

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 580

**Die Erweiterung des § 123 BGB  
zum verbesserten Schutz  
der rechtsgeschäftlichen  
Entscheidungsfreiheit**

Von

**Rosa Hinzpeter-Schmidt**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ROSA HINZPETER-SCHMIDT

Die Erweiterung des § 123 BGB zum verbesserten Schutz  
der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 580

# Die Erweiterung des § 123 BGB zum verbesserten Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit

Von

Rosa Hinzpeter-Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft  
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg hat diese Arbeit  
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D29

Alle Rechte vorbehalten  
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-19214-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-59214-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2023 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 22.02.2024 statt. Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Juni 2023 berücksichtigt.

Zuallererst danke ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Steffen Klumpp, für die Unterstützung meines Promotionsvorhabens, für die wertvollen Hinweise und aufschlussreichen Gespräche sowie für die lehrreiche Zeit als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl. Herrn Professor Dr. Jürgen Stamm danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich außerdem Herrn Dr. Daniel Holler für den Anstoß des Themas und die wertvollen Diskussionen. Ebenso danke ich meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl Herrn Simon Schmaus, Herrn Andreas Bayer, Herrn Karl Leven, Frau Petra Habekus, Frau Anna Dietzel und Frau Lilly Auernhammer für die hervorragende Zusammenarbeit und die interessanten fachlichen (und nicht fachlichen) Gespräche.

Schließlich gilt mein besonderer Dank meinen Eltern und meinem Ehemann Michael für die vorbehaltlose und liebevolle Unterstützung auch in schwierigen Zeiten.

Erlangen, im März 2024

*Rosa Hinzpeter-Schmidt*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	17
-------------------------	----

## *Kapitel 1*

<b>Die Selbstbestimmung als Geltungsgrund der Willenserklärung</b>	21
A. Ausgangspunkt: Privatautonomie als Garantie selbstbestimmter Regelung .....	21
B. Die Bindung an die Willenserklärung .....	24
I. Selbstbestimmung als Geltungsgrund .....	25
1. Keine „Apriorität des Versprechens“ .....	25
2. Selbstbestimmung als entscheidender Geltungsgrund .....	26
3. Selbstverantwortung und „ethische Kraft der Vertragstreue“ .....	28
4. Keine eigenständige Bedeutung des Vertrauens- und Verkehrsschutzes .....	31
5. Geschäftsfähigkeit als Zugangsvoraussetzung zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung .....	33
6. Zwischenergebnis .....	38
II. Formelle und materielle Selbstbestimmung .....	38
1. Formelle und materielle Betrachtung .....	39
2. Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit als materielle Selbstbestimmung	41
a) M. Wolf: Entscheidungsfreiheit als Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung?	41
b) Positive Feststellung eines „freien Willens“?	43
aa) Die (Nicht-)Existenz des freien Willens .....	43
bb) Normative Bestimmung der selbstbestimmten Entscheidung .....	45
cc) Das Problem der „vernünftigen“ Entscheidung .....	47
c) Beeinträchtigte Entscheidungsfreiheit als negatives Merkmal .....	48
3. Zwischenergebnis .....	49
III. Verbindlichkeit bei fehlerhafter Selbstbestimmung .....	49
1. Ermittlung der Verbindlichkeit durch Interessensabwägung .....	50
2. Bestands- und Lösungsinteresse .....	51
a) Wessen Interessen sind zu berücksichtigen? .....	51
b) Inhalt von Bestands- und Lösungsinteresse .....	53
3. Abwägungsfaktoren .....	53
a) Keine eigenständige Bedeutung von Verkehrs- und Vertrauensschutz .....	53

b) Selbstverantwortung als entscheidendes Abwägungskriterium . . . . .	55
aa) Verantwortung für die fehlerfreie Übermittlung einer Erklärung . . . . .	55
bb) Verantwortung für die eigene Willensbildung . . . . .	56
cc) Verringerung der Selbstverantwortung . . . . .	57
IV. Alternativvorschlag: Rechtfertigungsprinzip? . . . . .	58
V. Fazit . . . . .	60
C. Bundesverfassungsgericht: Grundrechtlicher Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit . . . . .	61
I. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	61
1. Die Handelsvertreterentscheidung . . . . .	61
2. Die Bürgschaftsbeschlüsse . . . . .	63
3. Die Ehevertragsentscheidungen . . . . .	65
II. Bewertung im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit . . . . .	67
1. Anerkennung der Bedeutung der Entscheidungsfreiheit im Sinne von materieller Selbstbestimmung . . . . .	67
2. Noch einmal: der „angemessene Interessenausgleich“ durch Vertrag . . . . .	69
3. Der Begriff der Vertragsparität . . . . .	71
a) Wirtschaftliche oder intellektuelle Unterlegenheit . . . . .	72
b) Aushandeln als Voraussetzung? . . . . .	73
c) Existenzielle Abhängigkeit . . . . .	74
d) Normative Bestimmung von Parität . . . . .	75
4. Die zurechenbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit . . . . .	76
a) Entscheidungsfreiheit als einzig taugliches Kriterium . . . . .	76
b) Die Merkmale „typisiert“ und „strukturell“ . . . . .	77
c) Zurechenbarkeit der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit . . . . .	81
5. Maßstäbe für die Inhaltskontrolle . . . . .	82
6. Der Einfluss der Grundrechte . . . . .	83
7. Staatliche Pflicht zur Vermeidung beeinträchtigter Entscheidungsfreiheit . . . . .	86
8. Fazit . . . . .	87
D. Fazit zur Bindung an die Willenserklärung . . . . .	88

## *Kapitel 2*

<b>Telos und Regelungsstruktur der Anfechtungsrechte</b>	91
A. Die Anfechtung als erneute Entscheidungsmöglichkeit über die Bindung . . . . .	91
I. Schutz der Interessen des Erklärenden . . . . .	92
II. Verkehrsschutz durch Anfechtungsfristen . . . . .	93
III. Alternative: Schwebende Unwirksamkeit? . . . . .	94
B. Störung im Erklärungsakt: §§ 119 I, 120 BGB . . . . .	95

- C. Endogene Störungen der Entscheidungsfreiheit ..... 97
  - I. Die grundsätzliche Unbeachtlichkeit von Motivirrtümern ..... 97
  - II. Motivirrtümer bei letztwilligen Verfügungen ..... 99
  - III. Der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften, § 119 II BGB ..... 99
- D. Exogene Störungen der Entscheidungsfreiheit ..... 102
  - I. Täuschung und Drohung ..... 102
  - II. Täuschung und Drohung als kommunikative Akte ..... 104
  - III. Lex specialis zur (erkannten) Mentalreservation? ..... 105
  - IV. Normzweck: Schutz der Entscheidungsfreiheit ..... 106
  - V. Weitgehende Rücknahme der Selbstverantwortung ..... 109
    - 1. Geringe Anforderungen an den Selbstschutz ..... 109
    - 2. Grund: Verursachung durch den Erklärungsempfänger ..... 111
  - VI. Die Person des Täuschenden oder Drohenden ..... 115
    - 1. Gründe für die Ungleichbehandlung von Drittdrohung und Dritttäuschung ..... 115
    - 2. Überlegungen zur Einschränkung bei Drittdrohung ..... 117
    - 3. Eigener Standpunkt: Verantwortung des Erklärungsempfängers ..... 121
    - 4. Die Person des Dritten ..... 129
  - VII. Widerrechtliche Beeinflussung ..... 134
  - VIII. Subjektive Voraussetzungen ..... 139
    - 1. Das Vorsatzerfordernis ..... 139
    - 2. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit? ..... 145
  - IX. Kein Ersatz des Vertrauensschadens ..... 146
  - X. Sonderfall: nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen ..... 147
  - XI. Anfechtung letztwilliger Verfügungen ..... 149
- E. Fazit zu den Anfechtungsrechten ..... 150

*Kapitel 3*

**Strukturen und Regelungsbereiche anderer Instrumente  
zum Schutz der Entscheidungsfreiheit**

- A. Präventive Schutzinstrumente ..... 152
  - I. Geschäftsfähigkeit ..... 153
  - II. Gesetzlich vorgeschriebene Form ..... 155
    - 1. Geringer Schutz durch die Schriftform ..... 157
    - 2. Stärkerer Schutz durch notarielle Beurkundung ..... 157
    - 3. Fazit ..... 159
  - III. Gesetzlich angeordnete Informationspflichten ..... 160
    - 1. Förderung der Selbstverantwortung ..... 160
    - 2. Begrenzter Nutzen ..... 161

3. Verbesserter Schutz durch Kombination von Vorgaben .....	162
IV. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – § 14 HeimG .....	163
V. Fazit .....	168
B. Bedenkzeit nach bzw. vor dem Vertragsschluss .....	169
I. Nachträgliche Bedenkzeit: Verbraucherwiderruf .....	169
1. Überblick .....	169
2. Insbesondere: Überrumpelung .....	171
3. Regelungsmechanismus .....	175
a) „Schwebende Wirksamkeit“ .....	175
b) „Tatbestandslosigkeit“ .....	178
c) Unverzichtbarkeit des Widerrufsrechts .....	178
4. Anwendung auf Verträge zwischen Unternehmer und Verbraucher .....	180
5. Widerrufsrechte und die Verbindlichkeit der Willenserklärung .....	183
a) Privatautonomie und Selbstverantwortung des Verbrauchers .....	184
b) Privatautonomie und Verantwortung des Unternehmers .....	185
aa) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge .....	186
bb) Fernabsatzvertrag .....	189
cc) Andere Widerrufsrechte .....	190
c) Das Problem der Typisierung .....	191
6. Eignung zum Schutz der Entscheidungsfreiheit .....	193
7. Sperrwirkung der Widerrufsrechte? .....	195
8. Fazit .....	196
II. Bedenkzeit vor Vertragsschluss: § 495 III BGB .....	198
C. Die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 138 BGB .....	199
I. Inhalts- statt Abschlusskontrolle .....	199
II. Das Wucherverbot des § 138 II BGB .....	202
1. Die Zwangslage .....	203
2. Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen und erhebliche Willensschwäche .....	205
3. Die Ausbeutung der Schwächesituation .....	206
III. Die Generalklausel des § 138 I BGB .....	206
1. Das stark betonte inhaltliche Element .....	206
2. Die schwächere Ausprägung des Elements der beeinträchtigten Entscheidungs- freiheit .....	207
a) Die fortwährende Notwendigkeit eines Elements beeinträchtigter Ent- scheidungsfreiheit .....	208
b) Störungen der Entscheidungsfreiheit .....	209
IV. Sperrwirkung der berücksichtigten Beeinträchtigungen? .....	214
V. Umstandssittenwidrigkeit bei einseitigen Rechtsgeschäften .....	215
VI. Fazit .....	216
D. Die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	218

- E. Die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit als Verstoß gegen Treu und Glauben, § 242 BGB ..... 220
  - I. § 242 BGB als Mittel der Inhaltskontrolle ..... 220
  - II. § 242 BGB als Mittel der Abschlusskontrolle? ..... 222
- F. Vertragsaufhebung im Wege der *culpa in contrahendo*, §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB 223
  - I. Die Rechtsprechung des BAG zum „Gebot fairen Verhandeln“ ..... 224
    - 1. Das Urteil vom 07.02.2019 ..... 224
    - 2. Das Urteil vom 24.02.2022 ..... 226
    - 3. Bisherige Berücksichtigung des Gebots in Literatur und Rechtsprechung ... 227
    - 4. Das „Gebot fairen Verhandeln“ in der Instanzrechtsprechung ..... 228
  - II. Kritik am „Gebot fairen Verhandeln“ ..... 230
  - III. Stellungnahme ..... 233
    - 1. Vertragsaufhebung im Wege der *culpa in contrahendo* ..... 233
      - a) Schutz der Entscheidungsfreiheit über die c.i.c.? ..... 233
      - b) Art des Schadensersatzes: Anspruch auf Vertragsaufhebung ..... 237
      - c) Besondere Kausalitätsanforderungen? ..... 239
    - 2. Keine systemwidrige Aushöhlung der Vertragsbindung ..... 241
      - a) Begrenzte Aussagekraft des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“ ..... 241
      - b) Keine Sperrwirkung der bestehenden Rechtsbehelfe ..... 243
    - 3. Keine übermäßige Förderung von Rechtsunsicherheit ..... 246
    - 4. Die Möglichkeit fahrlässiger Beeinträchtigung ..... 248
    - 5. Analoge Anwendung der Anfechtungsfrist ..... 250
    - 6. Das „Gebot fairen Verhandeln“ als arbeitsrechtliche Besonderheit? ..... 253
    - 7. Nachteile der Konstruktion über den Schadensersatz ..... 256
      - a) Schutzlücken ..... 256
      - b) Die Anfechtung als vorzugswürdiges Instrument ..... 258
      - c) Kein Vorteil des Schadensersatzes: Die Alternative der Vertragsanpassung 260
  - IV. Fazit ..... 261
- G. Der Schadensersatzanspruch aus § 9 II UWG ..... 261
  - I. Anwendungsbereich ..... 262
  - II. Unlautere geschäftliche Handlungen ..... 263
  - III. Nicht mehr nur rein mittelbarer Schutz der beeinträchtigten Vertragspartei ... 264
  - IV. Bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für Vertragsaufhebung im Wege des Schadensersatzes? ..... 267
  - V. Fazit ..... 267
- H. Fazit zu den Schutzinstrumenten bei beeinträchtigter Entscheidungsfreiheit ..... 268

## Kapitel 4

**Erweiterung individualisierter Lösungsrechte  
bei beeinträchtigter Entscheidungsfreiheit**

	270
A. Allgemeines Widerrufsrecht bei Überrumpelung .....	270
B. Erweiterung des Anfechtungsrechts aus § 123 BGB .....	272
I. Methodische Erweiterung oder Neuregelung .....	273
1. Analoge Anwendung des § 123 I BGB .....	274
a) Planwidrige Regelungslücke .....	274
aa) Regelungsplan des Gesetzgebers .....	274
bb) Vorschlag von Sack: Lücke zwischen § 119 BGB und § 123 BGB ...	275
cc) Einwände gegen eine planwidrige Unvollständigkeit .....	275
dd) Ergebnis .....	278
b) Vergleichbarkeit .....	279
aa) Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit .....	279
(1) Art und Intensität der Beeinträchtigung .....	279
(2) Keine direkte Heranziehung des UWG .....	281
(3) Verursachung durch den Erklärungsempfänger .....	282
bb) Widerrechtlichkeit der Beeinflussung .....	284
(1) Frage des „zumutbaren Widerstands“ .....	284
(2) Gesetzliche Anhaltspunkte für rechtliche Missbilligung .....	284
(3) Berücksichtigung vorhandener oder fehlender „Unterlegenheit“?	286
cc) Kausalität .....	287
dd) Subjektive Anforderungen .....	289
c) Analoge Anwendung des § 2078 II BGB .....	290
d) Fazit .....	291
2. Regelungsvorschlag de lege ferenda .....	291
a) Der Regelungsvorschlag <i>Eidenmüllers</i> .....	291
b) Eigener Regelungsvorschlag .....	292
II. Inhaltliche Ausgestaltung: Fallgruppen rechtswidriger Beeinflussung .....	294
1. Konkretisierung in Anlehnung an andere gesetzliche Vorschriften .....	294
a) Anlehnung an Vorschriften des UWG .....	294
b) Anlehnung an verbraucherschützende Widerrufsrechte .....	297
c) Anlehnung an § 136a StPO .....	298
2. Anhaltspunkte für eine unzulässige Beeinträchtigung der Entscheidungsfrei- heit .....	300
a) Berücksichtigung des konkreten Erklärungsinhalts .....	300
b) Ausnutzung körperlicher beziehungsweise psychischer Schwäche oder fehlender Sprachkenntnisse .....	301
aa) In Betracht kommende Defizite .....	301

bb) Kritik: grundsätzlich keine Berücksichtigung vorgefundener Defizite?	302
cc) Stellungnahme	303
c) Überrumpelung	305
d) Belästigung	308
e) Psychische Druckausübung	310
aa) „Drohendes“ Verhalten	310
bb) Ausnutzung besonderer Nähe- oder Abhängigkeitsverhältnisse	312
cc) Moralischer Druck	313
f) Räumliche Komponente	315
g) Zeitliche Komponente	316
III. Konkurrenzen	317
1. Zu den Mängelgewährleistungsrechten	317
2. Zum Widerruf nach §§ 312g I, 312b BGB	318
3. Zu § 9 II UWG	319
<b>Zusammenfassung</b>	<b>320</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>328</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b>	<b>348</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Ausgewiesen werden nur solche Abkürzungen, die nicht in *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache (10. Aufl. 2021) enthalten sind oder deren Bedeutung sich nicht aus dem Literaturverzeichnis ergibt.

abl.	ablehnend
bzw.	beziehungsweise
Cal. Rptr.	California Reporter
D	Digesten
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
i. E.	im Ergebnis
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
zust.	zustimmend

## Einleitung

„Die Rechtsordnung kann nicht gestatten, daß die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete widerrechtlich beeinträchtigt wird.“<sup>1</sup>

So beginnen die Ausführungen in den Motiven zu § 103-E BGB, aus dem der heutige § 123 BGB hervorgegangen ist. Während viele Vorschriften des BGB in seiner über hundertjährigen Geschichte immer wieder angepasst, modernisiert und teils bis zur Unkenntlichkeit verändert worden sind, während große Abschnitte neu hinzugekommen, andere weggefallen sind, hat das Anfechtungsrecht in § 123 BGB noch immer denselben Wortlaut wie bei seinem Inkrafttreten im Jahr 1900. Das bedeutet jedoch keineswegs, dass die Norm die Zeiten überdauert hätte, ohne dass je ein Bedürfnis zu seiner Erweiterung oder Anpassung aufgekommen wäre. Im Gegenteil, sowohl aus Rechtsprechung und Literatur, als auch vom Gesetzgeber gab es zahlreiche Impulse, um die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit über das als zu eng empfundene Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung und Drohung hinaus besser zu schützen.

Zuletzt hat ein Urteil des BAG aus dem Jahr 2019<sup>2</sup> Wellen geschlagen. Dem lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Ein Vertreter der Arbeitgeberin suchte die Arbeitnehmerin überraschend abends gegen 17 Uhr zu Hause auf. Die Arbeitnehmerin war zu diesem Zeitpunkt erkrankt im Bett. Ihr Sohn ließ den Vertreter herein und weckte die Arbeitnehmerin. Der Vertreter sagte der Arbeitnehmerin, man werde ihre Faulheit nicht länger dulden, und hielt ihr den Aufhebungsvertrag hin. Sie unterschrieb „im Tran“ und unter dem Einfluss von Schmerzmitteln. Mit den bestehenden Instrumenten konnte sich die Arbeitnehmerin nicht von dem Vertrag lösen. Ein Fall des § 105 II BGB ließ sich nicht beweisen und eine arglistige Täuschung oder eine Drohung (etwa mit einer Kündigung) lag nicht vor. Stattdessen hat das BAG sich auf das sogenannte „Gebot fairen Verhandeln“ berufen. Dieses maßgeblich von Lorenz<sup>3</sup> als Parallele zur anglo-amerikanischen „*undue influence*“ entwickelte Instrument baut auf der vorvertraglichen Rücksichtnahmepflicht auf, die Entscheidungsfreiheit der anderen Partei nicht zu beeinträchtigen. Wie bei der fahrlässigen Täuschung wird dann im Wege der Naturalrestitution über den Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB (*culpa in contrahendo*) die Aufhebung des Vertrages erreicht. Eine Verhandlungssituation sei dann als unfair zu bewerten, wenn eine psychische Drucksituation geschaffen werde, die eine freie und überlegte Entscheidung des

---

<sup>1</sup> Mot. I S. 204 = Mugdan I S. 465.

<sup>2</sup> BAG 07.02.2019 – 6 AZR 75/18, AP BGB, § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 50 = NZA 2019, 688.

<sup>3</sup> Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997).

Vertragspartners erheblich erschwert oder sogar unmöglich macht. Als Beispiel nennt das BAG die Schaffung von Rahmenbedingungen, die erheblich ablenken oder sogar den Fluchtinstinkt wecken, die Ausnutzung fehlender Sprachkenntnisse oder objektiv erkennbarer physischer oder psychischer Schwächesituationen sowie die Überrumpelung.<sup>4</sup> Das „Gebot fairen Verhandeln“ wurde seither einmal durch das BAG bestätigt<sup>5</sup> und wird in den unteren Instanzen angewendet, allerdings bisher noch fast ausschließlich im Bereich der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge und noch gar nicht in der sonstigen Zivilgerichtsbarkeit.

Das „Gebot fairen Verhandeln“ ist aber nur die letzte Etappe einer Entwicklung hin zu einem verstärkten Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit. Zunächst hat der BGH<sup>6</sup> den Kreis der relevanten Beeinflussungen auf fahrlässige Täuschungen ausgeweitet. Hierfür bemühte er ebenfalls das – zu der Zeit noch nicht im Gesetz verankerte – Institut der *culpa in contrahendo* (c.i.c.): Die vorvertragliche Rücksichtnahmepflicht gebietet es, die andere Partei in Vertragsverhandlungen nicht zu täuschen. Die fahrlässige Verletzung dieser Pflicht ziehe einen Schadensersatzanspruch nach sich, im Wege der Naturalrestitution könnte dann die Aufhebung des Vertrages gefordert werden. Diese Rechtsprechung darf inzwischen als gefestigt gelten.<sup>7</sup> Als der Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsreform das vorvertragliche Schuldverhältnis in § 311 II BGB aufnahm, sollte über die Frage der Vertragsaufhebung im Wege des Schadensersatzes ausdrücklich keine Entscheidung getroffen und die Frage vielmehr Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen werden.<sup>8</sup> Die Gesetzesmaterialien nehmen aber an, dass es zu den Rücksichtnahmepflichten des § 241 II BGB gehört, die Entscheidungsfreiheit der anderen Partei nicht zu beeinträchtigen.<sup>9</sup> In einem anderen Bereich hat der Gesetzgeber sich weniger herausgehalten: bei der Schaffung von Widerrufsrechten für Verbraucher. Beginnend mit dem Haustürwiderrufsgesetz (HWiG) wurden, in vielen Fällen beruhend auf EU-Richtlinien, Widerrufsrechte gewährt. Diese knüpfen an bestimmte, typischerweise für die Entscheidungsfreiheit gefährliche Abschlussituationen oder an bestimmte Vertragsinhalte an, ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Beeinflussung. So sollte beispielsweise das HWiG (heute §§ 312g I, 312b BGB) bei Überrumpelungen und übermäßiger Druckausübung durch Unternehmer schützen, das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen (312g I, 312c BGB) knüpft an die Unmöglichkeit an, die Ware

---

<sup>4</sup> BAG 07.02.2019 – 6 AZR 75/18, AP BGB, § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 50 = NZA 2019, 688, 691 Rn. 34.

<sup>5</sup> BAG 24.02.2022 – 6 AZR 333/21, AP BGB, § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 51 = NZA 2022, 779.

<sup>6</sup> BGH 31.01.1962 – VIII ZR 120/60, NJW 1962, 1196.

<sup>7</sup> BGH 13.12.2017 – IV ZR 353/15, NJOZ 2018, 101; BGH 28.06.2017 – IV ZR 440/14, NJW 2017, 3387, 3390; BGH 09.11.2007 – V ZR 281/06, NZM 2008, 379; BGH 22.12.1999 – VIII ZR 111/99, NJW 2000, 1254, 1256; BGH 26.09.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 303 ff. m. w. N.

<sup>8</sup> BT-Drs. 14/6040 S. 162 f.

<sup>9</sup> BT-Drs. 14/6040 S. 126.

vor Vertragsschluss zu begutachten, und der Widerruf bei Verbraucherdarlehen (§ 495 I BGB) trägt der Komplexität des Vertragsgegenstandes bei gleichzeitig hoher wirtschaftlicher Bedeutung des Vertrages Rechnung. Auch das BVerfG hatte Gelegenheit, sich zur rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit zu äußern.<sup>10</sup> Art. 2 I GG gewährte auch die Privatautonomie. Der Vertrag dürfe aber nicht zu einem Mittel der Fremdbestimmung der einen Partei über die andere werden. Würde der Vertrag in einer Situation strukturellen Ungleichgewichts geschlossen, müsse ein Gericht überprüfen, ob der Vertragsinhalt die unterlegene Partei unangemessen belaste. Das Gericht betont die Aufgabe des Gesetzgebers, hinreichende Selbstbestimmung in Vertragsverhandlungen möglichst zu gewährleisten, und die Aufgabe der Gerichte, insbesondere über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB korrigierend einzugreifen. In der Literatur wurden, teilweise als Gegenentwurf zu der Vertragsaufhebung im Wege der *culpa in contrahendo*, vereinzelt Erweiterungen des § 123 BGB befürwortet. Grigoleit<sup>11</sup> hat die Haftung für vorvertragliche Informationspflichten untersucht und spricht sich für eine Berücksichtigung der fahrlässigen Informationspflichtverletzung im Rahmen des § 123 BGB aus. Dies sei aber nur im Wege der Gesetzesderogation möglich. Weiler<sup>12</sup> befürwortet eine analoge Anwendung des § 123 I für fahrlässige Täuschungen, aber zusätzlich auch für andere, „drohungsähnliche“, widerrechtliche Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit, insbesondere Überrumpelungen. Auch Sack fordert eine analoge Anwendung bei sonstigen rechtswidrigen Beeinflussungen.<sup>13</sup>

Alle diese Überlegungen zielen darauf ab, die Selbstbestimmung zu schützen beziehungsweise wiederherzustellen, indem die Bindung an das Rechtsgeschäft beseitigt wird. Sie beruhen auf der Annahme, dass die bisherigen Lösungsrechte des BGB offenbar nicht ausreichen, um Störungen der Selbstbestimmung hinreichend Rechnung zu tragen. § 123 BGB, der nach dem Willen der Verfasser des BGB die Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet schützen soll, scheint zu eng begrenzt zu sein. Aus den Überlegungen von Gesetzgeber, Literatur und Rechtsprechung ist ein Bedürfnis zu erkennen, Lösungsrechte über den engen Rahmen des § 123 BGB hinaus zu gewähren. Nichtsdestotrotz bleibt § 123 BGB die zentrale Schutznorm der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit. An dieser Stelle hat der historische BGB-Gesetzgeber den Schutz verortet, und dieser Grundsatzentscheidung sollte Rechnung getragen werden. Anstatt parallele Schutzinstrumente zu schaffen, sollte zunächst überprüft werden, inwieweit die genannten Fälle beeinträchtigt der Entscheidungsfreiheit schon heute durch § 123 BGB erfasst werden,

---

<sup>10</sup> BVerfG 07.02.1990 – 1 BvR 26/84 (Handelsvertreter), NJW 1990, 1469; BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 (Bürgerschaft), NJW 1994, 36; BVerfG 05.08.1994 – 1 BvR 1402/89 (Bürgerschaft), NJW 1994, 2749; BVerfG 06.02.2001 – 1 BvR 12/92 (Ehevertrag), NJW 2001, 957; BVerfG 29.03.2001 – 1 BvR 1766/92 (Ehevertrag), NJW 2001, 2248.

<sup>11</sup> Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung (1996).

<sup>12</sup> Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung (2002).

<sup>13</sup> Sack, GRUR 2004, 625, 630 ff.