsmacht ..	81
7. Vertrag zugunsten Dritter	32	c) Sonderformen der Vertretungsmacht ..	82
8. Gesetzlich angeordnete Fremdwirkung ..	33	aa) Gesamtvertretung	82
a) Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs	33	bb) Unterververtretung	83
b) Surrogation	34	d) Missbrauch der Vertretungsmacht	84
B. Regelungsgehalt	35	aa) Allgemeines	84
I. Anwendungsbereich der Stellvertretungsregeln	35	bb) Kollusion	85
1. Rechtsgeschäftliches Handeln	35	cc) Bösgläubigkeit des Geschäftsgegners	86
2. Geschäftsähnliche Handlungen, Einwilligung und Realakte	36	IV. Rechtsfolgen der Stellvertretung	96
3. Vertretung bei Verfahrenshandlungen vor Gerichten und Behörden	39	1. Wirkung für und gegen den Vertretenen ..	96
II. Zulässigkeit der Stellvertretung	42	2. Mitverpflichtung des Vertreters	98
1. Gesetzliche Vertretungsverbote	42	V. Passive Stellvertretung (Abs. 3)	102
2. Vertretungsverbot kraft Natur des Rechtsgeschäfts	44		

C. Weitere praktische Hinweise	104	2. Generalvollmacht	113
I. Prozessuale Fragen	104	3. Gesamtvollmacht	114
1. Beweislast	104	4. Prokura (Einzelprokura)	115
2. Streitverkündung	107	5. Bestellung eines GmbH-Geschäftsführers mit Einzelvertretungsmacht durch die Gesellschafterversammlung (organschaftliche Vertretung)	116
3. Kosten	108	III. Weiterführende Literaturhinweise zur Gestal- tung von Vollmachten	118
a) Entwurf und Prüfung einer Vollmacht	108		
b) Erteilung	109		
c) Herausgabe	110		
d) Vorlage	111		
II. Ausgewählte Musterbeispiele	112		
1. Spezialvollmacht	112		

A. Allgemeines

I. Begriff der Stellvertretung

1 Das BGB regelt in dem mit „**Vertretung und Vollmacht**“ überschriebenen fünften Titel des dritten, dem Rechtsgeschäft gewidmeten Abschnitt das Recht der Stellvertretung. Schon der Standort der Vorschriften macht deutlich, dass es um eine „**Rechtsfigur des Rechts der Rechtsgeschäfte**“ geht.¹ Rechtsgeschäftliches Handeln vollzieht sich durch die Abgabe und den Empfang, insbesondere durch den Austausch von Willenserklärungen. Diese kann eine Person selbst abgeben und in Empfang nehmen; sie kann sich hierbei aber auch eines Dritten bedienen. Von Stellvertretung oder Vertretung spricht man, wenn **jemand – der Vertreter – rechtsgeschäftlich im Namen eines anderen – des Vertretenen – handelt und die Wirkungen des Vertreterhandelns in der Person des Vertretenen eintreten**. § 164 stellt somit eine **Zurechnungsnorm** dar. Der Zurechnungsgrund, also die Legitimation der Rechtsfolgenzurechnung, liegt in der Vertretungsmacht, auf die sich der Vertreter stützen kann und von deren Reichweite sein Handeln gedeckt ist.² Die Vertretungsmacht kann dem Vertreter kraft Gesetzes, kraft seiner Stellung als Organ einer juristischen Person oder Personengesellschaft oder kraft rechtsgeschäftlicher Erteilung (Vollmacht) zustehen.

II. Systematik der gesetzlichen Regelung

2 Der Gesetzgeber hat sich bemüht, in den §§ 164 ff. eine möglichst **einheitliche Regelung des Rechts der Stellvertretung** vorzugeben. Im Grundsätzlichen, also insbesondere soweit es um die Voraussetzungen und Wirkungen geht, unterscheidet das Gesetz nicht nach der Begründung der Vertretungsmacht. Richtig ist allerdings, dass das besondere Augenmerk der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) gilt.³ Von ihr handeln die §§ 166 Abs. 2 bis 176, während die §§ 164–166 Abs. 1 und die §§ 177–181 allgemeine Fragen der Stellvertretung behandeln.

3 § 164 stellt die zentrale Norm des Stellvertretungsrechts dar. Sie beschreibt die **Voraussetzungen** wirksamer Stellvertretung und benennt die wichtigste **Rechtsfolge**, nämlich die unmittelbare Wirkung für und gegen den Vertretenen. **Abs. 1** befasst sich mit der Abgabe einer Willenserklärung durch den Vertreter (aktive Stellvertretung), **Abs. 3** erstreckt dessen Regelungsgehalt sodann auf den Empfang einer Willenserklärung durch den Vertreter (passive Stellvertretung). **Abs. 2** enthält schließlich eine Klarstellung zu dem bereits in Abs. 1 verankerten Offenkundigkeitsprinzip. Sein Regelungsgehalt wird daher im Rahmen dieser Kommentierung im Zusammenhang mit dem Offenkundigkeitsprinzip behandelt.

III. Interessenlage und leitende Prinzipien der gesetzlichen Regelung

4 **1. Bedürfnis für eine Erweiterung bzw. Sicherung des rechtsgeschäftlichen Wirkungskreises.** Um die Möglichkeiten auszuschöpfen, welche die Privatautonomie dem Einzelnen grundsätzlich eröffnet, darf gerade im heutigen, durch Arbeitsteilung und hohe Komplexität gekennzeichneten Rechtsverkehr die eigenhändige Vornahme von Rechtsgeschäften nicht die einzige Form rechtsgeschäftlichen Handelns sein. Vielmehr besteht ein unabweisbares Bedürfnis, den **Wirkungsbereich des einzelnen Teilnehmers am Rechtsverkehr** dadurch zu **erweitern**,⁴ dass andere für ihn rechtserheblich nach außen Erklärungen abgeben und in Empfang nehmen können. *Müller-Freienfels* hat dies auf die kurze Formel gebracht, die rechtsgeschäftliche Stellvertretung diene in erster Linie dem Ziel, eine „**Arbeitsteilung im Prozess der Rechtentstehung und Rechtsausübung**“ zu ermöglichen.⁵

1 Flume BGB AT Bd. 2 § 43 I S. 749.
 2 Bork BGB AT Rn. 1325.
 3 Soergel/Leptien Vor § 164 Rn. 20 mit dem Hinweis, dass dies zu einer vorsichtigen Anwendung der Bestimmungen der §§ 164 ff. auf die Geschäfte der gesetzlichen Vertreter zwingt.
 4 Erman/Maier-Reimer Vor § 164 Rn. 1; Wolf/Neuner BGB AT § 49 Rn. 1; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 2; BeckOGK/Huber BGB § 164 Rn. 2.
 5 Müller-Freienfels, S. 53.

Für das Institut der Stellvertretung besteht dort ein besonders dringlicher Bedarf, wo die betreffende Person von Rechts wegen an eigenem rechtsgeschäftlichem Handeln verhindert ist, etwa weil sie infolge ihrer Unreife (Kinder) oder wegen geistiger oder körperlicher Behinderung hierzu nicht in der Lage ist. Ferner ist an juristische Personen zu denken, die als solche nicht handlungsfähig sind. Diesen Rechtssubjekten **erschließt das Recht der Stellvertretung erst die Teilnahme am Rechtsverkehr.** **5**

2. Dogmatische Verankerung der gesetzlichen Regelung – Repräsentationsprinzip. Die heutige⁶ Konzeption des Stellvertretungsrechts basiert auf der sog. **Repräsentationstheorie.**⁷ Der Tatbestand des Rechtsgeschäfts verwirklicht sich in der Person des Vertreters; er ist der rechtsgeschäftlich Handelnde. Die Wirkungen des von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfts treffen jedoch den Vertretenen, wenn der Vertreter seinen Fremdbindungswillen kundtut und er zum Handeln für den Vertretenen autorisiert ist. Der Vertreter repräsentiert mithin den Vertretenen im rechtsgeschäftlichen Verkehr im Umfang seiner Autorisation. Eine andere Deutung wäre mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 164 nicht zu vereinbaren. Folgerichtig kommt es nach § 166 Abs. 1 für die Beachtlichkeit von Willensmängeln, die Kenntnis und das Kennenmüssen grundsätzlich (Ausnahme in § 166 Abs. 2) auf die Person des Vertreters an. Auf dieser Linie liegt es auch, dem Vertretenen den Widerruf zu gestatten, wenn der **Stellvertreter** bei Vertragsschluss die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen eines **Verbraucherwiderrufsrechts** erfüllt.⁸ Konsequenz dieser Konzeption ist schließlich, dass der Eintritt der Wirkungen für und gegen den Vertretenen im Falle der gewillkürten Stellvertretung auf **zwei voneinander strikt zu trennenden Rechtsgeschäften** beruht: auf der **Erteilung der Vollmacht** sowie auf dem aufgrund der erteilten Vollmacht vom Vertreter vorgenommenen **Vertretergeschäft** (sog. **Trennungsprinzip**).⁹ **6**

3. Interessen des Vertretenen. Das Gesetz bemüht sich in den §§ 164 ff., die Voraussetzungen und Folgen der Stellvertretung so zu regeln, dass unter Berücksichtigung der Verkehrsbedürfnisse den berechtigten Interessen aller Erklärungsbeteiligten entsprochen wird. **7**

Den Interessen des Vertretenen¹⁰ dient – wie bereits dargelegt – die grundsätzliche Eröffnung der **Möglichkeit, sich durch eine andere Person vertreten zu lassen.** Auch die nähere Ausgestaltung des Stellvertretungsrechts verliert den Vertretenen nicht aus den Augen. So muss der Vertretene insbesondere **keine unbegründete Zurechnung des Vertreterhandelns** befürchten. Eine gesetzlich eingeräumte Vertretungsmacht kommt nämlich nur in eng begrenzten Konstellationen in Betracht und im Übrigen ist es der Vertretene selbst, der den Umfang der dem Vertreter zukommenden Vertretungsmacht bestimmt und die erteilte Vollmacht gegebenenfalls widerruft (§ 168 S. 2). Von der Vertretungsmacht nicht gedecktes rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters muss er sich nicht zurechnen lassen (§§ 177, 180). In bestimmten Fällen müssen hiervon jedoch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten Ausnahmen gemacht werden (→ § 167 Rn. 74 ff.). **8**

4. Schutz des Geschäftsgegners. a) Offenkundigkeitsprinzip. Den Schutz des Geschäftsgegners verwirklicht das Gesetz in verschiedener Weise. Dies geschieht zunächst dadurch, dass Abs. 1 S. 1 für den Eintritt der Vertretungswirkung verlangt, dass der Vertreter die Willenserklärung „**im Namen des Vertrete-**“ **9**

6 Das Regelungskonzept des Bürgerlichen Gesetzbuches folgt neueren Vorstellungen. Zur Geschichte des Stellvertretungsrechts vom römischen Recht, das noch durch den Satz „alteri stipulari nemo potest“ (Ulpian D. 45,1, 38,17; hierzu *Kaser*, Römisches Privatrecht Bd. I, 2. Aufl. 1971, §§ 62, 141; *ders.* Bd. II, 2. Aufl. 1975, § 204, und *Wesenberg* FS F. Schulz II 1951, S. 259 ff.) geprägt war, bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vgl. *U. Müller*, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, 1969, ferner die Darstellungen bei *Flume* BGB AT Bd. 2 § 43 2 S. 750, *BeckOGK/Huber* BGB § 164 Rn. 6 ff. und *Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 3 ff. Überblick zur Dogmengeschichte bei *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 6 ff.; eingehend ferner *HKK/Schmoeckel* BGB §§ 164–181 Rn. 1 ff.; *ders.*, Von der Vertragsfreiheit zu typisierten Verkehrspflichten – Zur Entwicklung des Vertretungsrechts, in: *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, S. 77 ff.; *Everding*, Die dogmengeschichtliche Entwicklung im 19. Jahrhundert, Diss. Münster 1951.

7 Wichtig vor allem *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, I § 73; heute ganz *hM*, *MüKoBGB/Schubert* § 164 Rn. 19; *BeckOGK/Huber* BGB § 164

Rn. 11; *Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 32; *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 10 ff.; *Palandt/Ellenberger* BGB Vor § 164 Rn. 2; *Flume* BGB AT Bd. 2 § 43 3 S. 752 ff.; *Bork* BGB AT Rn. 1294; *Enneccerus/Nipperdey* BGB AT § 182 II S. 1115 ff.; krit. *Beuthien* FS Medicus 1999, S. 1 ff.

8 *J.F. Hoffmann* JZ 2012, 1156 (1157 ff.) mit weiterführenden Überlegungen auch zu den Haftungsfragen; für eine doppelte Prüfung der personalen Anwendungsvoraussetzungen des Verbraucherschutzrechts bei den beiden Vertragspartnern und dem Stellvertreter des Kunden hingegen *Schreindorfer*, Verbraucherschutz und Stellvertretung, S. 298. Ausführlich auch *Erman/Koch* BGB § 312 b Rn. 6 ff.

9 *Flume* BGB AT Bd. 2 § 43 3 S. 753; *Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 33; *MüKoBGB/Schubert* § 164 Rn. 184 f.; *BeckOGK/Huber* BGB § 164 Rn. 19 f.; gegen das Trennungsprinzip und damit auch das Repräsentationsprinzip und für ein Verständnis als einheitlicher Gesamttatbestand freilich *Müller-Freienfels*, S. 202 ff.; ihm im Ansatz folgend *Siebenhaar* AcP 162 (1962), 354 ff. und *Thiele*, Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, S. 56 ff. und 246 ff.

10 Hierzu *Erman/Maier-Reimer* BGB Vor § 164 Rn. 3.

nen“ abgibt. Die intendierte Fremdbezogenheit des rechtsgeschäftlichen Vertreterhandelns soll offen gelegt werden, damit der Geschäftsgegner erkennen kann, wer sein Vertragspartner wird. Man spricht daher auch vom Offenkundigkeitsprinzip (mitunter auch Offenheits- oder Offenlegungsgrundsatz genannt). Umstritten ist, ob neben dem Schutz des Geschäftsgegners das Interesse des Rechtsverkehrs an klaren Rechtsverhältnissen als selbstständiges Schutzziel des Offenkundigkeitsprinzips anerkannt werden kann.¹¹ Dafür spricht, dass Vertretergeschäfte auch die dingliche Rechtslage verändern können. Ein solcher Rechtsvorgang muss schon im Hinblick auf den sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz nach außen sichtbar gemacht werden. Für einen Gläubiger muss erkennbar sein, wem die erworbene Sache oder Forderung zusteht, ob sie ihm also beispielsweise als Vollstreckungsobjekt zur Verfügung steht. Eine Bestätigung und Konkretisierung erfährt das Offenkundigkeitsprinzip durch Abs. 2.¹² Zu den Anforderungen des Offenkundigkeitsprinzips an das Auftreten des Vertreters und zu den Abschwächungen und Durchbrechungen, die dieses Prinzip erfahren hat, eingehend noch unter → Rn. 54 ff.

- 10 b) Abstraktionsprinzip.** In Form des Abstraktionsprinzips kommt dem Geschäftsgegner ein weiteres Gestaltungsprinzip des Stellvertretungsrechts zugute. Das maßgeblich von *Laband*¹³ herausgearbeitete Abstraktionsprinzip basiert auf einer strikten **Trennung zwischen der dem Vertreter zukommenden Vertretungsmacht**, die ihn im Außenverhältnis zu Dritten rechtlich in die Lage versetzt, mit Wirkung für und gegen den Vertretenen zu handeln, **und dem dieser rechtlichen Befugnis zugrunde liegenden kausalen Rechtsverhältnis** zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen (Innenverhältnis oder Grundverhältnis). Grundlage dieses Innenverhältnisses kann zB ein Auftrag oder ein Arbeitsvertrag sein. Auf die Vertretungsmacht gründet sich das rechtliche „Können“ des Vertreters im Außenverhältnis; die Absprachen im Innenverhältnis beschreiben das rechtliche „Dürfen“.¹⁴ Beide Verhältnisse können kongruent ausgestaltet sein, müssen dies aber nicht. So ist beispielsweise der Prokurist nach § 49 Abs. 1 HGB grundsätzlich zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Im Innenverhältnis (zB Arbeitsverhältnis) unterliegt er hingegen regelmäßig verschiedenen Beschränkungen (etwa Vorgabe betragsmäßiger Obergrenzen oder sachliche Eingrenzungen wie etwa nur Einkauf oder nur Verkauf). Ein Verstoß gegen diese Pflichtenbindung im Innenverhältnis kann den Vertreter gegenüber dem Vertretenen schadensersatzpflichtig (§ 280) machen oder auch eine Kündigung rechtfertigen.¹⁵ Auf die Wirksamkeit des Vertretergeschäfts hat diese Pflichtverletzung jedoch grundsätzlich keine Auswirkungen.
- 11** Die „Abstraktheit“ der Vertretungsmacht und insbesondere der Vollmacht geht über die bloße Trennung beider Ebenen hinaus und bezeichnet die **Unabhängigkeit der Vertretungsmacht von dem zugrunde liegenden Innenverhältnis**. Vergleichbar dem für das Verhältnis von Verpflichtung zur Verfügung geltenden Abstraktionsprinzip gilt auch hier, dass dem Innenverhältnis entspringende Wirksamkeitsmängel nicht ohne Weiteres auf die Vertretungsmacht durchschlagen. Dieser namentlich in den §§ 167 und 168 zum Ausdruck gelangten gesetzlichen Konzeption würde es widersprechen, würde man die vertragliche Bindung im Innenverhältnis und die Bevollmächtigung zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 zusammenfassen.¹⁶ Hierfür wäre schon eine entsprechende Parteivereinbarung erforderlich. Abgesehen hiervon kann es selbstverständlich vorkommen, dass beide Geschäfte an ein und demselben Mangel leiden und ihnen aus diesem Grunde das gleiche rechtliche Schicksal widerfährt (Fehleridentität). Im Übrigen kann es aber infolge des Abstraktionsprinzips dazu kommen, dass die Vertretungsmacht ohne kausales Rechtsverhältnis besteht, da (nur) dieses an einem Mangel leidet. Denkbar, wenngleich selten vorkommend, ist sogar eine **isolierte Vollmacht**, der von Anfang an kein Innenverhältnis zur Seite gestellt wurde.¹⁷
- 12** Der **Vorteil** dieses künstlich und lebensfremd anmutenden Abstraktionsgrundsatzes wird darin gesehen, dass der **Geschäftspartner der Mühe enthoben** ist, **nähere Erkundigungen über das Innenverhältnis**

11 Dafür MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 24; *Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 35; *BeckOGK/Huber* BGB § 164 Rn. 45; *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 22; *Canaris* FS Flume 1978, S. 371, 407; *K. Schmidt* JuS 1987, 425 (426); dagegen *Bork* BGB AT Rn. 1378 („nur ein Reflex“); *Einsele* JZ 1990, 1005 (1006); *Hager* AcP 180 (1980), 239, 248; *K. Müller* JZ 1982, 777 (779).

12 *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 22.

13 Grundlegend *Laband* ZHR 10 (1866), 1 ff.; näher hierzu *Müller-Freienfels* in *Coing/Wilhelm*, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert II, S. 164 ff., und *Flume* BGB AT Bd. 2 § 45 II 2 S. 785 ff.

14 Zum Bedeutungsgehalt des Abstraktionsgrundsatzes im Stellvertretungsrecht vgl. statt vieler *Staudinger/*

Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 33 f.; *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 39 f.; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 21 f.; *BeckOGK/Huber* BGB § 164 Rn. 19 f.; *Bork* BGB AT Rn. 1487 ff.; *Lieder* JuS 2014, 393 ff. Abweichend *Beuthien* Festgabe Bundesgerichtshof, S. 1 ff., und *Frotz*, S. 328 ff.

15 *KKR/ Roth* HGB § 50 Rn. 4.

16 *Zutr. Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 34 gegen *Beuthien* FG Bundesgerichtshof, S. 88 ff.

17 *BGH* NJW 1981, 1727 (1728); *BGHZ* 110, 363, 367 = *NJW* 1990, 1721; *Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 33; *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 39; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 22; *BeckOGK/Huber* BGB § 164 Rn. 19; *Bork* BGB AT Rn. 1488 ff.

einzuholen. Er kann sich darauf verlassen, dass die Vertretungsmacht des Vertreters von möglichen Mängeln des Innenverhältnisses unberührt bleibt und das Vertretergeschäft hiervon unbeeinflusst wirksam zustande kommen kann. Dies dient dann mittelbar auch der **Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs insgesamt.**¹⁸

Die Abstraktheit der Vertretungsmacht gilt jedoch **nicht absolut.** Eine gewisse Verknüpfung von Innen- und Außenverhältnis sieht das Gesetz selbst in Form der Auslegungsregel des § 168 S. 1 für den Fall der Beendigung des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses vor. Hinzu kommen die **practer legem** entwickelten Grundsätze zur Kollusion und zum Missbrauch der Vertretungsmacht (→ Rn. 84 ff.).

c) Vertrauensschutzprinzip. Darüber hinaus wird derjenige, der mit einem Vertreter kontrahiert, in seinem subjektiven Vertrauen auf den Bestand der Vertretungsmacht unter bestimmten Voraussetzungen auch dann geschützt, wenn die behauptete Vertretungsmacht objektiv nicht oder nicht mehr besteht. Ausdruck dieses Vertrauensschutzes sind vor allem die §§ 170 ff. und die in Anlehnung hieran entwickelten Grundsätze der **Rechtsscheinsvollmacht.**¹⁹ Der Schutz des Vertrauens ist nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt, geht er doch zwangsläufig mit einer Zurücksetzung der Interessen des Vertretenen einher. Ist ein anerkannter Ausnahmetatbestand nicht gegeben, so wird der Vertretene nicht verpflichtet. Dem enttäuschten Geschäftsgegner bleibt hier nur die Inanspruchnahme des vollmachtlosen Vertreters nach § 179. Das Gesetz schützt das Vertrauen auf die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht hier immerhin noch insoweit, als es dem Vertragsgegner erlaubt, sich beim **falsus procurator** zu erholen.²⁰

5. Interessen des Vertreters. Dem Vertreter ist daran gelegen, die Rechtswirkungen des Vertretergeschäfts in der Person des Vertretenen eintreten zu lassen, ohne selbst eine rechtliche Bindung im Außenverhältnis einzugehen.²¹ Diesem Interesse trägt das Gesetz Rechnung, indem es die Vornahme des Vertretergeschäfts als ein für den Vertreter neutrales Geschäft kennzeichnet. Die Wirkungen treten unmittelbar in der Person des Vertretenen ein. So erklärt sich auch, dass selbst ein beschränkt Geschäftsfähiger das Vertretergeschäft wirksam vornehmen kann (§ 165). Eine Haftung im Außenverhältnis kann sich allenfalls aus § 179 unter dem Gesichtspunkt der Vertretung ohne Vertretungsmacht ergeben. Allerdings trägt die abgestufte Regelung des § 179 auch insoweit der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit des Vertreters Rechnung. Von einer Inanspruchnahme nach § 179 entlastet den Vertreter im Übrigen tendenziell auch das Abstraktionsprinzip, wird doch die Fehleranfälligkeit der Bevollmächtigung durch die Loslösung vom Grundverhältnis deutlich gemindert.²²

IV. Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten

1. Mittelbare Stellvertretung, Treuhand und Einschaltung eines Strohmanns. a) **Mittelbare Stellvertretung.** Von der in den §§ 164 ff. geregelten unmittelbaren Stellvertretung ist die sog. mittelbare (auch indirekte, stille oder verdeckte) Stellvertretung zu unterscheiden.²³ Die Bezeichnung „mittelbare Stellvertretung“ ist irreführend, da bei dieser Form der rechtsgeschäftlichen Wahrnehmung fremder Interessen der Geschäftsherr selbst im Außenverhältnis gegenüber dem Dritten nicht gebunden wird, er durch die Mittelsperson mithin nicht im strengen Sinne des Wortes „vertreten“ wird. Berechtigt und verpflichtet wird aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäft allein der mittelbare Stellvertreter.²⁴ Dieser handelt, und dies kennzeichnet nun die mittelbare Stellvertretung, **im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung des Geschäftsherrn.**²⁵ Im hiervon zu trennenden²⁶ Innenverhältnis – häufig liegt ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde – unterliegt der mittelbare Stellvertreter verschiedenen Bindungen, die sicherstellen sollen, dass das wirtschaftliche Ergebnis dem Geschäftsherrn zugutekommen soll. Im Gegenzug wird dem mittelbaren Stellvertreter regelmäßig eine Provision für die Ausführung des Geschäfts zugesagt. Für diese Vorgehensweise kann es verschiedene Gründe geben.²⁷ Insbesondere kann dem Geschäftsherrn daran gelegen sein, nach außen nicht in Erscheinung treten zu müssen. Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung

18 Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 40; dazu MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 18.
19 Als eigenständiges Prinzip wird der Vertrauensschutz etwa bei Erman/Maier-Reimer BGB Vor § 164 Rn. 8, bei Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 37 und MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 25 angesehen.
20 Die Haftung nach § 179 wird allg. als Fall der Vertrauenshaftung angesehen, vgl. BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739 (1742); BGHZ 39, 45, 51 = NJW 1963, 759; MüKoBGB/Schubert § 179 Rn. 2; Staudinger/Schilken BGB § 179 Rn. 2.
21 Bork BGB AT Rn. 1291.
22 Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 40; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 17.

23 Ausf. zur mittelbaren Stellvertretung aus neuerer Zeit Hager AcP 180 (1980), 239 ff. und Schwark JuS 1980, 777 ff.
24 BGH DB 1958, 1359.
25 Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 42; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 40; BeckOGK/Huber BGB § 164 Rn. 84; Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 6; Soergel/Leptien Vor § 164 Rn. 33.
26 Ganz hM, vgl. nur BGH NJW 1969, 276; Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 33; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 42.
27 Wolf/Neuner BGB AT § 49 Rn. 60.

unterscheiden sich damit weniger im wirtschaftlichen Ergebnis der Transaktion als in der rechtlichen Konstruktion.

- 17 Die mittelbare Stellvertretung hat zwar **im BGB keine Regelung erfahren**,²⁸ aufgrund der im Bürgerlichen Recht herrschenden Vertragsfreiheit ist diese durchaus praxisrelevante Konstruktion jedoch ohne Weiteres zulässig. Das HGB hat zudem **zwei handelsrechtliche Anwendungsfälle** der mittelbaren Stellvertretung normiert: das Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff. HGB) und das Speditionsgeschäft (§§ 453 ff. HGB). Abgesehen von den für diese Geschäfte geltenden Sondervorschriften des HGB vollzieht sich die rechtliche Beurteilung der mittelbaren Stellvertretung **anhand der allgemeinen Vorschriften** des BGB.
- 18 Die **spezifische Problematik der mittelbaren Stellvertretung** resultiert im Wesentlichen aus dem Umstand, dass die Rechtsstellung des mittelbaren Stellvertreters im Außenverhältnis derjenigen eines für sich selbst Handelnden entspricht, aufgrund der Absprachen im Innenverhältnis dies jedoch lediglich zum Zweck der Weitergabe an den eigentlich an dem Geschäft Interessierten geschieht. Die tatsächliche Interessenlage und die rechtliche Gestaltung stimmen mithin nicht in vollem Umfang überein.²⁹ Eine Milderung wird nicht selten durch eine Annäherung der Bewertungsmaßstäbe an die unmittelbare Stellvertretung erstrebt.³⁰
- 19 Über die dem mittelbaren Stellvertreter zur Veräußerung übergebenen Gegenstände verfügt dieser mit **Ermächtigung** des Geschäftsherrn (§ 185).³¹ Die Übertragung des aus dem Ausführungsgeschäft Erlangten auf den Geschäftsherrn erfolgt durch Abtretung (§ 398 ggf. iVm § 413) oder durch Übereignung (§§ 929 ff.). Vor der Vollziehung des Übertragungsaktes **unterliegt der Gegenstand** allerdings grundsätzlich dem **Zugriff der Gläubiger des mittelbaren Stellvertreters**.³² Hiervon macht nur **§ 392 Abs. 2 HGB** zugunsten des Kommittenten eine Ausnahme (Rechte des Kommittenten: Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO und Aussonderung nach § 47 InsO).³³ Hierbei handelt es sich um eine singuläre Vorschrift, die nach zutreffender herrschender Meinung nicht verallgemeinerungsfähig ist.³⁴ Das den Geschäftsherrn grundsätzlich treffende Risiko des Gläubigerzugriffs kann aber immerhin dadurch gemindert werden, dass der rechtsgeschäftliche **Übertragungsakt bereits vor dem Vollzug des Ausführungsgeschäfts** vorgenommen wird, also eine Vorausabtretung oder ein antizipiertes Besitzkonstitut (§ 930) vereinbart wird.³⁵ Die Rechtsposition des Geschäftsherrn wird darüber hinaus auch dadurch verstärkt, dass es dem mittelbaren Stellvertreter gestattet wird, den seinem Geschäftsherrn entstandenen Schaden in dessen Interesse bei dem hierfür verantwortlichen Partner des Ausführungsgeschäfts zu liquidieren (**Drittschadensliquidation**).³⁶ Im Innenverhältnis kann der Geschäftsherr den geleisteten Schadensersatz bzw. den Anspruch an sich ziehen (§ 285).
- 20 **b) Treuhandschaft.** Die Treuhandschaft ist ein gesetzlich nicht näher definierter Rechtsbegriff.³⁷ Durch ihn sollen solche Rechtsverhältnisse gekennzeichnet werden, bei denen jemand – nämlich der Treugeber – einem anderen – dem Treuhänder – zu einem bestimmten Zweck (meist Sicherung oder Verwaltung) Rechtsmacht über seine Vermögensgüter einräumt.³⁸ Die ihm verliehene Rechtsmacht übt der Treuhänder jedenfalls auch im Interesse des Treugebers aus. Soweit der Treuhänder nach außen rechtsgeschäftlich auftritt, handelt er im Regelfalle in eigenem Namen, schuldrechtlich gebunden durch die Absprachen im Innenverhältnis. Dies rückt die Treuhandschaft in ein gewisses Näheverhältnis zur mittelbaren Stellvertretung.³⁹
- 21 Trotz dieser Übereinstimmung **kann die Treuhand nicht pauschal der mittelbaren Stellvertretung zugeordnet werden.** Vom äußeren Erscheinungsbild unterscheiden sich beide Konstellationen regelmäßig

28 Dies kritisierend MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 39. Zu den historischen Hintergründen HKK/Schmoeckel BGB § 164 Rn. 9.
 29 Wolf/Neuner BGB AT § 49 Rn. 61; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 39.
 30 Hager AcP 180 (1980), 239 und Schwark JuS 1980, 777; krit. Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 34.
 31 Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 44 MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 40.
 32 Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 43; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 44; Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 6; Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 35.
 33 Näher zum Regelungsgehalt dieser Vorschrift statt vieler K. Schmidt HandelsR., 5. Aufl. 1999, S. 897 ff. mwN.
 34 RGZ 58, 273, 276; RGRK/Steffen BGB Vor § 164 Rn. 3; Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 35; Enneccerus/Nipperdey BGB AT II S. 1098; aA

Hager AcP 180 (1980), 239, 250, und Schwark JuS 1980, 777 (781).
 35 Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 6; näher hierzu Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 36; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 45 f.; Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 45.
 36 BGHZ 25, 250, 258 = NJW 1957, 1838; BGHZ 40, 91, 100 = NJW 1963, 2071; BGH NJW 1989, 3099; BGHZ 176, 281 ff. = NJW 2008, 2245 ff.; BGH WM 2009, 1182 ff.; beachte aber auch BGHZ 133, 36 = NJW 1996, 2734.
 37 Für eine eingehendere Auseinandersetzung mit der Rechtsfigur der Treuhand vgl. vor allem Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973; Grundmann, Der Treuhandvertrag, 1997; und Henssler AcP 196 (1996), 37 ff.
 38 Bork BGB AT Rn. 1313.
 39 Enneccerus/Nipperdey BGB AT II S. 1103; Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 48.

dadurch, dass der mittelbare Vertreter bezogen auf ein bestimmtes Veräußerungsgeschäft als Durchgangsperson agiert, während dem Treuhänder üblicherweise für eine gewisse Dauer eine zweckgebundene Verwaltung- und/oder Verfügungsbefugnis über den Treuhandgegenstand eingeräumt wird.⁴⁰ Mitunter fehlt es sogar an der Befugnis, über das Treugut zu verfügen, so in manchen Konstellationen der reinen **Verwaltungstreuhand**.⁴¹ In vielen anderen Fällen wird es sich wiederum so verhalten, dass das Treugut dem Treuhänder „zu treuen Händen“ übertragen wird, er im Außenverhältnis daher als Rechtsinhaber verfügt (**fiduziarische Vollrechtstreuhand**);⁴² auch dies eine signifikante Abweichung vom Modell der mittelbaren Stellvertretung.⁴³ Denkbar ist freilich auch der Fall, dass das Eigentum bzw. die Inhaberschaft beim Treugeber verbleibt und der Treuhänder im Außenverhältnis kraft einer ihm erteilten Ermächtigung verfügt (sog. **Ermächtigungstreuhand**). In dieser Konstellation wird er mithin als mittelbarer Stellvertreter tätig.⁴⁴ An die Stelle einer Ermächtigung kann auch eine Bevollmächtigung treten (**Vollmachtstreuhand**). Dies wäre dann ein Fall der unmittelbaren Stellvertretung nach den §§ 164 ff.⁴⁵

Auch umgekehrt gilt: **Nicht jeder Fall der mittelbaren Stellvertretung begründet zugleich ein Treuhandverhältnis**;⁴⁶ dies schon deshalb nicht, da für ein Treuhandverhältnis stets ein Treugut vorhanden sein muss, welches der Treuhänder nach hM zudem unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers erlangen muss.⁴⁷ Für die Annahme eines (echten) Treuhandverhältnisses würde es also nicht ausreichen, dass der mittelbare Stellvertreter von einem Dritten für den Geschäftsherrn einen Gegenstand erwirbt.

c) Strohmann. Der mittelbare Stellvertreter kann auch die Rolle eines Strohmanns übernehmen, nämlich dann, wenn er von einem Hintermann, der das beabsichtigte Veräußerungs- oder Erwerbsgeschäft selbst nicht vornehmen kann oder will, vorgeschoben wird.⁴⁸ Es handelt sich hierbei in aller Regel nicht um ein Scheingeschäft. Denn die erklärte Rechtsfolge ist von den Beteiligten normalerweise ernstlich gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht würde.⁴⁹ Bestehen auch unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung keine Bedenken, was im Einzelfall genau zu prüfen ist,⁵⁰ so wird aus dem Geschäft mit dem Dritten der Strohmann selbst berechtigt und verpflichtet, und zwar unabhängig von dem Wissen des Dritten um die Strohmanneigenschaft seines Vertragspartners.⁵¹ Nach Erwerb des Gegenstandes kann ihm die Funktion eines Treuhänders zukommen.⁵² Anders als im Normalfall eines Treuhandverhältnisses soll es dem Hintermann jedoch verwehrt sein, die treuhänderische Bindung zum Nachteil von Dritten in Anspruch zu nehmen. Ihm wird weder ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO bei Insolvenz des Strohmannes noch die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zur Abwehr des vollstreckungsrechtlichen Zugriffs der Gläubiger des Strohmannes zuerkannt.⁵³ Ob dem auch in den Fällen gefolgt werden kann, in denen der Hintermann etwa nur aus Gründen der Diskretion nicht in Erscheinung treten möchte, erscheint jedoch zweifelhaft.⁵⁴ Gegen den Hintermann kann der Dritte jedenfalls nicht unmittelbar vorgehen. Hierzu kann es erst nach der Pfändung des dem Strohmann zustehenden Schuldbefreiungsanspruchs kommen.⁵⁵

40 MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 51 ff.; Erman/Maier-Reimer BGB Vor § 164 Rn. 16; Wolf/Neuner BGB AT § 49 Rn. 63.

41 MüKoBGB/Schubert Vor § 164 Rn. 52 f.

42 Wolf/Neuner BGB AT § 49 Rn. 64.

43 MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 53.

44 Bork BGB AT Rn. 1316.

45 Staudinger/Schilken BGB Vor § § 164 ff. Rn. 48; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 55; Wolf/Neuner BGB AT § 49 Rn. 64.

46 Staudinger/Schilken BGB Vor § § 164 ff. Rn. 48.

47 RGZ 84, 214, 218; BGH WM 1960, 325; krit. zu diesem Unmittelbarkeitsprinzip Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 56. Eingehend auch Grundmann, Treuhandvertrag, S. 312 ff. und 415 f.

48 Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 37; MüKoBGB/Schubert Vor § 164 Rn. 47; Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 8; eingehend zur Rechtsfigur des Strohmanns Gerhardt FS Lücke 1997, S. 121 ff.

49 BGHZ 21, 378, 382 = NJW 1957, 19; BGH NJW 1982, 569 f.; 1995, 727; BGH NJW 2002, 2030 f.; vgl. auch OLG Naumburg MDR 2005, 741; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 48; Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 38; Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 8.

50 Vgl. hierzu Palandt/Ellenberger § 134 Rn. 28 f.

51 BGH WM 1964, 179; NJW 1982, 569 (570); OLG Koblenz VersR 1998, 200; Staudinger/Schilken BGB Vor § § 164 ff. Rn. 50; Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 8.

52 Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 37; insbes. in Form der Verwaltungstreuhand, so zutr. Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 8. Mitunter wird die Stellung des Strohmanns gegenüber dem Hintermann generell mit derjenigen eines Treuhänders gleichgesetzt (so etwa BGH WM 1964, 179; Erman/Maier-Reimer BGB Vor § 164 Rn. 22, und – allerdings unter Modifikation der Rechtsfolgen – Flume BGB AT Bd. 2 § 20 2 b S. 407), was in dieser Allgemeinheit nicht zutrifft (zu Recht krit. Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 37). Zur Herausgabepflicht des Strohmanns im Innenverhältnis auch OLG Köln BeckRS 2008, 00014.

53 BGH WM 1964, 179; Enneccerus/Nipperdey BGB AT II S. 1104; Flume BGB AT Bd. 2 § 20 2 b S. 407; Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 37; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 57.

54 Zu Recht krit. Gerhardt FS Lücke 1997, S. 127 ff. und Staudinger/Schilken BGB Vor § § 164 ff. Rn. 50.

55 Staudinger/Schilken BGB Vor § § 164 ff. Rn. 50; Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 8.

- 24 2. Vermögensverwalter kraft Amtes.** Zu einem Handeln mit Fremdwirkung sind auch solche Personen befugt, die als **besondere Verwalter über das Vermögen des Inhabers** eingesetzt sind. Sie sind – unter Verdrängung des Vermögensinhabers, dem insoweit die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis entzogen ist – mit der Rechtsmacht ausgestattet, über das Vermögen zu verfügen und Verbindlichkeiten zulasten des Vermögensträgers einzugehen. Ihre Einsetzung kann auf einem Staatsakt beruhen, so beim **Insolvenzverwalter** (§ 80 InsO), beim **Zwangsverwalter** (§ 152 ZVG) und beim **Nachlassverwalter** (§ 1985 BGB), oder – wie beim **Testamentsvollstrecker** (§ 2205 BGB) – auf einer testamentarischen Verfügung des Erblassers.
- 25** Von den herkömmlichen Fällen der Stellvertretung unterscheidet sich das Handeln dieser Verwalter dadurch, dass es nicht allein den Interessen des Vermögensinhabers verpflichtet ist.⁵⁶ Der Insolvenzverwalter hat beispielsweise auf eine gleichmäßige, den Vorgaben der Insolvenzordnung Rechnung tragende Gläubigerbefriedigung zu achten. Richtschnur des Handelns des Testamentsvollstreckers ist wiederum die Wirklichkeit des Erblasserwillens. Dem Verwalter obliegt es allgemein, die vorprogrammierten Interessenkonflikte auszugleichen, weshalb auch von „neutralem Handeln“ gesprochen worden ist.⁵⁷ Sogar gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen dem Verwalter und dem Träger des von ihm verwalteten Vermögens sind denkbar (vgl. zB § 2217). Diese **andere gelagerte Interessenwahrnehmung** zeigt sich auch in dem Umstand, dass der Verwalter nicht – wie von der gewillkürten Stellvertretung her bekannt – einseitig durch den Vermögensträger wieder abberufen werden kann.⁵⁸
- 26** Insbesondere diese soeben bezeichneten signifikanten Abweichungen vom Grundmuster der Stellvertretung haben die Rechtsprechung und Teile der Literatur bewogen, in dem Verwalter den Träger eines nicht öffentlichen, privaten Amtes zu sehen (sog. **Amtstheorie**).⁵⁹ In einem gerichtlichen Verfahren trete er in gesetzlicher Prozessstandschaft als Partei kraft Amtes auf. Eine zwingende Notwendigkeit, für diese Fälle eine eigene Kategorie zu eröffnen und sie damit dem Stellvertretungsrecht zu entziehen, besteht jedoch richtiger Ansicht nach nicht. Entscheidend sind die Rechtswirkungen des Verwalterhandelns, und diese treten in der Person des Vermögensträgers ein.⁶⁰ Es geht also um gesetzliche, da vom Willen des Vermögensträgers unabhängige, Stellvertretung. Den angesprochenen Besonderheiten muss ggf. durch eine modifizierte Anwendung der Stellvertretungsregeln Rechnung getragen werden. Diese sog. **Vertretertheorie** wird von großen Teilen des Schrifttums – neuerdings auch in modifizierter Form – vertreten.⁶¹ Bei allem Streit besteht doch immerhin Einigkeit dahin gehend, dass der dogmatischen Erfassung der Rechtsstellung des Verwalters für die Entscheidung praktischer Fragen kaum Bedeutung zukommt.⁶²
- 27 3. Botenschaft.** Die Einschaltung der Mittelsperson kann auch in der Weise erfolgen, dass dieser lediglich die **Übermittlung einer fremden, bereits fertig vorliegenden Willenserklärung** aufgetragen wird. Man spricht in diesen Fällen von Botenschaft. Anders als der Stellvertreter, der eine eigene Willenserklärung abgibt, bildet ein Bote keinen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen. Zu den Einzelheiten der Abgrenzung → Rn. 47 ff.
- 28 4. Handeln kraft Ermächtigung.** In einem funktionalen Näheverhältnis zur Stellvertretung steht das Handeln kraft einer vom Rechtsinhaber erteilten Ermächtigung.⁶³ Beiden Rechtsfiguren ist gemein, dass einer Person vom Berechtigten die Befugnis eingeräumt wird, durch rechtsgeschäftliches Handeln auf dessen

56 *Flume* BGB AT Bd. 2 § 44 IV 2 S. 781; *Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 58; *BeckOGK/Huber* BGB § 164 Rn. 78.

57 *Dölle* FS F. Schulz II, S. 272 ff.

58 *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 74; *Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 58.

59 St. Rspr. des BGH, vgl. etwa BGHZ 24, 393, 396 = NJW 1957, 1361 und BGHZ 100, 346, 351 = NJW 1987, 3133 für den Konkurs- bzw. jetzt Insolvenzverwalter; BGH NJW-RR 1993, 442 für den Zwangsverwalter; BGHZ 38, 281, 284 = NJW 1963, 297 für den Nachlassverwalter; BGH NJW-RR 1987, 1090 (1091) für den Testamentsvollstrecker; *RGRK/Steffen* BGB Vor § 164 Rn. 11; *Palandt/Ellenberger* BGB Vor § 164 Rn. 9; *Hk-BGB/Dörner* Vor §§ 164–181 Rn. 11; *Zöller/Althammer* ZPO § 51 Rn. 7; für eine „Amtstheorie in fortgeführter Ausprägung“ auch *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 Rn. 77.

60 So schon *Enneccerus/Nipperdey* BGB AT II S. 1106.

61 *Enneccerus/Nipperdey* BGB AT II S. 1106; *Flume* BGB AT Bd. 2 § 44 IV 2 S. 781; *Larenz* BGB AT, 7. Aufl. 1989, S. 586 f.; *Medicus/Petersen* BGB AT

Rn. 925; *MüKoBGB/Schubert* § 164 Rn. 62; für eine „neue Vertreter- und Organtheorie“ im Hinblick auf den Konkursverwalter *K. Schmidt* KTS 1984, 345 ff.; *ders.* NJW 1995, 912 f.

62 So auch die Einschätzung von *Flume* BGB AT Bd. 2 § 44 IV 2 S. 781; *MüKoBGB/Schubert* § 164 Rn. 62. Für eine eingehendere Auseinandersetzung mit den Argumenten der verschiedenen Ansätze, zu denen auch die früher vertretene Organtheorie (insbes. *Böttcher* ZJP 1977, 55 ff.) zählt, vgl. daher das *Spezialschrifttum*, insbes. *Stein/Jonas/Jacoby* ZPO Vor § 50 Rn. 25 ff., und *Jaeger/Henckel/Gerhardt* InsO § 80 Rn. 11–20.

63 Zur Ermächtigung vgl. vor allem die Schriften: *Doris*, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, 1974; *Ludewig*, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, 1922. Zu den Sonderformen der Ermächtigung etwa der Einziehungsermächtigung, der gewillkürten Prozessstandschaft und der Erwerbsermächtigung, vgl. im Übrigen *Staudinger/Schilken* BGB Vor §§ 164 Rn. 62 ff.

Rechtskreis unmittelbar einzuwirken.⁶⁴ Übereinstimmung besteht auch insoweit, als sich in beiden Fällen das rechtliche Dürfen des Handelnden nach den Absprachen im Innenverhältnis bestimmt.⁶⁵ Wie der Vertretene behält im Übrigen auch der Ermächtigende die Rechtsmacht, selbst wirksam über den betreffenden Gegenstand zu verfügen.⁶⁶ Und doch besteht ein kategorialer Unterschied: Die Ermächtigung verleiht dem Adressaten die Befugnis, **im eigenen Namen ein fremdes Recht auszuüben oder geltend zu machen**, insbesondere mit Wirkung zulasten des Rechtsinhabers darüber zu verfügen.⁶⁷ Das vom Ermächtigten vorgenommene Rechtsgeschäft ist – auch wenn die dingliche Rechtsfolge den Rechtsinhaber trifft – ein eigenes Rechtsgeschäft des Ermächtigten. Das vom Vertreter in fremdem Namen abgeschlossene Vertretergeschäft wird hingegen nach § 164 dem Vertretenen zugerechnet; es handelt sich also um ein Geschäft des Vertretenen.⁶⁸ Die Ermächtigung basiert demzufolge auch nicht auf den §§ 164 ff., sondern stellt sich als ein Sondertatbestand der in den §§ 182 ff. geregelten Zustimmung, nämlich einer Einwilligung nach § 185 Abs. 1, dar.⁶⁹

Die unterschiedliche dogmatische Verortung beider Rechtsinstitute offenbart noch eine weitere Verschiedenheit: die **Ermächtigung ist** auf einen bestimmten – bereits vorhandenen – **Gegenstand bezogen**, während die Vollmacht keine derartige gegenständliche Begrenzung kennt und auf die Person des Vertretenen, dessen Rechtszuständigkeit sie erweitert, bezogen ist.⁷⁰ Die Vollmacht reicht insofern weiter. Anders als die Ermächtigung erlaubt sie insbesondere die Begründung rechtsgeschäftlicher Pflichten in der Person des Vertretenen.⁷¹ Nach alledem ist der Unterschied zwischen der Vollmacht und der Ermächtigung nicht nur gradueller Art.⁷² Dies schließt es indes nicht aus, dass sich im konkreten Fall die Abgrenzung schwierig gestaltet. In Zweifelsfällen ist das Gemeinte unter Berücksichtigung des Zwecks bzw. der Interessenlage im Wege der **Auslegung** zu ermitteln.⁷³ Der Bezeichnung der Parteien wird dabei zu Recht keine maßgebende Bedeutung beigemessen.⁷⁴

5. Wissensvertretung. Das BGB macht den Eintritt von Rechtsfolgen des Öfteren davon abhängig, dass jemand bestimmte Tatsachen kennt oder kennen muss (vgl. zB §§ 142 Abs. 2, 442 Abs. 1, 819 Abs. 1, 932, 990 Abs. 1). Fraglich ist, wie zu entscheiden ist, wenn nicht der Geschäftsherr, wohl aber ein für ihn handelnder Dritter über die entsprechenden Kenntnisse verfügt. Im Versicherungsrecht spielt diese Problemstellung im Hinblick auf die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers eine bedeutsame Rolle (vgl. hierzu die Sondervorschriften der §§ 2 Abs. 3, 20 VVG). Das Recht der Stellvertretung kennt mit § 166 eine Norm, die sich mit der Zurechnung von die Willenserklärung begleitenden Umständen befasst. Sie wird von der hM auf alle Personen (analog) angewendet, die – unabhängig von der Vertretungsbefugnis – vom Geschäftsherrn dazu bestellt sind, an seiner Stelle und mit eigener Entscheidungsgewalt rechtserhebliche Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen.⁷⁵ Bei dieser mitunter sog. Wissensvertretung geht es nicht – wie bei der Stellvertretung – um die Zurechnung von Willenserklärungen, sondern um die **Zurechnung des Wissens Dritter als eigenes**.⁷⁶ Zu den Einzelheiten vgl. die Kommentierung zu § 166.

6. Verhandlungsgehilfen und Abschlussvermittler. Vom Stellvertreter sind ferner solche Personen zu unterscheiden, die im Stadium der Vertragsanbahnung für die späteren Vertragsparteien tätig werden, die Vertragsschlussklärungen jedoch nicht selbst abgeben. Diese Hilfskräfte werden vom Geschäftsherrn beispielsweise mit der Verhandlungsführung betraut oder um Vermittlung des Geschäfts gebeten. Letzteres

29

30

31

64 MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 59; Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 64; Soergel/Leptien BGB Vor § 182 Rn. 17; Doris, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, 1974, S. 25 f.; Flume BGB AT Bd. 2 § 57 1 b S. 904 („artverwandt“).

65 Flume BGB AT Bd. 2 § 57 1 c S. 905; Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 63; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 38. Auf die Ermächtigung müssen folgerichtig auch die Grundsätze über den Vollmachtsmissbrauch angewendet werden; vgl. Flume BGB AT Bd. 2 § 57 1 c S. 905.

66 Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 63; MüKoBGB/Schubert Vor § 164 Rn. 58.

67 Flume BGB AT Bd. 2 § 57 1 b S. 903; Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 62; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 58.

68 Flume BGB AT Bd. 2 § 57 1 b S. 904; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 59.

69 Flume BGB AT Bd. 2 § 57 1 b S. 903.

70 Flume BGB AT Bd. 2 § 57 1 b S. 904; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 59; RGRK/Steffen BGB Vor

§ 164 Rn. 14; Doris, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, 1974, S. 28 f.; Thiele, Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, S. 146 f.

71 Zur Unzulässigkeit einer sog. Verpflichtungsermächtigung vgl. Peters AcP 171 (1971), 234, 238 ff.

72 So aber Müller-Freienfels, S. 100; wie hier Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 64.

73 BGH WM 1972, 994. Hierzu auch eingehend MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 59; ferner RGRK/Steffen BGB Vor § 164 Rn. 14.

74 MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 59.

75 Vgl. statt vieler Richardi AcP 169 (1969), 387; Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983, S. 213 ff.; Grigoleit ZHR 181 (2017), 160, 183 f.; aus der Rspr. zuletzt BGHZ 132, 30, 37 = NJW 1996, 1339; BGHZ 135, 202 = NJW 1997, 1917; BGH BGHReport 2003, 1051; NJW 2016, 3445 (3450).

76 Erman/Maier-Reimer BGB Vor § 164 Rn. 28; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 63.

trifft beispielsweise auf den Makler nach § 652, soweit er auch die Vermittlung übernommen hat, den Handelsmakler (§§ 93 ff. HGB) und den Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB) zu. All diese Personen wirken zwar am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts mit, etwa indem sie die Vertragspartner erst zusammenführen, und nehmen oftmals auch Einfluss auf den Inhalt des Vertrages, sind aber regelmäßig **nicht vertretungsbe- fugt** (beachte allerdings für den Handelsvertreter § 84 Abs. 1 S. 1 Fall 2 HGB). Daher **finden die Regeln des Stellvertretungsrechts auf sie grundsätzlich keine Anwendung**.⁷⁷ Eine Ausnahme gilt für den Widerruf der „Verhandlungsvollmacht“, auf den § 168 analoge Anwendung finden soll,⁷⁸ und die Wissenszurechnung analog § 166 BGB (zu den Voraussetzungen → Rn. 30 und → § 166 Rn. 8 ff.). Setzt sich der Abschlussvermittler über seine fehlende Vollmacht hinweg, so gelten für das namens des Geschäftsherrn abgeschlossene Rechtsgeschäft die §§ 177–180,⁷⁹ soweit nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht erfüllt sind (beachte beim Handelsvertreter auch § 91 a HGB). Zur Eigenhaftung von Verhandlungsgehilfen unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss AnwK-SchuldR/Krebs, → § 311 Rn. 47 ff.

32 7. Vertrag zugunsten Dritter. Stellvertretung und Vertrag zugunsten Dritter weisen eine Gemeinsamkeit auf: In beiden Fällen wird für einen Dritten durch das rechtsgeschäftliche Handeln anderer unmittelbar eine Berechtigung begründet. Diese Gemeinsamkeit ist jedoch nur äußerlicher Natur.⁸⁰ Zwischen beiden Instituten besteht vielmehr ein **kategorialer Unterschied**, handelt es sich doch bei der Stellvertretung um eine „Sonderkategorie des Geschäftsabschlusses“, während der Vertrag zugunsten Dritter eine „Sonderkategorie des Vertragsverhältnisses“ darstellt.⁸¹ Dies äußert sich dann darin, dass der Begünstigte beim Vertrag zugunsten Dritter nicht Partei des Vertrages wird, sondern lediglich ein Forderungsrecht erhält, im Übrigen ohne korrespondierende Verpflichtung. Diesen Vertrag schließt der Versprechensempfänger mit dem Versprechenden auch nicht etwa im fremden, sondern im eigenen Namen ab.

33 8. Gesetzlich angeordnete Fremdwirkung. a) Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs. Gewisse Anklänge an das Institut der Stellvertretung vermittelt die Lektüre des § 1357 (vormals „Schlüsselgewalt“), wonach durch Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie, die ein Ehegatte besorgt, grundsätzlich auch der andere berechtigt und verpflichtet wird. Die von dieser Vorschrift dem rechtsgeschäftlichen Handeln eines Ehegatten zuerkannte Fremdwirkung wird nicht selten als eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip charakterisiert.⁸² Das ist insofern richtig, als es in der Tat nicht darauf ankommt, dass die Voraussetzungen des § 1357 (also insbesondere die Existenz eines Ehegatten) dem Geschäftsgegner gegenüber offen gelegt werden müssen. Eine genauere Analyse erweist jedoch, dass § 1357 **außerhalb des Stellvertretungsrechts angesiedelt** ist.⁸³ Bei § 1357 wird abweichend vom Grundgedanken des Stellvertretungsrechts nämlich auch der Handelnde berechtigt und verpflichtet, die Berechtigung und Verpflichtung des anderen Ehegatten tritt lediglich daneben. Es geht also nicht um eine für die Stellvertretung typische „Wirkungsverschiebung“, sondern um eine „**Wirkungserweiterung**, die zu einer Kombination von Eigen- und Fremdwirkungen führt.“⁸⁴ Die Fremdwirkung tritt auch nicht etwa ein, weil sie vom handelnden Ehegatten intendiert war, sondern schlicht kraft gesetzlicher Anordnung.⁸⁵ Schon angesichts dieser grundlegenden Strukturunterschiede verbietet es sich, § 1357 dem Stellvertretungsrecht zuzuordnen. Es handelt sich um eine **gesetzliche Rechtsfolgenstreckung**,⁸⁶ auf die die Vorschriften des Stellvertretungsrechts grundsätzlich keine Anwendung finden.⁸⁷

34 b) Surrogation. Auch verschiedene Fälle der **dinglichen Surrogation** (so zB §§ 718 Abs. 2, 1418 Abs. 2 Nr. 3, 2111) werden gelegentlich mit der Stellvertretung in Zusammenhang gebracht. Auch wenn sich hier die Rechtsinhaberschaft an dem Gegenstand fortsetzt, den ein anderer durch Rechtsgeschäft weggegeben hat, so fällt dem Verfügenden dennoch nicht die Rolle eines Vertreters des Rechtsinhabers zu. Es handelt

77 Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 78.

78 BGH NJW-RR 1991, 439 (441); MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 66.

79 RG WarnR 10 Nr. 321.

80 Bork BGB AT Rn. 1311; zu gemeinsamen historischen Wurzeln vgl. allerdings Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 94.

81 So prägnant Müller-Freienfels, S. 26; zust. Flume BGB AT Bd. 2 § 43 6 S. 761; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 87.

82 Larenz BGB AT, 6. Aufl. 1983 (anders dann in der 7. Aufl. 1989), § 30 II b; Köppler AcP 179 (1979), 243, 274; K. Müller JZ 1982, 779; Beitzke, Familienrecht, 25. Aufl. 1988, § 12 V S. 84; RGRK/Steffen BGB Vor § 164 Rn. 10.

83 Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 19 IV S. 197; K. Schmidt JuS 1987, 425 (430); Bork BGB AT Rn. 1414; Hk-BGB/Dörner Vor §§ 164–181 Rn. 6.

84 So treffend Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 19 IV S. 197.

85 Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 19 IV S. 197.

86 Bork BGB AT Rn. 1414; ähnlich K. Schmidt JuS 1987, 425 (430).

87 Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 19 IV S. 197; für analoge Anwendung einzelner Vorschriften des Stellvertretungsrechts jedoch Soergel/Leptien BGB Vor § 164 Rn. 17 (§§ 165, 166 BGB); Hk-BGB/Dörner Vor §§ 164–181 Rn. 6 (insbes. §§ 165, 177).

sich auch hier um eine **gesetzlich angeordnete Fremdwirkung**, die unabhängig vom Willen des Handelnden eintritt.⁸⁸

B. Regelungsgehalt

I. Anwendungsbereich der Stellvertretungsregeln

1. Rechtsgeschäftliches Handeln. Bezugspunkt der Stellvertretungsregeln der §§ 164 ff. ist die **Willenserklärung**, die der Vertreter mit Wirkung für den Vertretenen abgibt (aktive Stellvertretung) oder für ihn entgegennimmt (passive Stellvertretung). Außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs finden die §§ 164 ff. keine Anwendung. Für die Frage der Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Zuge der **Anbahnung eines Vertrages** gilt im Hinblick auf die damit einhergehende Begründung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses von Anfang an § 278.⁸⁹ Die haftungsrechtliche Zurechnung **unerlaubter Handlungen** richtet sich ausschließlich nach den §§ 831, 31 und 89.⁹⁰ Im Hinblick auf die Haftung für den Verrichtungsgehilfen ist darauf hinzuweisen, dass allein die Bevollmächtigung eines Dritten diesen nicht zum Verrichtungsgehilfen macht. Dies richtet sich nach der Ausgestaltung des Grundverhältnisses, wobei der Weisungsabhängigkeit besonderes Gewicht beizumessen ist.⁹¹

2. Geschäftsähnliche Handlungen, Einwilligung und Realakte. Auf **rechtsgeschäftsähnliche Handlungen**, also auf Erklärungen, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten, werden die **Vorschriften des Stellvertretungsrechts entsprechend angewendet**. Hierbei ist beispielsweise an die verzugsbegründende Mahnung (§ 286 Abs. 1),⁹² die Aufforderung zur Genehmigung (§§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2) oder die Fristsetzung (§§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1) zu denken. Die Analogie ist gerechtfertigt, da auch diese Erklärungen regelmäßig in der Absicht oder zumindest im Bewusstsein abgegeben werden, damit Rechtsfolgen auszulösen.

Weder rechtsgeschäftlichen noch rechtsgeschäftsähnlichen Charakter weist die **Einwilligung in die Verletzung eines Rechts oder Rechtsgutes** auf.⁹³ Sie hat allein die Funktion, den auf ihrer Grundlage erfolgenden Eingriff eines Dritten zu legitimieren. Soweit es um höchstpersönliche Rechtsgüter geht, zB Körper und Gesundheit beim ärztlichen Heileingriff, muss dem Selbstbestimmungsrecht des Rechtsträgers – auch wenn er nur beschränkt geschäftsfähig ist – Rechnung getragen werden.⁹⁴ Geht es hingegen um Eingriffe in die Vermögenssphäre, so können die Stellvertretungsregeln ohne Weiteres entsprechend angewandt werden.⁹⁵

Auf **Realakte**, die im Gegensatz zu den geschäftsähnlichen Handlungen ohne Mitteilungs- und Kundgabezweck vorgenommen werden und damit schon äußerlich keine Ähnlichkeit mit Willenserklärungen aufweisen (zB die Verarbeitung im Sinne des § 950 oder der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1), sind die **§§ 164 ff. nicht anwendbar**.⁹⁶

3. Vertretung bei Verfahrenshandlungen vor Gerichten und Behörden. In gerichtlichen Verfahren können bzw. müssen sich die Parteien durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen (zum Zivilverfahren vgl. § 78 ZPO). Zwar ist Inhalt des Vertreterhandelns hier nicht die Abgabe materiellrechtlicher Willenserklärungen, sondern die Vornahme von Prozesshandlungen. Strukturell besteht indes kein Unterschied zur Stellvertretung nach den §§ 164 ff., geht es doch auch hier um die Begründung der Fremdwirkung eines im Namen der Partei auftretenden und durch eine ihm vom Mandanten erteilte Prozessvollmacht legitimierten Prozessvertreters.⁹⁷ Soweit das einschlägige Verfahrensrecht keine Sonderregelungen enthält (vgl. etwa §§ 80 ff. ZPO für die Prozessvollmacht, die im Übrigen ihrerseits als Prozesshandlung qualifiziert wird),⁹⁸

88 Bork BGB AT Rn. 1414; eingehend Einsele JZ 1990, 1007 f.

89 Flume BGB AT Bd. 2 § 46 6 S. 797 f.; Ballerstedt AcP 151 (1951), 510 und 518; Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 39; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 92.

90 Staudinger/Schilken BGB Vor §§ 164 ff. Rn. 39; Soergel/Leptien BGB § 164 Rn. 8.

91 So zu Recht MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 92.

92 BGH NJW 2006, 687 (688).

93 HM BGHZ 29, 33, 36 = NJW 1959, 811; Soergel/Leptien BGB § 164 Rn. 4; Staudinger/Gursky BGB Vor §§ 182–185 Rn. 10; Medicus/Petersen BGB AT Rn. 200; MüKoBGB/Spickhoff § 107 Rn. 10; für Einstufung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung: Bork BGB AT Rn. 1338. Zum Ganzen auch Kern NJW 1994, 753.

94 Soergel/Leptien BGB § 164 Rn. 4.

95 MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 89.

96 BGHZ 8, 130, 132; 16, 260, 263; 32, 53, 56 = NJW 1960, 860; Soergel/Leptien BGB § 164 Rn. 9; RGRK/Steffen BGB Vor § 164 Rn. 24; Palandt/Ellenberger BGB Vor § 164 Rn. 3; aA Klinck AcP 205 (2005), 487 ff. Zur Übereignung nach § 929 durch einen Vertreter vgl. Baur/Stürner SachenR § 5 Rn. 12.

97 Schilken Zivilprozessrecht Rn. 84.

98 BGH MDR 1958, 319 (320); BGHZ 41, 104, 107 = NJW 1964, 1129; Stein/Jonas/Jacoby ZPO Vor § 80 Rn. 6; Rosenberg/Schwab/Gotwald § 55 II 1 ff.; Schilken Zivilprozessrecht Rn. 89; aA Blomeyer Zivilprozessrecht § 9 III 1.

II. Kündigungssperre für Mietverträge über Grundstücke und Räumlichkeiten – § 2

Bei Mietverhältnissen über Grundstücke oder Räumlichkeiten ist das Recht der Vermieter zur **Kündigung von Mietverhältnissen nach § 2 eingeschränkt**. Dies gilt sowohl für Wohn- als auch für Gewerberaummietverträge. Wegen Mietschulden aus dem Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 dürfen Vermieter das Mietverhältnis nicht kündigen, sofern die Mietschulden auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruhen. Die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete bleibt aber bestehen,¹⁴ ebenso das Recht des Vermieters zur Kündigung aus anderen Gründen. Die Regelung gilt für Pachtverträge entsprechend.¹⁵

III. Stundung bei Verbraucherdarlehensverträgen – § 3

Im Hinblick auf Verbraucherdarlehensverträge wird nach § 3 eine **gesetzliche Stundungsregelung** eingeführt, mit der Möglichkeit für die Vertragsparteien, eine abweichende Vertragslösung zu finden. Flankiert wird dies von einem gesetzlichen Kündigungsschutz und einer Vertragsverlängerung für den Fall, dass sich die Parteien nicht auf eine Regelung für den Zeitraum nach dem 30.6.2020 einigen können. Darüber hinaus wird der Bundesregierung nach § 3 Abs. 8 die Möglichkeit eingeräumt, im Wege einer Verordnung die Regelungen auf weitere Gruppen von Darlehensnehmern zu erstrecken.¹⁶

IV. Zeitliche Erweiterung durch Rechtsverordnung – § 4

§ 4 betrifft die Erweiterung des zeitlichen Anwendungsbereichs der Sonderregelungen in Art. 240 §§ 1–3 EGBGB. Zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens war **nicht absehbar**, wann der Höhepunkt der Pandemie erreicht wird und wann sich das Wirtschaftsleben danach wieder so stabilisieren wird, dass sich die wirtschaftliche Lage der betroffenen Schuldner wieder normalisieren kann. Sollte sich herausstellen, dass der Zeitraum von April bis Juli 2020 nicht ausreichend ist, um die wirtschaftlichen Folgen der Krise abzufedern, weil das soziale Leben und die Erwerbstätigkeit einer Vielzahl von Menschen durch die COVID-19-Pandemie weiterhin in erheblichem Maße beeinträchtigt bleibt, wird der Bundesregierung nach § 4 die Möglichkeit eingeräumt, die in den §§ 1–3 vorgesehenen Befristungen durch Rechtsverordnung zu verlängern.¹⁷ Dabei bedarf der Erlass der Rechtsordnung teilweise der Zustimmung des Bundestags.

Art. 240 § 1 EGBGB Moratorium

(1) ¹Ein Verbraucher hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn dem Verbraucher infolge von Umständen, die auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen sind, die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre. ²Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. ³Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind.

(2) ¹Ein Kleinunternehmen im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36) hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Vertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn infolge von Umständen, die auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind,

1. das Unternehmen die Leistung nicht erbringen kann oder
2. dem Unternehmen die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs nicht möglich wäre.

²Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. ³Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen zur angemessenen Fortsetzung seines Erwerbsbetriebs erforderlich sind.

14 BT-Drs. 19/18110, S. 4, 36; dazu auch *Luczak*, Rede anlässlich der 2./3. Lesung des Gesetzes, Deutscher Bundestag, Plen.-Prot. 19/154, S. 19151 (A), 19152 (A): „Der Zahlungsanspruch bleibt selbstverständlich

bestehen. Die Mieter müssen ihre Miete nachzahlen und gegebenenfalls auch Verzugszinsen zahlen.“

15 BT-Drs. 19/18110, S. 4.

16 BT-Drs. 19/18110, S. 4.

17 BT-Drs. 19/18110, S. 4.

(3) ¹Absatz 1 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger seinerseits unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung die wirtschaftliche Grundlage seines Erwerbsbetriebs gefährden würde. ²Absatz 2 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung zu einer Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen oder der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs führen würde. ³Wenn das Leistungsverweigerungsrecht nach Satz 1 oder 2 ausgeschlossen ist, steht dem Schuldner das Recht zur Kündigung zu.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten ferner nicht im Zusammenhang

1. mit Miet- und Pachtverträgen nach § 2, mit Darlehensverträgen sowie
2. mit arbeitsrechtlichen Ansprüchen.

(5) Von den Absätzen 1 und 2 kann nicht zum Nachteil des Schuldners abgewichen werden.

A. Regelungsgehalt	1	3. Aufgrund der COVID-19-Pandemie	26
B. Die Regelungen im Einzelnen	2	4. Darlegungs- und Beweislast	27
I. Regelungen für Verbraucher (Abs. 1)	2	5. Rechtsfolge: Leistungsverweigerungsrecht bis zum 30.6.2020	28
1. Vor dem 8.3.2020 geschlossenes Dauerschuldverhältnis im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag	3	III. Ausnahmen vom Leistungsverweigerungsrecht (Abs. 3)	30
2. Wesentliches Dauerschuldverhältnis	8	1. Ausnahme bei Verträgen mit Verbrauchern (Abs. 3 S. 1)	31
3. „Unmöglichkeit“ der Leistung wegen Gefährdung des angemessenen Lebensunterhalts	11	2. Ausnahme bei Verträgen mit Kleinunternehmen Abs. 3 S. 2)	32
4. Aufgrund der COVID-19-Pandemie	13	3. Kündigungsrecht bei Verweigerung (Abs. 3 S. 3)	33
5. Darlegungs- und Beweislast	14	IV. Anwendungsbereich (Abs. 4)	34
6. Rechtsfolge: Temporäres Leistungsverweigerungsrecht	15	V. Halbzwingendes Recht (Abs. 5)	36
II. Regelungen für Kleinunternehmen (Abs. 2) ..	18	C. Verhältnis zum allg. Schuldrecht	37
1. Wesentliches Dauerschuldverhältnis	19	I. Individuelle Vereinbarungen	38
2. „Unmöglichkeit“ der Leistung durch Unvermögen und Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen	22	II. Unmöglichkeit	39
		III. Störung der Geschäftsgrundlage	40

A. Regelungsgehalt

- 1 § 1 sieht für Verbraucher und Kleinunternehmen bei bestimmten Dauerschuldverhältnissen ein temporäres Leistungsverweigerungsrecht vor, wenn diese ihre vertraglichen Pflichten aufgrund der durch die COVID-19-Pandemie hervorgerufenen außergewöhnlichen Verhältnisse nicht erfüllen können. Die besondere Schutzwürdigkeit von Verbrauchern ist dem Gesetz nicht fremd; neu ist, dass Kleinunternehmer als ebenso schutzwürdig angesehen werden wie Verbraucher. Damit durchbricht der Gesetzgeber punktuell die grundsätzliche Aufteilung zwischen Verbrauchern und Unternehmern. Die Regelungen dienen dem Zweck, Verbraucher und Kleinunternehmer vor den unvorhergesehenen Folgen der COVID-19-Pandemie zu schützen.¹ Gleichzeitig greifen sie aber in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit ein, weshalb das Leistungsverweigerungsrecht nur im Ausnahmefall gilt und auch Belange des Vertragspartners (jedenfalls in Grenzen) Berücksichtigung finden.

B. Die Regelungen im Einzelnen

I. Regelungen für Verbraucher (Abs. 1)

- 2 § 1 Abs. 1 regelt das Leistungsverweigerungsrecht für Verbraucher. Verbraucher ist gemäß § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken schließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.
- 3 **1. Vor dem 8.3.2020 geschlossenes Dauerschuldverhältnis im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag.** Das Leistungsverweigerungsrecht gilt nur für Dauerschuldverhältnisse (zu den Ausnahmen nach Abs. 4 → Rn. 34 f.). Ausgeschlossen sind also alle Verträge mit einem punktuellen Leistungsaustausch (insbesondere Kaufverträge).² Im Einzelfall ist eine Unterscheidung nicht immer ganz einfach, so zB bei Lieferverträgen. Bei Dauerlieferungs- oder Bezugsverträgen ohne Gesamtmengenbegrenzung handelt es

1 BT-Drs. 19/18110, S. 33 f.

2 Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 15; Schmidt-Kessel/Möllnitz NJW 2020, 1103 (1104); Thole ZIP 2020, 650 (659).

sich um Dauerschuldverhältnisse.³ Anders ist es bei Raten- und Teillieferverträgen, bei denen bei Vertragsschluss eine feste Leistung vereinbart wird, die jedoch nur *peu a peu* bereitgestellt wird.⁴ Das kann zu willkürlichen Ergebnissen führen. Ein plakatives Beispiel ist der Mobilfunk; dieser kann einerseits mittels eines Dauerschuldverhältnisses genutzt werden, aber auch mit Prepaid-Karten.⁵ In beiden Fällen ist der Verbraucher gleich schutzbedürftig. Aufgrund des klaren Wortlauts der Norm ist eine analoge Erstreckung auf andere Verträge als Dauerschuldverhältnisse aber nicht möglich.

Das Dauerschuldverhältnis muss im Zusammenhang mit einem **Verbrauchervertrag** stehen. Nach der Legaldefinition in § 310 Abs. 3 BGB sind Verbraucherverträge solche zwischen einem Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 BGB und einem Verbraucher nach § 13 BGB. Ausgeschlossen sind also Verträge zwischen Verbrauchern oder zwischen Unternehmern.

Darüber hinaus muss der Vertrag vor dem 8.3.2020 geschlossen worden sein. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass vor dem 8.3.2020 eine Pandemieausbreitung des SARS-CoV-2-Virus in der breiten Öffentlichkeit noch nicht absehbar war.⁶ Ein Verbraucher durfte in diesem Zeitraum in die eigene Leistungsfähigkeit vertrauen. Anders ist es bei Verträgen, die nach dem 8.3.2020 abgeschlossen wurden. Insoweit geht der Gesetzgeber davon aus, dass sie in Kenntnis einer möglicherweise bevorstehenden tiefgreifenden Veränderung des Wirtschaftslebens geschlossen wurden und insoweit kein schutzwürdiges Vertrauen genießen.⁷

Es lässt sich trefflich darüber streiten, ob der 8.3.2020 der richtige Stichtag ist.⁸ Fakt ist jedoch, dass der Gesetzgeber einen Stichtag festlegen musste und festgelegt hat. Die Festlegung hat **Auswirkungen auf das gesamte Schuldrecht**; durch die gesetzgeberische Wertung, dass nur Verträge vor dem 8.3.2020 in Unkenntnis der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie geschlossen wurden, wird es für Parteien später geschlossener Verträge äußerst schwer, diese coronabedingt anzupassen oder zu kündigen (§§ 313, 314 BGB; vgl. dazu → Rn. 40 und → § 2 Rn. 22 ff.).⁹

Maßgeblich ist nach dem Gesetzeswortlaut der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht der Beginn des Leistungsaustauschs. Problematisch sind auf bestimmte Zeit geschlossene Dauerschuldverhältnisse, die sich in regelmäßigen Abständen (automatisch) verlängern. Dies betrifft insbesondere Mobilfunkverträge, in denen regelmäßig vereinbart ist, dass der Vertrag sich automatisch um zB 2 Jahre verlängert, wenn der Vertragspartner nicht 3 Monate vorher widerspricht/kündigt. Fraglich ist nun, ob die **Nichtkündigung des Vertrags** ein „Abschluss“ iSd Norm ist mit der Folge, dass eine automatische Verlängerung nach dem 8.3.2020 dazu führt, dass § 1 nicht mehr anwendbar ist. Befristet geschlossene Verträge mit automatischer Kündigungsmöglichkeit sind faktisch auf unbestimmte Zeit geschlossene Dauerschuldverhältnisse mit bestimmten Kündigungszeitpunkten. Die Verlängerung basiert daher nicht auf Angebot und Annahme gem. §§ 145 ff. BGB, sondern in dem Unterlassen einer einseitigen Kündigungserklärung; das ist kein Abschluss im Sinne von § 1 Abs. 1.¹⁰ Diese Würdigung ist auch interessengerecht. Wie bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen hat der Verbraucher die wirtschaftliche Entscheidung des Vertragsabschlusses zu einem Zeitpunkt vor der Corona-Krise getroffen und ist daher schützenswert. Dass er sich vom Dauerschuldverhältnis lösen kann, ist irrelevant; § 1 Abs. 1 soll gerade verhindern, dass der Verbraucher bestimmte Dauerschuldverhältnisse kündigen muss. Anders ist der Fall, wenn der Verbraucher die Verträge nicht nur einfach verlängert, sondern modifiziert, so dass sich Leistung und Gegenleistung ändern (zB mehr Datenvolumen bei Mobilfunkverträgen). Darin liegt eine neue wirtschaftliche Entscheidung, die erneuter Einigung zwischen den Parteien bedarf, und somit einen Abschluss im Sinne der Norm darstellt.¹¹

2. Wesentliches Dauerschuldverhältnis. Nach Abs. 1 S. 2 besteht das Leistungsverweigerungsrecht nur bei wesentlichen Dauerschuldverhältnissen. Nach Abs. 1 S. 3 sind wesentliche Schuldverhältnisse solche, die zur Eindeckung mit Leistung der **angemessenen Daseinsvorsorge** erforderlich sind. Diesen unbestimmten Rechtsbegriff definiert das Gesetz nicht näher. Er ist aber von zentraler Bedeutung, so dass eine Auslegung des Begriffs unbedingt notwendig ist. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass § 1 gewähr-

3 Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 16.

4 Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 16 mit Verweis auf BGH ZIP 1981, 51.

5 Vgl. auch *Riehm*, Entwurf des „Corona-Gesetzes“ im Allgemeinen Vertragsrecht: Verständliches Ziel, problematisches Mittel, beck-community vom 24.3.2020; abrufbar unter <https://community.beck.de/2020/03/24/entwurf-des-corona-gesetzes-im-allgemeinen-vertragsrecht-verstaendliches-ziel-problematisches-mittel>.

6 BT-Drs. 19/18110, S. 34.

7 BT-Drs. 19/18110, S. 34.

8 *Ekkenga/Schirmmacher* NZM 2020, 410 (412) weisen zu Recht darauf hin, dass am frühen Morgen dieses Tages der Koalitionsausschuss ein großes Hilfspakt für die Wirtschaft beschlossen hatte.

9 Ebenso *Bangen/Markworth* BGB-Antwort auf Corona-Krise: Wie ändert sich das Vertragsrecht?, Anwaltsblatt vom 6.4.2020, abrufbar unter <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/news/bgb-corona-krise-wie-aendert-sich-das-vertragsrecht>.

10 Vgl. auch Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 30.

11 Ebenso Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 30.

leisten soll, dass Verbraucher insbesondere nicht von **Leistungen der Grundversorgung** abgeschnitten werden sollen. Das betrifft zB gemäß § 6 GasGVV die Lieferung von Gas und gemäß § 36 EnWG die Lieferung von Strom. Die Gesetzesbegründung zählt noch Telekommunikation und Wasser dazu (dazu unter → Rn. 9). Die Aufzählung ist jedoch nicht abschließend. Als Mindestmaß der angemessenen Daseinsvorsorge muss man sich am Sozialrecht orientieren, insbesondere an §§ 20 ff. SGB II, die den **Umfang der Grundsicherung** regeln. Nach § 1 Abs. 1 SGB II soll die Grundsicherung ein Leben ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht. Die angemessene Daseinsvorsorge kann diese Grenze nicht unterschreiten. Folglich umfasst die Daseinsvorsorge alle für ein würdevolles Leben existenziell notwendigen Leistungen. Der Umfang der erforderlichen Leistungen muss **angemessen** sein. In Anlehnung an das öffentliche Recht bedeutet das, dass der Zweck der vom Verbraucher empfangenen Leistung im Verhältnis zur temporären Leistungsverweigerung stehen muss.¹² Die Angemessenheit bestimmt sich nach objektiven Kriterien, nicht nach den subjektiven Präferenzen des konkreten Verbrauchers.¹³

- 9 Anhand dieser abstrakten Kriterien lassen sich mehrere Vertragsarten unter die angemessene Daseinsvorsorge subsumieren. Erfasst sind Pflichtversicherungen, Verträge über die Lieferung von Strom und Gas oder über Telekommunikationsdienste, und – soweit zivilrechtlich geregelt – auch Verträge über die Wasserver- und -entsorgung.¹⁴ Ist der Verbraucher privat krankenversichert (Basisversicherung), so dient auch dies der angemessenen Daseinsvorsorge, es sei denn, er könnte deutlich günstiger gesetzlich krankenversichert sein.¹⁵ Zur Daseinsvorsorge erforderliche Telekommunikationsverträge beschränken sich nicht auf einen Festnetz-Anschluss, sondern umfassen auch einen Internet- und Mobilfunkvertrag.¹⁶ Ob das Print-Abonnement einer Tageszeitung der angemessenen Daseinsvorsorge dient, ist eine Entscheidung des Einzelfalls. Soweit der Verbraucher auch einen Internetzugang hat, kann er die Tageszeitung substituieren und ist nicht existenziell auf sie angewiesen. Zur angemessenen Daseinsvorsorge gehört das Abonnement aber dann, wenn es die primäre Informationsquelle darstellt.¹⁷ Weiterhin sind auch Dauerschuldverhältnisse mit Pflegediensten und Banken (Girokonto und EC-Karte) zur angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich.¹⁸ Auch die regelmäßige Belieferung von Grundnahrungsmitteln im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses kann darunter fallen, wenn der Verbraucher zB in seiner Mobilität stark eingeschränkt ist oder selbst unter Quarantäne steht.
- 10 Darüber hinaus wird diskutiert, wie mit Dauerschuldverhältnissen im Freizeit- und Kulturbereich (Mitgliedschaft im Fitnessstudio oder Theaterabonnement) umzugehen sei. Teilweise wird bezweifelt, dass es sich überhaupt um Leistungen der Daseinsvorsorge handeln würde.¹⁹ Darüber kann jedoch im Grundsatz kein Streit bestehen. Die Grundsicherung nach § 20 Abs. 1 S. 2 SGB II deckt auch „in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft“ und damit in Grenzen auch eben solche Leistungen ab. Bei Lichte betrachtet unterfallen solche Leistungen aber gar nicht dem Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1. Denn die Norm regelt Fälle, in denen der Verbraucher die Leistung zwar in Anspruch nimmt, aber die Gegenleistung nicht erbringen kann. Während der COVID-19-Pandemie ist das öffentliche Leben aber größtenteils zum Stillstand erlangt; die meisten Leistungen im Freizeit- und Kulturbereich können aufgrund von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen gar nicht abgerufen werden. In dem Fall entfällt jedoch schon gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Anspruch auf Gegenleistung (vgl. auch → Rn. 39).
- 11 **3. „Unmöglichkeit“ der Leistung wegen Gefährdung des angemessenen Lebensunterhalts.** Der Verbraucher hat ein Leistungsverweigerungsrecht nur dann, wenn die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre. Die Leistung des Verbrauchers wird ganz regelmäßig in einer Geldleistung bestehen; ob auch Schuldner von Sachleistungen ein Leistungsverweigerungsrecht haben, wird beim Kleinstunternehmer (→ Rn. 28 f.) besprochen. Der Begriff der Unmöglichkeit ist unglücklich gewählt, da es nicht um die Unmöglichkeit nach § 275 BGB geht, sondern um den vorgelagerten Schutz des Verbrauchers vor einer existenziellen Krise. **Unterhaltsberechtigzte Angehörige** sind gem. § 1602 BGB alle in gerader Linie Verwandte, also insbesondere die Kinder des Verbrauchers; darüber

12 Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 20 nennen als Beispiel für nicht notwendige, aber angemessene Daseinsvorsorge zB den Zugang zu Highspeed-Internet.

13 Schmidt-Kessel/Möllnitz NJW 2020, 1103 (1104).

14 BT-Drs. 19/18110, S. 18, 34.

15 Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 21. Notwendige Bedingung ist freilich, dass er überhaupt in die gesetzliche Krankenversicherung wechseln könnte.

16 Bagen/Markworth BGB-Antwort auf Corona-Krise: Wie ändert sich das Vertragsrecht?, Anwaltsblatt

vom 6.4.2020, abrufbar unter [17 Ähnlich auch Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 22.](https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/news/bgb-corona-krise-wie-aendert-sich-das-vertragsrecht; einschränkend Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 19.</p></div><div data-bbox=)

18 Ebenso Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 19.

19 Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 23.

hinaus auch gem. §§ 1570 ff. BGB der Ehepartner des Verbrauchers. Im Einzelfall können aber auch die Eltern oder Enkel des Verbrauchers unterhaltsberechtiggt sein.²⁰

Darüber hinaus muss eine **Gefährdung des angemessenen Lebensunterhalts** des Schuldners und seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen vorliegen. Auch hier arbeitet der Gesetzgeber mit einem unbestimmten Rechtsbegriff; was der angemessene Lebensunterhalt ist und wann er gefährdet ist, bedarf einer eingehenden Prüfung. Erste Anhaltspunkte liefert § 519 Abs. 1 BGB, der einen ähnlichen Wortlaut hat. Dort ist die Einrede des Schenkers bei Notbedarf geregelt. § 519 Abs. 1 BGB normiert sinngemäß, dass der Schenker die Erfüllung verweigern kann, wenn ansonsten sein angemessener Unterhalt oder die ihm obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet sind. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Unterhalt dann **gefährdet**, „wenn für die Zukunft die begründete Besorgnis besteht, dass der Beschenkte bei Erfüllung des Rückforderungsanspruchs nicht mehr genügend Mittel für seinen angemessenen Unterhalt (iSd § 1610 Abs. 1 BGB) und die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten haben wird.“²¹ Diese Definition gilt auch für die Gefährdung nach § 1 Abs. 1.

Nach § 1610 Abs. 1 BGB ist „**angemessener Unterhalt**“ das Maß des zu gewährenden Unterhalts, der sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen bestimmt und umfasst nach Abs. 2 unter anderem den gesamten Lebensbedarf. Dieser umfasst die Grundbedürfnisse des § 20 SGB II mitsamt ggf. anfallendem (zB krankheitsbedingtem) Mehrbedarf.²² Die Wertungen nach § 1610 BGB gelten damit auch für den angemessenen Lebensunterhalt nach Abs. 1.²³ Eine Gefährdung des angemessenen Lebensunterhalts besteht demnach bei Arbeitsplatzverlust, unbezahltm Urlaub oder Kurzarbeit, wenn dadurch das monatliche Haushaltseinkommen den Grundbedarf unterschreitet und nennenswerte liquide Reserven nicht vorhanden sind.²⁴ Mögliche (Not-)Verkäufe von Wertgegenständen sind uE nicht zu berücksichtigen.

4. Aufgrund der COVID-19-Pandemie. Nicht jede Gefährdung des angemessenen Lebensunterhalts berechtigt zur Leistungsverweigerung, sondern nur eine solche, die aufgrund der COVID-19-Pandemie eingetreten ist. Das bedeutet, dass die Auswirkungen der Pandemie **kausal** für die Kurzarbeit oder den Arbeitsplatzverlust sind. Wird dem Arbeitnehmer also aus anderen Gründen (zB persönlichem Fehlverhalten) gekündigt, berechtigt ihn das nicht zur Leistungsverweigerung.

5. Darlegungs- und Beweislast. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen obliegt nach allgemeinen Regeln dem **Verbraucher**. Das beinhaltet insbesondere den Nachweis der Gefährdung und des Kausalzusammenhangs zwischen Gefährdung und Pandemie.²⁵ Zum Beweis der Gefährdung muss der Verbraucher nicht nur die Arbeitslosigkeit uä nachweisen, sondern auch das Fehlen liquider Reserven. Problematisch sind Fälle, in denen einem Arbeitnehmer betriebsbedingt gekündigt wird, das Unternehmen sich aber schon zuvor in einer Krise befand und nicht klar ist, ob die Kündigung aufgrund der Pandemie erfolgte oder der allgemeinen betrieblichen Situation. Das Risiko der Unaufklärbarkeit (non liquet) trägt der Verbraucher. UE gilt jedoch bei betriebsbedingten Kündigungen nach dem 31.12.2019 eine **tatsächliche Vermutung** dafür, dass die Kündigung aufgrund der COVID-19-Pandemie erfolgte. Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit § 1 S. 3 COVInsAG (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz); dieser regelt Besonderheiten bei Insolvenzen aufgrund der Pandemie. Bei einem Schuldner, der erst nach dem 31.12.2019 zahlungsunfähig wird, vermutet das Gesetz, dass die Zahlungsunfähigkeit auf der COVID-19-Pandemie beruht. Diese gesetzliche Vermutung lässt sich bei § 1 fruchtbar machen und uE in eine tatsächliche Vermutung umformen, die der Vertragspartner aber auch widerlegen kann.²⁶ Der Verbraucher trägt insgesamt das Risiko für das Vorliegen der unbestimmten Rechtsbegriffe. Das hat erhebliche praktische Auswirkungen. Stellt der Verbraucher die Leistungen unter Berufung auf § 1 Abs. 1 ein, so kann es ihm passieren, dass der Vertragspartner das Leistungsverweigerungsrecht nicht anerkennt und aus wichtigem Grund das Dauerschuldverhältnis kündigt. Der Verbraucher muss dann Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung erheben und in diesem Prozess sodann die Voraussetzungen des § 1 darlegen und ggf. beweisen.²⁷ In der Zwischenzeit hat der Vertragspartner aber die Leistungen eingestellt, so dass dem Verbraucher nicht geholfen ist. Der Verbraucher ist also grundsätzlich auf die Kooperation des Vertragspartners angewiesen. Möglich bleibt aber einstweiliger Rechtsschutz auf Weiterversorgung des Verbrauchers.

20 Vgl. dazu MüKoBGB/Langeheine § 1601 Rn. 10 ff.

21 BGH NJW 2000, 3488 (3489).

22 MüKoBGB/Langeheine § 1610 Rn. 11 ff.

23 Wohl auch *Liebscher/Zeyher/Steinbrück* ZIP 2020, 852 (853).

24 *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1104).

25 *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1104).

26 *Anders/Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht, S. 248 mit Verweis auf BGH NJW 2004, 3623.

27 *Riehm*, Entwurf des „Corona-Gesetzes“ im Allgemeinen Vertragsrecht: Verständliches Ziel, problematisches Mittel, Beck-community-Beitrag vom 24.3.2020, abrufbar unter <https://community.beck.de/2020/03/24/entwurf-des-corona-gesetzes-im-allgemeinen-vertragsrecht-verstaendliches-ziel-problematisches-mittel>.

- 15 6. Rechtsfolge: Temporäres Leistungsverweigerungsrecht.** Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, so kann der Verbraucher die **Einrede** des temporären Leistungsverweigerungsrechts erheben.²⁸ Das bedeutet, dass er sich ausdrücklich auf das Leistungsverweigerungsrecht berufen muss. Das zeitlich befristete Leistungsverweigerungsrecht schützt ihn umfassend, da es nicht nur die Durchsetzbarkeit des Primäranspruchs verhindert, sondern auch die Entstehung von Sekundäransprüchen,²⁹ insbesondere Zins- und Schadensersatzansprüche wegen Verzugs. Auch hat der Vertragspartner aufgrund der Leistungsverweigerung kein Recht zur Kündigung nach §§ 313, 314 BGB.³⁰ War der Verbraucher schon zuvor im Verzug, so entfallen die Voraussetzungen mit Ausübung der Einrede bis zum Ende des Moratoriums;³¹ danach leben sie automatisch wieder auf. Vgl. zu Gewährleistungsansprüchen → Rn. 28 f.
- 16** Nicht ausdrücklich geregelt ist das Schicksal des Gegenleistungsanspruchs und der diesbezüglichen Einreden des Vertragspartners. Der Zweck des Gesetzes ist jedoch die Weiterversorgung von Verbrauchern und Unternehmern bei finanziellen Schwierigkeiten mit existenziellen Leistungen. Dieser Zweck verbietet ein Gegenleistungsverweigerungsrecht des Vertragspartners. Das ergibt sich auch aus den Regelungen in Abs. 3, nach denen der Vertragspartner die Gegenleistung ausnahmsweise verweigern darf, wenn eine Vertragserfüllung für ihn unzumutbar ist. Unzumutbar kann das Leistungsverweigerungsrecht aber nur dann sein, wenn der Vertragspartner bei temporärem Ausbleiben der Leistung zur Gegenleistung verpflichtet bleibt. Daher bleibt der Vertragspartner zur Gegenleistung verpflichtet und kann nicht die Einreden der §§ 320, 321 und 273 BGB erheben.³²
- 17** Das Leistungsverweigerungsrecht gilt bis zum 30.6.2020 und kann durch Rechtsverordnung nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 bis spätestens zum 30.9.2020 verlängert werden (vgl. dazu → § 4 Rn. 3). Das bedeutet, dass der Verbraucher bis zu diesem Zeitpunkt die offenen Leistungen erbracht haben muss. Nach dem Zeitpunkt gelten die allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen.

II. Regelungen für Kleinstunternehmen (Abs. 2)

- 18** Ein ganz ähnliches Recht zur Leistungsverweigerung sieht das Gesetz in Abs. 2 auch für Kleinstunternehmer vor. Ein Kleinstunternehmen ist ein Unternehmen mit weniger als 10 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von max. 2 Mio. EUR.³³ Im Folgenden werden nur die Unterschiede zu den Verbraucherregelungen hervorgehoben. Soweit nicht ausdrücklich anders kommentiert, gilt die Kommentierung zu Abs. 1 entsprechend.
- 19 1. Wesentliches Dauerschuldverhältnis.** Für einen Kleinstunternehmer sind nach Abs. 2 S. 3 solche Dauerschuldverhältnisse wesentlich, die zur Eindeckung mit Leistungen zur angemessenen Fortsetzung seines Erwerbsbetriebs erforderlich sind. Um diese unbestimmten Rechtsbegriffe auszulegen, ist der Telos der Norm entscheidend. Die Regelungen für Kleinstunternehmer sollen verhindern, dass diese in eine existenzielle Krise fallen und ggf. insolvent werden. Die **Wesentlichkeit** bestimmt sich danach, ob das Dauerschuldverhältnis der Fortsetzung des Betriebs dient. Analog zum Verbraucher sollen (nur) wirtschaftlich existenzielle Verträge geschützt werden.
- 20** Auch hier sind Beiträge zur Pflichtversicherung, Verträge über die Lieferung von Strom und Gas, Telekommunikationsdienste und ggf. Wasserent- und -versorgung umfasst.³⁴ Die Erreichbarkeit eines Betriebs ist zentrale Voraussetzung für eine werbende Tätigkeit. Daher muss er telefonisch und per E-Mail erreichbar sein. Unterhält der Betrieb eine Website oder hat der Kleinstunternehmer die Internetaktivitäten gar aufgrund von Geschäftsschließungen ausgebaut (zB durch einen Webshop), so sind auch die diesbezüglichen Verträge wesentlich. Doch auch hier gilt, dass die Verträge vor dem 8.3.2020 abgeschlossen worden sein müssen (→ Rn. 3 ff.).
- 21** Die wohl wesentlichsten Dauerschuldverhältnisse für Kleinstunternehmer sind Mietverträge über Grundstücke oder Räumlichkeiten und Darlehensverträge. Diese sind aber gem. Abs. 4 Nr. 1 vom Anwendungsbereich ausdrücklich ausgenommen. Für sie finden sich spezielle Regelungen in § 2 und § 3, der aber derzeit noch auf Verbraucherdarlehensverträge beschränkt ist. Die Regelungen für Verbraucherdarlehensverträge gelten gem. § 513 auch für Existenzgründer (die regelmäßig auch Kleinstunternehmer sind); vgl. dazu ausführlich → § 3 Rn. 6. Darüber hinaus beinhaltet § 3 Abs. 8 eine Verordnungsermächtigung, die es der Bun-

28 BT-Drs. 19/18110, S. 35.

29 BT-Drs. 19/18110, S. 34.

30 Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel EGBGB Art. 240 §§ 1–4 Rn. 90.

31 BT-Drs. 19/18110, S. 35.

32 Ebenso Schmidt-Kessel/Möllnitz NJW 2020, 1103 (1105).

33 Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124/39 vom 20.5.2003, S. 36), Anhang Art. 2 Abs. 3.

34 BT-Drs. 19/18110, S. 34.

desregierung erlaubt, auch Kleinstunternehmer in den Anwendungsbereich des § 3 aufzunehmen (vgl. dazu → § 3 Rn. 75 f.).

2. „Unmöglichkeit“ der Leistung durch Unvermögen und Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen. Für den Kleinstunternehmer sieht Abs. 2 zwei Varianten der „Unmöglichkeit“ vor. Zum einen, dass er nach Nr. 1 die Leistung nicht erbringen kann und zum anderen, dass ihm nach Nr. 2 die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs nicht möglich wäre. **22**

Aufgrund der Ähnlichkeit zu Abs. 1 soll zunächst die Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen nach Nr. 2 untersucht werden. Die wirtschaftlichen Grundlagen sind gleichbedeutend mit der Überlebensfähigkeit des Unternehmens. Daher sind die **wirtschaftlichen Grundlagen** bei der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und der Überschuldung (§ 19 InsO) des Kleinstunternehmers betroffen. Der Kleinstunternehmer ist entsprechend der in → Rn. 12 zitierten BGH-Rechtsprechung³⁵ in seinen wirtschaftlichen Grundlagen **gefährdet**, wenn für die Zukunft die begründete Besorgnis besteht, dass der Kleinstunternehmer bei Erfüllung des Anspruchs nicht mehr genügend Mittel für die Fortführung seines Unternehmens haben wird. Eine Gefährdung liegt insbesondere vor, wenn die Zahlungsunfähigkeit nach § 18 Abs. 2 InsO droht.³⁶ **23**

Eine Sonderrolle nimmt Nr. 1 ein. Danach kann der Kleinstunternehmer die Leistung verweigern, wenn er sie **nicht erbringen kann**. Der Gesetzgeber gibt jedoch keinen Hinweis darauf, was darunter zu verstehen ist. Jedenfalls kann nicht die objektive Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB gemeint sein; für Geldleistungen gilt immer noch der Grundsatz „Geld hat man zu haben“.³⁷ Andererseits kann die Variante auch nicht erst eingreifen, wenn der Kleinstunternehmer zahlungsunfähig oder überverschuldet ist, denn für diesen Fall greift Nr. 2 schon früher, so dass Nr. 1 kein Anwendungsbereich bliebe. Daher ist uE auf ein **tatsächliches Unvermögen** abzustellen: Der Kleinstunternehmer kann die Leistung gem. Abs. 2 nicht erbringen, wenn er trotz anderweitiger Vermögensgegenstände keine freien liquiden Mittel zur Verfügung hat. Das Gesetz schützt ihn in diesem Fall davor, Teile seines Betriebsvermögens liquidieren zu müssen, Einsparungen in anderen betriebsnotwendigen Bereichen vorzunehmen oder Kredite aufzunehmen und so in eine Schuldenfalle zu tappen.³⁸ **24**

Vom Leistungsbegriff in den Abs. 1 und 2 ist nicht nur die Geldleistung umfasst, sondern auch sonstige Leistungen. Die Gesetzesbegründung nennt insbesondere Dienstleistungen von Kleinstunternehmen oder etwa die Vermietung von Kraftfahrzeugen.³⁹ Inwiefern bei solchen Leistungen auch die übrigen Tatbestandsmerkmale ausgefüllt sind, ist eine Frage des Einzelfalls. **25**

3. Aufgrund der COVID-19-Pandemie. Auch beim Kleinstunternehmer muss die COVID-19-Pandemie **kausal** für die „Unmöglichkeit“ sein. Das ist eine Entscheidung des Einzelfalls. Ein Indiz hierfür kann sein, wenn der Kleinstunternehmer erst seit Kurzem die Leistungen nicht bedienen kann. Zur Bestimmung dieses Zeitraums können wiederum die COVID-19-Anpassungen im Insolvenzrecht (COVInsAG) herangezogen werden (s.a. → Rn. 14). Nach § 1 S. 3 COVInsAG wird vermutet, dass eine Insolvenz auf den Folgen der Pandemie beruht, wenn der Schuldner erst nach dem 31.12.2019 zahlungsunfähig wurde. Da das Moratorium Insolvenzen vorbeugen soll, besteht uE eine **tatsächliche Vermutung** dafür, dass die Unmöglichkeit der Leistung des Kleinstunternehmers auf der COVID-19-Pandemie beruht, wenn er erstmals nach dem 31.12.2019 seine Leistung nicht erbringen kann. **26**

4. Darlegungs- und Beweislast. Bezüglich der Darlegungs- und Beweislast gilt das unter → Rn. 14 Gesagte, so dass der Kleinstunternehmer für sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen darlegungs- und beweispflichtig ist. **Tatsächliche Vermutungen** erleichtern dem Kleinstunternehmer die Darlegung. Diese tatsächliche Vermutung kann der Vertragspartner dadurch widerlegen, dass er die ernsthafte Möglichkeit eines anderweitigen, untypischen Verlaufs darlegt.⁴⁰ **27**

5. Rechtsfolge: Leistungsverweigerungsrecht bis zum 30.6.2020. Bezüglich des Umfangs gilt das unter → Rn. 15 ff. Gesagte. Insbesondere ist zu beachten, dass das Leistungsverweigerungsrecht **nicht auf Geldleistungen beschränkt** ist.⁴¹ Soweit der Kleinstunternehmer Dienstleistungen oder Sachleistungen aufgrund eines wesentlichen Dauerschuldverhältnisses schuldet, kann er auch diese verweigern, ohne auf die Gegenleistung verzichten zu müssen.⁴² **28**

35 BGH NJW 2000, 3488 (3489).

36 Vgl. auch *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1104).

37 Ebenfalls *Thole* ZIP 2020, 650 (659).

38 Ähnlich *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1104).

39 BT-Drs. 19/18110, S. 34.

40 *Anders/Gehle*, Das Assessorxamen im Zivilrecht, S. 248 mit Verweis auf BGH NJW 2004, 3623.

41 BT-Drs. 19/18110, S. 34.

42 *Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel* COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 34 ff.; *Bangen/Markworth* BGB-Antwort auf Corona-Krise: Wie ändert sich das Vertragsrecht?, Anwaltsblatt vom 6.4.2020, abrufbar unter <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/news/bg b-corona-krise-wie-aendert-sich-das-vertragsrecht>.

- 29 Sind vor Wirksamwerden des Moratoriums Sekundäransprüche (zB Schadensersatz, Gewährleistungsansprüche etc) entstanden, so kann der Kleinstunternehmer diese während des Moratoriums verweigern; auch diesbezüglich sind Ansprüche nicht durchsetzbar.⁴³

III. Ausnahmen vom Leistungsverweigerungsrecht (Abs. 3)

- 30 Das temporäre Leistungsverweigerungsrecht setzt das vereinbarte und vom Gesetz eigentlich auch vorgesehene synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung außer Kraft und wandelt es in eine Vorleistungspflicht des betroffenen Vertragspartners um;⁴⁴ das bedeutet einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechte und Freiheiten, wie etwa die aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitete Vertragsfreiheit.⁴⁵ Jeder Eingriff bedarf einer Schranke, um nicht unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig zu sein.⁴⁶ Daher kann auch das Leistungsverweigerungsrecht nicht schrankenlos gewährt werden, sondern findet seine Grenze dort, wo die Verweigerung für den Vertragspartner **unzumutbar** ist. Wann eine Unzumutbarkeit vorliegt, bestimmt sich danach, wer die Leistung verweigert.
- 31 **1. Ausnahme bei Verträgen mit Verbrauchern (Abs. 3 S. 1).** Bei Verträgen mit Verbrauchern gilt das Leistungsverweigerungsrecht nicht, wenn seine Ausübung für den Vertragspartner seinerseits unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung die **wirtschaftliche Grundlage seines Erwerbsbetriebs gefährden** würde. Die relevanten Schuldverhältnisse (insbesondere Strom- und Gaslieferung und die Bereitstellung von Telekommunikation) schließen Verbraucher regelmäßig mit großen Unternehmen ab, deren wirtschaftliche Grundlage durch einzelne Verträge mit Verbrauchern nicht berührt wird, so dass diese Ausnahme wohl regelmäßig ins Leere laufen wird. Im Einzelfall ist eine Unzumutbarkeit dann zu bejahen, wenn eine Vielzahl von Verbrauchern bei demselben Unternehmen vom Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht, so dass jede weitere Leistungsverweigerung tatsächlich die wirtschaftliche Grundlage des Erwerbsbetriebs gefährdet. Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Vertragspartner des Verbrauchers die Darlegungs- und Beweislast für dieses ihm günstige Tatbestandsmerkmal.
- 32 **2. Ausnahme bei Verträgen mit Kleinstunternehmen Abs. 3 S. 2).** Nach S. 2 gilt das Leistungsverweigerungsrecht des Kleinstunternehmers nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Vertragspartner unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung zu einer Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen oder der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs führen würde. Bezüglich der Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen des Erwerbsbetriebs gilt das unter → Rn. 23, 12 Gesagte entsprechend. Darüber hinaus gilt das Leistungsverweigerungsrecht bei Verträgen mit einem Verbraucher auch dann nicht, wenn dessen angemessener Unterhalt oder der seiner unterhaltspflichtigen Angehörigen (dazu → Rn. 12) gefährdet ist. Aus Abs. 3 ergibt sich also, dass bei den Verträgen zwischen Kleinstunternehmer und Verbraucher beide gleich schützenswert sind. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt dem Vertragspartner des Kleinstunternehmers.
- 33 **3. Kündigungsrecht bei Verweigerung (Abs. 3 S. 3).** Ist die Leistung für den Schuldner nach Abs. 1 oder 2 unmöglich, die Leistungsverweigerung aber für den Gläubiger unzumutbar, sieht das Gesetz als Interessenausgleich vor, dass sich der Schuldner vom Vertrag durch Kündigung lösen kann. Die Rechtsfolgen ergeben sich dann aus den jeweils einschlägigen zivilrechtlichen Vorschriften, bei Dienstverträgen etwa aus § 628 BGB.⁴⁷

IV. Anwendungsbereich (Abs. 4)

- 34 Die Leistungsverweigerungsrechte gelten nach Abs. 4 Nr. 1 nicht für das Miet- und Pachtrecht nach § 2 sowie für das Darlehensrecht. Bezüglich des Miet- und Pachtrechts verweist Abs. 4 Nr. 1 auf § 2. § 2 regelt aber nur die Miet- und Pachtverträge über Grundstücke und Räume, nicht über Mobilien. Aufgrund des klaren Wortlauts der Norm findet § 1 daher Anwendung auf **Mietverträge über Mobilien**.⁴⁸ Anders ist die Rechtslage beim Darlehensrecht. Dieses wird insgesamt vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, auch wenn § 3 nur für Verbraucherdarlehen gilt (→ § 3 Rn. 5 f.). Die übrigen Darlehensverträge bestimmen sich daher weiterhin nach den allgemeinen Regeln.

43 *Liebscher/Zeyher/Steinbrück* ZIP 2020, 852 (853);
Thole ZIP 2020, 650 (659).

44 *Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel* COVInsAG
Art. 240 §§ 1–4 Rn. 65.

45 BT-Drs. 19/18110, S. 35.

46 *Maunz/Dürig/Herdegen* GG Art. 1 Abs. 3 Rn. 43 ff.

47 BT-Drs. 19/18110, S. 35.

48 *Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel* COVInsAG
Art. 240 §§ 1–4 Rn. 40.

Gem. Abs. 4 Nr. 2 sind auch arbeitsrechtliche Ansprüche ausgenommen.⁴⁹ Nach Ansicht des Gesetzgebers ist das Arbeitsrecht derart differenziert geregelt und bietet zB die Möglichkeit von Kurzarbeit, so dass ein weiteres Leistungsverweigerungsrecht in dem Bereich nicht erforderlich ist.⁵⁰ **35**

V. Halbzwingendes Recht (Abs. 5)

Abs. 5 stellt klar, dass zum Nachteil des Verbrauchers oder Kleinstunternehmers weder durch AGB noch durch Individualvereinbarung von Abs. 1 und 2 abgewichen werden kann. Das umfasst alle nachteiligen Regelungen, also auch solche, die bereits vor der COVID-19-Pandemie getroffen wurden. Eine teleologische Reduktion muss uE aber für den (wohl eher theoretischen) Fall vorgenommen werden, in dem der Schuldner bei Vertragsschluss die Risiken einer Pandemie ausdrücklich im Vertrag übernommen hat; in diesem Fall ist er nicht schutzwürdig. **36**

C. Verhältnis zum allg. Schuldrecht

§ 1 geht davon aus, dass der Schuldner weiterhin leisten muss. Die Frage, ob er angesichts der Pandemie überhaupt noch leisten muss, regelt das Gesetz nicht. Neben den spezifischen Regelungen in § 1 sind weiterhin die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts zu beachten. **37**

I. Individuelle Vereinbarungen

Noch vor dem Eintritt des Leistungsverweigerungsrechts ist zu prüfen, ob im Vertrag Regelungen für Krisensituationen getroffen wurden. Insbesondere in Lieferverträgen finden sich häufig sog. **Preis Anpassungs- oder Force-Majeure-Klauseln**. Nach der Rechtsprechung ist höhere Gewalt (Force Majeure) ein „betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste, nach der Sachlage vernünftiger Weise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Kauf zu nehmen ist.“⁵¹ Ob die COVID-19-Pandemie höhere Gewalt darstellt, ist umstritten.⁵² Da solche Klauseln in den seltensten Fällen bei wesentlichen Dauerschuldverhältnissen im Sinne von § 1 verwendet werden, soll das Problem hier nur angesprochen werden. Bei Vorliegen solcher Klauseln ist in jedem Fall eine genaue Prüfung des Einzelfalls erforderlich.⁵³ **38**

II. Unmöglichkeit

Schuldet der Verbraucher oder der Kleinstunternehmer Geld, so kann er sich nicht auf § 275 BGB berufen, da insoweit immer noch gilt „Geld hat man zu haben.“ Insoweit greifen die besonderen Regelungen des § 1. Schuldet der Verbraucher oder der Kleinstunternehmer ausnahmsweise Sach- oder Dienstleistungen, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 bis 3 BGB gegeben ist.⁵⁴ Ist dem Vertragspartner des Verbrauchers oder des Kleinstunternehmers selbst die Leistung unmöglich, so entfällt nach allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Anspruch auf Gegenleistung, sodass die Zahlungspflicht des Verbrauchers bzw. Kleinstunternehmers erlischt. **39**

III. Störung der Geschäftsgrundlage

Eine Anpassung des Vertrages kann gemäß § 313 BGB auch aufgrund einer Störung der Geschäftsgrundlage infrage kommen. Da dieses Problem vor allem bei Gewerbemietverträgen diskutiert wird, wird es in → § 2 Rn. 22 ff. ausführlich besprochen. Die dort getroffenen Aussagen gelten auch für weitere Dauerschuldverhältnisse. Im Ergebnis ist eine Störung der Geschäftsgrundlage **grundsätzlich ausgeschlossen**, da der Gesetzgeber in § 1 spezielle Regelungen in Bezug auf die Risikoverteilung während der COVID-19-Pandemie erlassen hat.⁵⁵ Für eine Anwendung von § 313 BGB daneben ist uE kein Platz. **40**

49 Zu den Auswirkungen von Corona auf das Arbeitsrecht siehe *Fuhlrott* MDR 2020, 540.

50 BT-Drs. 19/18110, S. 35.

51 BGH NJW-RR 2008, 335 (336).

52 Vgl. dazu *Wagner/Holtz/Dötsch* BB 2020, 845; *Bacher* MDR 2020, 514 (517).

53 Ebenso *Wagner/Holtz/Dötsch* BB 2020, 845 f.

54 *Bacher* MDR 2020, 514 (517 f.); ausführlich *Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel* EGBGB Art. 240 §§ 1–4 Rn. 84 ff.

55 Vgl. zu solchen gesetzlichen „Vertragshilfen“ *MüKo-BGB/Finkenauer* § 313 Rn. 140 ff.

Art. 240 § 2 EGBGB Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen

(1) ¹Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. ²Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. ³Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.

(2) Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.

A. Regelungsgehalt	1	IV. Halbzwingendes Recht (Abs. 2)	14
B. Die Regelungen im Einzelnen	2	V. Entsprechende Anwendung auf Pachtverhältnisse (Abs. 3)	15
I. Kündigungsbeschränkung aufgrund COVID-19-Pandemie (Abs. 1 S. 1)	2	VI. Zeitlicher Anwendungsbereich (Abs. 4)	16
1. Mietverhältnisse über Grundstücke und Räumlichkeiten	3	C. Verhältnis zum allg. Schuldrecht	17
2. Nichtleistung der Miete trotz Fälligkeit ...	4	I. Vertragliche Vereinbarungen	18
3. Nichtleistung aufgrund COVID-19-Pandemie	5	II. Mängelgewährleistungsrecht	19
4. Rechtsfolge: Begrenzter Kündigungsausschluss	7	III. Unmöglichkeit	21
II. Glaubhaftmachung (Abs. 1 S. 2)	9	IV. Störung der Geschäftsgrundlage	22
III. Kein Ausschluss sonstiger Kündigungsgründe (Abs. 1 S. 3)	12	1. Risikoverteilung im Mietvertrag	24
		2. Risikoverteilung im Corona-Gesetz	25
		3. Die sog. Große Geschäftsgrundlage	32
		4. Ergebnis	33

A. Regelungsgehalt

1 § 2 regelt den Ausschluss des Kündigungsrechts wegen nicht bezahlter Miete und Pacht bei **Grundstücks- und Raummietverträgen**. § 2 gilt nicht für Mietverträge über Mobilien und Schiffe; für Mobilien gilt neben dem allgemeinen Schuldrecht auch das Moratorium nach § 1. Die Regelung stellt eine zeitlich begrenzte Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass eine Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten den Schuldner auch dann nicht von den Folgen des Ausbleibens der rechtzeitigen Leistung befreit, wenn sie unverschuldet ist.¹ § 2 geht davon aus, dass der Mieter den Mietzins zu zahlen hat. Ob aber der Mieter zB von Geschäftsräumen noch Miete zahlen muss, wenn er seinen Betrieb aufgrund behördlicher Verfügungen schließen muss, regelt § 2 nicht. Diese Frage kann nur mit dem allgemeinen Schuldrecht, insbesondere dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage beantwortet werden. Sie ist von zentraler Bedeutung und soll daher eingehend im Abschnitt C untersucht werden.

B. Die Regelungen im Einzelnen

I. Kündigungsbeschränkung aufgrund COVID-19-Pandemie (Abs. 1 S. 1)

- 2 Durch die wirtschaftlichen Verwerfungen, die die COVID-19-Pandemie ausgelöst hat, kann es passieren, dass Mieter vorübergehend fällige Mieten nicht fristgerecht zahlen können. Dadurch drohen Mieter die Wohnfläche und Gewerbetreibende die angemieteten Räume und Flächen zu verlieren. Diese Gefahr will § 2 Abs. 1 mindern.²
- 3 **1. Mietverhältnisse über Grundstücke und Räumlichkeiten.** § 2 Abs. 1 S. 1 gilt nur für Mietverhältnisse über Grundstücke und Räumlichkeiten. Der Gesetzgeber macht keinen Unterschied zwischen Wohnraum- und Gewerbemietverträgen und schützt Unternehmer und Verbraucher gleichermaßen.³
- 4 **2. Nichtleistung der Miete trotz Fälligkeit.** Nach Abs. 1 S. 1 kann der Vermieter nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet. Der Wortlaut ist zu weit und umfasst auch Zahlungen, die vor dem 1. April fällig geworden sind und (selbstverständlich) im Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 fällig bleiben. Diese offenen Zahlungen sollen gerade nicht erfasst sein, sondern können weiterhin zur Kündigung führen (dazu → Rn. 7). Gemeint sind

1 BGH NJW 2015, 1296 (1297).

2 BT-Drs. 19/18110, S. 36.

3 BT-Drs. 19/18110, S. 36.

nur Zahlungen, die in dem Zeitraum entstehen,⁴ also fällig werden. Bei Mietverträgen wird regelmäßig vereinbart, dass Sie zum 3. Werktag eines jeden Monats fällig sind; in diesem Fall erfasst Abs. 1 S. 1 die Monatsmieten für April, Mai und Juni. Die „Miete“ umfasst nicht nur die Kaltmiete gemäß § 535 Abs. 2 BGB, sondern in Übereinstimmung mit der BGH-Rechtsprechung zur Kündigung wegen Mietrückständen **alle laufenden Verpflichtungen einschließlich Betriebskostenpauschale und Betriebskostenvorauszahlung**.⁵

3. Nichtleistung aufgrund COVID-19-Pandemie. Gemäß Abs. 1 S. 1 ist die Kündigung nur dann ausgeschlossen, wenn die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Das ist das zentrale Tatbestandsmerkmal, das den Eingriff in den bereits geschlossenen Mietvertrag rechtfertigt.⁶ Anders als bei §§ 1 (→ § 1 Rn. 11 f., 22 ff) und 3 (→ § 3 Rn. 22 ff.) existieren keine weiteren materiellen Voraussetzungen.⁷ In der Gesetzesbegründung findet sich eine Negativabgrenzung: Sollte der Mieter zahlungsunwillig sein oder seine Zahlungsunfähigkeit andere Ursachen als die COVID-19-Pandemie haben, so sei die Kündigung nicht ausgeschlossen.⁸ Im Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz stellte die CDU/CSU-Fraktion dar, dass die Änderungen nur für Konstellationen gelten sollen, „in denen jemand wegen der Corona-Pandemie wirtschaftlich nicht mehr leistungsfähig sei.“⁹ Zudem soll die Regelung nach Ansicht des Gesetzgebers eine zeitlich begrenzte Ausnahme von dem Grundsatz sein, dass eine Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten den Schuldner auch dann nicht von Folgen des Ausbleibens der rechtzeitigen Leistung befreit, wenn sie auf unverschuldeter Ursache beruht.¹⁰ Die Nichtleistung beruht also dann auf der Pandemie, wenn der Mieter in **wirtschaftliche Schwierigkeiten** gerät. Andererseits müssen diese Schwierigkeiten noch **keine existenzielle Bedrohung** wie bei §§ 1 und 3 (→ § 1 Rn. 12 und → § 3 Rn. 25) darstellen. Bei Verbrauchern ist es ausreichend, dass sie in Kurzarbeit geschickt werden oder ihnen betriebsbedingt gekündigt wird; im Einzelfall genügt auch eine vereinbarte Gehaltsreduzierung, wenn sie wirtschaftlich der Kurzarbeit entsprechende Auswirkungen hat.¹¹ Bei Unternehmern sind signifikante Einnahmeausfälle oder erhebliche Kostensteigerungen notwendig,¹² die das operative Ergebnis sichtbar belasten. Das Kurzarbeitergeld beträgt rund 60 Prozent des ausgefallenen Nettoentgelts. Wenn ein Arbeitnehmer nur noch 50 Prozent des ursprünglichen Lohns erhält, zahlt der Staat 60 Prozent der fehlenden 50 Prozent, also weitere 30 Prozent ($0,6 \times 0,5 = 0,3$) des ursprünglichen Entgelts. Das bedeutet, dass ein Verbraucher schon dann in beträchtliche Schwierigkeiten im Sinne der Norm gerät, wenn ihm nur noch 80 Prozent seines ursprünglichen Einkommens zur Verfügung steht. Analog dazu gerät ein Unternehmen erst dann in wirtschaftliche Schwierigkeiten, wenn sein Umsatz um **mindestens 20 Prozent** eingebrochen ist bzw. seine Kosten um mindestens 20 Prozent gestiegen sind, ohne dass die Preissteigerung an die Käufer abgewälzt werden kann. Darüber hinaus müssen Mieter sich zunächst um staatliche Hilfen bemühen;¹³ erhaltene Entschädigungen zB nach dem IfSG sind bei der Berechnung zu berücksichtigen.¹⁴

Fraglich ist, ob und inwiefern liquide Reserven des Mieters bei der Ermittlung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu berücksichtigen sind. *Schmidt-Kessel/Möllnitz* vertreten, dass diese erst aufgebraucht werden müssen.¹⁵ Dem kann nur eingeschränkt gefolgt werden. Ist ein Mieter zunächst gehalten, seine liquiden Reserven aufzubrauchen, so kann er durchaus in eine existenzielle Bedrohung rutschen.¹⁶ Gerade das ist aber nicht Voraussetzung für den Kündigungsausschluss. Daher ist zu differenzieren: Soweit der Mieter genügend liquide Reserven hat, um damit für mindestens drei Monate (April bis Juni) alle seine laufenden Verbindlichkeiten zu zahlen, muss er seine Reserven in dieser Höhe zunächst verwerten. Reichen seine liquiden Reserven jedoch dafür nicht aus, werden sie nicht berücksichtigt. Das Risiko der Berücksichtigung trägt der Mieter.

4 BT-Drs. 19/18110, S. 36; *Artz/Brinkmann/Pielsticker* MDR 2020, 527 (528); *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1105).

5 BGH NJW 2008, 3210 (3212); BGH-Report 2002, 225 (juris Rn. 21). Ebenso *Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel* COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 103; *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1105).

6 AA *Uth/Barthen* NZM 2020, 385, die meinen, § 2 sei verfassungswidrig, da einseitig und ohne Kompensation in das Eigentumsrecht der Vermieter eingegriffen werde. Vgl. dazu eine Nichtannahmeentscheidung des BVerfG aufgrund mangelnder Begründung, BVerfG COVuR 2020, 87.

7 *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1105).

8 BT-Drs. 19/18110, S. 36.

9 Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/18158, S. 2.

10 BT-Drs. 19/18110, S. 36 mit Verweis auf BGH NJW 2015, 1296 (1297).

11 *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1106).

12 *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1105); *Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel* COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 108.

13 BT-Drs. 19/18158, S. 2.

14 *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1105); *Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel* COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 108.

15 *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1105); *Uhlenbruck/Möllnitz/Schmidt-Kessel* COVInsAG Art. 240 §§ 1–4 Rn. 108.

16 *Schmidt-Kessel/Möllnitz* NJW 2020, 1103 (1106) leiten den Rückgriff auf liquide Reserven aus § 112 InsO und der Aussetzung des Insolvenzantrags her. Das ist uE zu restriktiv, da eine „kleine Insolvenz“ durchaus existenzbedrohend ist.