

## 2 Grundlagen für Verträge

Jetzt haben Sie schon einiges über die Ziele bei der Vertragsgestaltung und die Mittel zur Zielerreichung gelesen. Vermutlich fehlt Ihnen aber noch eine entscheidende Information: Was kann, soll, darf oder muss man überhaupt inhaltlich in Verträgen regeln? Von einem anderen Standpunkt aus formuliert, könnten Sie sich fragen: Warum weiß man im Vertragsrecht so häufig nicht, woran man ist?

Daher stellen wir Ihnen im Folgenden zunächst fünf Themenkomplexe vor, deren Wichtigkeit Sie kaum auf Anhieb erkennen werden: Vollständigkeit der Rechtsordnung, Treu und Glauben, Vertragsfreiheit und ihre Schranken, AGB-Recht und Beweislast. Ziel ist, dass Sie dabei die rechtlichen Grundlagen erkennen.

Sodann stellen wir uns die Frage: Wie kann man Verträge unter Nutzung des vorhandenen Rechts und unter Verwendung von AGB rechtlich richtig gestalten? Sie sollen sich dabei an den Rahmen des Vertragsrechts gewöhnen, in dem Sie handeln. Dabei werden Sie dann auch die systematische Stellung von AGB innerhalb der Vertragsrechtsordnung verstehen lernen.

### 2.1 Vollständigkeit der Rechtsordnung

Ein wesentlicher Baustein zur Lösung eines konkreten rechtlichen Falles ist der Grundsatz der Vollständigkeit der Rechtsordnung.

#### 2.1.1 Bestandteile des Rechts

Woraus „besteht“ nun das Recht? Man unterscheidet zunächst einmal das so genannte „materielle Recht“ und das „Prozessrecht“. Vereinfacht ausgedrückt sagt das **materielle Recht**, wer Recht *hat*. Dagegen sagt das **Prozessrecht** (oder auch Rechtsdurchsetzungsrecht), unter welchen Voraussetzungen er vor Gericht auch Recht *bekommt*, d. h. sein Recht durchsetzen kann.

Das im IT-Umfeld relevante materielle Recht findet sich vor allem im BGB (Bürgerlichen Gesetzbuch) und HGB (Handelsgesetzbuch), teilweise auch im UrhG (Urheberrechtsgesetz). Das Prozessrecht besteht im Kern aus der ZPO (Zivilprozessordnung). Im Folgenden beschäftigen wir uns im Wesentlichen nur mit dem materiellen Recht.

Weiter beschränken wir uns auf das **Zivilrecht**. Es beschäftigt sich mit dem Rechtsverhältnis von Personen auf (rechtlich) gleicher Ebene.

### ➤ Beispiel:

Herr Meier und Firma Müller haben einen Vertrag über den Kauf eines Autos geschlossen. Herr Meier will nun Schadenersatz von Firma Müller, weil diese ein defektes Auto geliefert hat und er einen wichtigen Kundentermin verpasst hat.

Daneben gibt es noch das **Öffentliche Recht** und das **Strafrecht**. Beides interessiert uns in diesem Rahmen nicht.

### ➤ Beispiel:

Zum Öffentlichen Recht gehören das Staatsorganisationsrecht (z. B. „Wie wird der Bundestag gewählt?“) und die Grundrechte (z. B. „Werden meine Grundrechte durch eine Volkszählung beeinträchtigt?“) ebenso wie das Verwaltungsrecht (z. B. „Wann muss die Behörde eine Baugenehmigung erteilen?“). Das Strafrecht beschäftigt sich mit Verbrechen und Vergehen. Öffentliches Recht und Strafrecht sind dadurch gekennzeichnet, dass die Beteiligten nicht auf gleicher Ebene stehen. So ist der Staat regelmäßig übergeordnet und der Bürger ihm untergeordnet: Man kann nicht wirklich als Bürger mit dem Staat darüber verhandeln, ob Totschlag strafbar ist oder nicht.

## 2.1.1.1 Kodifiziertes Zivilrecht

Kommen wir also zurück zum Zivilrecht. Genauer: zum kodifizierten Zivilrecht, d. h. den niedergeschriebenen Rechtsnormen. Auch das ist ein weites Feld, allein das BGB hat mehr als 2385 Paragraphen (einige sind nachträglich eingeschoben worden, z. B. § 312b). Neben dem **Schuldrecht** gibt es im BGB beispielsweise noch das **Sachenrecht**, **Familienrecht** und das **Erbrecht**. Uns interessiert hier im Wesentlichen nur das Schuldrecht, wodurch wir das BGB schon mal grob auf die Paragraphen 1 bis 853 reduzieren können, von denen letztlich vielleicht nur rund hundert Paragraphen wirklich wichtig, und sogar nur vielleicht 30 existenziell wichtig, aber leider auch ziemlich verstreut sind.

Ein Wort zur **Gesetzessystematik**: Der Gesetzgeber des Jahres 1896 (so alt ist das BGB schon, die Grundzüge gehen sogar auf die Römer zurück) war bereits begeistert von den Möglichkeiten, durch Anwendung des Distributivgesetzes Platz zu sparen und ermüdende Wiederholungen zu vermeiden. Nach der Devise „ $a * b + a * c = a * (b + c)$ “ hat er die allgemeinen Regeln in einen **Allgemeinen Teil**, das „Erste Buch“ (§§ 1 bis 240) eingeklammert und das Recht der Schuldverhältnisse in einen **Besonderen Teil**, das „Zweite Buch“ (§§ 241 bis 853, und folgende Bücher für Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht) einsortiert. Innerhalb des Schuldrechts gibt es wieder einen allgemeinen Teil (§§ 241 bis 432) und einen besonderen Teil (§§ 433 bis 853).

### ➤ Beispiel:

Wenn man sich den Kaufvertrag in § 433 BGB ansieht, so muss man den allgemeinen Teil des Schuldrechts und den Allgemeinen Teil des BGB gedanklich mitlesen, um den vollen Inhalt des § 433 zu erfassen.

Das **Schuldrecht** greift ein, wenn jemand einem anderen etwas schuldet, oder anders formuliert (weil schulden immer nach Bankkonto klingt): etwas versprochen hat. Im Schuldrecht gibt es vertragliche (§§ 433 bis 811) und außervertragliche (oder gesetzliche, §§ 812 bis 853) Ansprüche.

➤ **Beispiel:**

Ein vertraglicher Anspruch kann aus einem Dienstvertrag (§ 611) stammen. Der eine Vertragspartner soll arbeiten, der andere soll dann bezahlen. Ein außervertraglicher Anspruch wäre z. B. der auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung (§ 823). Jemand beschädigt Ihr Auto (ohne dass Sie darüber vorher mit ihm einen Vertrag geschlossen haben). Oder auch aus Urheberrechtsverletzung: Jemand vertreibt unrechtmäßig Kopien Ihres Programms.

Das Schuldrecht kennt als vertragliche Ansprüche im Wesentlichen den **Kaufvertrag**, **Mietvertrag**, **Dienstvertrag** und **Werkvertrag**. **Leasing** ist beispielsweise nicht im Gesetz aufgeführt, sondern wurde erst von der Rechtsprechung entwickelt.

In diesem Buch beschränken wir uns im Wesentlichen auf das allgemeine Schuldrecht. Das bedeutet: Wir diskutieren nicht Spezialprobleme des Kaufrechts oder des Werkvertrags, sondern kümmern uns nur um die allgemeinen Grundsätze. Wenn Sie diese allgemeinen Grundsätze verstanden haben, sind Sie ausreichend gerüstet, um auf dem manchmal glatten Parkett des Rechts in Verhandlungen nicht auszurutschen.

Das geschriebene Zivilrecht findet man nun aber (leider) nicht nur im **BGB**, sondern auch in anderen Gesetzbüchern. Vornehmlich sind hier zu nennen das **HGB** (Handelsgesetzbuch) und das **UrhG** (Urheberrechtsgesetz). Das Zivilrecht als Gesamtes ist auf sehr viele, zum Teil auch sehr kleine Gesetze verteilt. Das macht die Rechtsfindung natürlich (insbesondere für den juristischen Laien) nicht einfacher.

➤ **Beispiel:**

Sie haben schon das Bundesurlaubsgesetz kennen gelernt. Es hat gerade einmal 16 Paragraphen, ist für sich gesehen Teil des Zivilrechts und greift in den Arbeitsvertrag ein. Der Arbeitsvertrag ist seinerseits eine besondere Form des Dienstvertrags, der im BGB geregelt ist. Auch das Tarifvertragsgesetz oder Arbeitnehmerüberlassungsgesetz greifen unter Umständen in den Arbeitsvertrag ein.

Man kann leider nicht darauf verzichten, diese kleinen Gesetze zu finden. Denn regelmäßig handelt es sich um **Spezialgesetze**, die den allgemeinen Regelungen des BGB *vorgehen*.

➤ **Beispiel:**

§ 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz sagt: „Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer [...] ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.“ Würde man die Wirksamkeit der Kündigung hier nur nach dem BGB prüfen, gemäß dem die Kündigung des Dienstverhältnisses nach § 620 Abs. 2 BGB möglich und wirksam ist, wäre das Ergebnis schlicht falsch.

Das **HGB** regelt das speziell für Kaufleute geltende Zivilrecht. Es bietet deutlich weniger Schutz, ist aber auch effizienter als das BGB-Recht, da es davon ausgeht, dass Kaufleute besser wissen als Verbraucher, was sie tun und worauf sie sich rechtlich einlassen, also ihre Rechte einigmaßen kennen und sich selbst schützen können.

➤ **Beispiel:**

Das HGB enthält eine besondere Rügepflicht für Kaufleute, § 377 HGB (vgl. näher Kapitel 7.1.2). Gemäß dieser Regelung muss ein Kaufmann Mängel bei Lieferungen unverzüglich melden. Anderenfalls kann er seine Gewährleistungsrechte zum Teil verlieren. Eine Woche wird dabei als obere Grenze angesehen. Ein Verbraucher kann sich deutlich mehr Zeit lassen.

Das **UrhG** enthält beispielsweise auch Vorschriften über Ansprüche bei der Verletzung von Urheberrechten.

➤ **Beispiel:**

Man kann die Vernichtung der Vervielfältigungsstücke und Schadensersatz verlangen.

### 2.1.1.2 Richterrecht

Das meiste ist geschriebenes Recht. Daneben gibt es einiges an ungeschriebenem Recht. Zu nennen ist hier einmal das **Richterrecht**. Es entsteht durch Gerichtsurteile.

➤ **Beispiel:**

Ein Gericht bekommt einen Fall vorgelegt. Wesentliche Fragen dieses Falles sind schon mehrfach von anderen Gerichten (oder auch diesem Gericht) beurteilt worden. Das Gericht wird dann mit hoher Wahrscheinlichkeit versuchen, ein Urteil zu fällen, das mit den anderen Entscheidungen konsistent ist. Das dient der Rechtssicherheit.

Richterrecht entsteht durch wiederholte gleiche Beurteilung vergleichbarer Fälle durch Gerichte. Je höher der Rang des Gerichtes ist, umso höher ist die (faktische) Bindungswirkung des Urteils.

➤ **Beispiel:**

Wenn der Bundesgerichtshof (BGH) einen Sachverhalt in ständiger Rechtsprechung mit dem Ergebnis A beurteilt, so wird ein Landgericht kaum Lösung B wählen, weil es davon ausgehen muss, dass sein Urteil in der nächsten, höheren Instanz keinen Bestand haben wird. Wenn das Landgericht doch abweicht, wird es das sehr gut begründen (müssen).

Richterrecht kann sich (wie alles Recht) auch im Laufe der Zeit fortentwickeln. So können sich die gesellschaftlichen Bewertungsmaßstäbe im Lauf der Jahre ändern. Es können aber auch einfach zwei Gerichte gleichen Ranges zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen –

das passiert übrigens relativ häufig –, worauf die Sache dann in der Regel von einem höheren Gericht entschieden wird.

Schließlich bleibt die Möglichkeit, dass im konkreten Fall nach **Treu und Glauben** weitere Aspekte hinzutreten, die eine Abweichung des Ergebnisses von bisherigen Ergebnissen rechtfertigen.

#### ➤ **Beispiel:**

V benötigt dringend einen hohen Kredit, um seine Firmenverbindlichkeiten zu bezahlen. Die Bank B lässt sich eine hohe Bürgschaft vom gerade 18 Jahre alt gewordenen Sohn S geben, der noch bei V lebt und von diesem wirtschaftlich abhängig ist. Wenig später tritt der Bürgschaftsfall ein. S wäre nun bis an sein Lebensende verschuldet. Grundsätzlich könnte man ihn an der Bürgschaft festhalten. Doch in genau diesem Fall würde man wohl zweifeln, ob die Bank die Situation des S (und des V, der seinem Sohn Druck gemacht haben wird, zu unterschreiben) nicht sittenwidrig ausgenutzt hat. Das wäre dann der weitere Aspekt, der es für das Gericht rechtfertigen kann oder es gar gebietet, vom bisherigen „Standardergebnis“ abzuweichen.

### 2.1.1.3 Gewohnheitsrecht

Neben dem Richterrecht gibt es noch das eigentliche **Gewohnheitsrecht**. Umgangssprachlich liegt das sehr häufig vor, juristisch eher selten. Der Nicht-Jurist versteht unter Gewohnheitsrecht nach unserer Erfahrung eher das, was Juristen unter den Begriff **Verkehrssitte** einordnen würden (siehe dazu 2.1.5.3).

Für die Annahme von Gewohnheitsrecht reicht es nicht einfach, dass jemand einige Male unwidersprochen etwas getan hat, so dass er nun schon ein Recht darauf hätte. Vielmehr muss es eine breit von den beteiligten Geschäftskreisen akzeptierte ständige Übung sein, die sich über lange Zeit herausgebildet hat. Das ist notwendig, um nicht dreistes Fehlverhalten plötzlich in Gewohnheitsrecht umschlagen zu lassen.

#### ➤ **Beispiel:**

Es ist eine verbreitete Unsitte, dass Rechnungen nicht pünktlich bezahlt werden. Dennoch ist daraus kein Gewohnheitsrecht abzuleiten.

## 2.1.2 Verschiedene Stufen der Konkretetheit

Innerhalb der schriftlichen Gesetze gibt es unterschiedliche **Stufen der Konkretetheit**. Das reicht von konkreten Definitionen über unbestimmte Rechtsbegriffe bis hin zu Rechtsgrundsätzen. Dahinter steht das Bestreben, eine kurze, aber dennoch vollständige Rechtsordnung zu schaffen.

Durch **konkrete Definitionen** werden Begriffe im rechtlichen Sinne definiert, um sie für die juristische Arbeit handhabbar zu machen. Das umgangssprachliche Verständnis reicht dafür vielfach nicht aus.

### ➤ Beispiel:

„Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.“ (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB)

Eine Zwischenfrage zur **Wortwahl und Genauigkeit**: Was ist juristisch schneller: „sofort“ oder „unverzüglich“?

Das Wort „**sofort**“ bedeutet: „unmittelbar nach einem bestimmten Geschehen, ohne zeitliche Verzögerung“ (Duden, „Großes Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden“). Der Begriff „**unverzüglich**“ wird (das muss man wissen oder kann es z. B. im „Deutschen Rechtslexikon“ oder in „Creifelds Rechtswörterbuch“ nachschlagen) durch § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB definiert: „ohne *schuldhaftes* Zögern“. Der Unterschied liegt darin, dass „sofort“ eine *objektive* Aussage trifft, während „unverzüglich“ auf die *subjektive* Zumutbarkeit alsbaldigen Handelns abstellt.

Die kleine Zwischenfrage zeigt, dass es bei juristischen Texten sehr auf die **Wortwahl** ankommen kann. So kann man auch nur dringend von einer wörtlichen Übersetzung fremdsprachiger Verträge ins Deutsche abraten – der nichtjuristische Übersetzer wird solche (sinnverändernden!) Feinheiten vermutlich kaum bemerken. Denn bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung ist zunächst einmal vom Wortlaut auszugehen. Deshalb soll man möglichst präzise formulieren (präzise heißt übrigens nicht: juristisch), es kommt dabei auf „jedes Jota“ an.

Randbemerkung zur Übersetzung: Es ist eine übliche Unsitte, Verträge aus dem US-Rechtsraum ins Deutsche zu übersetzen und im deutschsprachigen Raum zu verwenden. Das ist riskant und ungeschickt, denn in Deutschland gilt eine völlig andere Rechtsordnung als in den USA. Die Übersetzung mag dann vielleicht stimmen – für den Inhalt muss das aber noch lange nicht gelten. Ebenso unklug ist es, deutsche Verträge einfach ins Englische zu übersetzen.

In diesem Zusammenhang wird übrigens die Rechtswahl wichtig. Das bedeutet: Die Vertragspartner müssen sich wirksam darauf einigen, ob deutsches Recht oder US-Recht (und dann: das welchen US-Staates?) gelten soll und (das ist nicht dasselbe!) auf den Gerichtsstand. Aufgrund praktischer Probleme der Rechtsdurchsetzung für Deutsche in den USA (hohe Kosten für Rechtsanwälte, Zurückhaltung der US-Gerichte gegenüber Klagen von Ausländern) können wir nur dringend zur Vereinbarung der ausschließlichen Geltung des deutschen Rechts und vor allem zu einem Gerichtsstand in Deutschland raten (sofern irgend möglich). Wenn Gerichtsstand und anwendbares Recht auseinanderfallen, kann es durchaus sein, dass ein Gericht einen Fall nach einer für das Gericht fremden Rechtsordnung entscheidet (dazu holt es dann meist ein Gutachten ein). Eine Alternative in diesem

Bereich bietet die Vereinbarung eines Schiedsgerichts (etwa bei der Handelskammer Hamburg) oder z.B. der Internationalen Handelskammer ICC. Auch dann muss aber geregelt werden, welches Recht auf den Vertrag anwendbar ist, denn Schiedsgerichte haben allenfalls eigene Rechtsordnungen, wie das Verfahren durchgeführt werden soll (sog. Prozessrecht), aber keine Rechtsordnungen für die inhaltliche Entscheidung von Fällen (sog. materielles Recht). Oft muss sogar noch der Ort festgelegt werden, an dem das Schiedsgericht zusammentreten soll, aus wie vielen Schiedsrichtern es besteht etc.

Die Überlegung zeigt auch, dass man Gesetze sehr genau lesen muss. Dazu gehört auch, dass man sie ohne Kommentar-Literatur häufig (bestenfalls) überhaupt nicht oder (schlimmstenfalls) falsch versteht. Glücklicherweise gibt es zu den meisten (ein- bis fünfzeiligen) Paragraphen seitenweise Kommentare (das sind Bücher, die ein Gesetz Paragraph für Paragraph erläutern), die dann wieder auf Dissertationen, Zeitschriftenartikel, Festschriften etc. verweisen und sich über die richtige Bedeutung streiten. Am Ende hat man aber wenigstens eine Reihe von Argumenten gelesen, so dass man sich informiert für eine Meinung (eventuell sogar eine eigene) entscheiden kann. Und: Was beispielsweise im Arbeitsrecht gilt, muss im „normalen“ Zivilrecht (z. B. Werkvertrag) oder gar Strafrecht noch lange nicht gelten. Sie müssen also auch stark darauf achten, in welchem Kontext eine Aussage steht. Der verbreitetste Kommentar zum BGB ist übrigens der „Palandt“. In ihn schauen Juristen in der Regel zunächst, häufig ist dort schon eine Gerichtsentscheidung zu der Frage, die man hat, zu finden (der „Palandt“ erscheint jedes Jahr neu). Es gibt aber auch Kommentare mit vielen Bänden zum BGB, die die Paragraphen noch viel ausführlicher erläutern.

### 2.1.3 Rechtsvorschriften mit unbestimmten Rechtsbegriffen

**Unbestimmte Rechtsbegriffe** sind absichtlich „schwammig“ gehalten, damit sie auf den konkreten Einzelfall angewendet werden können. Würde der Gesetzgeber konkreter werden, müsste er ständig das Gesetz ändern. So überlässt er es den Gerichten, die unbestimmten Rechtsbegriffe passend für den Einzelfall zu präzisieren.

#### ➤ Beispiel:

„Bedient sich ein Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrages über die Lieferung von Waren [...] eines Tele- oder Mediendienstes, hat er dem Kunden [...] **angemessene, wirksame und zugängliche** technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit deren Hilfe der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann [...]“ (§ 312 i BGB)

Stellen Sie sich vor, wie oft dieser Paragraph geändert werden müsste, wenn er konkreter wäre! Was man vor ein paar Jahren noch mit Remote Procedure Calls (RPC/DCE) gelöst hätte, machte man dann mit CORBA, dann J2EE und schließlich vielleicht Web-Services. FTP müsste NFS, der Laufwerksfreigabe per NetBIOS, SMB/CIFS und nun möglicherweise WebDAV weichen. So oft kann der Gesetzgeber gar nicht tätig werden – stellen Sie sich vor, er müsste jetzt auch noch die Releasenummern, Schlüssellängen usw. vorschreiben ...

### ➤ Beispiel:

Frau Müller betreibt einen florierenden Internet-Shop für selbst gemachte Gewürzgurken. Sie hat von § 312 i BGB gehört und fragt an, was die unbestimmten Rechtsbegriffe darin wohl zu bedeuten haben.

Grundsätzlich wird ein Kunde von Frau Müller ein Gurkenglas dem Warenkorb hinzufügen. Irgendwann klickt er dann auf „Zur Kasse gehen“. Üblicherweise erscheint dann eine Seite, die den Inhalt des Warenkorbs anzeigt. Der Kunde kann ihn überprüfen und Waren hinzufügen oder löschen. Wenn er den Warenkorb geprüft hat, kann er seine Kundendaten eingeben. Auch hier kommt wieder eine Kontrollseite, die noch abgeändert werden kann. Erst nach Bestätigung einer weiteren Zusammenfassung aller Bestell- und Kundendaten kann der Kunde nun die fertige Bestellung absenden.

Unter „angemessen“ kann man sich hier vorstellen, dass nur eine Nachfrage kommt, aber nicht z. B. einhundert. Was für den Gewürzgurken-Shop und einen Verbraucher angemessen ist, muss aber für ein Online-Termin-Handelssystem für Kaufleute nicht angemessen sein (§ 312 i BGB gilt nicht nur für Verbraucher, sondern auch z. B. für Gewerbetreibende und juristische Personen). Vielleicht geht es da gerade um schnelles Reagieren, und dann sind viele, zeitintensive Bestätigungen nicht gerade angemessen.

Mit „wirksam“ könnte gemeint sein, dass dem Kunden die von ihm eingegebenen Daten noch einmal angezeigt werden müssen. Nicht wirksam wäre eine Anzeige, die nur aus „Vielen Dank für Ihre Eingabe“ besteht.

Unter „zugänglich“ kann man sich vorstellen, dass die Kontrollseite für den Kunden aufrufbar ist, also nicht z. B. durch ein Berechtigungssystem so geschützt, dass ein Hinweis „Sie haben nicht die erforderlichen Rechte, diese Seite aufzurufen“ erscheint.

Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist einerseits notwendig. Andererseits bringt sie aber auch **Nachteile** mit sich: So kann man gerade bei neuen Gesetzen und Anwendungsfeldern kaum sagen, was genau unter diesen Begriffen zu verstehen ist. Das schwächt die Rechtssicherheit enorm. Praktisch können Sie dann wagemutig ins kalte Wasser springen und ihr eigenes Verständnis der Norm praktizieren. Das sollten Sie dann aber möglichst nur mit anwaltlicher Hilfe tun. Oder Sie warten ab, bis sich ein gemeinsames Verständnis gebildet hat. Üblicherweise erscheinen irgendwann erste Artikel in juristischen Fachzeitschriften zum Thema, dann gibt es erste Rechtsprechung und später (wenn die Diskussion sich etwas abgekühlt hat) steht es in den Gesetzeskommentaren. Insofern gibt es zwar zunächst einen großen Graubereich bei neuen Gesetzen. Diesen Graubereich engen Rechtsprechung und Literatur aber im Zeitablauf immer mehr ein, so dass die Rechtssicherheit dann wieder besteht.

### ➤ Noch ein Beispiel für unbestimmte Rechtsbegriffe:

„Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben **unangemessen benachteiligen**. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch dar-



aus ergeben, dass die Bestimmung nicht **klar und verständlich** ist. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung [...] **wesentliche** Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die **Erreichung des Vertragszwecks gefährdet** ist.“ (§ 307 BGB)

## 2.1.4 Rechtsvorschriften (fast) mit Rechtsgrundsätzen

Darüber hinaus gibt es noch **Rechtsgrundsätze**. Sie kommen immer dann zur Geltung, wenn über Regeln mit konkreten Definitionen und unbestimmten Rechtsbegriffen keine gerechte Lösung mehr zu finden ist. Man will auf diese Weise Einzelfallgerechtigkeit ermöglichen.

### ➤ Beispiel:

„Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu verhaften.“ (§ 133 BGB)

In der Rechtsgeschichte gab es eine Zeit lang den Versuch, sich sehr stark an Begriffe zu klammern, in der Hoffnung, dadurch mehr Präzision in die Rechtswissenschaft einziehen zu lassen. Der Versuch kann als vollständig gescheitert angesehen werden. Man ist heute schlauer geworden, weil man als Jurist weiß, dass man Wörter nicht (nur) aus ihren Einzelteilen erklären kann, sondern darüber hinaus nach dem Sinn suchen muss. Hinzu kommt, dass Menschen häufig Wörter benutzen, die objektiv einen ganz anderen Sinn haben.

Der juristische Lehrbuchfall zu obigem Beispiel ist denn auch, dass zwei Menschen sich auf etwas einigen, wofür sie – beide übereinstimmend – den falschen Begriff verwenden. Gerade bei Fremdworten kann das leicht passieren. Nach § 133 BGB stört das nicht (ob es später auch beweisbar ist, lassen wir vorerst beiseite).

### ➤ Beispiel:

Am Döner-Stand fragt der Mitarbeiter (lautschriftlich): „Ohne Schaaf?“ - Der Kunde antwortet: „Ja, ohne Schaaf“. Gemeint ist natürlich „nicht scharf“. Das ist völlig unproblematisch nach § 133 BGB. Der Mitarbeiter kann also ruhig Schaf- bzw. Lammfleisch servieren, solange es nur nicht scharf ist.

§ 133 BGB bezieht sich nur auf die Auslegung einzelner Willenserklärungen, z. B. Antrag und Annahme (dazu später mehr).

## 2.1.5 Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte

Der Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte haben eine zentrale Funktion im Zivilrecht. Sie kommen in § 157 und § 242 BGB vor.

## § 242 BGB: „Leistung nach Treu und Glauben“

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Der Paragraph hat im Wesentlichen zwei Aufgaben: Er ist Lückenfüller und auch Korrekturfaktor. Darauf gehen wir gleich im Einzelnen ein. Zunächst aber zu § 157 BGB.

### 2.1.5.1 Auslegung von Verträgen

Manchmal kommt man mit dem „wirklichen Willen“ im Sinne des § 133 BGB nicht weiter, wenn es nämlich einen ganzen Vertrag (und nicht nur seine „Einzelteile“ Antrag und Annahme) betrifft. Dann kann die Berufung auf „Treu und Glauben“ und die „Verkehrssitte“ es vielleicht richten.

## § 157 BGB: „Auslegung von Verträgen“

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Der § 157 BGB führt also im Falle von Unklarheiten zunächst zu einer Auslegung von Verträgen. Das Gericht fragt sich, wie der Vertrag zu verstehen ist. Dabei sind Treu und Glauben und die Verkehrssitte zu berücksichtigen.

### 2.1.5.2 Treu und Glauben

Die Erklärung der Einzelworte „Treu“ und „Glauben“ hilft hier nicht viel weiter. Die Vorschriften dienen dazu, berechnete Interessen anderer (z. B. des Vertragspartners) ebenso in das Zivilrecht einzubeziehen wie die Grundsätze von Redlichkeit und Loyalität. Hier geht es also um sozialetische Vorstellungen, die Schranken setzen und Verhaltensanforderungen aufstellen. In der Praxis dienen die Vorschriften dazu, besonders krasse Ergebnisse abzufedern oder zu korrigieren, die bei strikter Anwendung in der Öffentlichkeit nicht akzeptiert würden. Das würde gerade keinen Rechtsfrieden schaffen.

In hundert Fällen mag die Anwendung eines Gesetzes auf einen Tatbestand richtige Ergebnisse liefern. Wenn der hundertunderste Fall hingegen eine kleine, aber feine Besonderheit hat, mag die Anwendung dieses Gesetzes hier auf einmal ungerecht erscheinen.

#### ➤ Beispiel:

Herr Meier schließt einen unwirksamen Vertrag mit Frau Müller. Beide führen den Vertrag mehrere Jahre (!) durch. Schließlich zerstreiten sich beide. Herr Meier behauptet nun, der Vertrag mit Frau Müller sei gar nicht wirksam gewesen. Herr Meier widerspricht damit seinem eigenen bisherigen Verhalten. (Dieses Rechtsproblem kannten übrigens schon die alten Römer.) Dadurch wird die Berufung auf eine Unwirksamkeit des Vertrages - den er so lange selbst für wirksam hielt und durchgeführt hat - als unzulässige Rechtsausübung angesehen. Herr Meier kann sich daher wegen

§ 242 BGB nicht darauf berufen, der Vertrag sei nicht wirksam. Hätte Herr Meier die gleiche Argumentation kurze Zeit nach Vertragsabschluss gewählt, wäre der Vertrag als unwirksam eingestuft worden.

### 2.1.5.3 Verkehrssitte

Der Begriff „Verkehrssitte“ bezieht sich auf eine tatsächliche Durchführung, die sich aus den Erfahrungen des Lebens aufgrund einer einheitlichen Verkehrsauffassung entwickelt hat. Das kann allgemein oder auch nur in bestimmten Kreisen der Fall sein.

#### ➤ Beispiel:

Programmierer Bauer ist Mitglied des örtlichen Programmiererkлубs, der sich u. a. der Open-Source-Bewegung verschrieben hat. Für alle Mitglieder ist es selbstverständlich, dass in gegenseitigen Verträgen nicht erwähnt werden muss, dass der Sourcecode mit übergeben werden muss. Programmierer Altberger ist auch schon lange im Klub, entwickelt für einen Klub-Kollegen vertragsgemäß eine Software und möchte nun zwar die Entlohnung, aber den Sourcecode ausnahmsweise doch nicht herausgeben. Er redet sich damit heraus, im Vertrag stehe nichts von Sourcecode. Der Vertrag ist vor diesem Hintergrund so auszulegen, dass es in diesem Verkehrskreis üblich war, den Sourcecode mit zu übergeben, auch wenn es im Vertrag nicht explizit erwähnt wurde.

Die Referenzierung der Verkehrssitte soll also ermöglichen, auf den konkreten sozialen Kontext einzugehen, in dem der Vertrag geschlossen wurde.

**Verkehrssitten** sind gerade im Handelsrecht von Bedeutung. Man versteht darunter Gebräuche, die in bestimmten Kreisen als selbstverständlich angesehen werden, so dass man gar nicht auf die Idee kommt, sie ausdrücklich zu vereinbaren. Das wird dann verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass nach BGB und HGB Tomaten, Ziegelsteine, Autos und Software nach den gleichen Vorschriften verkauft werden. Das geht nur deshalb, weil das Gesetz hierfür einige Korrektive vorsieht, eins davon ist eben der Rückgriff auf Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitten.

#### ➤ Beispiel:

Ein als Branchenprogramm vertriebenes Programm muss nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitten alle in dieser Branche üblichen Vorgänge verarbeiten können.

Oder es hat sich zwischen zwei handelsrechtlichen Vertragspartnern eine bestimmte tatsächliche Übung herausgebildet (Verkehrssitte im engeren Sinne).

#### ➤ Beispiel:

Der - große - Auftraggeber schickt die formal korrekte Bestellung durch den Einkauf wiederholt erst Monate, nachdem die Fachabteilung mitgeteilt hat, der Auftragnehmer möge „angesichts des engen Liefertermins schon einmal mit den Arbeiten anfan-

gen“. Nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte wird sich der Auftraggeber wohl spätestens beim vierten Mal nicht mehr darauf berufen können, eine wirksame Bestellung habe nicht vorgelegen.

#### 2.1.5.4 Abgrenzung

In § 242 BGB geht es nicht um die Auslegung eines Vertrages, wie in § 157 BGB, sondern um die Leistung, die ein Vertragspartner zu erbringen hat. Denn häufig stellt sich die Frage, was *genau* er eigentlich leisten muss.

##### ➤ Beispiel:

Programmierer Altberger erstellt eine Software für seinen Kunden Schmidt. Von Service hält er allerdings nicht viel, zudem musste er mit dem Preis weit heruntergehen - er möchte also Herrn Schmidt die fertige Software einfach auf CD in die Hand drücken. Er sieht aber nicht ein, Herrn Schmidt wenigstens noch ein Handbuch mitzuliefern. In der Regel ist es aber so, dass ein Programm überhaupt nicht nutzbar ist, wenn nicht auch ein Handbuch geliefert wird. Daher gehört nach der Rechtsprechung zur vollständigen Erfüllung des Vertrags auch die Lieferung eines Handbuchs.

Treu und Glauben werden aber nicht nur zur Bestimmung der Leistungspflichten herangezogen. Im Einzelfall kann es dadurch sogar ausgeschlossen sein, sich auf ein bestimmtes, durchaus existierendes Recht zu berufen. Das ist wiederum ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung.

##### ➤ Beispiel:

Herr W hat sich in einem Werkvertrag verpflichtet, ein Programm für Herrn T zu erstellen. Das Programm sollte am 10.8. fertig sein. Am 5.8. fehlt nur noch eine einfache Berechnungs-Formel, die Herr W dringend von Herrn T benötigt, damit er das Programm testen und abliefern kann. Herr T möchte das Programm aber gar nicht mehr haben und nennt Herrn W die Formel nicht. Er legt es darauf an, den Werkvertrag scheitern zu lassen. Das Werk ist deshalb am 30.8. immer noch nicht fertig. Grundsätzlich könnte Herr T nun vom Vertrag zurücktreten. Doch nach § 242 BGB muss er sich vorhalten lassen, dass er diese Situation gerade selbst geschaffen hat. Die Erklärung des Rücktritts wäre hier eine unzulässige Rechtsausübung.

#### 2.1.5.5 Treu und Glauben als Lückenfüller

Treu und Glauben dient als Lückenfüller für vertragliche Regelungen und für gesetzliche Vorschriften (klar: Vollständigkeit der Rechtsordnung). Auch wenn Sie es noch so sehr versuchen: Vermutlich werden Sie nie alle rechtlichen Aspekte eines Geschäftes vollständig in einem Vertrag abbilden können.

Das liegt beispielsweise an Ihrer Erwartungshaltung bei der Formulierung des Vertrages: Man setzt einen bestimmten Normalfall voraus und regelt ihn im Vertrag. Doch wenn

dieser nicht eintritt, enthält der Vertrag keine Regelungen. Da ist es wichtig, dass die Rechtsordnung mit Treu und Glauben hilft, damit es keine Regelungslücken gibt.

### ➤ Beispiel:

Das Gesetz enthält keine expliziten Regelungen der Fragen, die sich stellen, wenn ein Vollpflegevertrag für Software gegen pauschale jährliche Vergütung keine Regelungen der folgenden Punkte enthält: Wie lange muss der Auftragnehmer das Programm pflegen? Gibt es Ausnahmefälle? Muss der Auftragnehmer das Programm an gesetzliche Änderungen anpassen? Falls ja, darf er für die Anpassung an gesetzliche Änderungen eine zusätzliche Vergütung verlangen? Was gilt bei der Einführung neuer Gesetze? - All das sind aber legitime Fragen (und potenzielle Streitpunkte vor Gericht), wenn z. B. jemand eine sechstellige Summe für einen Vollpflegevertrag bezahlt, der Anbieter aber meint, eher wenig dafür tun zu müssen.

### 2.1.5.6 Treu und Glauben als Korrekturfaktor

Treu und Glauben dient aber nicht nur als Lückenfüller, sondern auch als Korrekturfaktor für vertragliche Regelungen. Selbst wenn also ein Vertrag eine explizite Regelung für den strittigen Fall enthält, kann diese über Treu und Glauben korrigiert werden. Damit möchte der Gesetzgeber verhindern, dass es zu Ergebnissen kommt, die sich zwar strikt aus der Anwendung von Paragraphen ergeben, irgendwie auch schlüssig erklärbar sind, aber die kein normaler Bürger verstehen und akzeptieren würde.

### ➤ Beispiel:

Eine Bank lässt sich vom gerade 18 Jahre alt gewordenen Sohn eines Kreditnehmers eine Bürgschaftserklärung über 5 Millionen Euro für das bekanntermaßen bereits sehr schlecht laufende Geschäft des Vaters unterschreiben. Der Sohn geht noch zur Schule und ist finanziell abhängig vom Vater. Das Geschäft geht in die Insolvenz und die Bank will nun die Bürgschaft des Sohnes in Anspruch nehmen. Selbst wenn hier die Bürgschaft rechtlich völlig korrekt übernommen worden sein sollte, wird man davon ausgehen, dass es dem Sohn aus praktischen Erwägungen (sozialer Druck) völlig unmöglich war, die Bürgschaftserklärung zu verweigern. Und dass es gegen Treu und Glauben verstößt, jemanden, der selbst kein Einkommen hat, eine Bürgschaft über 5 Millionen Euro übernehmen zu lassen.

Treu und Glauben gelten aber selbst für gesetzliche (!) Vorschriften. Man kann sich das etwa so vorstellen: „Die Vorschrift/Regelung gilt, es sei denn, dass Treu und Glauben *ausnahmsweise* etwas anderes gebieten.“

### ➤ Beispiel:

§ 640 BGB [Abnahme], alte Fassung: „Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen.“ In der neuen Fassung ist dem Paragraphen noch ein weiterer Satz hinzugefügt worden: „Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme

nicht verweigert werden.“ Dieser Satz galt praktisch auch schon vor der Gesetzesänderung, kraft Richterrechts, abgeleitet aus Treu und Glauben.

Das Beispiel verdeutlicht, dass der Grundsatz von Treu und Glauben in seiner Funktion als Korrekturfaktor der Einzelfallgerechtigkeit dient. Dabei steht der Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit in einem – starken – Spannungsverhältnis zum Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Dieses Spannungsverhältnis ist genau der Grund, warum man im Vertragsrecht so häufig nicht weiß, woran man ist, und warum es heißt, dass man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand ist.

Denn wenn es darauf ankommt, eine Entscheidung aufgrund von Treu und Glauben zu fällen, gibt es eine bestimmte Bandbreite rechtlich richtiger Lösungen (der Jurist nennt das: vertretbare Lösungen). Nur was außerhalb dieses Rahmens liegt, ist rechtlich falsch (nicht vertretbar). Das bedeutet: Der Rechtsanwalt kann Ihnen häufig leider nur rechtlich belastbar sagen, dass Ihr Fall genau im Graubereich liegt, innerhalb dessen es mehrere richtige Lösungen gibt, die genaue Lösung kann er Ihnen indessen rechtlich belastbar nicht nennen.

Sie mögen jetzt vielleicht denken, das Rechtsinstitut Treu und Glauben sei doch nur ein von Juristen für Juristen bewusst geschaffenes Arbeitsbeschaffungsprogramm. Bedenken Sie aber bitte, dass es auch in anderen Wissenschaften meist nicht nur ein einziges richtiges Ergebnis gibt, sondern eine Menge vertretbarer Lösungen.

#### ➤ Beispiel:

$x = 1 / 3 \cdot x$  liegt im Intervall  $[0, 1]$ , aber auch im Intervall  $[0.3, 0.34]$  und im Intervall  $[0.333333, 0.333334]$ . Ein anderes Beispiel: Runden Sie die Zahl 0.5 - es gibt viele verschiedene Rundungsarten, die alle „irgendwie richtig“ sind. Mal wird bei 5 aufgerundet, mal abgerundet, mal wird danach unterschieden, ob die Zahl negativ oder positiv ist (vgl. `java.math.RoundingMode` mit 7 Rundungsmöglichkeiten).

Erst recht gilt das für die Anzahl der Lösungswege.

#### ➤ Beispiel:

Es gibt sehr viele Möglichkeiten, ein Array aufsteigend zu sortieren, die sich nicht nur im Algorithmus, sondern auch in der konkreten Implementierung unterscheiden.

Oder anders formuliert: Häufig wird die Frage bereits gar nicht so präzise gestellt, dass nur eine Lösung richtig wäre. Wenn eine Frage aber sehr präzise gestellt wird, so ist die Antwort regelmäßig weniger **robust** gegenüber Veränderungen im Hinblick auf die Fragestellung, sondern vielleicht nur die Lösung dieses einen Spezialfalles, nach dem exakt gefragt wurde.

#### ➤ Beispiel:

$1 / 10 = 0.1$ ,  $1 / 100.000 = 0.00001$ , aber:  $1 / 0 = \text{undefiniert}$ . Fragt also jemand nach „ $1 / 0$ “, so erhält er ein völlig anderes Ergebnis als bei der durchaus „ähnlichen“ Frage nach  $1 / 100.000$ .

Je **komplexer** das Problem, desto breiter wird der (mehrdimensionale) Raum, in dem die Lösung liegen kann. Einfach deshalb, weil es mehr Parameter gibt, die auf die Lösung einwirken. Und juristische Probleme sind regelmäßig sehr komplex, auch wenn man es ihnen als Laie nicht ansieht. Die Lösung könnte nun darin liegen, eine Funktion zu definieren, die zu gegebener Ausgangssituation das „gerechte Ergebnis“ liefert. Prinzipiell ist das wohl möglich. Allerdings ist unklar, wie viele Parameter diese Funktion benötigt. Und was passiert, wenn ein wichtiger Parameter vergessen wurde, der bislang nicht vorkam, nun aber zu einem unhaltbaren Ergebnis führen würde (sozusagen eine Nulldivision)? Dann wird man diesen Parameter wohl hinzudefinieren, statt unhaltbare Ergebnisse hinzunehmen und damit die Einsetzbarkeit der Funktion als solche zu gefährden. Letztlich ermöglicht der Grundsatz von Treu und Glauben es, solche zusätzlichen Parameter hinzuzunehmen, obwohl die ersten Parameter durch andere Normen bereits vorgegeben sind.

Dazu sollten Sie sich vergegenwärtigen, dass der **Normalfall** den Juristen eher selten beschäftigt, sondern eher der **Konfliktfall**.

### ➤ **Beispiel:**

Wenn beide Vertragspartner in der Bewertung eines Falles zum gleichen Ergebnis kommen, werden sie keine Rechtsanwälte bemühen, sondern eher selbst eine Lösung finden. Typischerweise beschäftigen sich Rechtsanwälte und erst recht Gerichte mit Fällen, in denen beide Vertragspartner eine völlig andere Sicht der Dinge haben. Das kann einerseits die rechtlichen Aspekte betreffen. Oft geht es aber schon um die tatsächliche Ausgangssituation. Hat die Sekretärin dem Auftragnehmer wirklich gesagt, er solle die Änderung am Programm vornehmen, das würde dann auch bezahlt? Wollte sie das vom Auftragnehmer Verstandene damit ausdrücken oder wollte sie ihm nur Mut für das Gespräch mit ihrem Chef machen? Muss der Auftraggeber sich die Aussage der Sekretärin zurechnen lassen? Kann der Auftragnehmer das auch beweisen, d. h. wird die Sekretärin im Prozess inhaltlich etwas aussagen, was ihrem Arbeitgeber möglicherweise schadet? Kann sie sich, falls sie erstmals nach mehreren Jahren vor Gericht geladen wird, überhaupt noch an das Geschehen erinnern? Der Rechtsanwalt soll all dies in seiner Antwort möglichst schon berücksichtigen.

Juristen hätten viel lieber ein strikteres Recht, anhand dessen sie belastbarere Auskünfte über die Rechtslage geben könnten als: „Ihr Fall liegt definitiv im Graubereich mit den und den rechtlich vertretbaren Lösungen, wobei Sie in Variante A den Prozess wohl gewinnen, in Variante B mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gewinnen, in Variante C mit überwiegender Wahrscheinlichkeit allerdings verlieren werden und in Variante D wohl den Prozess verlieren werden. Wie das Gericht aber nun entscheiden wird, kann ich Ihnen leider nicht sagen.“

Zum Glück für Juristen und Nicht-Juristen wird der Graubereich aber durch Herausarbeitung bestimmter **Fallgruppen** im Zeitablauf von der Rechtsprechung eingengt, so dass die Bandbreite möglicher Entscheidungen regelmäßig doch stark reduziert ist.

Verwechseln Sie aber Rechtsanwälte oder Gerichte bitte nicht mit einem Compiler, der einen Syntaxfehler melden soll. Man merkt hier sehr viel stärker, dass **Menschen** die Entscheidungen treffen (müssen), und Menschen tendieren – jedenfalls eher als Compiler – dazu, sich von sachfremden Argumenten leiten zu lassen.

Für Treu und Glauben in seiner Funktion als Korrekturfaktor, um das Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit zu entschärfen, gilt: Die Korrektur vertraglicher Regelungen oder gar gesetzlicher Vorschriften über Treu und Glauben soll die Ausnahme bleiben – damit die Regel erhalten bleibt!

### 2.1.6 Zusammenfassung

Die Vollständigkeit der Rechtsordnung wird durch Vorschriften mit unbestimmten (Rechts-)Begriffen, vor allem aber durch Vorschriften mit Rechtsgrundsätzen oder durch unmittelbare Rechtsgrundsätze erreicht. Unbestimmte Rechtsbegriffe ermöglichen eine *kurze* Vertragsrechtsordnung, Vorschriften mit Rechtsgrundsätzen ermöglichen eine *vollständige* Vertragsrechtsordnung. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verhindern extreme und untragbare Einzelfallergebnisse.

Daraus ergibt sich für Sie als **Praktiker** die Folge: Sie *brauchen* fast nichts Rechtliches zu regeln. Sie *wollen* das aber bezüglich wichtiger Punkte tun, weil diese im Gesetz häufig nicht oder nicht ausreichend deutlich geregelt sind.

Dabei gilt folgende **Faustregel**: Wichtig ist, was *Sie aus der Sache heraus* für wichtig halten.

Überlegen Sie sich also, was Sie leisten wollen und was Ihr Vertragspartner leisten soll (**primäre Pflichten**). Denken Sie darüber nach, was geschehen soll, wenn die Leistungspflichten nicht erfüllt werden (**sekundäre Pflichten**).

#### ➤ Beispiel:

Sie übergeben und übereignen Ihren alten Rechner an den Käufer. Der Käufer soll Ihnen danach 500 Euro auf Ihr Konto überweisen. (Das sind die primären Pflichten.) Falls Sie den Rechner nicht mehr übergeben oder übereignen können (z. B. weil er vorher kaputt geht), soll der Käufer auch kein Geld überweisen müssen. Er soll aber auch keinen Anspruch auf Schadensersatz o. Ä. haben. Falls der Käufer seiner Verpflichtung nicht nachkommt, die 500 Euro zu überweisen, so wollen Sie Zinsen geltend machen dürfen. (Das sind die sekundären Pflichten.) Beispielsweise ergibt sich die Regelung mit den Zinsen zwar schon aus dem BGB, doch schadet sie auch im Vertrag nichts, zumal wenn Sie höhere als die gesetzlich vorgesehenen Zinsen verlangen möchten.

Wichtig ist dabei, dass Sie einigermaßen **fair** bleiben. Ansonsten erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass ein Gericht die vertragliche Regelung nicht für wirksam hält.



### ➤ **Negativbeispiel:**

Bei obigem Rechner-Verkauf lassen Sie den Käufer unterschreiben, dass er selbst dann überweisen muss, wenn Sie ihm den Rechner nicht mehr übergeben und über-eignen können.

## 2.2 Vertragsfreiheit und ihre Schranken

Apropos „fair bleiben“: Im Prinzip gilt im deutschen Recht **Vertragsfreiheit**. Das bedeutet, jeder kann mit beliebigen anderen Personen Verträge beliebigen Inhalts schließen oder es auch sein lassen. Dabei können die Vertragspartner auch von der Rechtsordnung abwei-chende Regelungen vereinbaren.

### ➤ **Beispiel:**

Der Geschäftsführer einer GmbH wird im Anstellungsvertrag von der Geltung des § 181 BGB befreit. Er darf also im Namen der GmbH mit sich selbst Geschäfte ma-chen. Der „Default“ des § 181 BGB verbietet das, denn solche Geschäfte können zum Missbrauch einladen. So könnte der Geschäftsführer sich beispielsweise selbst günstig GmbH-Einrichtungsgegenstände verkaufen (von der strafrechtlich zu beurteilenden eventuellen Untreue einmal abgesehen).

Würde man die Vertragsfreiheit aber völlig uneingeschränkt gelten lassen, würde sie bald den Namen Freiheit wohl nicht mehr verdienen.

### ➤ **Beispiel:**

Jemand verkauft sein Leben und lebt fortan als Sklave. Ein anderer unterschreibt aus Not einen Vertrag mit einer großen Firma und verpflichtet sich, sein Leben lang nur Produkte dieser Firma zu kaufen. Große PC-Hersteller würden dann wohl in ihre „Friss oder stirb“-Kaufverträge schreiben, dass sie bei Defekten keinerlei Gewährlei-stung oder Haftung übernehmen (auch wenn die Oma beim Anfassen des Gehäuses ei-nen „Schlag“ bekommen hat und seitdem auf der Intensivstation liegt).

Die Vertragsfreiheit besteht zwar nur mit gewissen **Schranken**, diese stören aber im unternehmerischen Bereich kaum (außer im Fall von AGB, vgl. dazu ausführlich Kapitel 4). Wenn es hingegen um Verträge zwischen einem Unternehmer und einem **Verbraucher** geht, wird der Verbraucher vom Gesetz besonders geschützt (vgl. die §§ 312 bis 312 k BGB zu Haustürgeschäften, Fernabsatzverträgen und zum elektronischen Geschäftsverkehr, die §§ 474 bis 479 BGB zum Verbrauchsgüterkauf oder die §§ 549 bis 577a BGB zur Wohn-raummiete). In diesem Buch konzentrieren wir uns aber im Wesentlichen auf Geschäfte zwischen Unternehmern, d. h. wir gehen auf diese Sondervorschriften nicht weiter ein.

### ➤ Beispiel:

§ 312 k BGB bestimmt, dass von den vorstehenden Vorschriften zum Verbraucherschutz nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden abgewichen werden darf. Der Paragraph legt das auch fest für Umgehung durch „anderweitige Gestaltungen“ (was aber in den meisten Fällen auch ohne diesen Zusatz gelten würde, da die Auslegung ergibt, dass Umgehungen von Gesetzen nicht zulässig sein sollen).

Bei Geschäftspartnern, die noch nicht volljährig, also **minderjährig** sind, ist Vorsicht geboten. Bis zum siebten Lebensjahr liegt Geschäftsunfähigkeit vor (§ 104 BGB). Das dürfte Sie als Leser vielleicht weniger betreffen. Relevant ist aber der Fall, dass ein Geschäft mit einem Kunden unter 18 Jahren geschlossen wird. Solche Geschäfte bedürfen regelmäßig der vorherigen Einwilligung oder nachträglichen Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter (§§ 106 bis 113 BGB).

### ➤ Beispiel:

Der Technikfreak M ist 15 Jahre alt und damit minderjährig. Er hat 1.000 Euro in seinem Sparschwein, die für eine Sprachreise ins Ausland gedacht waren, geht zum PC-Händler P und kauft erst einmal einen vernünftigen Rechner. Den Rechner nimmt M mit ins Jugendzentrum. Als die technikfeindlichen Eltern des M das Fehlen des Geldes nach einem Jahr bemerken, schreiben sie dem P, dass sie die Genehmigung des Geschäfts ablehnen. Das Geschäft gilt damit als von Anfang an nicht zustande gekommen. M bringt den Rechner zurück und erhält von P die 1.000 Euro zurück. M zahlt aber keine Nutzungsentschädigung, ersetzt auch nicht das leicht zerkratzte TFT-Display o.Ä., weil der Minderjährigenschutz einen so hohen Stellenwert hat, dass er durch solche Entschädigungen nicht ausgehebelt werden darf.

Bei Geschäften mit Minderjährigen, die den üblichen Taschengeldrahmen übersteigen (also vielleicht allerhöchstens 100 Euro), empfiehlt es sich also dringend, vorher die Einwilligung der Eltern einzuholen bzw. diese nachträglich nach § 108 Abs. 2 BGB zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern. Äußern sich die Eltern nicht innerhalb von zwei Wochen, gilt die Genehmigung als verweigert (vgl. § 108 Abs. 2 S. 2 BGB).

Man differenziert im Hinblick auf die Vertragsfreiheit sodann nach so genannten zwingenden und nachgiebigen Rechtsvorschriften.

Bei **zwingenden Rechtsvorschriften** gibt es keine Vertragsfreiheit, wie das Wort „zwingend“ ja bereits klar zum Ausdruck bringt.

### ➤ Beispiel:

Wenn der Arbeitgeber möchte, dass seine Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsvertrags, z. B. durch Kündigung, nicht für die Konkurrenz arbeiten dürfen (nachvertragliches Wettbewerbsverbot), dann muss er im Vertrag bereits eine Karenzentschädigung in bestimmter Höhe für diesen Zeitraum vereinbaren. Anderenfalls ist das nachvertragliche Wettbewerbsverbot unwirksam.

Bei **nachgiebigen Vorschriften** besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit. Das bedeutet: Man kann die Vorschrift abbedingen, also vereinbaren, dass sie nicht gelten soll, oder auch nur kleinere oder größere Abweichungen zur Vorschrift vereinbaren.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt bei solchen Vorschriften aber dann nicht, wenn durch das Abbedingen gegen ein **gesetzlich normiertes Verbot** verstoßen wird.

### ➤ Beispiel:

Personalverleiher V und Entleiher E schließen einen Vertrag darüber, dass V dem E seinen Angestellten A für einen Monat ausleiht. Die Arbeitnehmerüberlassung ohne behördliche Erlaubnis ist nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verboten. Es handelt sich rechtstechnisch gesehen um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Wenn die Arbeitnehmerüberlassung also mit behördlicher Erlaubnis erfolgt, ist der Vertrag wirksam. Wenn die Arbeitnehmerüberlassung allerdings ohne behördliche Erlaubnis betrieben wird, liegt ein Verstoß gegen ein gesetzlich normiertes Verbot vor. Für diesen Fall sieht das AÜG die Unwirksamkeit des Vertrags zwischen V und E vor. Zusätzlich definiert es, dass mangels Erlaubnis fingiert wird, dass V den A an E zur Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses vermittelt habe (vergleichbar der Arbeitsagentur). A ist nun also Angestellter von E! Das Gesetz will bezwecken, dass die Geschäfte des Verleihers nicht auf dem Rücken der Arbeitnehmerrechte des A ausgetragen werden. Indem nun ein (gesetzliches!) Arbeitsverhältnis zwischen A und E zustande gekommen ist (ob A und E das wollen, ist unbedeutend), ist sichergestellt, dass A beispielsweise aktives und passives Wahlrecht im Betriebsrat von E hat, Anspruch auf die gleichen Arbeitsbedingungen und das gleiche Entgelt (z. B. Tarifvertrag) wie andere Mitarbeiter des E hat usw.

Wenn Sie es sich einfach machen wollen, schließen Sie also möglichst keine Verträge mit (besonders) schutzbedürftigen Vertragspartnern, insbesondere Verbrauchern, sondern nur mit Unternehmern.

Die Vertragsfreiheit gilt ferner dann nicht, wenn die Vereinbarung **sittenwidrig** ist. Hierbei handelt es sich um ein besonders geregeltes gesetzliches Verbot.

### ➤ Beispiele:

Der Zeitungsjunge kassiert 5 Euro pro Stunde von seinem Auftraggeber. Der schreibt ihm aber für Zuspätkommen eine Vertragsstrafe von 500 Euro in den Vertrag. Diese drastisch überhöhte Vertragsstrafe ist unwirksam, weil sittenwidrig (vgl. aber auch § 343 Abs. 1 BGB zur möglichen Herabsetzung einer stark überhöhten Vertragsstrafe auf Antrag). Anders kann der Fall liegen, wenn es ersichtlich auf die pünktliche Lieferung ankommt, weil sonst ein hoher Schaden entsteht, z. B. bei Just-in-Time-Lieferverträgen der Automobilindustrie. Andererseits reicht da vermutlich schon das Risiko, den real entstehenden hohen Schaden tragen zu müssen, da bedarf es keiner Vertragsstrafe.

In einem Non-Disclosure Agreement (NDA; Geheimhaltungsvereinbarung) sind „alle Informationen“ geheim zu halten, nicht nur spezifisch projektbezogene. Bei Verletzung dieser Pflicht wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung pro Monat des Verstoßes eine Vertragsstrafe in Höhe von 100.000 Euro sofort fällig, für die der betreffende Mitarbeiter persönlich haftet. Auch diese unverhältnismäßige Regelung ist sittenwidrig.



<http://www.springer.com/978-3-662-54305-4>

Gestaltung und Management von IT-Verträgen

Eine Anleitung für Praktiker

Erben, M.; Günther, W.G.H.

2017, XIII, 256 S., Softcover

ISBN: 978-3-662-54305-4