

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 19

Abgrenzung und rechtliche Relevanz  
nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen

Von

Dr. jur. Dietmar Willoweit



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**DIETMAR WILLOWEIT**

**Abgrenzung und rechtliche Relevanz  
nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen**

# **Schriften zur Rechtslehre**

**Heft 19**

# Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen

Von

Dr. jur. Dietmar Willoweit



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**

## Vorbemerkung

Mit der vorliegenden Schrift wird der Versuch unternommen, einen zentralen Teil der Rechtsgeschäftslehre auf eine tragfähige rechtsdogmatische Basis zurückzuführen. Dabei soll weniger eine vollständige Systematik des umfangreichen Stoffes geboten, als ein Lösungsvorschlag zur Diskussion gestellt werden.

Allen, mit denen ich einzelne Probleme der Arbeit diskutieren konnte, darf ich an dieser Stelle herzlich danken.

Heidelberg, am 1. Juni 1969

*Dietmar Willoweit*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Das Problem</b> .....	9
<i>Erster Abschnitt</i>	
<b>Versuche alternativer Abgrenzung nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen vom Rechtsgeschäft</b> .....	
	13
I. Begriffsjuristische Ansätze zur inhaltlichen Bestimmung des Rechtsgeschäftes .....	13
1. Das vermögensrechtliche Interesse .....	14
2. Das schutzwürdige Interesse .....	18
3. Die Sphäre der Geschäftsmäßigkeit .....	22
4. Die Ausgrenzung einzelner Lebensbereiche .....	26
II. Parteiautonome Verfügung über den Eintritt der rechtsgeschäft- lichen Bindung .....	30
1. Der Rechtsfolgewille als Kriterium der Abgrenzung .....	30
2. Rechtsphänomenologische und rechtssoziologische Bedenken ..	33
III. Die Behandlung des Problems in der Rechtsprechung .....	39
<i>Zweiter Abschnitt</i>	
<b>Rechtsgeschäftliche und nicht rechtsgeschäftliche Vereinbarungen als Stufen rechtserheblichen Handelns von unterschiedlicher Intensität</b> .....	
	44
I. Die Ausgestaltung des Anspruchsgefüges durch die Parteien ....	44
II. Die Bewertung nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen durch die Rechtsordnung .....	52
1. Die Feststellung der Grenzen vertraglicher Bindung auf der Grundlage rechtssoziologischer Typisierung .....	52
a) Zur Funktion rechtssoziologischer Methoden im Rahmen der Rechtsanwendung .....	52
b) Die soziologischen Elemente nicht rechtsgeschäftlicher Ver- einbarungen .....	61

c) Die Vereinbarungen einzelner Gruppen des sozialen Verkehrs .....	66
aa) Vereinbarungen zwischen Personen des gesellschaftlichen Verkehrs .....	66
bb) Vereinbarungen im Rahmen zufälliger Begegnungen...	76
cc) Vereinbarungen unter Familienangehörigen .....	80
dd) Vereinbarungen des wirtschaftlichen Verkehrs, insbesondere das gentlemen's agreement .....	85
2. Das Recht der Schuldverhältnisse und die nicht rechtsgeschäftliche Vereinbarung .....	92
III. Konsequenzen für den Begriff des Rechtsgeschäftes .....	100

## Das Problem

Eine Untersuchung der nicht rechtsgeschäftlichen Vereinbarung muß von der paradoxen Feststellung ausgehen, daß in der Rechtswissenschaft zwar der Begriff des Rechtsgeschäftes als hinreichend geklärt gilt, eine Definition der nicht rechtsgeschäftlichen Vereinbarung jedoch auf unüberwindliche Schwierigkeiten zu stoßen scheint. Und selbst diese Aussage ist noch einzuschränken. Dem klassischen Begriff des Rechtsgeschäftes sind seit den Thesen Günther *Haupts*<sup>1</sup> mehr und mehr andere Formen rechtsgeschäftsähnlicher Bindungen zur Seite gestellt worden. Die Problematik der „faktischen“ oder „sozialtypischen“ Vertragsverhältnisse konnte bislang keiner allseits akzeptierten Lösung zugeführt werden. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung um diese Erscheinungen steht die Frage, welche Funktion dem Willen des rechtsgeschäftlich Handelnden zuzuweisen ist. Das Wollen der rechtlichen Bindung scheint sich offenkundig von einem Willen zu unterscheiden, der ausschließlich auf ein tatsächliches Tun gerichtet ist<sup>2</sup>. Angesichts dieser lebhaften Diskussion darf es als erstaunlich bezeichnet werden, daß bisher der überkommene Rechtsgeschäftsbegriff weder grundsätzlich in Frage gestellt noch der Versuch gemacht wurde, seine subjektive Komponente neu zu durchdenken. Von den Anhängern wie auch von den Gegnern der aus sozialtypischem Verhalten resultierenden Vertragsverhältnisse wird derselbe Begriff des Rechtsgeschäftes vorausgesetzt. Meinungsverschiedenheiten bestehen nur darüber, ob gewisse Erscheinungen des Rechtslebens dem Begriff des Rechtsgeschäftes noch zugeordnet werden können oder besondere Kategorien rechtsgeschäftsähnlichen Handelns anzunehmen sind, die — selbst nicht Rechtsgeschäft — doch nach den für das Rechtsgeschäft und den schuldrechtlichen Vertrag geltenden Regeln zu behandeln sind. Damit aber wird der Begriff des Rechtsgeschäftes selbst problematisch. Sieht man sich gezwungen, die Normen des Rechtsgeschäftes auch auf Vorgänge anzuwenden, die vom Begriff des Rechts-

---

<sup>1</sup> In Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber, Leipzig 1943, Bd. 2, S. 1—37.

<sup>2</sup> Es mag in diesem Zusammenhang genügen, auf Karl *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1967, Bd. 1, S. 33 ff. einerseits und Werner *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Berlin, Heidelberg, New York 1965, S. 95 ff. andererseits hinzuweisen. — Vgl. ferner Franz *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien und New York 1967. — Vgl. dazu unten S. 105.

geschäftes nicht erfaßt werden, dann ist es um diesen Begriff schlecht bestellt.

Das Begriffspaar Rechtsgeschäft und nicht rechtsgeschäftliche Vereinbarung läßt sich nicht nahtlos aneinanderfügen, weil keiner der beiden Begriffe eine völlig befriedigende Definition gefunden hat. Solange der rechtserhebliche Willensinhalt des rechtsgeschäftlich Handelnden nicht abschließend geklärt ist, kann auch nicht gesagt werden, worin die Eigenart der gleichfalls vom Parteiwillen getragenen nicht rechtsgeschäftlichen Vereinbarung besteht. Die folgenden Überlegungen wollen den Versuch unternehmen, der subjektiven Gestalt des Rechtsgeschäftes durch eine Untersuchung der nach allgemeiner Überzeugung als nicht rechtsgeschäftlich zu bezeichnenden Verträge näherzukommen. Die Aufhellung der Grenzen nicht rechtsgeschäftlichen Handelns muß die Begriffselemente des Rechtsgeschäftes sichtbar werden lassen.

Doch ist damit erst eine Seite der zu behandelnden Problematik angeschnitten. Seit den Tagen der Pandektenwissenschaft ist die Vorstellung lebendig, daß die Rechtsgeschäftlichkeit einer Vereinbarung von der Art des geregelten Gegenstandes abhängig ist. Auf verschiedenen Wegen wurde versucht, den materiellen Inhalt des Rechtsgeschäftes positiv oder durch negative Ausgrenzung einzelner Sachverhalte zu bestimmen. Die Frage, ob es einen sachlichen Geltungsbereich des Rechtsgeschäftes gibt, ist in der modernen Rechtsgeschäftslehre stark in den Hintergrund gerückt. Sie ist jedoch unentwirrbar verzahnt mit der Auseinandersetzung um den Bedeutungsgehalt des rechtsgeschäftlichen Willens. Gemeinhin begnügt man sich mit der Behauptung, Vereinbarungen des gesellschaftlichen oder familiären Bereichs seien einer rechtsgeschäftlichen Regelung entzogen. Nicht selten wird hinzugefügt, es fehle in diesen Fällen am Willen, einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen<sup>3</sup>. Mit solchen und ähnlichen Formulierungen wird das Verhältnis von Wille und materiellem Willensinhalt eher verdunkelt denn aufgeklärt. Die Lösung auch einfacher Fälle bereitet Schwierigkeiten. Muß der Wanderer, der seinem in Bergnot geratenen Begleiter nicht hilft, auch einen Vermögensschaden ersetzen? Und soll dasselbe gelten, wenn jemand vergißt, den wichtigen Brief des Nachbarn einzuwerfen? Muß der Gastgeber für seine Hausgehilfin nach § 278 BGB einstehen? Und wie ist die wirtschaftlich bedeutsame Vereinbarung zwischen zwei Unternehmen zu beurteilen, wenn diese die Rechtsverbindlichkeit des Vertrages ausschließen<sup>4</sup>? Die Antwort auf diese Fragen wird — ohne daß eine klare Systematik erkennbar wäre — abwechselnd auf den sachlichen Inhalt der Vereinbarung oder den Willen der Vertragspartner

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu die in Anmerkung 44 S. 26 genannte Literatur.

<sup>4</sup> Vgl. unten S. 68, 72, 86 ff., 97 f.

abstellen. Sie wird zudem je nach der theoretischen Ausgangsposition ganz verschieden ausfallen.

Der wissenschaftliche Ort, an dem die Rechtsdogmatik die nicht rechtsgeschäftliche Vereinbarung gewöhnlich behandelt, ist aus den genannten Gründen die Rechtsgeschäftslehre. Das BGB selbst enthält keine Aussage darüber, was eigentlich Gegenstand rechtlicher Vereinbarung sein könne. Nicht ganz zu Unrecht meinte Werner *Hellwig*, daß — wenn irgendeine — diese Frage vom Gesetzgeber zu entscheiden gewesen wäre<sup>5</sup>. Vor Inkrafttreten des BGB und kurze Zeit danach war gerade im Hinblick auf die Kodifikation ein heftiger Streit um den Gegenstand der Obligation entbrannt. Die ältere Pandektenwissenschaft hatte den Satz entwickelt, nur ein vermögensrechtliches Interesse könne durch den schuldrechtlichen Vertrag geregelt werden<sup>6</sup>. Dieser bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschenden Meinung trat mit Entschiedenheit Bernhard *Windscheid* entgegen<sup>7</sup>. *Jhering*, *Dernburg*, *Köhler*, *Hellwig*, um nur die bedeutendsten Namen zu nennen, traten in den folgenden Jahren von verschiedenen Positionen aus in die Arena, um in den Streit über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes einzugreifen<sup>8</sup>. Das BGB begnügt sich mit der formalen Bestimmung des § 241, weitgehend *Windscheids* Intentionen folgend<sup>9</sup>. Die Diskussion um die grundsätzliche Frage nach dem Geltungsbereich des Rechtsgeschäftes kam bald zum Erliegen. Erst eine vielbeachtete Entscheidung des Reichsgerichts zur Gefälligkeitsfahrt<sup>10</sup>, die diesen Vorgang als einen rein tatsächlichen ohne rechtliche Bedeutung qualifizierte, führte zu einer Belebung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung um die nicht rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen. Gegenstand der Erörterung war aber nunmehr nicht der Begriff des Rechtsgeschäftes, sondern unter dem Stichwort des „Gefälligkeitsverhältnisses“ oder „Gefälligkeitsvertrages“ die nicht rechtsgeschäftliche Vereinbarung selbst<sup>11</sup>. Kenn-

<sup>5</sup> *Hellwig*, Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit, Erlanger Rektoratsrede 1895, AcP 86 (1896) S. 223—248; 246.

<sup>6</sup> Vgl. unten S. 14 ff.

<sup>7</sup> Bernhard *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1—2, 3. Aufl., Düsseldorf 1873, II, S. 2 ff. Anm. 3.

<sup>8</sup> Rudolf v. *Jhering*, Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, *Jhering-Jb.* 18 (1880) S. 1—128; Heinrich *Dernburg*, Pandekten Bd. 2, 7. Aufl., Berlin 1903, S. 50 f.; Josef *Köhler*, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Das Obligationsinteresse, *Arch. f. Bürg. R.* 12 (1897) S. 1—88; *Hellwig*, a.a.O.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1896, Bd. II zu § 206 des Entwurfes: „Ein vermögensrechtliches Interesse gehört . . . nach der Auffassung des Entwurfes nicht zum Wesen der Obligation. Dieser Standpunkt erhellt zur Genüge aus dem Mangel einer entgegenstehenden Bestimmung.“

<sup>10</sup> RGZ 65, 17.

<sup>11</sup> Vgl. v. *Blume*, Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge, in: *Das Recht*, 1908, Sp. 649—654; *Krückmann*, Gefälligkeitsverträge, in: *Seuff. Bl.* f.