

### „Der genervte Zahnarzt“

Z ist Zahnarzt. Leider läuft seine Ehe mit seiner Frau E eher schlecht. Vor kurzer Zeit haben sich beide wieder heftig gestritten, wonach Z die E aus seinem Haus warf. E lebt seit einigen Wochen bei einer Freundin. Diese ist Rechtsanwältin und E fragt sie, ob sich eine Scheidung für sie „finanziell lohnen“ würde. E und Z leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. E hatte vor der Ehe Schulden in Höhe von 10.000 €, konnte jedoch bis jetzt 20.000 € ansparen. Das Anfangsvermögen des Z ist nicht ermittelbar, aber er konnte in den gemeinsamen Jahren 50.000 € auf seinem Konto ansparen und als Alleineigentümer erwarb er ein Haus im Wert von 500.000 €, wobei er noch ein Darlehen in Höhe von 250.000 € abzahlt. E meint, ihr stünde außerdem ein Lohn zu, da sie gelegentlich (höchstens 2-5 Stunden pro Monat) in der Praxis aushalf, wenn ein Mitarbeiter erkrankte.

#### Frage 1

Hat E gegen Z einen Anspruch auf Zugewinnausgleich?

Bearbeitervermerk:

*Unterhaltsansprüche der E sind nicht zu prüfen. Unterstellen Sie bei der Berechnung, dass im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages die oben genannten Werte bestehen. Darüber hinaus können hier Ansprüche aufgrund der Mitarbeit in der Praxis außer Betracht bleiben.*



#### Frage 2

Hat E gegen Z einen Anspruch auf Vergütung ihrer Mitarbeit in der Praxis?

Nach der Beratung durch ihre Freundin ist E sich zwar sicher, sie wolle sich scheiden lassen, unternimmt aber keine weiteren Schritte. Zufrieden mit dieser Entscheidung kauft sie einen Lottoschein und tatsächlich hat sie fünf Richtige mit Zusatzzahl. Sie gewinnt 330.000 €. Überglücklich feiert sie mit ihrer einzigen Tochter T den Gewinn in einem teuren Restaurant. Auf dem Heimweg wird die betrunkene E von einem Bus angefahren und ver stirbt. Als Z davon erfährt, ist er bestürzt. Die volljährige T erklärt sofort, dass sie das Erbe annimmt, Z möchte jedoch zunächst einen Rechtsanwalt fragen. Ein Testament konnte nicht gefunden werden.

#### Frage 3

Was wird ein Rechtsanwalt dem Z die Erbschaft betreffend raten?

Bearbeitervermerk:

*Steuerliche Aspekte sind nicht zu berücksichtigen; Beerdigungskosten sollen außer Betracht bleiben.*



Z möchte sich in seiner Zahnarztpraxis von seiner zuverlässigen und langjährigen Mitarbeiterin M etwas entlasten lassen, um seine private Situation neu zu ordnen. Deshalb bindet er seine langjährige Mitarbeiterin M in die Verwaltung der Praxis immer mehr mit ein, obwohl Einkäufe bisher nicht ihre Aufgabe waren und dies auch nicht im Anstellungsvertrag vorgesehen war. Einige Wochen später stellt er abends in der Praxis fest, dass der Toner des Druckers fast leer ist. Als er einen Neuen einlegen will, bemerkt er, dass keine mehr da sind. Daraufhin schreibt er M einen Zettel, sie solle einige neue Toner in seinem Namen für den Praxisdrucker DP1050 besorgen und sie solle einen guten Preis aushandeln. Dabei hat sich Z verschrieben, der Drucker trägt die Bezeichnung DP1500 und nicht DP1050. Dabei geschah Z dieses Versehen fahrlässig. M fährt am nächsten Morgen gleich zum Großhändler für Büromaterial G, der ihr für die Toner für den DP1050 ein gutes Angebot machen kann, wenn sie gleich vier Stück nehmen würde. M freut sich und schlägt sofort zu. Sie kauft die vier Toner für 70 € im Namen des Z und bringt die Rechnung des G gleich mit. Zurück in der Praxis möchte Z einen der neuen Toner gleich einlegen, dabei bemerkt er den Fehler. Er ärgert sich über den „Fehlkauf“ und sagt der M, er werde nicht an dem Kauf festhalten und die 70 € nicht bezahlen. Er ruft sofort bei G an und erklärt auch ihm das Missgeschick, denn er möchte die Rechnung nicht bezahlen und die Toner zurückbringen. G besteht auf Zahlung der Rechnung.

**Frage 4**

Z überlegt, ob er dem G die Toner bezahlen muss oder ob er anderen Ansprüchen des G ausgesetzt wäre.

Jetzt schaut Z seine Rechnungen genauer an. Er weiß, dass er in den letzten Jahren immer wieder Rechnungen für Software und EDV bezahlt hatte. Auch wenn die M hierfür nicht bevollmächtigt war und derartige Aufgaben nicht in ihrem Anstellungsvertrag geregelt sind, hat es Z hingenommen, dass sie regelmäßig die Computer der Praxis auf den neuesten Stand brachte. Bisher ist Z davon ausgegangen, dass M etwas von EDV versteht, immerhin hatte sie sich darum gekümmert. Die neueste Rechnung beinhaltet eine Antispähsoftware, die M für 1.250 € im Namen des Z bei dem Fachhändler F gekauft hatte. Z ist verwundert: Da die Computer der Praxis nicht online sind, weiß er nicht, wofür er diese Software benötigt. Als er M danach fragt, erklärt diese, dass sie auch keine Ahnung habe, sondern nur auf die Empfehlungen diverser Fachzeitschriften vertraut und sodann die Sachen immer beim Fachhändler F erworben habe. Z ist jetzt völlig entnervt. Da er die Rechnung schon bezahlt hatte, geht er mit der noch originalverpackten Software zu F und verlangt sein Geld zurück. F weigert sich.

**Frage 5**

Kann Z von F sein Geld bzgl. der letzten Rechnung über das Bereicherungsrecht zurückverlangen?

Als Z glaubt, dass nicht noch mehr schief gehen kann, brechen in seinem Haus die ersten Fliesen im Eingangsbereich. Vor einem Monat hat der Fliesenleger L im Haus des Z im Eingangsbereich neue Fliesen verlegt. Um Geld zu sparen, hatte Z den L gefragt, was sie am Preis machen

können. Darauf hatte dieser angeboten ohne Rechnung zu arbeiten. Sodann sollten die Arbeiten nur noch 3.000 € kosten. In der Sorge eine teure Scheidung bezahlen zu müssen, hatte Z dem zugestimmt, obwohl er sich bewusst war, dass L keine Steuern abführen würde. Als er nun L anruft, damit dieser sich die kaputten Fliesen anschaut, will L nicht kommen. Er meint, mit dem Verlegen der Fliesen und der anschließenden Barbezahlung sei alles erledigt.

### Frage 6

Z möchte wissen, ob er von L Nachbesserung verlangen kann.

Bearbeitervermerk:

*Zur Lösung können folgende Normen herangezogen werden:*

#### *§ 1 SchwarzArbG*

*(1) Zweck des Gesetzes ist die Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit.*

*(2) Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei*

*1. als Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt,*

*2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt,*

*(...)*



#### *§ 33 AO*

*(1) Steuerpflichtiger ist, wer eine Steuer schuldet, für eine Steuer haftet, eine Steuer für Rechnung eines Dritten einzubehalten und abzuführen hat, wer eine Steuererklärung abzugeben, Sicherheit zu leisten, Bücher und Aufzeichnungen zu führen oder andere ihm durch die Steuergesetze auferlegte Verpflichtungen zu erfüllen hat. (...)*

#### *§ 25 EStG*

*(...)*

*(3) Die steuerpflichtige Person hat für den Veranlagungszeitraum eine eigenhändig unterschriebene Einkommensteuererklärung abzugeben. Wählen Ehegatten die Zusammenveranlagung (§ 26b), haben sie eine gemeinsame Steuererklärung abzugeben, die von beiden eigenhändig zu unterschreiben ist.*

(...)

#### § 14b Abs. 1 UStG

*(1) Der Unternehmer hat ein Doppel der Rechnung, die er selbst oder ein Dritter in seinem Namen und für seine Rechnung ausgestellt hat, sowie alle Rechnungen, die er erhalten oder die ein Leistungsempfänger oder in dessen Namen und für dessen Rechnung ein Dritter ausgestellt hat, zehn Jahre aufzubewahren. (...) Die Sätze 1 bis 3 gelten auch*

*1. für Fahrzeuglieferer (§ 2a);*

*2. in den Fällen, in denen der letzte Abnehmer die Steuer nach § 13a Abs. 1 Nr. 5 schuldet, für den letzten Abnehmer;*

*3. in den Fällen, in denen der Leistungsempfänger die Steuer nach § 13b Absatz 5 schuldet, für den Leistungsempfänger.*

*In den Fällen des § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 hat der Leistungsempfänger die Rechnung, einen Zahlungsbeleg oder eine andere beweiskräftige Unterlage zwei Jahre gemäß den Sätzen 2 und 3 aufzubewahren, soweit er*

*1. nicht Unternehmer ist oder*

*2. Unternehmer ist, aber die Leistung für seinen nichtunternehmerischen Bereich verwendet.*

#### § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG

*Führt der Unternehmer eine Lieferung oder eine sonstige Leistung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 aus, gilt Folgendes:*

*1.*

*führt der Unternehmer eine steuerpflichtige Werklieferung (§ 3 Abs. 4 Satz 1) oder sonstige Leistung im Zusammenhang mit einem Grundstück aus, ist er verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Leistung eine Rechnung auszustellen;*

#### § 18 UStG

*(1) Der Unternehmer hat bis zum 10. Tag nach Ablauf jedes Voranmeldungszeitraums eine Voranmeldung nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung nach Maßgabe der Steuerdaten-Übermittlungsverordnung zu übermitteln, in der er die Steuer für den*

*Voranmeldungszeitraum (Vorauszahlung) selbst zu berechnen hat. (...)*

*(3) Der Unternehmer hat für das Kalenderjahr oder für den kürzeren Besteuerungszeitraum eine Steuererklärung nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung nach Maßgabe der Steuerdaten-Übermittlungsverordnung zu übermitteln, in der er die zu entrichtende Steuer oder den Überschuss, der sich zu seinen Gunsten ergibt, (...) selbst zu berechnen hat (Steueranmeldung). (...)*

Bearbeitervermerk für die gesamte Klausur:

*Beurteilungsgrundlage ist die jeweilige aktuelle Gesetzeslage. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen. Sofern keine entgegenstehenden Anhaltspunkte im Sachverhalt zu finden sind, ist davon auszugehen, dass alle Formvorschriften eingehalten und alle handelnden Personen ordnungsgemäß bevollmächtigt wurden.*

**„Der genervte Zahnarzt“**



**Schwerpunkte:** Zugewinnausgleich, Berechnung des Anfangs- und Endvermögens, Ausschlagung der Erbschaft, sog. „kleiner Pflichtteil“, die Wirkung von § 1371 Abs. 2, 3 BGB, mitarbeitende Familienangehörige, Pflichtteilsrecht, § 2303 BGB, Anfechtbarkeit von Vollmachten; Verstoß gegen ein Verbotsgesetz – Korrektur über § 242 BGB

Gliederung

**Gutachten** ..... 4

**Frage 1** ..... 4

    A    Anspruch der E gegen Z auf Zugewinnausgleich aus § 1378 Abs. 1 i.V.m. §§ 1372 ff. BGB (+) ...4

        I.    Anspruch entstanden (+) .....4

            1.    Zugewinngemeinschaft (+) .....4

            2.    Beendigung des Güterstandes (+).....4

            3.    Höhe des Zugewinnausgleiches .....4

                a)    Zugewinn der E .....4

                b)    Zugewinn des Z .....5

                c)    Differenz der Zugewinnbeträge .....5

            4.    Rechtsfolgen .....5

        II.   Anspruch nicht erloschen (+) .....5

        III.  Anspruch durchsetzbar (+) .....5

    B    Ergebnis .....5

**Frage 2** ..... 6

    A    Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus einem Dienstvertrag gem. §§ 611a Abs. 1, 611 a, 612 BGB (-) .....6

    B    Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus Gesellschaftsvertrag gem. §§ 705, 730 ff. BGB (-) .....6

    C    Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus besonderem familienrechtlichen Vertrag (-) .....7

    D    Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus Rückgewähranspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage § 313 Abs. 3 i.V.m. § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB (-) .....7

    E    Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (-) .....7

        I.    Etwas erlangt (+) .....7

        II.   Durch Leistung des Kondiktionsgläubigers (+) .....7

        III.  Ohne Rechtgrund (-) .....7

        IV.  Ergebnis .....7

**Frage 3** ..... 8

    A    Erbrechtlicher Anspruch des Z (erbrechtliche Lösung) .....8

        I.    Erbfähigkeit des Z, § 1923 BGB (+) .....8

        II.   Bestehen einer wirksamen Ehe im Todeszeitpunkt (+) .....8

        III.  Verwandtschaftsgrad von T zu E (+) .....8

        IV.  Kein Ausschluss nach § 1933 BGB und § 1318 Abs. 5 BGB (+) .....8

        V.    Zwischenergebnis .....9

        VI.  Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs, §§ 1931 Abs. 3, 1371 BGB (+) .....9

VII. Ergebnis.....	9
B Drei­ßigster, § 1969 BGB (-).....	9
C Güterrechtlicher Anspruch des Z bei Ausschlagung des Erbes (güterrechtliche Lösung).....	9
I. Erbschaftsausschlagung.....	9
II. Zugewinnausgleich, § 1371 Abs. 2 HS 1 i.V.m. §§ 1373 ff. BGB .....	9
1. Zugewinn der E, § 1373 BGB.....	9
2. Zugewinn des Z, § 1373 BGB.....	10
3. Zugewinnausgleich .....	10
III. Zusätzlicher Pflichtteil, §§ 1371 Abs. 3, 2303 Abs. 2 S. 2 BGB.....	10
IV. Ergebnis.....	11
D Rat des Anwalts: .....	11
<b>Frage 4.....</b>	<b>11</b>
A Anspruch G gegen Z auf Bezahlung der 70 € aus § 433 Abs. 2 BGB (-).....	11
I. Anspruch entstanden (+) .....	11
1. Wirksamer Kaufvertrag (+) .....	11
a) Erklärung des G (+) .....	12
b) Erklärung des Z (+) .....	12
1) Eigene Willenserklärung des Z (-).....	12
2) Zurechnung fremder Willenserklärung gem. §§ 164 ff. BGB (+) .....	12
aa) Eigene Willenserklärung der M (+) .....	12
ab) Im fremden Namen (Offenkundigkeitsprinzip) (+) .....	12
ac) Mit Vertretungsmacht (+).....	12
ad) <i>Wirksamkeit (+)</i> .....	12
3) Zwischenergebnis .....	12
c) Zwischenergebnis .....	12
2. Zwischenergebnis .....	12
II. Anspruch nicht erloschen (-).....	12
1. Anfechtung des Kaufvertrages (-) .....	13
a) Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB (+) .....	13
b) Anfechtungsgrund (-).....	13
c) Zwischenergebnis .....	14
2. Anfechtung der Bevollmächtigung (+) .....	14
a) Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB (+) .....	15
b) Anfechtungsgrund (+).....	15
c) Anfechtungsfrist (+).....	15
d) Zwischenergebnis .....	15
3. Zwischenergebnis .....	15
III. Ergebnis.....	16
B Anspruch des G gegen Z aus § 122 Abs. 1 BGB (-) .....	16
C Anspruch des G gegen Z aus § 122 Abs. 1 BGB (analog) (+).....	16
I. Anspruchsvoraussetzungen (+).....	16
II. Anspruchsumfang.....	17
III. Kein Ausschluss.....	17
IV. Ergebnis.....	17

D	Anspruch G gegen Z aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (+)	17
I.	Anwendbarkeit (+)	17
II.	Tatbestandsvoraussetzungen (+)	17
III.	Rechtsfolge – Schaden	17
E	Anspruch G gegen Z auf Herausgabe der Toner aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB (+)	17
I.	Etwas erlangt (+)	17
II.	Durch Leistung des G (+)	18
III.	Aufgrund eines Rechtsgrundes, der später wegfiel (+)	18
IV.	Rechtsfolge	18
<b>Frage 5</b>		<b>18</b>
A	Anspruch Z gegen F auf Rückzahlung der 1.250 € aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB (-)	18
I.	Etwas erlangt (+)	18
II.	Durch Leistung des Konditionsgläubigers (+)	18
III.	Aufgrund eines Rechtsgrundes, der später wegfiel (-)	18
1.	Anspruch entstanden (+)	18
a)	Einigung i.S.d. § 145 ff. BGB (+)	19
1)	Erklärung des F (+)	19
2)	Erklärung des Z (+)	19
aa)	Eigene Willenserklärung des Z (-)	19
ab)	Zurechnung der Willenserklärung der M gem. §§ 164 ff. BGB (+)	19
(1)	Eigene Willenserklärung der M (+)	19
(2)	Im fremden Namen (Offenkundigkeitsprinzip) (+)	19
(3)	Mit Vertretungsmacht (+)	19
i.	Vollmacht (-)	19
ii.	Anscheinsvollmacht (-)	19
iii.	Duldungsvollmacht (+)	19
(4)	Zwischenergebnis	20
ac)	Zwischenergebnis	20
3)	Zwischenergebnis	20
b)	Zwischenergebnis	20
2.	Anspruch erloschen (-)	20
a)	Anfechtungsgrund (-)	20
b)	Zwischenergebnis	21
c)	Anfechtung der Duldungsvollmacht (-)	21
3.	Zwischenergebnis	21
IV.	Ergebnis	22
<b>Frage 6</b>		<b>22</b>
A	Anspruch des Z gegen L auf Nachbesserung aus §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 Alt. 1 BGB (-)	22
I.	Einigung (+)	22
II.	Wirksamkeit der Einigung (-)	22
1.	Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG (+)	22
a)	Vorliegen eines Verbotsgesetzes (+)	22
b)	Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG (+)	23



2. Ergebnis.....	23
3. Korrektur über Treu und Glauben .....	24
B Ergebnis.....	24
<b>Anmerkungen .....</b>	<b>26</b>
<b>Wiederholungsfragen.....</b>	<b>26</b>

**Gutachten****Frage 1****A Anspruch der E gegen Z auf Zugewinnausgleich aus § 1378 Abs. 1 i.V.m. §§ 1372 ff. BGB (+)**

Dazu müsste der Anspruch auf Zugewinnausgleich zunächst entstanden, dürfte nicht erloschen und müsste schließlich durchsetzbar sein.

**I. Anspruch entstanden (+)**

Der Anspruch von E gegen Z auf Zugewinnausgleich entsteht, wenn beide im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten und der Zugewinn des Z den Zugewinn der E bei Beendigung des Güterstandes übersteigt.

**1. Zugewinnngemeinschaft (+)**

Laut Sachverhalt besteht zwischen E und Z eine wirksame Ehe im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gem. § 1363 Abs. 1 BGB.

**2. Beendigung des Güterstandes (+)**

Der Anspruch auf Zugewinnausgleich entsteht erst bei Beendigung des Güterstandes, § 1372 BGB. Vorliegend würde die Beendigung zu Lebzeiten der Ehegatten durch Scheidung erfolgen, sodass sich der Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 ff. BGB richtet.

**3. Höhe des Zugewinnausgleiches**

Der Zugewinn des Z als Anspruchsgegner müsste den Zugewinn der E als Anspruchstellerin übersteigen. Gem. § 1373 BGB errechnet sich der Zugewinn aus der Differenz zwischen Anfangsvermögen, § 1374 BGB, und Endvermögen, § 1375 BGB, des jeweiligen Ehegatten.

**a) Zugewinn der E**

Zunächst ist das Anfangsvermögen der E nach § 1374 BGB zu ermitteln. Veranschlagt wird das Vermögen zum Zeitpunkt des Eintrittes in den Güterstand nach Abzug aller Verbindlichkeiten. Mangels späterer Regelungen durch einen Ehevertrag ist der maßgebliche Zeitpunkt die Eheschließung zwischen E und Z. Vor der Ehe verfügte die E über kein Vermögen, sondern lediglich über Schulden in Höhe von 10.000€. Nach § 1374 Abs. 3 BGB sind diese auch über ihr Vermögen hinaus abzuziehen. Demnach hatte sie ein negatives Anfangsvermögen von -10.000 €.

**Hinweis**

Bis zum 01.09.2009 konnte das Anfangsvermögen nicht negativ sein. Seither bestimmt § 1374 Abs. 3 BGB, dass Verbindlichkeiten über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen sind. Damit kann das Anfangsvermögen auch negativ sein.

Die Berechnung des Endvermögens richtet sich nach § 1375 BGB. Maßgeblicher Zeitpunkt ist hier die Beendigung des Güterstandes. Nach § 1384 BGB ist dies im Falle der Scheidung der Zeitpunkt der

Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags.<sup>1</sup> Das Endvermögen entspricht dem Vermögen bei Beendigung des Güterstandes nach Abzug der Verbindlichkeiten. Laut Sachverhalt verfügt E über 20.000 €, ohne dass offene Verbindlichkeiten bestünden. Mithin ergibt sich ihr Zugewinn aus der Differenz zwischen Endvermögen (20.000 €) und Anfangsvermögen (-10.000 €). Der Zugewinn der E beträgt somit 30.000 €.

#### **b) Zugewinn des Z**

Das Anfangsvermögen des Z kann laut Sachverhalt nicht mehr festgestellt werden. In diesem Fall gilt nach § 1377 Abs. 3 BGB die Vermutung, dass das Anfangsvermögen Null betrug. Das Endvermögen des Z setzt sich zusammen aus seinem Vermögen (Wert des Hauses i.H.v. 500.000 € + Kontoguthaben i.H.v. 50.000 €) abzüglich seiner Verbindlichkeiten (Darlehen i.H.v. 250.000 €). Demnach hat er ein Endvermögen von 300.000 €. Sein Zugewinn beträgt folglich 300.000 €.

#### **c) Differenz der Zugewinnbeträge**

Der Zugewinn des Z (300.000 €) übersteigt den der E (30.000 €) um 270.000 €.

#### **4. Rechtsfolgen**

Gem. § 1378 Abs. 1 hat E einen Anspruch auf die Hälfte des Überschusses des Zugewinns in Höhe von 135.000 €.

Der Anspruch der E auf Ausgleich des Zugewinns ist in diesem Umfang mithin entstanden.

#### **II. Anspruch nicht erloschen (+)**

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Sachverhalt ist der Anspruch nicht erloschen.

#### **III. Anspruch durchsetzbar (+)**

Z könnte diesem Anspruch die Einrede aus § 1381 Abs. 1 BGB entgegenhalten, sofern ein Ausgleich grob unbillig wäre. Gem. § 1381 Abs. 2 BGB kann grobe Unbilligkeit insbesondere dann gegeben sein, wenn der Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt hat (hier: E), längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat. Dabei werden an die grobe Unbilligkeit hohe Anforderungen gestellt. So ist die Grenze erst dort erreicht, wo die Gewährung des Ausgleichsanspruchs dem Gerechtigkeitsempfinden nicht nur vorübergehend in unerträglicher Weise widersprechen würde. Dafür bestehen laut Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Zwar gab es wegen der ausgiebigen Einkaufstouren der E immer wieder Streit zwischen den Eheleuten. Allein dies vermag den strengen Anforderungen allerdings nicht zu genügen. Zudem hat E in der Praxis des Z ausgeholfen und damit zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation beigetragen. Mithin kann sich Z nicht auf § 1381 BGB berufen. Der Anspruch der E ist demnach auch durchsetzbar.

#### **B Ergebnis**

E hätte gegen Z nach der Scheidung (§ 1564 BGB – Rechtskraft des Scheidungsurteils) einen Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. 135.000€ aus § 1378 Abs. 1 i.V.m. §§ 1372 ff. BGB.

---

<sup>1</sup> Die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages richtet sich nach § 124 FamFG, §§ 261 Abs. 1, 253 ZPO, also regelmäßig nach der Zustellung des Scheidungsantrages.

## Frage 2

### Anspruch der E gegen Z wegen der Mitarbeit in der Zahnarztpraxis

#### **A Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus einem Dienstvertrag gem. §§ 611a Abs. 1, 611 a, 612 BGB (-)**

E könnte einen Anspruch auf Vergütung haben, wenn zwischen ihr und Z ein Dienstvertrag gem. §§ 611, 611 a BGB bestanden hat.

Eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen E und Z ist nicht ersichtlich.

Es kommt nur ein konkludent geschlossener Dienstvertrag in Betracht. Dafür müssten sich Z und E stillschweigend mit Rechtsbindungswillen dahingehend geeinigt haben, dass E weisungsabhängig Arbeitsleistungen erbringen sollte. Sie müssten also ein Über-/Unterordnungsverhältnis wie dieses im Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer üblich ist, gewollt haben. Es liegen hier jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass E und Z in einem weisungsgebundenen Verhältnis zusammengearbeitet haben. Bisher hatte E dafür auch keine Vergütung verlangt, was dafürspricht, dass beide von einer unentgeltlichen Mithilfe ausgingen. Somit kann hier nicht von einem konkludenten Dienstvertrag ausgegangen werden.

E hat gegen Z demzufolge keinen Anspruch auf Vergütung ihrer Arbeitsleistung aus §§ 611a, 612 BGB.

#### **B Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus Gesellschaftsvertrag gem. §§ 705, 730 ff. BGB (-)**

Des Weiteren könnte E einen Anspruch gegen Z aus §§ 705, 730 ff. BGB haben.

Dazu müssten E und Z eine sog. Ehegatteninnengesellschaft gebildet haben. Jedoch setzt dies den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages i.S.d. § 705 BGB voraus. Ausdrücklich haben sich Z und E nicht geeinigt, allerdings könnte auch hier ein konkludenter Vertragsschluss in Betracht kommen. Dazu müssten sich E und Z auf einen gemeinsamen Gesellschaftszweck, ein gemeinsames Vermögen und Gesellschafterbeiträge geeinigt haben. Dabei müsste der Gesellschaftszweck über den Zweck der Ehe hinausgehen. Vorliegend könnte die Mitarbeit der E allerdings bereits ein Resultat der ehelichen Pflichten aus §§ 1353 Abs. 1 S. 2, 1356, 1360 BGB sein, sodass es an einem darüberhinausgehenden Zweck mangelt. Laut Sachverhalt ist E Hausfrau. Damit erfüllt sie ihre ehelichen Pflichten gem. § 1360 S. 2 BGB in der Regel durch die Führung des Haushalts. Allerdings kann unter besonderen Umständen etwas anderes gelten. So ist hier zu berücksichtigen, dass E keine Kinder zu betreuen und nur gelegentlich leichte Aushilfstätigkeiten übernommen hat, wenn dies aufgrund des Krankenstandes notwendig war. Demnach stand hinter der Tätigkeit der E kein Erwerbszweck oder Erwerbswille. Mithin stellt ihre Tätigkeit nur eine Erfüllung ihrer ehelichen Pflichten dar und insbesondere keinen darüberhinausgehenden Zweck.

Zudem erledigte E nur gelegentlich Aushilfstätigkeiten, während die Arbeit in der Praxis für den Z eine Vollzeitbeschäftigung darstellt. Mithin fehlt es auch an einer gleichwertigen, gleichrangigen Position einem Gesellschafter entsprechend. Folglich liegt keine konkludente Vereinbarung einer Ehegatteninnengesellschaft vor.

E hat gegen Z demzufolge auch keinen Anspruch aus §§ 705, 730 ff. BGB.

### **C Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus besonderem familienrechtlichen Vertrag (-)**

Ein Anspruch auf Vergütung der Mitarbeit der E könnte sich darüber hinaus aus einem besonderen familienrechtlichen Vertrag i.S.d. §§ 241, 311 Abs. 1 BGB ergeben. Aber auch dafür müsste ihre Mitarbeit über ihre ehelichen Pflichten hinausgegangen sein, was, wie bereits festgestellt, gerade nicht der Fall war.

### **D Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus Rückgewähranspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage § 313 Abs. 3 i.V.m. § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB (-)**

E könnte gegen Z einen Anspruch auf Vergütung haben, wenn sie einen Rückgewähranspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage hat. Fraglich ist jedoch bereits die Anwendbarkeit von § 313 BGB. So finden die Regeln der Störung der Geschäftsgrundlage grundsätzlich keine Anwendung, wenn speziellere Vorschriften, wie hier die des Zugewinnausgleichs, einschlägig sind. Nur wenn eine „Abwicklung“ über den Zugewinnausgleich grob unbillig wäre, käme eine Anwendung der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht. Dafür bestehen vorliegend jedoch keine Anhaltspunkte, sodass § 313 BGB schon nicht anwendbar ist.

Mithin hat E gegen Z auch keinen Vergütungsanspruch gem. § 313 Abs. 3 i.V.m. § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB.



#### **Hinweis**

Ausnahmsweise können die Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage zur Anwendung kommen, wenn der hälftige Zugewinnausgleich als grob unbillig erscheint oder der Güterstand der Gütertrennung bestand und die Beibehaltung der getrennten Vermögenslagen für den Ehegatten unzumutbar ist.

### **E Anspruch E gegen Z auf Vergütung der Mitarbeit aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (-)**

Für einen Anspruch aus einer Leistungskondition aufgrund eines fehlenden Rechtsgrundes müsste Z etwas erlangt haben durch die Leistung von E ohne Rechtsgrund.

#### **I. Etwas erlangt (+)**

Z müsste etwas erlangt haben. Dies ist bei jedem vermögenswerten Vorteil der Fall. Vorliegend erspart sich Z in Folge der gelegentlichen Mitarbeit durch E Aufwendungen für eine anderweitige Aushilfe. Z hat somit etwas erlangt.

#### **II. Durch Leistung des Kondiktionsgläubigers (+)**

Dies erlangte er durch Leistung der E. Durch ihre Mitarbeit erfüllte E ihre ehelichen Pflichten aus §§ 1360, 1356 i.V.m. § 1353 und vermehrte damit bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des Z.

#### **III. Ohne Rechtsgrund (-)**

Allerdings müsste E auch ohne Rechtsgrund geleistet haben. Hier erfüllte die E durch ihre Mitarbeit gerade ihre oben genannten ehelichen Pflichten, sie handelte also mit Rechtsgrund.

#### **IV. Ergebnis**

E hat gegen Z keinen Anspruch auf Vergütung ihrer Mitarbeit aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.



### Hinweis

Durchaus vertretbar ist es auch hier weitere Anspruchsgrundlagen anzuprüfen wie den Widerruf einer Schenkung (§§ 530, 531, 812 Abs. 1 S. 2 1.Fall BGB) oder die Zweckverfehlungskondition (§ 812 Abs. 2 Alt. 2 BGB). Allerdings sind sie aus dem gleichen Grund wie die Benannten abzulehnen.



Die Annahme einer Pflicht des Ehegatten zur Mitarbeit sollte bestimmten Ausnahmefällen vorbehalten bleiben wie gelegentlichen, kurzzeitigen oder sehr kleinen Aushilfstätigkeiten. Aber auch wenn Sie eine Mitarbeitspflicht ablehnen, müssen Sie nach den Umständen des Einzelfalles entscheiden, ob eine Vergütung der Mitarbeit in Betracht kommt. Zum einen nach den Vereinbarungen der Ehegatten, zum anderen auch nach der Billigkeit. Daher geht die Rechtsprechung<sup>2</sup> zu dieser Problematik intensiv auf die Besonderheiten des Einzelfalles ein.

### Frage 3

#### Ansprüche des Z nach dem Tod der E

#### A Erbrechtlicher Anspruch des Z (erbrechtliche Lösung)

Zunächst könnte Z einen erbrechtlichen Anspruch haben.

Aufgrund des fehlenden Testaments der E scheidet eine vorrangige gewillkürte Erbfolge aus. Demnach gilt die gesetzliche Erbfolge. In den §§ 1924 – 1929 BGB findet der Ehegatte keine Berücksichtigung. Ihm könnte jedoch ein gesetzliches Ehegattenerbrecht aus § 1931 Abs. 1, 3 i.V.m. § 1371 BGB zustehen.

Soweit Z erbfähig ist, wäre er als überlebender Ehegatte der Erblasserin neben Verwandten erster Ordnung zu einem Viertel berechtigt. Nach § 1931 Abs. 3 BGB ist ferner § 1371 BGB zu berücksichtigen. Das Ehegattenerbrecht dürfte jedoch nicht nach § 1933 BGB ausgeschlossen sein.

#### I. Erbfähigkeit des Z, § 1923 BGB (+)

Z ist erbfähig i.S.d. § 1923 Abs. 1 BGB.

#### II. Bestehen einer wirksamen Ehe im Todeszeitpunkt (+)

Zwischen Z und E müsste im Zeitpunkt des Todes der E eine wirksame Ehe bestanden haben. Dies könnte mit Blick auf das Getrenntleben und den Entschluss der E, sich scheiden zu lassen, fraglich sein. Allerdings ist eine wirksame Ehe nur in den Fällen der Nichtehe, einer rechtskräftig aufgehobenen Ehe gem. § 1313 BGB oder einer rechtskräftig geschiedenen Ehe gem. § 1564 BGB nicht gegeben. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Damit bestand zwischen E und Z im Todeszeitpunkt eine wirksame Ehe.

#### III. Verwandtschaftsgrad von T zu E (+)

Die T ist gem. § 1924 Abs. 1 BGB als Abkömmling der E Verwandte erster Ordnung.

#### IV. Kein Ausschluss nach § 1933 BGB und § 1318 Abs. 5 BGB (+)

---

<sup>2</sup> BGH, 14. 12. 1966 Az. IV ZR 267/65 = NJW 1967, 1077; BGH, 1994-07-13 Az. XII ZR 1/93 = NJW 1994, 2545; zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft BGH, 9. 7. 2008 Az. XII ZR 179/05 (OLG Jena) = NJW 2008, 3277.

Ein Ausschluss gem. § 1933 S. 1 und 2 BGB scheidet sowohl mit Blick auf die fehlenden Scheidungsvoraussetzungen (es mangelt insoweit an der unzumutbaren Härte i.S.d. § 1565 Abs. 2 BGB) als auch mit Blick auf den fehlenden Antrag der E aus.

Ein Ausschluss nach § 1318 Abs. 5 BGB ist ebenfalls nicht gegeben.

#### **V. Zwischenergebnis**

Somit ist Z neben T nach § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB Miterbe zu  $\frac{1}{4}$  geworden.

#### **VI. Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs, §§ 1931 Abs. 3, 1371 BGB (+)**

E und Z lebten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, sodass zusätzlich ein Ausgleich des Zugewinns gem. § 1931 Abs. 3 i.V.m. § 1371 Abs. 1 BGB zu erfolgen hat. Dieser beträgt pauschal  $\frac{1}{4}$ .

Sinn und Zweck dieser Pauschalierung besteht zum einen in der Vereinfachung der Rechtslage und zum anderen in der Vermeidung von Streitigkeiten zwischen den Hinterbliebenen.

#### **VII. Ergebnis**

Demnach erhält Z gem. § 1931 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 i.V.m. § 1371 BGB die Hälfte ( $\frac{1}{4}$  als Miterbe +  $\frac{1}{4}$  als Zugewinn) der Erbmasse (330.000 € Lottogewinn + 20.000 € Vermögen). Im Ergebnis sind es 175.000 € (350.000€: 2 = 175.000€).

#### **B Dreißigster, § 1969 BGB (-)**

Z könnte zudem einen Anspruch aus § 1969 BGB auf den sog. Dreißigsten haben. Allerdings hat Z aufgrund des Getrenntlebens nicht mehr zum Hausstand der E gehört und auch keinen Unterhalt von ihr bezogen. Mithin hat er keinen Anspruch aus § 1969 BGB.

#### **C Güterrechtlicher Anspruch des Z bei Ausschlagung des Erbes (güterrechtliche Lösung)**

Z hat die Möglichkeit die güterrechtliche Auseinandersetzung (d.h. Zugewinnausgleich zzgl. kleiner Pflichtteil) zu wählen, wenn er die Erbschaft ausschlägt.

##### **I. Erbschaftsausschlagung**

Z müsste dazu die Erbschaft gem. §§ 1942 ff. BGB ausschlagen, wodurch er seine Erbenstellung verliert (§ 1953 BGB). Die Ausschlagungserklärung ist eine amtsempfangsbedürftige Willenserklärung nach § 1945 Abs. 1 BGB und müsste gegenüber dem Nachlassgericht<sup>3</sup> zur Niederschrift oder in öffentlich beglaubigter Form erklärt werden. Dann wäre T die alleinige Erbin der E.

##### **II. Zugewinnausgleich, § 1371 Abs. 2 HS 1 i.V.m. §§ 1373 ff. BGB**

Gem. § 1371 Abs. 2 HS 1 i.V.m. §§ 1373 ff. BGB kann Z den Zugewinnausgleich verlangen, sofern der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht. Kraft der Ausschlagung wäre Z nicht Erbe, § 1953 Abs. 1 BGB und es gibt keine Anhaltspunkte für ein Vermächtnis, §§ 1939, 2147, 2174 BGB. Zu berechnen ist somit konkrete Zugewinn des Z.

##### **1. Zugewinn der E, § 1373 BGB**

Es müsste zunächst der Zugewinn der E nach § 1373 BGB durch die Ermittlung des Anfangs- und des Endvermögens berechnet werden. Das Anfangsvermögen betrug nach § 1374 Abs. 1, 3 BGB -10.000 €. Fraglich ist an dieser Stelle, ob der Lottogewinn über § 1374 Abs. 2 BGB im Anfangsvermögen zu berücksichtigen ist. Wäre dies einschlägig, betrüge ihr Anfangsvermögen 320.000 €.

---

<sup>3</sup> Das Nachlassgericht ist das örtlich zuständige Amtsgericht, §§ 434, 344 Abs. 7 FamFG, anders Baden-Württemberg (hier staatliches Notariat, §§ 1, 38 BadWürttLFGG, Art. 147 EGBGB).

Über § 1374 Abs. 2 BGB findet Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt in den Güterstand von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, das den Umständen nach nicht unter „Einkünfte“ zu subsumieren ist, bei der Berechnung des Anfangsvermögens insoweit Berücksichtigung, als dass sich das Anfangsvermögen um diesen Betrag erhöht. Ein Lottogewinn kann unter den Wortlaut der enumerativen Aufzählung nicht subsumiert werden.

Diskutiert wird jedoch eine analoge Anwendung des Absatzes 2. So wird in der Literatur<sup>4</sup> erwogen, die Vorschrift auf eheneutrale Erwerbstatbestände auszudehnen. Für eine Analogie bedürfte es zunächst einer planwidrigen Regelungslücke. Eine solche könnte vorliegen, wenn es keine Regelung gibt, die berücksichtigt, dass ein Ehepartner einen Vermögenszuwachs verzeichnen kann, ohne dass dieser Erwerb im Zusammenhang mit der ehelichen Wirtschafts- und Lebensgemeinschaft steht. Über das nach § 1375 BGB erhöhte Endvermögen entsteht ein höherer Zugewinn i.S.d. § 1373 BGB, der zugunsten des anderen Ehepartners beim Zugewinnausgleich nach § 1378 Abs. 1 BGB Berücksichtigung fände.

Der Annahme einer solchen Regelungslücke muss jedoch entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber im § 1374 Abs. 2 BGB eben einen enumerativen Tatbestand geschaffen hat. Dieser Tatbestand ist keiner Analogie zugänglich, denn alle genannten Situationen sind durch eine besondere emotionale Verbindung des Ehegatten mit einem Dritten gekennzeichnet. Es gibt also eine Regelung für besondere Fälle, in denen der Ehepartner Vermögen erwirbt, ohne dass dies in einem ehelichen Zusammenhang steht.<sup>5</sup> In ständiger Rechtsprechung<sup>6</sup> wird betont, dass Zweck des Zugewinnes die Beteiligung des jeweils anderen Ehepartners am Vermögenszuwachs ist. Mithin ist der Lottogewinn nicht über die Regelung des § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert und wird daher nicht dem Anfangsvermögen zugerechnet.

Es bleibt also bei dem Ergebnis, dass das Anfangsvermögen der E bei -10.000 € liegt. Allerdings hat sich ihr Endvermögen nun um den Lottogewinn von 330.000 € auf 350.000 € (Kontoguthaben + Lottogewinn) erhöht. Demnach hat sie einen Zugewinn von 360.000 €

## 2. Zugewinn des Z, § 1373 BGB

Der Zugewinn des Z beträgt, wie dargestellt, 300.000€.

## 3. Zugewinnausgleich

Zwischen dem Zugewinn von E und von Z besteht eine Differenz von 60.000 €. Gem. § 1378 Abs. 1 BGB hat Z einen Anspruch auf die Hälfte dieser Differenz, also auf 30.000 €.



Beachten Sie, dass hier der konkrete Zugewinn zu berechnen ist. Hat der verstorbene Ehegatte einen niedrigeren Zugewinn erzielt als der Überlebende oder haben beide keinen erzielt, findet kein Ausgleich statt. Hätte im vorliegenden Fall die E nicht im Lotto gewonnen, wäre ihr Zugewinn niedriger als der des Z gewesen und es hätte keinen Ausgleichsanspruch für Z gegeben.

## III. Zusätzlicher Pflichtteil, §§ 1371 Abs. 3, 2303 Abs. 2 S. 2 BGB

<sup>4</sup> Koch in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 1374, Rn. 20; OLG Düsseldorf, 09.12.2011 Az. II-5 UF 183/11 = BeckRS 2013, 10127 m.w.N.

<sup>5</sup> In diesem Sinne finden keine Berücksichtigung über § 1374 Abs. 2 BGB analog u.a. Lottogewinne und Schmerzensgeldansprüche; vgl. eine ausführliche Liste bei Koch in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 1374, Rn. 20.

<sup>6</sup> Erneute Bestätigung durch den BGH, 16.10.2013 Az. XII ZB 277/12 = DNotZ 2014, 284.

Über den Zugewinnausgleich hinaus kann der ausschlagende Ehegatte nach § 1371 Abs. 3 BGB den Pflichtteil verlangen, auch wenn dieser ihm nach erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde. Ausgeschlossen ist dieser sog. „kleine Pflichtteil“, wenn er durch Vertrag auf sein gesetzliches Erbrecht oder Pflichtteilsrecht verzichtet hat.

Mangels eines vertraglichen Verzichts auf das gesetzliche Erb- oder Pflichtteilsrecht durch Z ist der Pflichtteil nach § 2303 BGB zu bestimmen. Dieser beträgt gem. § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB die Hälfte des gesetzlichen Erbes. Der gesetzliche Erbteil des Ehegatten ergibt sich aus § 1931 Abs. 1 BGB. Neben Verwandten erster Ordnung (§ 1924 BGB), hier seiner Tochter T, betrüge der Erbanteil  $\frac{1}{4}$ . Die Erhöhung aus dem Zugewinnausgleich nach §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB bleibt nach ausdrücklicher Anordnung des § 1371 Abs. 2 HS 2 BGB außer Betracht. Aus diesem Umstand heraus wird der sich aus §§ 1371 Abs. 3, 2303 Abs. 1 S. 2 BGB ergebende Pflichtteil „kleiner Pflichtteil“ genannt. Der gesetzliche Erbteil des Z beträgt gem. § 1931 Abs. 1 BGB  $\frac{1}{4}$ , sodass sich der Pflichtteil auf  $\frac{1}{8}$  beläuft.

Wertmäßig bedeutet das für Z:

Von der Erbmasse (350.000 €) ist der Zugewinnausgleich (30.000 €) des Z abzuziehen.<sup>7</sup> Der Ausgleich des Zugewinns stellt eine Schuld des Erblassers dar, die mit dem Ende des Güterstandes entsteht (§ 1378 Abs. 3 S. 1 BGB) und für die der Erbe haftet (§ 1967 Abs. 1 BGB).<sup>8</sup> Mithin verbleiben 320.000 € als Nachlass, von denen  $\frac{1}{8}$ (40.000 €) den „kleinen Pflichtteil“ des Z darstellen.

#### IV. Ergebnis

Nach der güterrechtlichen Lösung ergibt sich somit ein Anspruch des Z gegen die Erbin T in Höhe von 70.000€ (30.000 € Zugewinn + 40.000 € kleiner Pflichtteil).

#### D Rat des Anwalts:

Z hat die Wahl, ob er die Erbschaft annimmt (Wert 175.000€) oder ob er sie ausschlägt und sich für die güterrechtliche Lösung entscheidet (Wert 70.000€). Hier sollte ihm ein Anwalt aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten raten, die Erbschaft anzunehmen.



Beachten Sie, dass nach der erbrechtlichen Lösung der Ehegatte zu einer bestimmten Quote Miterbe wird. Bei der güterrechtlichen Lösung erhält er dagegen einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben aus der Zugewinnausgleichsforderung einerseits und aus dem Pflichtteilsanspruch andererseits.

#### Frage 4

##### Ansprüche des G wegen der Toner

#### A Anspruch G gegen Z auf Bezahlung der 70 € aus § 433 Abs. 2 BGB (-)

G könnte gegen Z einen Anspruch auf Bezahlung der 70 € aus dem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB haben. Dazu müsste der Anspruch zunächst entstanden sein, dürfte nicht erloschen und müsste durchsetzbar sein.

#### I. Anspruch entstanden (+)

##### 1. Wirksamer Kaufvertrag (+)

<sup>7</sup> Der Anspruch des Z auf Zugewinnausgleich begründet insofern eine Nachlassverbindlichkeit, die den Nachlass mindert.

<sup>8</sup>Mayer in BeckOKBGB, Stand: 01.11.2014, § 1371, Rn. 26.



Es könnte eine Einigung gem. §§ 145 ff. BGB erfolgt sein. Eine Einigung in diesem Sinn setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus (Angebot und Annahme).

**a) Erklärung des G (+)**

In der Verständigung mit M ist eine Willenserklärung des G zu sehen, die auf den Abschluss eines Kaufvertrages gerichtet ist.

**b) Erklärung des Z (+)**

Fraglich ist, ob Z eine rechtsverbindliche Willenserklärung abgegeben hat.

**1) Eigene Willenserklärung des Z (-)**

Eine eigene Willenserklärung des Z liegt nicht vor.

**2) Zurechnung fremder Willenserklärung gem. §§ 164 ff. BGB (+)**

Dem Z könnte die Willenserklärung der M zurechenbar sein, wenn eine wirksame Stellvertretung gem. §§ 164 ff. BGB vorlag.

Dies setzt eine eigene Willenserklärung des Vertreters im Namen des Vertretenen mit Vertretungsmacht nach § 164 Abs. 1 BGB voraus.

**aa) Eigene Willenserklärung der M (+)**

M hat eine eigene Willenserklärung abgegeben. Sie entschied eigenständig über die Menge der Toner und handelte den Preis aus.

**ab) Im fremden Namen (Offenkundigkeitsprinzip) (+)**

Die Willenserklärung müsste erkennbar im Namen des Vertretenen Z abgegeben worden sein. Der Z war ausdrücklich als Vertretener benannt.

**ac) Mit Vertretungsmacht (+)**

M müsste schließlich mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Hier könnte eine Innenvollmacht i.S.d. § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB der M vorliegen. Die Vertretungsmacht der M ergibt sich vorliegend aus dem Zettel, den Z der M liegenließ. Darin wird sie bevollmächtigt, in seinem Namen eine Willenserklärung im Rahmen des Kaufes der Toner abzugeben.

**ad) Wirksamkeit (+)**

*Bearbeiter, die die Anfechtung als rechtshindernde Einwendung betrachten, müssen an dieser Stelle die Anfechtung durchprüfen.*

**3) Zwischenergebnis**

Demnach ist eine wirksame Stellvertretung gem. §§ 164 ff. BGB gegeben. Die Willenserklärung der M wirkt mithin für und gegen Z.

**c) Zwischenergebnis**

Ein Kaufvertrag zwischen Z und G ist zustande gekommen.

**2. Zwischenergebnis**

Der Anspruch des G auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 70 € ist entstanden.

**II. Anspruch nicht erloschen (-)**

Der Anspruch könnte jedoch infolge der Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB erloschen sein. Danach wird ein Rechtsgeschäft ex tunc nichtig, wenn die Willenserklärung angefochten wurde. In Frage kommt eine

Anfechtung durch Z einerseits bezogen auf die Willenserklärung der M oder andererseits bezogen auf die Bevollmächtigung der M. Dazu müsste Z eine Anfechtungserklärung fristgerecht abgegeben haben und es müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen.

### 1. Anfechtung des Kaufvertrages (-)

#### a) Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB (+)

Z müsste die Anfechtung gem. § 143 Abs. 1 BGB erklärt haben. Die Erklärung muss erkennen lassen, dass der Anfechtende das Geschäft wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will. Z erklärt sowohl M als auch G gegenüber, dass er die Toner nicht bezahlen möchte. Diese Erklärung ist als Anfechtungserklärung auszulegen.

#### b) Anfechtungsgrund (-)

Dem Z müsste ein Anfechtungsrecht zustehen.

Es könnte ein Erklärungsirrtum des Z gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB in Betracht kommen. Der Z hat sich auf dem Zettel, der M bevollmächtigte, verschrieben. Er meinte die Bezeichnung DP1500 und schrieb DP1050. Demnach hat er etwas anderes erklärt, als das, was er erklären wollte. Mithin liegt ein Erklärungsirrtum vor. Allerdings hat sich Z in Bezug auf die Willenserklärung bei Abschluss des Kaufvertrages gerade nicht geirrt (da war er nicht beteiligt), sondern bei der Bevollmächtigung der M. Es stellt sich also die Frage, ob Z die Willenserklärung der M hinsichtlich des Kaufvertrages anfechten kann.

Bei der Anfechtung eines Vertretergeschäftes ist zu beachten, dass gemäß § 166 Abs. 1 BGB die Vorstellung des Vertreters und nicht die des Vertretenen ausschlaggebend ist. M wollte Druckerpatronen für den Drucker DP1050 kaufen und hat dies auch erklärt. Der Vertreter, also M, unterlag keinem Erklärungsirrtum, im Gegenteil hat sich vorliegend der Z und gerade nicht M geirrt. Eine Anfechtung wegen Irrtums kommt daher wegen § 166 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht in Betracht. Abweichend hiervon stellt das Gesetz in § 166 Abs. 2 BGB jedoch auf das Bewusstsein des Vertretenen ab. Allerdings geht es hierbei um das Kennen bzw. Kennenmüssen bestimmter Umstände, weshalb eine direkte Anwendung ausscheidet. Fraglich ist, ob eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB in Betracht kommt. Hierfür müssten eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage gegeben sein.

Ein Teil der Literatur<sup>9</sup> bejaht eine analoge Anwendung. Obwohl das Gesetz die Maßgeblichkeit des Bewusstseins des Vertretenen bei Kenntnis bzw. Kennenmüssen von Umständen regelt, wird dagegen die Möglichkeit eines Irrtums des Vertretenen nicht geregelt. Es bestehe insofern eine planwidrige Regelungslücke. Die Interessenlage sei ebenfalls vergleichbar. So leitet diese Ansicht aus § 166 Abs. 2 BGB den Rechtsgedanken her, dass alle Willensmängel des Vertretenen für das Vertretergeschäft erheblich seien, wenn sie sich auf dieses beziehen und sich auf den vom Vertreter geschlossenen Vertrag ausgewirkt haben (teilweise: „Vertreter mit Marschroute“). Dies sei der Fall, wenn der Vertretene dem Vertreter Weisungen erteilt oder entscheidend die Abgabe und den Inhalt der Willenserklärung bestimmt. Der Zahlendreher des Z hatte bewirkt, dass M die falschen Toner gekauft hat. Es ist davon auszugehen, dass M die richtigen Toner beschafft hätte, wenn Z die Bezeichnung DP1500 aufgeschrieben hätte. Mithin ist nach dieser Ansicht eine Anfechtung der Willenserklärung der M möglich.

Ein anderer Teil der Literatur<sup>10</sup> lehnt eine Anfechtung des Vertretergeschäftes ab. Insbesondere der klare Wortlaut und der systematische Zusammenhang sprechen gegen eine Anwendung des Rechtsgedankens des § 166 Abs. 2 BGB. Zum einen soll § 166 Abs. 2 BGB den Vertretenen benachteiligen und nicht privilegieren, zum anderen stellt die analoge Anwendung das Regel-/Ausnahmeverhältnis von § 166 Abs. 1 zu Abs. 2 auf den Kopf. Absatz 1 bestimmt, dass es grundsätzlich auf Willensmängel des Vertreters ankommen soll und macht nur für den Fall des Absatzes 2 die Ausnahme, dass es auf die Kenntnis des

---

<sup>9</sup>Brox/ Walker, 43. Aufl. 2019 AT BGB, § 24 Rn.24 f.

<sup>10</sup>Vgl. näher Schilken, in: Staudinger BGB, 2019, § 166 Rn. 17; Leptien in: Soergel BGB, 13. Aufl. 1999, § 166 Rn. 33; Flume, BGB AT II, 4. Aufl. 1992, § 52, 5f.

Vertretenen ankommt. Nach dieser Ansicht wäre dem Z eine Anfechtung nicht möglich.

Da die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, bedarf es eines Streitentscheids. Eine Anfechtung des Vertretergeschäftes bei Willensmängeln des Vertretenen kommt, soweit besteht zwischen den Meinungsströmungen weitgehend Einigkeit, insbesondere in Fällen des § 123 Abs. 1 BGB in Betracht, da der Geschäftsgegner hier nicht schützenswert ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist einer analogen Anwendung in anderen Fällen von Willensmängeln zurückhaltend zu begegnen. Hier kennt der Geschäftsgegner den Willensmangel nicht und ist entsprechend schutzwürdiger. Der Willensmangel des Vertretenen wirkt sich zudem nur mittelbar aus. Damit lehnt die zweite Meinung zu Recht eine Analogie ab. Mithin kommt eine Anfechtung der Erklärung der M aufgrund des Irrtums des Z nicht in Betracht.



### Hinweis

Die Darstellung des Meinungsstandes in der Literatur ist nicht immer ganz präzise. So wird zum Teil die Ansicht, die eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB befürwortet, als „herrschende Meinung“ bezeichnet. Wie angedeutet muss man jedoch etwas stärker differenzieren: Herrschend ist die Meinung – unter Einschluss der Rechtsprechung<sup>11</sup> - nur bezüglich einer analogen Anwendung in den Fällen des § 123 Abs. 1 BGB.<sup>12</sup> So hat auch der BGH die Anfechtbarkeit des Vertretergeschäftes in der angegebenen Leitentscheidung mit den Besonderheiten der arglistigen Täuschung durch den Geschäftspartner begründet und es – in einer späteren Entscheidung<sup>13</sup> - ausdrücklich offen gelassen, ob eine Analogie auch bei anderen Willensmängeln möglich ist.

*(Die andere Ansicht ist ebenso gut vertretbar.)*

### c) Zwischenergebnis

Z kann die Willenserklärung der M bezüglich des Kaufvertrages nicht anfechten.

### 2. Anfechtung der Bevollmächtigung (+)

Z könnte aber auch die Bevollmächtigung der M angefochten haben, was zur Unwirksamkeit der Vollmacht führen würde. Die Zulässigkeit der Anfechtung einer bereits ausgeübten Vollmacht ist streitig.

Eine Mindermeinung<sup>14</sup> geht davon aus, dass eine bereits ausgeübte Vollmacht nicht mehr anfechtbar sei. Begründet wird dies insbesondere mit dem Schutz des Vertragspartners und des Vertreters. Mit der Anfechtung der Vollmacht würde dem Vertreter ex-tunc die Vertretungsmacht entzogen werden. Auch wolle sich der Vertretene eigentlich nicht von der Vollmacht lösen, sondern von dem durch den Vertreter mit dem Dritten geschlossenen Vertrag. Diesbezüglich kommt es gem. § 166 Abs. 1 BGB jedoch gerade grundsätzlich nicht auf Irrtümer des Vertretenen an. Der Vertretene sei hingegen ausreichend über die Regeln zum Missbrauch der Vertretungsmacht bzw. durch eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB zu schützen. Dieser Meinung folgend könnte Z die Bevollmächtigung der M nicht mehr anfechten.

Hiergegen wendet die h.M. ein, dass auch die Bevollmächtigung eine Willenserklärung darstellt. Sie ist gesetzlich keiner ausdrücklichen Sonderbehandlung unterworfen, sodass sie auch anfechtbar ist. Der Vertragspartner ist zudem ausreichend über den Haftungsanspruch aus § 122 BGB (analog) geschützt. Demnach ist eine Anfechtung der Bevollmächtigung der M grundsätzlich möglich.

<sup>11</sup>BGH, 24. 10. 1968 Az. II ZR 214/66= NJW 1969, 925.

<sup>12</sup>Dörner in: Schulze/ Dörner/ Ebert uvm HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 166 Rn. 4; Wolf/ Neuner, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 49 Rn. 91; Schubert in MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 166, Rn. 107.

<sup>13</sup>BGH, 2. 5. 2000 Az. XI ZR 150/99 = NJW 2000, 2268

<sup>14</sup> Brox/ Walker, 43. Aufl. AT BGB, § 25 Rn. 40.

Aufgrund der unterschiedlichen Ergebnisse ist ein Streitentscheid erforderlich. Für die Meinung, die eine einmal betätigte Willenserklärung als unanfechtbar sieht, streitet zumindest der Gedanke des Schutzes des Vertreters. Beim nachträglichen Entfall seiner Vertretungsmacht haftet er nach den Regeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht.

Letztlich schlagend ist jedoch das Argument, dass die Bevollmächtigung eine Willenserklärung ist und mangels spezieller Ausschlussstatbestände anfechtbar sein muss. Darüber hinaus kann die Haftung des Vertreters als Vertreter ohne Vertretungsmacht dadurch ausgeschlossen werden, dass man dem Vertragspartner einen Anspruch gegen den Vertretenen aus § 122 Abs. 1 BGB (analog) zubilligt, sodass der Vertreter aus der Abwicklung herausgehalten wird (s.u.).

*(Andere Ansicht vertretbar.)*

#### **a) Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB (+)**

Die Erklärung muss erkennen lassen, dass der Anfechtende das Geschäft wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will. Z hat kundgetan, dass er nicht am Vertrag festhalten möchte.

Fraglich ist, wem gegenüber er die Anfechtung zu erklären hatte. Richtiger Anfechtungsgegner gem. § 143 Abs. 2 BGB ist „der andere Teil“ des Vertrages. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist dies der Empfänger gem. § 143 Abs. 3 S. 1 BGB. Die Vollmacht ist eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung. Diesbezüglich kommt es auf die Art der erteilten Vollmacht an. Bei einer Innenvollmacht wäre der Vertreter der Anfechtungsgegner, bei einer Außenvollmacht der Vertragspartner. Vorliegend handelt es sich um eine Innenvollmacht, weswegen grundsätzlich die M die richtige Anfechtungsgegnerin ist. Es wird zwar mit Blick auf die Folgen der Anfechtung (Inhaber des Anspruches aus § 122 Abs. 1 BGB ist der Anfechtungsgegner) auch vertreten, dass der Vertragspartner (hier: G) stets der Anfechtungsgegner sei. Orientiert man sich jedoch am Wortlaut des § 143 Abs. 3, kommt allein der Vertreter als Anfechtungsgegner in Betracht.<sup>15</sup>

Z hat hier sowohl M als auch G gegenüber erklärt, dass er nicht an dem Vertrag festhalten möchte. Mithin hat er beiden gegenüber die Anfechtung erklärt, sodass es eines Streitentscheides nicht bedarf.

#### **b) Anfechtungsgrund (+)**

Z hat sich bei der Bevollmächtigung der M verschrieben, mithin liegt ein Erklärungsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB vor.

#### **c) Anfechtungsfrist (+)**

Z müsste fristgerecht angefochten haben. Gem. § 121 Abs. 1 BGB muss die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Z hat unmittelbar, nachdem er seinen Fehler bemerkt hat, bei G angerufen und auch der M erklärt, dass ein Fehler vorliegt. Demnach hat er unverzüglich und damit fristgemäß angefochten.

#### **d) Zwischenergebnis**

Z hat die Bevollmächtigung der M wirksam angefochten.

### **3. Zwischenergebnis**

M hat den Kaufvertrag ohne Vertretungsmacht geschlossen. Die nunmehr erforderliche Genehmigung durch Z, § 177 Abs. 1 BGB, liegt nicht vor. Der Kaufvertrag ist folglich unwirksam.

---

<sup>15</sup> a.A. Petersen in AcP 201, 386 ff. der auch die Anfechtung gegenüber dem Vertragspartner bei einer betätigten Innenvollmacht fordert; zustimmend: Armbrüster in MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 122, Rn. 14.



#### Hinweis

Beachten Sie: Ein Vertrag eines Vertreters ohne Vertretungsmacht wird *unwirksam*, wenn der Vertretene seine Genehmigung nicht erteilt (bis dahin ist der Vertrag schwebend unwirksam). Wird eine Willenserklärung angefochten, ist der Vertrag gem. § 142 Abs. 1 BGB *nichtig*. Im Fall hat Z die Bevollmächtigung angefochten, sodass M ohne Vertretungsmacht handelte, mithin ist der Kaufvertrag *unwirksam*!

### III. Ergebnis

G hat demzufolge gegen Z keinen Anspruch auf Zahlung von 70 € gem. § 433 Abs. 2 BGB.

#### B Anspruch des G gegen Z aus § 122 Abs. 1 BGB (-)

G könnte gegen Z einen Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB haben.

Zunächst verlangt § 122 Abs. 1 BGB eine angefochtene Willenserklärung. Z hat die Bevollmächtigung der M angefochten, mithin ist diese Voraussetzung gegeben.

Es stellt sich die Frage, ob G Anspruchsberechtigter ist. Gem. § 122 Abs. 1 BGB ist der Empfänger der angefochtenen Willenserklärung Anspruchsberechtigter. Allerdings handelte M nach der hier vertretenen Ansicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sodass G durch die Anfechtung der Bevollmächtigung gegen M einen Anspruch aus § 179 Abs. 2 BGB hätte. Damit wäre M diejenige, die anspruchsberechtigt i.S.d. § 122 Abs. 1 BGB wäre. G müsste sich also an M wenden und diese sich an Z.

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 122 Abs. 1 BGB scheidet daher aus.<sup>16</sup>

#### C Anspruch des G gegen Z aus § 122 Abs. 1 BGB (analog) (+)

G könnte gegen Z einen Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB analog haben.

##### I. Anspruchsvoraussetzungen (+)

Eine analoge Anwendung kommt in Betracht, da G ansonsten das Risiko zu tragen hätte, dass M nicht leisten kann, und M wiederum das Risiko, dass Z leistungsunfähig wird. Um diese Anspruchskette zu vermeiden und insbesondere eine adäquate Risikoverteilung zu erreichen, ist G ein Anspruch § 122 Abs. 1 BGB analog einzuräumen. Damit werden die Vertragspartner (G und Z) so gestellt, als wenn sie von Anfang an unmittelbar miteinander einen Vertrag geschlossen hätten. Also kann G seinen Anspruch direkt gegen Z geltend machen.



Die Haftung des Vertreters aus § 179 Abs. 2 soll den Vertragspartner nicht privilegieren. Er hätte jetzt durch die Analogie zwei Anspruchsgegner, was gerade zu einer Privilegierung führen würde. Deshalb wird § 179 Abs. 2 BGB teleologisch reduziert, sodass die Haftung des Vertreters entfällt. Im vorliegenden Fall muss M dem G gegenüber also nicht haften.

---

<sup>16</sup>So auch Schwarze JZ 2004, 595; a. A. Petersen AcP 2001, 386 ff.; Armbrüster in MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 122, Rn. 14.

## II. Anspruchsumfang

§ 122 Abs. 1 BGB ist auf den Ersatz des negativen Interesses (Vertrauensschaden) beschränkt. Danach sind die Nachteile, die durch das Vertrauen auf die Gültigkeit entstanden sind, zu ersetzen. Der Anfechtungsgegner soll so gestellt werden, als hätte er den Vertrag nicht abgeschlossen.

Hätte die M keine Vertretungsmacht gehabt, hätte G kein Geschäft mit ihr geschlossen, er hätte keinerlei Einnahmen gehabt und er hätte seine Toner noch. Da der Z anbietet, diese zurückzugeben, ist hier Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB möglich. Auch wenn G von Z Geld verlangt, hat er damit jedoch noch keinen über die Naturalrestitution hinausgehenden Schaden geltend gemacht.

## III. Kein Ausschluss

Ein Ausschluss gem. § 122 Abs. 2 BGB analog ist nicht ersichtlich.

## IV. Ergebnis

G hat zwar gegen Z einen Anspruch auf Herausgabe der Toner aus § 122 Abs. 1 BGB analog. Allerdings hat G keinen Anspruch auf Schadensersatz in Geld.

## D Anspruch G gegen Z aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (+)

G könnte gegen Z einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB auf Zahlung des Kaufpreises oder zumindest Herausgabe der Toner haben. Dazu müsste ein solcher Anspruch, zunächst neben der Haftung aus § 122 BGB (analog) anwendbar und sodann in tatbestandlicher Hinsicht gegeben sein.

### I. Anwendbarkeit (+)

Ein solcher Anspruch aus c.i.c. ist grundsätzlich neben einer verschuldensunabhängigen Haftung aus § 122 BGB anwendbar, da unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen und unterschiedliche Anspruchsinhalte gegeben sind: Der Anspruch aus c.i.c. ist einerseits nur verschuldensabhängig zu gewähren; er ist andererseits aber auch nicht auf das negative Interesse beschränkt.

### II. Tatbestandsvoraussetzungen (+)

Als Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB ist hier durch die Vertragsverhandlung ein vorvertragliches Schuldverhältnis entstanden, das bereits zur Rücksichtnahme auf die Rechte und Rechtsgüter des anderen im Rahmen des § 241 Abs. 2 BGB auffordert. Eine solche Nebenpflicht hat Z mit dem Verschreiben auf dem Zettel und damit der fehlerhaften Bevollmächtigung der M verletzt. Diese Pflichtverletzung hat Z auch fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 1, 2 BGB begangen, mithin hat er sie zu vertreten.

### III. Rechtsfolge – Schaden

Hinsichtlich des Schadensumfanges kommt hier, wie oben, primär die Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB in Form der Tonerrückgabe in Frage und nicht Begleichung des Kaufpreisanspruches.

## E Anspruch G gegen Z auf Herausgabe der Toner aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB (+)

*Bearbeiter, die die Anfechtung als rechtshindernde Einwendung geprüft haben, müssen als Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB wählen.*

### I. Etwas erlangt (+)

Z hat als vermögenswerten Vorteil Eigentum und Besitz an den Tonern erlangt.

## II. Durch Leistung des G (+)

G hat bewusst und zweckgerichtet zur Erfüllung seiner kaufvertraglichen Pflichten an Z als seinen Vertragspartner geleistet.

## III. Aufgrund eines Rechtsgrundes, der später wegfiel (+)

Diese Leistung des G erfolgte auf Grundlage des Kaufvertrages, der ex tunc nach § 142 Abs. 1 BGB rechtsvernichtend angefochten wurde. Mithin ist der Kaufvertrag als Rechtsgrund nachträglich entfallen.

## IV. Rechtsfolge

Über § 818 Abs. 1 BGB ist das Erlangte – also hier die Toner – herauszugeben.

### Frage 5

#### Anspruch des Z gegen F auf Rückzahlung wegen der Software



#### Vertiefung

Fern der bereicherungsrechtlichen Ansprüche kann über die Fallfrage hinaus gedacht werden an:

Eine Rückgewähr über §§ 346 ff. BGB scheidet jedoch mangels vertraglicher oder gesetzlicher Rücktrittsgründe aus.

Herausgabe über § 985 BGB: Z hat selbst die Rechnung bezahlt, also das Geld übereignet, so dass er sein Eigentum verloren hat.

#### A Anspruch Z gegen F auf Rückzahlung der 1.250 € aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB (-)

*(Bearbeiter, die die Anfechtung als rechtshindernde Einwendung geprüft haben, müssen als Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB wählen.*

Z könnte gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 1.250 € aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB haben.

#### I. Etwas erlangt (+)

F müsste etwas erlangt haben. F hat Besitz und Eigentum an den Geldscheinen, mithin einen vermögenswerten Vorteil, erlangt.

#### II. Durch Leistung des Kondiktionsgläubigers (+)

F müsste die 1250€ durch Leistung erlangt haben. Leistung ist jede bewusste zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Z hat dem F die 1.250 € bezahlt, um seine vermeintliche Pflicht aus dem Kaufvertrag zu erfüllen. Mithin hat er das Vermögen des F bewusst und zweckgerichtet vermehrt.

#### III. Aufgrund eines Rechtsgrundes, der später wegfiel (-)

Z müsste jedoch auch ohne Rechtsgrund geleistet haben. Als Rechtsgrund kommt ein Kaufvertrag zwischen F und Z in Betracht.

#### 1. Anspruch entstanden (+)

Zwischen F und Z müsste ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden sein.

**a) Einigung i.S.d. § 145 ff. BGB (+)**

Z und F müssten sich wirksam geeinigt haben, was gem. §§ 145 ff. BGB zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzt.

**1) Erklärung des F (+)**

In der Verständigung mit M liegt eine Willenserklärung des F, die auf den Abschluss eines Kaufvertrages gerichtet ist.

**2) Erklärung des Z (+)**

Fraglich ist, ob Z eine rechtsverbindliche Willenserklärung abgegeben hat.

**aa) Eigene Willenserklärung des Z (-)**

Eine eigene Willenserklärung des Z liegt nicht vor.

**ab) Zurechnung der Willenserklärung der M gem. §§ 164 ff. BGB (+)**

Dem Z könnte die Willenserklärung der M zurechenbar sein, wenn eine wirksame Stellvertretung gem. §§ 164 ff. BGB vorlag.

Dies setzt eine eigene Willenserklärung des Vertreters im Namen des Vertretenen mit Vertretungsmacht voraus.

**(1) Eigene Willenserklärung der M (+)**

M hat eine eigene Willenserklärung abgegeben. Sie entschied über das Ob und das Wie des Vertrages.

**(2) Im fremden Namen (Offenkundigkeitsprinzip) (+)**

Die Willenserklärung müsste erkennbar im Namen des Vertretenen Z abgegeben worden sein. Der Z war ausdrücklich als Vertretener benannt. Ein erkennbares Handeln im fremden Namen liegt demnach vor.

**(3) Mit Vertretungsmacht (+)**

Schließlich müsste M mit Vertretungsmacht gehandelt haben.

**i. Vollmacht (-)**

M könnte im Rahmen einer gesetzlichen Vertretungsmacht (Vollmacht i.S.d. § 166 Abs. 2 BGB) gem. § 167 Abs. 1 Fall 1 BGB gehandelt haben. Dazu müsste Z ihr oder einem Dritten gegenüber eine entsprechende Erklärung abgegeben haben. Eine derartige Vollmacht hatte M bezüglich der Software zu keiner Zeit. Auch die langjährige Mitarbeit bei Z begründet keine Vertretungsmacht, da es in einer Zahnarztpraxis eher untypisch ist, dass eine Mitarbeiterin die Pflege der EDV-Anlage übernimmt. Auch aus dem Sachverhalt ergibt sich nicht, dass diese Aufgabe dem üblichen Tätigkeitsbereich entspricht. Auch ihr Anstellungsvertrag sah dies nicht vor.

**ii. Anscheinsvollmacht (-)**

Eine Rechtsscheinvollmacht gem. §§ 171, 172 BGB scheidet aus, da M keine Vollmachtsurkunde vorgelegt hat und auch keine entsprechende Kundgabe durch Z erfolgt ist.

**iii. Duldungsvollmacht (+)**

Allerdings könnte eine Duldungsvollmacht vorliegen. Eine Duldungsvollmacht wird bejaht, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn als Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden dahin versteht und nach Treu und Glauben dahin verstehen darf, dass der



als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist.<sup>17</sup> M hat regelmäßig bei F im Namen des Z eingekauft. Z hat diese Rechnungen bisher immer bezahlt. Mithin wusste Z, dass M ohne vertretungsberechtigt zu sein als seine Vertreterin auftrat, und ist nicht dagegen eingeschritten, obwohl ihm dies möglich und zumutbar war. Damit durfte F davon ausgehen, dass M von Z bevollmächtigt war. Eine Duldungsvollmacht liegt somit vor. M handelte mithin mit Vertretungsmacht.

#### **(4) Zwischenergebnis**

Die Willenserklärung der M wirkt mithin für und gegen Z.

#### **ac) Zwischenergebnis**

Z hat durch die M eine auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben.

#### **3) Zwischenergebnis**

Folglich haben sich F und Z auf den Abschluss eines Kaufvertrags geeinigt.

#### **b) Zwischenergebnis**

Der Anspruch aus dem Kaufvertrag ist mithin entstanden, sodass grundsätzlich ein Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 BGB vorliegt.

#### **2. Anspruch erloschen (-)**

Der Anspruch aus dem Kaufvertrag könnte jedoch durch eine begründete, fristgerechte und an den richtigen Gegner erklärte Anfechtung ex tunc nach § 142 Abs. 1 BGB erloschen sein.

#### **a) Anfechtungsgrund (-)**

Hier könnte ein Irrtum des Vertreters vorliegen. Die M hatte die Software gekauft, ohne genau zu wissen, wofür sie diese benutzen kann. Ein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB kommt in Betracht, wenn der Erklärende bei der Abgabe der Willenserklärung über deren rechtliche Bedeutung irrt. M wusste dagegen, dass ihre Erklärung auf den Kauf dieser Software gerichtet war. Ein Inhaltsirrtum ist somit nicht gegeben.

Ein Erklärungsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB liegt vor, wenn der äußere Erklärungstatbestand und der subjektive Wille auseinanderfallen. M wollte aber gerade diese Software und gab das auch kund. Demnach liegt auch kein Erklärungsirrtum vor. M wollte genau die empfohlene Antispähsoftware, somit irrte sie auch nicht über eine Eigenschaft der Software i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB. Die M vertraute der Empfehlung diverser Internetseiten. Infolgedessen ging sie – ohne Kenntnis von den genauen Funktionen der Software zu haben – davon aus, diese sei für die Praxis sinnvoll. Demnach irrte sich M zwar, aber nicht beachtlich i.S.d. § 119 BGB. Sie unterlag vielmehr lediglich einem unbeachtlichen Motivirrtum.

Des Weiteren kommt ein Eigenschaftsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB des Z in Betracht. Ein Irrtum kann dabei auch in der Eigenschaft einer Person liegen. Z ging bisher davon aus, dass M gute EDV-Kenntnisse hat und sich hinsichtlich der Software auskennt. Tatsächlich war dies nicht der Fall. Diese Eigenschaft ist wesentlich für jemanden, der zum Kauf von Software bevollmächtigt wird. Mithin unterlag Z einem Eigenschaftsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB.

Hier stellt sich wiederum die Frage, ob der Irrtum des Vertretenen eine Anfechtung des Vertretergeschäfts rechtfertigt.

Auch die Meinung, die diese Möglichkeit bejaht, geht davon aus, dass der Irrtum für das Vertretergeschäft wesentlich sein müsste. Das ist vorliegend gerade nicht der Fall. Die Fachkenntnisse der M waren zwar erheblich für das Vertrauen des Z in die M, aber sie haben keine Auswirkung auf das Vertretergeschäft. M hatte keine Weisungen oder dergleichen von Z, die sich auf den Entschluss, die Software zu kaufen,

---

<sup>17</sup>BGH, 14. 5. 2002 Az. XI ZR 155/01 = NJW 2002, 2325, 2327.

durchschlugen. Vielmehr hätte Z jedem Kauf durch M widersprochen, wenn er von Anfang an von ihren mangelnden Kenntnissen gewusst hätte. Da nach beiden Auffassungen eine Anfechtung ausscheidet, braucht der oben dargestellte Streit an dieser Stelle nicht entschieden werden.

### b) Zwischenergebnis

Z kann den Kaufvertrag mit F nicht anfechten.

### c) Anfechtung der Duldungsvollmacht (-)

Z könnte hier aufgrund seines Eigenschaftsirrums bzgl. der Kenntnisse der M die Duldungsvollmacht angefochten haben. Z kann die Duldungsvollmacht allerdings nur anfechten, wenn es sich um eine Willenserklärung handelt.

Nach einer Ansicht<sup>18</sup> soll die Duldungsvollmacht einer durch konkludente Erklärung erteilten Vollmacht gleichstehen. Wenn die Rechtsscheinvollmacht in der Rechtsfolge wie eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht behandelt wird, dann muss der Geschäftsherr dieselben Möglichkeiten haben, sich ihrer zu entledigen. Danach ist sie eine anfechtbare Willenserklärung. Nach dieser Ansicht könnte Z die Duldungsvollmacht der M aufgrund seines Irrtums anfechten.

Nach der h.M.<sup>19</sup> ist die Duldungsvollmacht dagegen eine Rechtsscheinvollmacht und keine Willenserklärung. Zum einen kann das Setzen eines Rechtsscheines nicht rechtsgeschäftlicher oder rechtsgeschäftsähnlicher Natur sein. Zum anderen kann ein tatsächliches Verhalten keinen Willensmangel darstellen. Außerdem lässt es sich dogmatisch nur schwer begründen, dass ein Rechtsschein rückwirkend entfallen soll. Nach dieser Ansicht wäre dem Z somit eine Anfechtung nicht möglich.

Da beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, bedarf es einer Streitentscheidung. Aus den dargestellten Gründen sprechen die besseren Argumente für die herrschende Meinung. Mithin kann Z die Duldungsvollmacht der M nicht anfechten.

*(Die andere Ansicht ist ebenso gut vertretbar.)*



Wenn Sie hier der erstgenannten Ansicht folgen, müssen sie anschließend die gleichen Probleme diskutieren wie bei den Ansprüchen G gegen Z und kommen zu dem Ergebnis, dass Z ohne Rechtsgrund handelte und folglich einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB hat. Klausurtaktisch können Sie an dieser Stelle mit einer guten Argumentation die Anfechtung der Duldungsvollmacht ablehnen.



#### Hinweis

Die gleichen Probleme treten auch im Fall einer Anscheinsvollmacht auf. Mit denselben Argumenten können Sie hier diskutieren.

### 3. Zwischenergebnis

Mithin kann Z weder den Kaufvertrag noch die Duldungsvollmacht anfechten, sodass der Kaufvertrag

---

<sup>18</sup>Schubert in MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 106 f.

<sup>19</sup>BGH 14.06.2004 Az. II ZR 393/02 = NJW 2004, 2736, 2737.

weder nichtig noch unwirksam wird. Demnach bestand ein Rechtsgrund für die Leistung des Z.

#### IV. Ergebnis

Z hat gegen F keinen Anspruch auf Rückzahlung der 1.250 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

#### Frage 6

##### **A Anspruch des Z gegen L auf Nachbesserung aus §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 Alt. 1 BGB (-)**

Z könnte gegen L einen Anspruch aus §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 Alt. 1 BGB auf Nacherfüllung in Form der Mängelbeseitigung haben.

Dies setzt zunächst einen wirksamen Werkvertrag gem. § 631 BGB voraus. Ein Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB ist ein gegenseitiger Vertrag, bei dem sich der Unternehmer zur Herstellung eines bestimmten Werkes verpflichtet und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung.

##### **I. Einigung (+)**

Diesbezüglich müssten sich Z und L geeinigt haben. Eine Einigung i.S.d. §§ 145 ff. BGB setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus (Angebot und Annahme). L und Z haben sich dahingehend verständigt, dass L verpflichtet ist, im Haus des Z neue Fliesen zu verlegen, während sich Z bereit erklärte, hierfür 3.000 € zu bezahlen. Damit liegt eine Einigung, gerichtet auf den Abschluss eines Werkvertrages, vor.

##### **II. Wirksamkeit der Einigung (-)**

Fraglich ist, ob die Einigung auch wirksam ist. Hier könnte die Nichtigkeit wegen eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz vorliegen.

##### **1. Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG (+)**

Der Werkvertrag könnte jedoch gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig sein, wenn letzteres ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB darstellt und vorliegend dagegen verstoßen worden ist.

##### **a) Vorliegen eines Verbotsgesetzes (+)**

Verbotsgesetze sind Gesetze, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts wegen seines Inhalts, des mit ihm bezweckten Erfolgs oder aufgrund besonderer Umstände untersagen. Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB können sich insbesondere aus Gesetzen im formellen Sinn ergeben.



##### **Hinweis**

„Gesetze“ i.S.d. § 134 BGB sind nicht nur Gesetze im formellen Sinne, sondern gem. Art. 2 EGBGB alle Rechtsnormen. Von Letzterem umfasst sind insbesondere auch Rechtsverordnungen und Satzungen. Nicht erfasst sind dagegen bspw. technische Normen.

Als Gesetz im formellen Sinn kommt vorliegend § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG in Betracht. Ein ausdrückliches Verbot von Schwarzarbeit enthält diese Regelung - und im Übrigen das SchwarzArbG auch an anderer Stelle - indes nicht. Daher ist anhand von Sinn und Zweck des SchwarzArbG zu entscheiden, ob damit ein Verbot von Schwarzarbeit angestrebt wird.

Gem. § 1 Abs. 1 SchwarzArbG bezweckt das Gesetz die Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit. Dabei leistet nach § 1 Abs.2 Nr. 2 SchwarzArbG Schwarzarbeit, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt und dabei als Steuerpflichtiger seine sich aufgrund von Dienst- oder Werkleistungen ergebenden

steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Der Gesetzgeber verfolgt damit nicht nur den Zweck, Schwarzarbeit einzudämmen, sondern – gerade in Bezug auf die Änderung des SchwarzArbG im Jahre 2004 – eine Verschärfung der Bekämpfung von Schwarzarbeit. Um dies zu erreichen, soll der Leistungsaustausch zwischen den „Vertragsparteien“ verhindert werden und das betreffende Rechtsgeschäft unwirksam sein. Indem mit Hilfe der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 SchwarzArbG das Rechtsbewusstsein in der Bevölkerung gestärkt werden soll, soll der Schwarzarbeit präventiv entgegengewirkt werden.

Im Ergebnis stellt § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG damit ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB dar.<sup>20</sup>

### b) Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG (+)

Die Einigung zwischen Z und L müsste gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen. Indem L und Z vereinbart haben, die Werkleistung ohne Rechnung zu erbringen und keine Steuern abzuführen, könnten sie die mit dem Werkvertrag verbundenen steuerrechtlichen Pflichten verletzt haben. L als Unternehmer ist gem. § 33 Abs. 1 AO steuerpflichtig. Ihm obliegen aufgrund dessen gem. § 25 Abs. 3 EStG und § 18 Abs. 1 und 3 UStG Erklärungs- und Anmeldepflichten sowie gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG eine Rechnungsausstellungspflicht. Die in § 14b Abs. 1 Satz 1 bzw. 5 UStG geregelte Rechnungsaufbewahrungspflicht trifft sowohl L als auch Z. Indem L keine Rechnung ausgestellt hat, hat er seine Pflichten aus §§ 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 14b Abs. 1 Satz 1 UStG und Z seine Pflicht aus § 14b Abs. 1 Satz 5 UStG verletzt. Indem L darüber hinaus keine Steuern abgeführt hat, hat er zudem gegen seine Erklärungs- und Anmeldepflichten verstoßen. Insgesamt liegt damit ein beidseitiger Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vor.

Der beidseitige Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG führt mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers bzgl. des SchwarzArbG und auch des § 14b Abs. 1 Satz 5 UStG nicht nur zur Nichtigkeit der „Ohne-Rechnung-Abrede“, sondern zur Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages.



#### Vertiefungshinweis

Der BGH<sup>21</sup> stellt an dieser Stelle – entgegen der hier dargestellten Auffassung zu Unrecht – nicht auf die Pflichtverletzung des Bestellers aus § 14b Abs. 1 Satz 5 UStG ab, obwohl er selbst die Einführung dieser Pflicht mit dem gesetzgeberischen Ziel der Verhinderung der sog. „Ohne-Rechnung-Geschäfte“ begründet. Stattdessen stellt der BGH auf einen einseitigen Verstoß (hier: durch L) ab. Dieser führt mit Blick auf Sinn und Zweck der Verbotsnorm sowie die steuerrechtlichen Vorschriften ebenfalls zur Nichtigkeit des gesamten Werkvertrages, da der andere „Vertragspartner“ (hier: Z) den Verstoß kennt und ihn bewusst zum eigenen Vorteil ausgenutzt hat.<sup>22</sup>



#### Hinweis zur Klausurbearbeitung

Sind Ihnen in der Klausur die Vorschriften des EStG und UStG nicht mit abgedruckt, werden von Ihnen regelmäßig nur Kenntnisse in Bezug auf die AO erwartet. Über Kenntnisse darüber hinaus dürfte sich der Korrektor dennoch freuen.

## 2. Ergebnis

Der Werkvertrag zwischen L und Z ist somit gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig.

<sup>20</sup>BGH, 01.08.2013 Az. VII ZR 6/13 = NZBau 2013, 627.

<sup>21</sup>BGH NZBau 2013, 627, 629.

<sup>22</sup>BGH, 26.01.1984 Az. III ZR 179/82 = NJW 1984, 1173; BGH, 20.12.1984 Az. VII ZR 388/83 = NJW 1985, 2403; BGH, 25. 1. 2001 Az. VII ZR 296/00 = NZBau 2002, 149.

### 3. Korrektur über Treu und Glauben

Möglicherweise ist es dem L jedoch nach Treu und Glauben, § 242 BGB, versagt, sich auf die Nichtigkeit des Werkvertrages zu berufen. Dies setzt jedenfalls voraus, dass er sich dadurch zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzen würde.

Eine Ansicht bejaht eine dementsprechende Korrektur und führt an, dass der Unternehmer sich insofern widersprüchlich verhalte, als dass er bei einem Vertrag die von ihm geschuldeten Werkleistungen erbringe und sich anschließend bei der Inanspruchnahme von Mängeln auf die Nichtigkeit des Vertrages berufe, obwohl der Besteller das Werk wegen der Schwierigkeiten einer Rückabwicklung - typischerweise behalten müsse.<sup>23</sup> Vielmehr könne sich der Unternehmer, der die Gesetzeswidrigkeit zu seinem monetären Vorteil nutzen wollte und diese (mit ) zu vertreten habe, eben nicht mehr auf die Nichtigkeit des Vertrages zur Abwehr von Mängelgewährleistungsansprüchen berufen. Andernfalls würde ihm der Gesetzesverstoß letztlich doch zum Vorteil gereichen.

Gegen diese Auffassung spricht jedoch bereits der Charakter des § 134 BGB, der nicht nur individuellen Interessen der „Vertragspartnern“, sondern auch dem öffentlichen Interesse dient. Dieses steht nicht zur Disposition der Parteien und kann folglich – wenn überhaupt – nur in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden.<sup>24</sup> Zudem verdient das Vertrauen auf die Effektivität eines gesetzwidrigen Vertrags keinen Schutz, der es rechtfertigen könnte, vertraglichen Ansprüchen über den Umweg des § 242 BGB zur Geltung zu verhelfen. Sofern die Gegenmeinung vorbringt, eine Korrektur nach Treu und Glauben könne zumindest in Einzelfällen geboten sein, da eine generelle „alles-oder-nichts-Lösung“ zu unerträglichen Ergebnissen führen kann, ist dem entgegenzuhalten, dass diesem Risiko regelmäßig im Zuge der §§ 812 ff. BGB begegnet werden kann. Entsprechend ist unter Anschluss an die herrschende Meinung<sup>25</sup> eine Korrektur über § 242 BGB abzulehnen.

Folglich ist es L auch nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Nichtigkeit des Werkvertrages zu berufen.



#### Hinweis

Eine andere Ansicht ist nach der neusten Rechtsprechung des BGH vom 1. August 2013 Az. VII ZR 6/13 kaum noch zu vertreten. In dieser Entscheidung stellt der BGH selbst klar, dass seine anderslautende Rechtsprechung – letztmalig BGH NJW-RR 2008, 1051 überholt ist.

### B Ergebnis

Der Werkvertrag zwischen L und Z ist somit gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig, sodass sich keine Gewährleistungsrechte des Z gegen L aus §§ 635 Abs. 1, 634 Nr. 1, 633, 631 BGB ergeben



#### Aktuelle Rechtsprechung

In Anlehnung und logische Konsequenz zum Urteil vom 1. August 2013 (Az. VII ZR 241/13) hat der BGH am 10. April 2014 entschieden, dass der Werkunternehmer über das Bereicherungsrecht auch keinen Ersatz für seine erbrachten Werkleistungen im Rahmen eines wegen Verstoßes gegen das Schwarzarbeitergesetz nichtigen

<sup>23</sup> So noch: BGH, 24. 4. 2008 Az. VII ZR 42/07 = NJW-RR 2008, 1050.

<sup>24</sup> Lorenz in NJW 2013, 3132.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 1. 8. 2013 Az. VII ZR 6/13 = NJW 2013, 3167; Armbrüster in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2018, § 134, Rn. 110 f.; Mansel in: Jauernig BGB, 17. Aufl. 2018, § 134 Rn. 17; Lorenz in NJW 2013, 3132.

Werkvertrag verlangen kann. Die bisher angenommene teleologische Reduktion des § 817 S. 2 BGB wurde aufgegeben.

In diesem Urteil wird klargestellt, dass der Werkvertrag aufgrund eines Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig ist und so auch kein Anspruch auf Werklohn besteht. Ein Anspruch aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag besteht nach der Ansicht des BGHs gleichwohl nicht, denn der Werkunternehmer durfte die Aufwendungen für ein Geschäft, das gegen ein Verbotsgesetz verstößt, nicht für erforderlich halten. Zur näheren Begründung im Rahmen des Bereicherungsrechtes führt der BGH aus, dass seine bisher vertretene Ansicht der teleologischen Reduktion gegen den Wortlaut des Gesetzes verstoße und derjenige, der gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, nicht schutzwürdig sei. Zudem sei die generalpräventive Wirkung des Schwarzarbeitergesetzes zu würdigen, so dass die Zubilligung eines Anspruches aus dem Bereicherungsrecht die Wertungen des Schwarzarbeitergesetzes umgehen würde. Vor allem würde die Abschreckungswirkung ausgehebelt. Auch eine so eventuell eintretende Privilegierung des Bestellers sei kein Grund die Sanktionierungswirkung des Schwarzarbeitergesetzes zu umgehen. Diese Rechtsprechung hat der BGH in seinem Urteil vom 11.06.2015 – VII ZR 216/14 bestätigt.

In dem aktuellen Urteil des BGH zum Thema Schwarzarbeit (BGH, Urt. v. 16.03.2017 – VII ZR 197/16) hatte der BGH über eine *nachträglich* vereinbarte „Ohne-Rechnung-Abrede“ zu entscheiden. Die Parteien hatten zunächst einen Werkvertrag geschlossen, wobei das von dem Besteller später angenommene Angebotsschreiben die Preise inklusive 19 % Umsatzsteuer auswies. Erst als der Werkunternehmer zur Verrichtung der Arbeiten im Haus des Bestellers erschien, wurde vereinbart, dass offiziell auf der Rechnung ein geringerer Betrag inklusive Steuer erscheinen solle; die restliche Werklohnforderung wurde bar und ohne Rechnung bezahlt. Der Besteller möchte nun Rückzahlung des gesamten Werklohnes gem. §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323, 346 Abs. 1 BGB, nachdem er Mängel am Werk festgestellt hat.

In Frage steht die Wirksamkeit des Werkvertrages. Wirksamkeitshindernisse für den ursprünglich geschlossenen Werkvertrag sind nicht ersichtlich. Allerdings könnte der Werkvertrag durch die nachträgliche Abrede wegen Verstoßes gegen das SchwarzArbG gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig sein.

Die Besonderheit liegt hier darin, dass die fragliche Abrede erst nachträglich getroffen wurde. Problematisch ist daher, ob der Werkvertrag als solcher oder lediglich die nachträglich getroffene Vereinbarung unter die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG fällt.

Der BGH führt dazu in seiner Entscheidung aus, dass das SchwarzArbG bezweckt, jegliche Formen von Schwarzarbeit zu verhindern. Dies erfordere es, dass das einem etwaigen Leistungsaustausch zugrundeliegende Rechtsgeschäft als solches nichtig ist.

Eine andere Auffassung, die in der Entscheidung des BGH zitiert wird (Lorenz, NJW 2013, 3132) geht dagegen davon aus, dass nicht der Werkvertrag als solcher, sondern lediglich die nachträgliche Abrede nichtig ist.

Dieser Auffassung hält der BGH entgegen, dass die nachträgliche Vereinbarung isoliert betrachtet nicht die Voraussetzungen des § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfülle. Tatbestandsvoraussetzung des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG sei die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen. Die später getroffene Vereinbarung hingegen beziehe sich nur auf die Modalitäten der Zahlung. Der Schwarzarbeitstatbestand ergebe sich daher erst unter Berücksichtigung des ursprünglich abgeschlossenen Werkvertrages. Mithin sei der Werkvertrag mit dem Abschluss der „Ohne-Rechnung-Abrede“ nichtig.

Im Ergebnis wird daher der Anspruch des Bestellers aus dem Werkvertrag abgelehnt. Ein Anspruch aus Bereicherungsrecht kommt darüber hinaus wegen § 817 S. 2 BGB nicht in Betracht.



### Anmerkungen

Die Klausur befasst sich mit den für die Examenskandidaten schwierigen Fragen des Zugewinnausgleiches. Darüber hinaus wird das praxisrelevante Problem der sog. mitarbeitenden Familienangehörigen thematisiert. Vom Bearbeiter waren im ersten Teil der Klausur solide Kenntnisse der §§ 1371 ff. BGB und der Grundzüge des Zugewinnausgleiches gefordert, die Fragen ließen sich aber letztlich ohne Kenntnis von der Rechtsprechung mit der Lektüre des Gesetzes lösen. Bei den Anspruchsgrundlagen hinsichtlich eines Verdienstersatzes wird das „kreative Auffinden“ von Normen honoriert.

Die Fragen 4 und 5 deklinieren verschiedene Fallgestaltungen der Anfechtung durch und erwarten, als klassische BGB-AT-Fragestellung, ein strukturiertes Vorgehen bei der Lösung und vertiefte Argumentation.

Die Frage 6 beschäftigt sich mit der neusten (examensrelevanten) Rechtsprechung zum Schwarzarbeitsgesetz. Hier ist eine Kehrtwende der Rechtsprechung festzustellen. Weder kann der Werkbesteller bei einem Verstoß gegen das Schwarzarbeitsgesetz Mängelgewährleistungsansprüche geltend machen noch kann der Werkunternehmer Werklohn verlangen. Ein Wertersatz seiner Leistungen über das Bereicherungsrecht ist nun auch abgeschnitten.

Insgesamt ist die Klausur mit der „exotischen“ Einkleidung als schwierige, aber durch Lektüre des Gesetzestextes, lösbare Klausureinzustufen.



### Wiederholungsfragen

1. Wer ist pflichtteilsberechtigt?
2. Kann ich ein negatives Anfangsvermögen i.S.d. § 1374 BGB haben?
3. Was ist zu tun, wenn das Anfangsvermögen nicht mehr zu ermitteln ist?
4. Was ist der sog. „kleine Pflichtteil“?
5. Aus welcher Norm ergibt sich der Pflichtteil?
6. Kann der Geschäftsherr eine erteilte Vollmacht anfechten? Gegenüber wem ist die Anfechtung ggfs. zu erklären?
7. Welche Ansprüche hat der Vertragspartner, nachdem eine erteilte Vollmacht angefochten wurde?
8. Kann die Duldungsvollmacht angefochten werden?
9. Welche Folgen hat der Verstoß gegen das Schwarzarbeitergesetz?