

Examensübungsklausur: Die falsche Gisela

Wiss. Mitarbeiter Nico Halkenhäuser, LL.B., Wiss. Mitarbeiter Maximilian Kluckert, LL.B., Mannheim*

Die Klausur wurde im November 2023 im Rahmen des Examensklausurenkurses und der Klausurenklinik an der Universität Mannheim gestellt. Die erste Aufgabe ist angelehnt an ein Urteil des Arbeitsgerichts Berlin.¹ Trotz ihres ungewöhnlichen (und ungewöhnlich langen) Sachverhalts handelt es sich um eine eher leichte Examensklausur, deren Probleme im Allgemeinen Teil des BGB und in der Vertragsauslegung angesiedelt sind. Die Klausur lässt sich ohne umfangreiches Spezialwissen und unter Anwendung methodischer Grundsätze gut lösen. Wie so oft kommt es daher vor allem auf eine gute Struktur, gutachterliche und methodische Präzision² und durchdachte Argumentationen an.

Sachverhalt

Die Rundfunkanstalt Mannheim (R) ist eine Fernsehanstalt, die einen eigenen Sender betreibt. Sie ist in der Form einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert und in der Trägerschaft des Landes Baden-Württemberg. R ist Teil der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (ÖRR) im Sinne des Rundfunkstaatsvertrags und wird daher aus Mitteln des Rundfunkbeitrags finanziert.

R ist im Zuge mehrerer Enthüllungen über die Einkommensstruktur ihrer Geschäftsleitungsmitglieder in eine schwere Krise geraten. Die Öffentlichkeit ist erzürnt, dass die aus öffentlichen Geldern finanzierte Rundfunkanstalt ihrem Führungspersonal horrende Vergütungen zahlt. Weil die Rundfunkanstalt auch in der Politik zunehmend kritisch hinterfragt wird, will sie den PR-Turnaround schaffen. Sie sucht deshalb eine neue Intendantin (Vorsitzende der Geschäftsleitung), die insbesondere Führungskompetenzen und Erfahrung in der Leitung einer Rundfunkanstalt aufweisen soll. Die „Headhunter“ bei R werden schnell fündig: Gisela Gouda (Go), ehemalige Intendantin einer anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt und gemeinhin als „Saniererin“ für angeschlagene Unternehmen bekannt, soll es werden. In der Personalabteilung der R kommt es aber bei der internen Übermittlung zu einem Missgeschick: Dem zuständigen Gremium wird fälschlich nicht Gisela Gouda, sondern Gisela Gauber (G) vorgeschlagen. Die vierzigjährige G war zwar ebenfalls in der Vergangenheit bei einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt angestellt, dort aber „nur“ als Assistentin in der Programmdirektion tätig. Das bei R zuständige Gremium schickt G postalisch eine Einladung zu einem „Kennenlerngespräch“, in der man sie sehr für ihre Verdienste um den öffentlich-rechtlichen Rundfunk lobt und fragt, ob sie sich vorstellen könne, Intendantin bei R zu werden. G ist höchst erfreut, als der Brief sie erreicht. Sie weiß zwar um ihre Namensähnlichkeit zur berühmten Persönlichkeit Gisela Gouda und witzelt noch mit ihrem Mann, dass es sich sicher um eine Verwechslung handle. Sie ergreift aber die Gelegenheit und erscheint kurz darauf vor dem Gremium der R, wo sie herzlich empfangen wird.

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Prof. Dr. Friedemann Kainer) an der Universität Mannheim und Doktoranden ebenda. Diese danken den Hilfskräften des Lehrstuhls für deren tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

¹ ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23.

² Hierzu empfehlenswert Halkenhäuser/Blum, JuS 2021, 297.

Um ein eigentliches Vorstellungsgespräch handelt es sich nicht – die Mitglieder des Gremiums tauschen sich mit G vielmehr über die Senderlandschaft, die Zukunft des linearen Fernsehens und allgemeine Medienentwicklungen aus. Nach ihren bisherigen Tätigkeiten wird G nicht gefragt. Obwohl sie in dem Einladungsschreiben und im Kennenlerngespräch stets mit ihrem richtigen Namen angesprochen wurde, beschleicht sie immer mehr das Gefühl, dass man sich bei R vertan haben muss und eigentlich Gisela Gouda einstellen wollte. Irgendwann holt der Vorsitzende des Gremiums dann ein Dokument hervor und legt es G vor. Dabei handelt es sich um einen Dienstvertrag, der auf drei Jahre befristet ist und G ein Jahreseinkommen von 400.000 € garantiert. Außerdem wird G von der Rundfunkanstalt ein sog. Ruhegeld eingeräumt. Der entsprechende § 7 des Dienstvertrags lautet:

„Mit dem Ende des Dienstverhältnisses erwirbt die Dienstleisterin einen Anspruch auf monatliche Zahlung i.H.v. jeweils 20.000 € (Ruhegeld). Dieser Anspruch ist zeitlich unbefristet.“

Der Vertrag entstand nach einer zustimmenden Abstimmung in Verwaltungs- und Rundfunkrat und trägt die erforderlichen Unterschriften.

G glaubt kaum, was sie da sieht. Aktuell verdient sie etwa 60.000 € brutto im Jahr und nun bietet man ihr – über drei Jahre hinweg – eine Vergütung in Millionenhöhe. Vor allem über das Ruhegeld ist sie höchst erstaunt. Ihr wird sofort klar, dass sie nur einen einzigen Tag arbeiten muss, um für den Rest ihres Lebens monatlich 20.000 € zu erhalten, ohne irgendetwas dafür zu leisten. Sie könnte sogar noch nebenher arbeiten gehen, ohne dass eine Anrechnung erfolgt. Sie rechnet grob, dass sie – bei unterstellten 40–50 Jahren Restlebenserwartung – gut und gerne 10 Millionen € bekommen wird. Sie denkt in diesem Moment nochmal daran, dass es sich um eine Verwechslung handeln muss. Weil der Vertrag aber ihren richtigen Namen enthält, beseitigt sie ihre Zweifel mit einem gedanklichen „und wenn schon“ und unterschreibt den Vertrag.

G ist voller Tatendrang. Sie verbleibt in den Räumlichkeiten der R und macht sich, in ihrem neuen Büro angekommen, frisch ans Werk. Im Hintergrund braut sich aber einiges zusammen: Als die Kommunikationsabteilung noch am selben Morgen die ersten Social Media-Beiträge und Pressemitteilungen über die Neubesetzung der Intendantinnenstelle veröffentlicht, haben die meisten Kommentatoren nur Hohn übrig. „Gisela Gouda auf Wish bestellt“ lauten noch die nettesten Umschreibungen. Und langsam dämmert es auch den Zuständigen bei R, dass da etwas schief gegangen sein muss. Nach einigen sehr hektisch einberufenen Sitzungen ist klar: Man hat die falsche Gisela eingestellt. Sofort wird die Rechtsabteilung damit beauftragt, Möglichkeiten der „Rückabwicklung“ der Anstellung auszuloten. G wird über den peinlichen Skandal vorerst nicht in Kenntnis gesetzt.

Die Rechtsabteilung hat unterdessen aber noch ein Problem aus der Vergangenheit zu lösen: Kurz vor ihrem Abschied von R hatte die ehemalige Intendantin L noch die Ehrenhof Film GmbH (E) mit einem Projekt beauftragt. Bei der Produktion des Sendematerials, das bei R ausgestrahlt wird, bedient sich die Rundfunkanstalt traditionell externer Produktionsdienstleister, so auch bei E. Die Beauftragung externer Unternehmen kann in gewissen Fällen ohne öffentliche Ausschreibung, also im Direktvergabeverfahren, erfolgen. Dafür wird ein privatrechtlicher Vertrag zwischen der Rundfunkanstalt und der Produktionsgesellschaft geschlossen.

Am Telefon erläuterte L dem bei E zuständigen Mitarbeiter X damals, dass sie sich eine dreißigminütige Dokumentation über die in Mannheim stattgefundene Bundesgartenschau 2023 wünsche. Diese solle „tolle, eindringliche Bilder liefern“. Der letztendliche, wirksam zustande gekommene Vertrag enthält in Bezug auf den anzufertigenden Film nur die Klausel:

„E verpflichtet sich gegenüber R zur Herstellung einer dreißigminütigen Filmdokumentation über die Bundesgartenschau 2023.“

Es wurde eine Vergütung i.H.v. 100.000 € vereinbart.

Kurze Zeit später erhielt L von X dann eine Mail, in der er freudig verkündete, dass die betreffende Dokumentation im Anhang zu finden sei und man bitte auf das unten angegebene Konto die Vergütung zahlen möge. Und in der Tat enthält die Datei eine exakt dreißigminütige Dokumentation über die Bundesgartenschau 2023 – sehr gut recherchiert noch dazu. Das Problem: Die gezeigten Filmsequenzen (unterbrochen durch textliche „Einspieler“ und unterlegt mit einer Kommentierung und Musik) sind ausnahmslos Zusammenschnitte alter Filmbeiträge des Nachrichtenprogramms der R, die E bereits für R produziert hatte. Die Rechte an dem Material – durchweg Filmaufnahmen der Bundesgartenschau 2023 – waren bei E verblieben und R nur ein einfaches Nutzungsrecht daran eingeräumt worden. L erkennt diese „Frechheit“ sofort; als große Naturliebhaberin hat sie ja selbst alle früheren Beiträge über die „BUGA 23“ bei E in Auftrag gegeben. Sie ruft sofort bei X an und beschwert sich darüber, dass kein einziges bewegtes Bild in dieser Doku *neu*, sondern alles schon „gelaufenes Material“ sei. Das sei eine Video-Collage, aber keine Filmproduktion. X verweist hingegen auf seine künstlerische Freiheit als Filmschaffender und darauf, dass die Dokumentation – was zutrifft – in Informationsgehalt und Ästhetik hochwertig ist. Nur weil das nicht das sei, was man sich bei R vorgestellt habe, könne man E keinen Vorwurf machen. Schließlich habe sich E auch nicht zur Anfertigung neuer Filmaufzeichnungen, sondern nur zur Produktion einer Dokumentation verpflichtet. Und weil die verwendeten Nachrichtenfilme so gut seien, habe man auch ansprechende Bilder verarbeiten können. Das Telefonat endet ergebnislos. Unmittelbar im Anschluss schickt X der L – zu diesem Zeitpunkt noch vertretungsberechtigte Intendantin – eine E-Mail, in der er sie auffordert, „unser Werk unverzüglich abzunehmen“. L wurde kurz darauf entlassen, die E-Mail über zwei Wochen nicht beantwortet. Erst G, die nun die aufgelaufene (elektronische) Post der L durchforstet, entdeckt die E-Mail am Vormittag ihres zweiten Arbeitstages. Unsicher darüber, was in diesem Fall zu tun ist, besucht sie die Rechtsabteilung der R.

Was ebendieser Rechtsabteilung und dem gerade anwesenden Vorsitzenden des Einstellungsgremiums, der die Zustimmung der Rundfunk- und Verwaltungsräte eingeholt hat, sehr gelegen kommt: Man nutzt die Gelegenheit, um ihr mitzuteilen, dass sie mit sofortiger Wirkung ihrer Pflichten entbunden sei und R sich an den Dienstvertrag mit ihr nicht mehr gebunden fühle. Zur Begründung trägt man vor, dass die mit G vereinbarten Vergütungen – wie man nun in einer Revision durch die Rechtsabteilung festgestellt haben will – sittenwidrig seien. Ihre Vergütung sei schließlich aus Beitragszahlungen der Allgemeinheit finanziert. Vor allem das Ruhegeld, wonach G nun bis an ihr Lebensende 240.000 € pro Jahr zustünden, sei nicht mit dem Anstandsgefühl unserer Gesellschaft zu vereinbaren. Außerdem verweist man darauf, dass man sich in der Identität der G getäuscht habe. Man gesteht zwar ein, dass der Fehler in der Personalabteilung entstanden ist. Dies ändere aber nichts daran, dass G nicht die erforderlichen Eigenschaften für diese Tätigkeit aufweise. Außerdem fühle man sich von ihr getäuscht, weil ihr die Verwechslung doch hätte klar sein müssen. Spätestens beim Kennenlerngespräch hätte sie sich offenbaren können. G ist sich aber keiner Schuld bewusst, schließlich wurde sie – was zutrifft – stets mit ihrem richtigen Namen, aber nie auf ihre bisherigen Tätigkeiten angesprochen. Im Streit wird G von den Sicherheitskräften aus dem Gebäude entfernt. Danach ist ihr überhaupt nicht mehr danach zumute, für R zu arbeiten – das Ruhegeld will sie aber gerne dennoch beziehen.

Bearbeitungshinweis

Der Sachverhalt ist – ggf. hilfsgutachtlich – unter allen in Betracht kommenden Vorschriften des BGB zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass R bei allen Handlungen ordnungsgemäß vertreten wurde und dass zwischen R und G kein Arbeitsvertrag, sondern ein Dienstvertrag geschlossen wurde.

Aufgabe 1

Hat G einen Anspruch auf das vertraglich zugesagte Ruhegeld i.H.v. 20.000 € pro Monat?

Aufgabe 2

Hat E einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung i.H.v. 100.000 €?

Lösung

Aufgabe 1: Hat G einen Anspruch auf das vertraglich zugesagte Ruhegeld i.H.v. 20.000 € pro Monat?	499
I. Anspruch der G auf das monatliche Ruhegeld iHv 20.000 € aus § 7 Dienstvertrag gegen R	499
1. Anspruch entstanden	499
a) Einigung	499
b) Keine Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 305 ff. BGB.....	500
c) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 2 BGB.....	500
d) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB.....	500
e) Unwirksamkeit nach § 142 Abs. 1 BGB.....	502
aa) Anfechtbarkeit.....	502
bb) Anfechtungsgrund § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB	503
(1) Täuschung	503
(2) Widerrechtlichkeit	504
(3) Doppelte Kausalität.....	504
(4) Arglist	505
(5) Zwischenergebnis.....	505
cc) Anfechtungsgründe § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB und § 119 Abs. 2 BGB	505
dd) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, 2 BGB.....	506
ee) Anfechtungsfrist, §§ 121 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB.....	506
f) Zwischenergebnis.....	506
2. Erlöschen des Anspruchs wegen fristloser Kündigung, § 626 Abs. 1, Abs. 2 BGB.....	507
3. Ergebnis	507

II. Anspruch der G auf Schadensersatz in Form eines monatlichen Ruhegeldes aus § 122 Abs. 1 BGB	507
III. Anspruch der G auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB.....	509
IV. Ergebnis.....	509
Aufgabe 2: Anspruch auf Zahlung des Werklohns i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB ...	509
I. E könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB haben.	509
1. Anspruch entstanden und nicht erloschen	509
2. Anspruch durchsetzbar	509
a) Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 1 BGB	510
b) Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB	510
aa) Fertigstellung des Werkes.....	510
bb) Fristsetzung.....	511
cc) Ausschluss der Fiktion aufgrund erfolgter Mangelrüge.....	512
dd) Treuwidrigkeit § 242 BGB	512
ee) Zwischenergebnis	513
c) Einrede des § 641 Abs. 3 BGB	513
II. Ergebnis.....	513

Aufgabe 1: Hat G einen Anspruch auf das vertraglich zugesagte Ruhegeld i.H.v. 20.000 € pro Monat?

I. Anspruch der G auf das monatliche Ruhegeld i.H.v. 20.000 € aus § 7 Dienstvertrag gegen R

G könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung des monatlichen Ruhegeldes i.H.v. 20.000 € aus § 7 des Dienstvertrages haben.

Hinweis: Bereits hier kann der erste Fehler entstehen, wenn Bearbeitende auf § 611 Abs. 1 BGB abstellen. Es handelt sich bei dem Ruhegeld zwar (siehe sogleich) um einen Teil der Hauptleistungspflicht der R – nur auf § 611 Abs. 1 BGB abzustellen, ist aber zu unpräzise: Es ist exakt diejenige Norm zu zitieren, aus der sich der fragliche Anspruch ergibt.

Dafür ist eine entsprechende Einigung zwischen G und R und das Eintreten der Voraussetzungen der Klausel nötig.

1. Anspruch entstanden

a) Einigung

G und R haben sich zunächst auf den Abschluss des Dienstvertrags geeinigt. Die Voraussetzungen des § 7 Dienstvertrag lägen damit grundsätzlich vor.

Die Regelung könnte jedoch unwirksam sein. Dann käme es auf die Voraussetzungen der Klausel nicht mehr an: § 7 des Dienstvertrags hätte insoweit keine regelnde Kraft mehr.

b) Keine Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 305 ff. BGB

§ 7 des Dienstvertrags ist nicht nach §§ 305 ff. BGB unwirksam. Selbst wenn man die Klausel als AGB i.S.d. § 305 BGB betrachten würde, handelt es sich um eine Bestimmung der Leistung der R und damit um eine Preishauptabrede. Nach § 307 Abs. 3 BGB sind jedoch nur Abweichungen oder Ergänzungen von gesetzlichen Regelungen gem. §§ 307 ff. BGB kontrollfähig. Im Übrigen handelt es sich nicht um eine Klausel zum Nachteil des Vertragspartners. G soll dadurch gerade einen vorteilhaften Anspruch auf Ruhegeld erhalten.

c) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 2 BGB

Der Dienstvertrag könnte gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. Objektiv erfordert der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.³ Für die Bestimmung eines „auffälliges Missverhältnisses“ sind alle Umstände des Einzelfalls maßgeblich, wobei ein Missverhältnis regelmäßig dann anzunehmen ist, wenn die vom Schuldner zu erbringende Leistung um mindestens 100 % über dem Wert der Gegenleistung liegt.⁴ Ferner müsste der Wucherer ein beim Bewucherten vorliegendes „Schwächermerkmal“ i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB bewusst ausnutzen.⁵ Ein Missverhältnis könnte sich hier aus den horrenden Vergütungen für G im Vergleich zu ihrer mangelnden einschlägigen Berufserfahrung und auch in Zusammenschau mit ihrem bisherigen, wesentlich niedrigeren Gehalt ergeben. Allerdings befanden sich R bzw. ihre Gremien zu keiner Zeit in einer Ausnahmesituation, sondern in einem schlichten Irrtum über die Person der G. Dabei handelt es sich jedenfalls nicht um eines der in § 138 Abs. 2 BGB genannten Ausnahmemerkmale. Es liegt kein Wucher i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB vor.

d) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Der Vertrag könnte allerdings wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dafür müsste er gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denken verstoßen.⁶ Hierbei sind die herrschende Sozialmoral, aber auch rechtsethische Grundsätze und die Wertungen des Grundgesetzes zu berücksichtigen;⁷ als Richtwert können die Maßstäbe eines „anständigen Durchschnittsmenschen“ herangezogen werden, wobei stets eine Interessenabwägung im Einzelfall notwendig ist.⁸

³ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 51; Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 267, 272.

⁴ Starre Grenzen für ein wucherisches Geschäft existieren allerdings nicht, vgl. Schack, BGB-Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2023, § 12 Rn. 256; Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 10 Rn. 3; Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 138 Rn. 16.

⁵ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 27 Rn. 1163 ff.; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 138 Rn. 50 ff.

⁶ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 36; Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 138 Rn. 6.

⁷ ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23, Rn. 50.

⁸ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 36; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 27 Rn. 1181, 1183 ff.; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 138 Rn. 16 ff.

Zuvorderst zu berücksichtigen ist das Prinzip der Privatautonomie.⁹ Es steht den Parteien grundsätzlich frei, auch deutlich unverhältnismäßige Vergütungen zu vereinbaren, sofern zwischen ihnen „Waffengleichheit“ herrscht. Dies ist – was Regelungszweck des § 138 Abs. 2 BGB darstellt – insbesondere dann nicht der Fall, wenn eine Seite unter einer Zwangslage leidet, die die andere Seite zu ihrem Vorteil nutzt. So liegt es hier aber nicht. R hat, noch bevor die Zuständigen je ein Wort mit G gewechselt haben, bereits den fabelhaft dotierten Vertrag ausformuliert und G nurmehr zur Unterschrift vorgelegt. Dabei handelte R nicht in einer Zwangslage,¹⁰ sondern lediglich unter einem falschen Eindruck.

Anknüpfungspunkt für die Sittenwidrigkeit kann also nicht die Schutzbedürftigkeit der R sein, wohl aber das öffentliche Interesse an Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit des ÖRR. Der ÖRR wird vorrangig aus öffentlichen Mitteln finanziert, an denen sich grundsätzlich jeder deutsche Haushalt zu beteiligen hat.¹¹ Es handelt sich um eine Pflichtabgabe; die Beitragsverweigerung kann zu Bußen führen.¹² Die dieses – aus guten Gründen existierende¹³ – System tragende Öffentlichkeit hat deshalb einen Anspruch darauf, dass mit den so eingezogenen Geldern sorgsam und wirtschaftlich umgegangen wird. Dazu gehört es insbesondere, dass alle Leistungen, die der ÖRR erbringt, in einem angemessenen oder jedenfalls noch vertretbaren Verhältnis zu den erhaltenen Gegenleistungen stehen; unzulässig ist *Verschwendung*. Und an dieser Verhältnismäßigkeit bestehen hier größte Zweifel: Mag man noch darüber hinwegsehen, dass die Intendantin einer Rundfunkanstalt mehr verdient als der Deutsche Bundeskanzler¹⁴, lässt sich kaum plausibel erklären, warum dieser auch noch ein „Ruhegeld“ zu zahlen ist. Die Idee eines „Ruhegeldes“ besteht darin, einen potenziellen Arbeitsplatzverlust abzusichern: Wer an der Spitze eines Unternehmens steht, erhält in aller Regel nur befristete Verträge und muss dazu häufig „seinen Hut nehmen“, sobald das Unternehmen in Schwierigkeiten gerät. Das Ruhegeld soll ein Ausgleich für diese Arbeitsplatzunsicherheit sein und ist damit nicht prinzipiell verwerflich.

Vorliegend würde die Empfängerin einer solchen Leistung jedoch – selbst bei einem „Rauswurf“ oder bei einer Beschäftigung von nur einem Tag – bis an den Rest ihres Lebens jährlich rund 240.000 € aus öffentlichen Mitteln erhalten, was sich über die Lebenszeit der G zu einer Summe im achtstelligen Bereich addieren kann. Zudem kann G unmittelbar nach dem Ende ihrer (ggf. nur eintägigen) Tätigkeit bei R eine neue Stelle annehmen und erhält dennoch weiterhin 20.000 € im Monat. Das gleicht nicht nur das Risiko aus, den gegenwärtigen Arbeitsplatz zu verlieren, sondern ermöglicht es, nach Vertragsende sogar mehr Einkommen als während der Vertragslaufzeit zu generieren.¹⁵ Dementsprechend kann dem Vertrag kein anderer Zweck entnommen werden, als eine gegenleistungslose Alimentation auf Kosten der Beitragszahler, die nicht mit Verweis auf das Arbeitsplatzrisiko zu rechtfertigen ist.¹⁶ Schließlich könnte der Vorwurf der Verschwendung von Rundfunkgebühren durch Aus-

⁹ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 33; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 27 Rn. 1182.

¹⁰ Um eine solche handelt es sich auch nicht in einer „Senderkrise“ um das öffentliche Ansehen.

¹¹ *Schult*, in: BeckOK InfoMedienR, Stand: 1.8.2023, MStV § 35 Rn. 6; *Lent*, in: BeckOK InfoMedienR, Stand: 1.8.2023, RBeitrStV § 2 Rn. 2 ff.

¹² *Gersdorf*, in: BeckOK InfoMedienR, Stand: 1.5.2021, RBeitrStV § 12 Rn. 9 ff.; *Krenberger/Krumm*, in: Krenberger/Krumm, Kommentar zum OWiG, 7. Aufl. 2022, § 96 Rn. 1.

¹³ Näher hierzu in *Bieber*, in: Voigt, Handbuch Staat, 2018, S. 795 ff.

¹⁴ Dieser verdient rund 30.000 € im Monat, vgl. <https://www.tagesschau.de/inland/kanzler-verdienst-101.html> (16.5.2024).

¹⁵ Vgl. ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23, Rn. 63.

¹⁶ Vgl. ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23, Rn. 50 ff.

gaben, die nicht die Qualität des Programmes verbessern, vor dem Hintergrund aktueller Diskussionen den Ruf und die Existenz des öffentlichen Rundfunks gefährden.¹⁷

Ob es zur Annahme der Sittenwidrigkeit ferner auf eine verwerfliche Gesinnung der Vertragsparteien oder wenigstens Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände ankommt,¹⁸ kann hier dahinstehen, da dies jedenfalls nicht gefordert wird, wenn sich die Sittenwidrigkeit aus dem objektiven Inhalt des Geschäfts ergibt.¹⁹

Nach alledem ist jedenfalls der entsprechende § 7 des Dienstvertrags, der den Ruhegeldanspruch begründet, sittenwidrig und deshalb nichtig. Ob sich die Nichtigkeit dieser Klausel entsprechend der Regel des § 139 BGB auf den gesamten Dienstvertrag erstreckt, kann hier, weil es nur um ebendiesen Anspruch geht, dahinstehen.

e) Unwirksamkeit nach § 142 Abs. 1 BGB

Der Vertrag könnte auch infolge einer von R erklärten Anfechtung nichtig sein, § 142 Abs. 1 BGB.

aa) Anfechtbarkeit

Es stellt sich die Frage, ob ein Rechtsgeschäft, das bereits aus anderen Gründen (hier: § 138 Abs. 1 BGB) nichtig ist, überhaupt noch angefochten werden kann. Dies wurde kurz nach Inkrafttreten des BGB noch mehrheitlich abgelehnt. Es herrschte die Vorstellung, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht existent sei.²⁰ So, wie man einen Toten nicht töten und ein bereits untergegangenes Schiff nicht mehr versenken könne, könne auch ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht erneut vernichtet werden.²¹ Die Entdeckung der „Doppelwirkungen im Recht“²² durch *Theodor Kipp* 1911 war in dieser Hinsicht revolutionär und führte zu einer Abkehr von der zuvor naturalistischen Vorstellung.²³ Zunehmend gezweifelt wird zwar an der Bedeutung der *Kipp*'schen Lehre für diese Feststellung; für die konkrete Falllösung kommt es auf die theoretische Grundlegung dieses Phänomens aber nicht an. Unabhängig davon, ob man die Anfechtbarkeit nichtiger Rechtsgeschäfte über die *Kipp*'sche Lehre von der Doppelwirkung im Recht oder etwa eine teleologische²⁴ oder „offene sinnvolle“²⁵ Gesetzesauslegung zu begründen sucht,²⁶ ist jedenfalls heute unstrittig,²⁷ dass ein nichtiges Rechtsgeschäft angefochten werden kann.

¹⁷ ArbG Berlin, Urt. v. 1.9.2023 – 21 Ca 1751/23, 21 Ca 3464/23, Rn. 74.

¹⁸ Die Rechtsprechung des BGH hierzu ist uneinheitlich, die herrschende Auffassung in der Literatur hält ein subjektives Element allgemein für entbehrlich, vgl. zum Streitstand und der Rechtsprechung des BGH *Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 138 Rn. 145.

¹⁹ So ausdrücklich BGHZ 94, 268 (272).

²⁰ Über den hier zu Tage tretenden Streit zwischen einer „realistischen“ respektive „normativen“ Sicht auf die Wirkung der Nichtigkeit auf eine Willenserklärung, sehr lehrreich *Herbert*, JZ 2011, 503.

²¹ Vgl. *Würdinger*, JuS 2011, 769 (770 a.E.).

²² Instruktion *Kipp*, in: FS v. Martitz, 1911, S. 211 (211 ff.).

²³ Das war nicht immer so. In der Anfangszeit nach *Kipp*'s Veröffentlichung gab es z.T. heftige Kritik an seinem neuen dogmatischen Ansatz, vgl. dazu *Schmelz*, JA 2006, 21 a.E.; *Würdinger*, JuS 2011, 769 (770 f.); *Herbert*, JZ 2011, 503 (505 f.); heute ist die Anfechtbarkeit eines nichtigen Rechtsgeschäfts allgemeine Auffassung, vgl. statt aller BGH NJW-RR 2017, 114 (115 f.); BGHZ, 183, 235 = NJW 2010, 610 (611); *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 12; *Beurskens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 142 Rn. 5 ff.

²⁴ So etwa *Oellers*, AcP 169 (1969), 67 (70).

²⁵ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 729.

²⁶ So etwa *Oellers*, AcP 169 (1969), 67 (70).

²⁷ BGH NJW-RR 2017, 114 (115 f.); BGHZ 183, 235 = NJW 2010, 610 (611).

Hinweis: Von den Bearbeitenden wird an dieser Stelle nicht erwartet, sich mit den verschiedenen dogmatischen Begründungsansätzen auseinanderzusetzen oder sich in der seit Jahrzehnten diskutierten Frage nach der fortwährenden Bedeutung der *Kipp*'schen Lehre zu positionieren.²⁸ Erforderlich, aber auch ausreichend, sind kurze Ausführung zum Problem und die Feststellung, dass dies heute nicht mehr ernstlich angezweifelt wird.

bb) Anfechtungsgrund § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

In Betracht kommt zunächst eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

Hinweis: Es ist zwar nicht logisch zwingend, entspricht aber deutlich dem Parteiinteresse, die Anfechtungsgründe des § 123 Abs. 2 BGB, soweit sie in Betracht kommen, vor den anderen Anfechtungsgründen zu prüfen, weil diese für den Anfechtenden in der Rechtsfolge (längere Frist, keine Schadensersatzpflicht) günstiger sind.

(1) Täuschung

Dafür müsste G die R getäuscht haben. Eine Täuschung ist das bewusste Erregen, Aufrechterhalten oder Verstärken eines Irrtums durch Vorspiegeln falscher Tatsachen.²⁹ Eine *aktive* Täuschung durch G liegt keinesfalls vor; sie hat sich zu keinem Zeitpunkt als andere Person ausgegeben. In Betracht kommt eine Täuschung durch Unterlassen, die allerdings nur zur Anfechtbarkeit führt, wenn eine *Rechtspflicht* zur Aufklärung bestanden hat.³⁰ Dabei ist wiederum der Grundsatz der Privatautonomie zu beachten: Informationsasymmetrien, d.h. Wissensvorsprünge des Anbieters einer Sache oder Leistung gegenüber seinen potenziellen Vertragspartnern, sind unserem Wirtschaftssystem inhärent. Eine Pflicht, diesen (wirtschaftlich wertvollen) Wissensvorsprung durch aktive Aufklärung aufzugeben, kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.³¹ Dafür kommt es auf die Besonderheiten des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte an.³²

²⁸ So empfiehlt etwa auch *Petersen*, Jura 2007, 673 (675 f.), explizit in der Prüfung nur dann Stellung zu den verschiedenen Auffassungen zu beziehen, wenn es darauf im konkreten Einzelfall ankommt. Der Kernfall, aus dem *Kipp* seine Lehre hergeleitet hat und der bis heute in der Literatur am eindringlichsten diskutiert wird, ist die Frage der Wirkung des § 142 Abs. 2 BGB für den Fall, dass ein Minderjähriger eine Sache an einen arglistig Täuschenden übereignet, die Eltern aber die Genehmigung des Rechtsgeschäfts verweigern. Der Vertrag ist dann schon gem. § 108 Abs. 1 BGB nichtig. Der Erwerber könnte aber gleichwohl nach §§ 929 S. 1, 932 BGB Eigentum erwerben, wenn er die Minderjährigkeit nicht kannte. Fraglich ist in dieser Konstellation, ob der Erwerber sich die Kenntnis der Anfechtbarkeit nach § 142 Abs. 2 BGB auch für seinen Eigentumserwerb zurechnen lassen muss, mit der Folge, dass er nicht gutgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB wäre. Das Ergebnis muss lauten: Ja, anderenfalls stünde er besser, als wenn er nicht mit einem Minderjährigen kontrahiert hätte, denn dann wäre das Geschäft nicht schon nach § 108 Abs. 1 BGB nichtig und somit unzweifelhaft anfechtbar. In ebendieser Konstellation lässt sich auch sehr gut vertreten, dass sich die Redlichkeit des § 932 Abs. 2 BGB auf *alle* möglichen Gründe der Nichtberechtigung bezieht und daher auch ohne Doppelwirkung der Gutgläubenserwerb scheitert. Dazu lehrreich *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 728 ff.; um dieses Problem geht es hier aber nicht, sodass längere Ausführungen zum Streitstand überflüssig sind.

²⁹ *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 142; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 7.

³⁰ *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 47. Aufl. 2023, § 19 Rn. 3; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4.

³¹ Vgl. *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 145; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 47. Aufl. 2023, § 19 Rn. 3.

³² Vgl. BGH NJW 1983, 2493 (2494); *Armbrüster*, JuS 2013, 865 (867); zum Ganzen näher *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 11 f.

Die Besonderheit des Einzelfalls liegt hier darin, dass sich die Namensverwechslung bei R für G geradewegs aufgedrängt hat: Es wird eine neue Intendantin gesucht und G trägt einen sehr ähnlichen Namen wie eine ehemalige Intendantin, die für diesen Posten in Frage käme. Ihre aktuelle Tätigkeit und ihr Gehalt stehen in keinem Verhältnis zu der Aufgabe und Besoldung, die R ihr nun anbietet. Sie verfügt über keine nennenswerten Erfahrungen in diesem Bereich. Ihr selbst ist die Möglichkeit einer Verwechslung auch mindestens zwei Mal in den Sinn gekommen. G wäre es jederzeit ein Leichtes gewesen, zumindest einmal *nachzufragen*, ob hier vielleicht eine Verwechslung vorliegt.

Hiergegen ließe sich einwenden, dass G stets und von Beginn an mit ihrem richtigen Namen angesprochen wurde. In dem Gespräch wurde auch zu keiner Zeit über ihre Berufserfahrung oder Vergangenheit gesprochen. Es gab insoweit keinen „natürlichen“ Zeitpunkt, das Missverständnis auszuräumen. Dennoch war die Verwechslung für G so offenkundig, dass man von einem redlichen Vertragspartner in Anbetracht eines so hochdotierten Angebots erwarten muss, auch die bloße Möglichkeit eines Irrtums auszuräumen. Mithin liegt eine Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar. Man könnte argumentieren, dass R als große öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt über ausreichend Geschäftserfahrung und Gewissenhaftigkeit verfügen muss, um solche Irrtümer schon in der Entstehung zu verhindern, oder jedenfalls Sorge zu tragen, dass solche in einem Kennenlerngespräch beseitigt werden.

(2) Widerrechtlichkeit

Über den Wortlaut des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB hinaus muss die Täuschung widerrechtlich sein.³³ Rechtfertigungsgründe, wie etwa ein Recht zur Lüge, sind nicht ersichtlich.

(3) Doppelte Kausalität

Die Täuschung müsste ferner den Irrtum bedingt haben, welcher wiederum ursächlich für die Abgabe der Willenserklärung gewesen sein muss.³⁴ Unstreitig ist, dass R die G ohne die Verwechslung nicht eingestellt hätte. Zweifeln könnte man aber, weil der Irrtum – also die Verwechslung zwischen G und Go – eingetreten ist, bevor man G kontaktierte. Ihre Täuschung war nicht ursächlich für das *Entstehen* des Irrtums. Darauf kommt es aber auch nicht an, wenn die Täuschung den Irrtum aufrechterhalten hat und diese Täuschung zeitlich vor Abgabe der Willenserklärung erfolgt ist.³⁵ Die letztendliche Willenserklärung der R – das Angebot zum Abschluss eines Dienstvertrags in Form des vorgelegten Vertrages – erfolgte erst am Ende des Kennenlerngesprächs. G hätte jede Möglichkeit gehabt, vor diesem Zeitpunkt, also im Laufe des Gesprächs, den Irrtum zu beseitigen. Es besteht folglich eine Mitursächlichkeit in Form des Aufrechterhaltens des Irrtums und damit doppelte Kausalität.

³³ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 20 Rn. 5; a.A. Arnold, JuS 2013, 865 (868), der die arglistige Täuschung stets als widerrechtlich betrachtet sowie Singer/v. Finckenstein, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 123 Rn. 32, denen zufolge der Gesetzgeber es als überflüssig angesehen hat, auch der arglistigen Täuschung das Attribut „widerrechtlich“ voranzustellen, weil er davon ausging, dass jede arglistige Täuschung auch widerrechtlich sei.

³⁴ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 871; Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 123 Rn. 19 ff.

³⁵ Zur notwendigen zeitlichen Reihenfolge zwischen Täuschung und Willenserklärung vgl. BGH NZM 2010, 917 (918 Rn. 12); Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 21.

(4) Arglist

Diese Täuschung müsste arglistig, d.h. wenigstens eventualvorsätzlich, erfolgt sein.³⁶ Im Falle eines Unterlassens ist dafür erforderlich, dass der Täuschende den Irrtum für möglich hält und damit rechnet und es billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Vertrag ohne den Irrtum nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.³⁷ Das ist für G anzunehmen: Sie hat es zwei Mal für möglich bzw. „fast sicher“ gehalten, dass bei R eine Verwechslung vorliegt; ihr muss auch klar gewesen sein, dass R sie nur aufgrund dieser Verwechslung einstellen wollte. Im Bewusstsein dieser Umstände hat sie sich, ausgedrückt durch das gedankliche „Und wenn schon“, mit der Möglichkeit einer Verwechslung und ihres (Unterlassens-)Beitrags bei der Aufrechterhaltung des Irrtums abgefunden. Sie handelte mindestens eventualvorsätzlich.

(5) Zwischenergebnis

Mithin liegen alle Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor. Ein Anfechtungsgrund besteht.

cc) Anfechtungsgründe § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB und § 119 Abs. 2 BGB

Als weitere Anfechtungsgründe kommen ein Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB) sowie ein Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB) in Betracht.

Ein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB liegt vor, wenn der Erklärende über die Bedeutung seiner Erklärung irrt.³⁸ Die vom Erklärenden gemeinte Bedeutung seiner Willensäußerung deckt sich dabei nicht mit ihrem objektiven, durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt.³⁹ Um einen Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB handelt es sich hingegen, wenn sich der Erklärende über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person oder Sache geirrt hat und dieser daher fälschlicherweise nicht vorhandene Eigenschaften zuschreibt.⁴⁰ Eine Eigenschaft stellen alle gegenwärtigen, (wert-)prägenden Merkmale tatsächlicher oder rechtlicher Art dar, die einer Person oder Sache unmittelbar und für eine gewisse Dauer anhaften.⁴¹ Verkehrswesentlich ist dabei, worauf der Rechtsverkehr bei Geschäften dieser Art typischerweise Wert legt.⁴²

Da die Geschäftsleitung der R den Dienstvertrag mit G in der Annahme schloss, dass es sich bei ihr um die ehemalige Intendantin einer anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt und als „Saniererin“ für angeschlagene Unternehmen bekannte Go handelte, kommt grundsätzlich ein Inhaltsirrtum in Form eines Personenidentitätsirrtums (*error in persona*) in Betracht. Dazu müsste sich R bei Abschluss des Dienstvertrages auf eine konkrete Person bezogen haben, die aufgrund der konkreten Umstände nicht der eigentlich gemeinten Person entsprach.⁴³ Da G jedoch stets mit ihrem richtigen Namen angesprochen und auch als andere Vertragspartei in dem Dienstvertrag bezeichnet wurde, beruht der Irrtum seitens der R nicht auf einer fehlerhaften körperlichen Auswahl ihres Ver-

³⁶ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 17.

³⁷ Vgl. für die Fälle des Verschweigens eines Mangels beim Gebrauchtwagenkauf BGH NJW 2015, 1969 (1970) m.w.N. aus der Rechtsprechung; näher zur Arglist in Unterlassensfällen *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 123 Rn. 17.

³⁸ *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 77.

³⁹ *Musielak*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § 5 Rn. 332.

⁴⁰ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 136 ff.; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 11 ff.

⁴¹ BGH NJW 2001, 226 (227).

⁴² *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 105.

⁴³ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 81.

tragspartners, wie es für die Annahme eines Identitätsirrtums erforderlich wäre.⁴⁴ Vielmehr nahm die R fälschlich an, dass G über bestimmte Eigenschaften – nämlich ihre Geschäftserfahrung in der Leitung (angeschlagener) Rundfunkanstalten und Unternehmen – verfüge. Die berufliche Qualifikation sowie Erfahrung in der Unternehmenssanierung stellten dabei für den Abschluss des Dienstvertrages seitens R maßgebliche und somit verkehrswesentliche Eigenschaften dar. Für G war zudem erkennbar, dass die Vorstellung von bestimmten Eigenschaften – zumindest die der beruflichen Qualifikation – R in ihrer Willensbildung beeinflusst hatte⁴⁵, da sie angesichts ihrer alleinigen Erfahrungen als Assistentin und Versechsfachung des Gehaltes mehrmals eine Verwechslung erahnte. Es ist daher überzeugender, von einem Eigenschaftsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB auszugehen.

Hinweis: Auch hier ist das Ergebnis weniger entscheidend als die richtige Herleitung des Problems. Es handelt sich – und das galt es, zu erkennen – um einen atypischen error in persona, weil das Einstellungsgremium bei R die richtige Person im Bewerbungsgespräch körperlich identifiziert hat und die Verwechslung insoweit schon lange vor der Willensbildung eingetreten ist.

dd) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, 2 BGB

R müsste die Anfechtung gem. § 143 Abs. 1, 2 BGB gegenüber G erklärt haben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Begriff „anfechten“ verwendet wird.⁴⁶ Es genügt, wenn sich unzweideutig nach objektivem Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) aus der Willensäußerung des Anfechtungsberechtigten ergibt, dass dieser sich von einem Rechtsgeschäft wegen eines Fehlers lösen will.⁴⁷ R hat deutlich zum Ausdruck gebracht, dass G mit sofortiger Wirkung ihrer Pflichten entbunden sei, und hierbei auch die Verwechslung und Täuschung angeführt. Es handelt sich um eine Anfechtungserklärung.

ee) Anfechtungsfrist, §§ 121 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB

Die Erklärung dürfte nicht verfristet sein. Hinsichtlich der arglistigen Täuschung bestehen wegen der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB keine Bedenken; aber auch die Anfechtung aufgrund des Eigenschaftsirrtums ist nicht verfristet. Die Verantwortlichen haben, trotz der erwartbaren Schwerfälligkeit einer gremienbesetzten Organisation, binnen eines Tages die Anfechtung erklärt. Darin kann kein schuldhaftes Zögern gesehen werden. Also ist vorliegend auch die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt, sodass es nicht darauf ankommt, inwieweit diese auf §§ 121 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB entsprechend übertragen⁴⁸ werden muss. Mithin wurde die Anfechtung fristgerecht erklärt.

f) Zwischenergebnis

Damit ist der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB und wegen Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig. Insbesondere ist dabei die Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB nicht entsprechend den Grundsätzen der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis einzuschränken. Unabhängig von der Arbeitnehmerähnlichkeit des vorliegenden Dienstverhältnisses, ist nämlich eine Täuschung durch G gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB und die Sittenwidrigkeit der Ruhegeldklausel nach § 138 Abs. 1

⁴⁴ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 80.

⁴⁵ Zu dieser Voraussetzung BGH NJW 2001, 226 (227).

⁴⁶ BGHZ 91, 324 (331) = NJW 1984, 2279; BGHZ 88, 240 (245) = NJW 1984, 230; BGH NJW 2017, 1660 (1663 Rn. 29).

⁴⁷ BGH NJW 2017, 1660 (1663 Rn. 29).

⁴⁸ Vgl. Temming, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 626 Rn. 9 m.w.N.

BGB gegeben, sodass gewichtige Interessen einer Anwendung der Grundsätze entgegenstehen. Der Anspruch auf Ruhegeld ist bereits nicht entstanden.

2. Erlöschen des Anspruchs wegen fristloser Kündigung, § 626 Abs. 1, 2 BGB

Das Kündigungsrecht aus § 626 Abs. 1 BGB wird nicht durch ein Anfechtungsrecht gem. der §§ 119 ff. BGB ausgeschlossen.⁴⁹ Vielmehr steht dem Berechtigten ein Wahlrecht zu.⁵⁰ Also ist die Erklärung der R nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen. Die Kündigung würde den Anspruch auf das Ruhegeld nicht beseitigen, sondern erst entstehen lassen: Das Aufleben des Ruhegeldanspruchs ist ja geknüpft an die „Beendigung“ des Dienstvertrags. Es ist daher offensichtlich die Erklärung der R nicht im Sinne einer Kündigung, sondern nur als Anfechtung zu verstehen.

3. Ergebnis

G hat nach alledem keinen Anspruch auf das Ruhegeld gegen R gem. § 7 des nichtigen Dienstvertrags.

II. Anspruch der G auf Schadensersatz in Form eines monatlichen Ruhegeldes aus § 122 Abs. 1 BGB

Denkbar wäre noch ein Anspruch der G aus § 122 Abs. 1 BGB. Dieser scheidet jedoch aus mehreren Gründen.

R hat den Vertrag mit G wirksam angefochten (siehe oben). Dabei kann sie sich als Anfechtungsgrund sowohl auf § 119 Abs. 2 BGB als auch auf § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB stützen. Eine Anfechtung kann auf mehrere Anfechtungsgründe gestützt werden, dies muss sich aber aus der ausgelegten Erklärung ergeben.⁵¹ Legt man jedoch die Erklärung der R nach dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung des Interesses der R aus, so stütze sich deren Erklärung lediglich auf § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB, da so in jedem Fall ein Schadensersatzanspruch der G als Rechtsfolge des § 122 Abs. 1 BGB vermieden werden kann.⁵²

Sieht man dies anders, oder lehnt eine Anfechtung aufgrund § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB ab, so stellt sich die Frage, wie sich das Bestehen weiterer Nichtigkeitsgründe neben § 119 Abs. 2 BGB (hier Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB) auf den Anspruch gem. § 122 Abs. 1 BGB auswirkt.

Teilweise wird vertreten, dass im Falle einer Nichtigkeit aus anderen Gründen bereits der Tatbestand des § 122 Abs. 1 BGB nicht erfüllt sei.⁵³ Andere halten § 122 Abs. 1 BGB in diesen Fällen für unanwendbar.⁵⁴ Aus dem Wortlaut des § 122 BGB geht dies jedoch nicht notwendigerweise hervor. Spricht dieser von einer Nichtigkeit nach § 118 BGB oder einer Anfechtung aufgrund §§ 119, 120 BGB, so ist damit nicht zwingend die Abwesenheit weiterer Nichtigkeitsgründe vorausgesetzt.

Rechtsgeschäfte können aus mehreren Gründen nichtig sein. Aus der Regelung der Schadensersatzpflicht geht der gesetzgeberische Wille hervor, nur bei Vorliegen eines der beiden benannten Fälle eine Schadensersatzpflicht zu statuieren, nicht aber allgemein in anderen Fällen. Damit ist

⁴⁹ Günther, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 626 Rn. 14 ff.

⁵⁰ Temming, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 626 Rn. 9.

⁵¹ RGZ 57, 358 (362); Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 121 Rn. 19.

⁵² Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 21 Rn. 13; zu den Rechtsfolgen des § 122 Abs. 1 BGB Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 122 Rn. 6 ff.; Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 135.

⁵³ Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 122 Rn. 6.1.

⁵⁴ Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 122 Rn. 3.

allerdings noch nicht gesagt, dass das Vorliegen *zusätzlicher* Nichtigkeitsgründe den Anspruch ausschließt. Vielmehr können andere neben die benannten Nichtigkeitsgründe treten, ohne dass dies etwas daran ändert, dass das Rechtsgeschäft (auch) aus den in § 122 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Gründen nichtig ist. Dogmatisch ist daher eine teleologische Reduktion vorzunehmen. Eine teleologische Reduktion wird vorgenommen, wenn der Wortlaut einer Norm zu weit geraten ist, sie somit Fälle erfasst, die sie nach dem Willen des Gesetzgebers nicht erfassen sollte.⁵⁵

Hier wollte der Gesetzgeber eine Schadensersatzpflicht in den benannten zwei Fällen regeln. Diesen ist gemein, dass der Erklärungsgegner bei einer typisierten Betrachtung auf die Gültigkeit der Erklärung des Schadensersatzpflichtigen vertraut hat. Hat er dies nicht oder war sein Vertrauen nicht schutzwürdig, da er nicht auf die Gültigkeit hätte vertrauen dürfen (Fahrlässigkeit), so scheidet der Anspruch gem. § 122 Abs. 2 BGB aus. Dieser Gedanke greift auch, wenn das Rechtsgeschäft aufgrund § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB angefochten wurde; der Erklärungsgegner durfte dann nicht auf die Gültigkeit der Erklärung vertrauen.⁵⁶ Ebenso verhält es sich im Fall der Sittenwidrigkeit, wo die Rechtsordnung einen vertraglich gegebenen Zustand nicht akzeptiert und sich in die Gültigkeit dieses Vertrages daher kein schutzwürdiges Vertrauen bilden kann. In diesen Fällen besteht also bei einer typisierten Betrachtung im Gegensatz zu den geregelten Fällen kein schutzwürdiges Vertrauen des Erklärungsgegners. Erfasst der Wortlaut des § 122 Abs. 1 BGB auch diese Fälle, ist er also zu weit geraten und daher teleologisch zu reduzieren. Dieses Ergebnis überzeugt auch vor einem weiteren Hintergrund: Bei dem Schadensersatzanspruch des § 122 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung⁵⁷, die durch die sog. Sphärentheorie begründet wird.⁵⁸ Der Haftungsgrund des Anfechtenden wird darin gesehen, dass der Mangel aus der Risikosphäre des Erklärenden stammt. Im vorliegenden Fall wäre das Rechtsgeschäft aber auch ohne eine Anfechtung nach den §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 2 BGB wegen der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam, sodass der die Wirksamkeit verhindernde Mangel nicht nur aus der Risikosphäre des Erklärenden (hier: G) stammt. Es liegt vielmehr ein beidseitiger Sittenverstoß (siehe oben) vor, der nicht lediglich einer Risikosphäre zuzuordnen ist. Vor diesem Hintergrund eine Schadensersatzpflicht aufzulegen, geht damit über den Sinn und Zweck der haftungsbegründenden Norm hinaus.

Der Anspruch gem. § 122 BGB ist außerdem auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet.⁵⁹ G könnte allenfalls Kosten ersetzt verlangen, die ihr im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages entstanden sind, nicht aber positive Gewährleistungen aus dem nichtigen Vertrag geltend machen.

Darüber hinaus ist der Anspruch des § 122 BGB auf das positive Interesse begrenzt, was bei einem aus anderen als den in § 122 BGB genannten Gründen nichtigen Vertrag null beträgt.⁶⁰

Zuletzt wäre der Anspruch auch gem. § 122 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

Ein Anspruch der G aus § 122 Abs. 1 BGB scheidet daher aus.

Hinweis: Eine so breite Erörterung ist nicht zu erwarten, die umfassende Darstellung hier dient nur didaktischen Zwecken.

⁵⁵ Vgl. *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (289 f.); *Früh*, JuS 2021, 908.

⁵⁶ *Rehberg*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 123 Rn. 117 f.

⁵⁷ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 932; *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 135.

⁵⁸ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 22 Rn. 932.

⁵⁹ *Mansel*, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 122 Rn. 3.

⁶⁰ *Rehberg*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 122 Rn. 6.1.

III. Anspruch der G auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB

Gleiches gilt für einen Anspruch aus culpa in contrahendo (c.i.c.). Dieser ist zwar nicht der Höhe nach beschränkt, jedoch ebenfalls auf den Ersatz desjenigen Schadens gerichtet, der im Vertrauen auf den Abschluss des (wirksamen) Vertrages entstanden ist.⁶¹ Auch hier scheidet ein Anspruch zusätzlich an der Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB: Zwar ist die c.i.c. nicht generell bei Vorliegen der Sittenwidrigkeit ausgeschlossen,⁶² allerdings scheidet ein Anspruch dann aus, wenn die c.i.c. den Zweck der Nichtigkeitsbegründenden Norm unterlaufen würde.⁶³ Der die Sittenwidrigkeit begründende Umstand liegt gerade im Ruhegeld; es wäre hier völlig widersinnig, ihr einen ebensolchen Anspruch zu gewähren.

IV. Ergebnis

Nach alledem hat G keinen Anspruch gegen R auf Zahlung eines monatlichen Ruhegeldes i.H.v. 20.000 €.

Aufgabe 2: Anspruch auf Zahlung des Werklohns i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB

I. E könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB haben.

1. Anspruch entstanden und nicht erloschen

Hierzu müsste zwischen E und R ein wirksamer Werkvertrag bestehen. An einer wirksamen Einigung bestehen keine Zweifel. Ein Werkvertrag setzt nach § 631 Abs. 2 BGB weiter voraus, dass die Herbeiführung eines konkreten Erfolges vereinbart wurde.⁶⁴ E verpflichtet sich gegenüber R zur Herstellung einer dreißigminütigen Filmdokumentation über die Bundesgartenschau 2023. Hier geht es den Parteien nicht um ein bloßes Bemühen um die Erstellung eines Films, sondern um einen konkreten herbeizuführenden Erfolg. Verpflichtet sich ein Filmhersteller gegen eine Vergütung einen vorführungsbereiten Film als Ganzes zu erstellen, handelt es sich um einen Werkvertrag.⁶⁵ Die vorliegende Verpflichtung der Filmproduktionsgesellschaft E, gegen Entgelt einen vorführungsreifen Film als Ganzes herzustellen, ist mithin als Werkvertrag zu qualifizieren.

Damit ist zwischen E und R ein wirksamer Werkvertrag zustande gekommen. Der Anspruch der E auf Zahlung der 100.000 € ist entstanden und ferner nicht untergegangen.

2. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste auch durchsetzbar sein. Fraglich erscheint hier insbesondere, ob der Vergütungsanspruch der E fällig ist. Nach § 641 Abs. 1 BGB tritt die Fälligkeit mit Abnahme des Werkes ein.

⁶¹ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2024, § 311 Rn. 338.

⁶² Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2024, § 311 Rn. 232.

⁶³ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2024, § 311 Rn. 231.

⁶⁴ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 631 Rn. 17.

⁶⁵ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 631 Rn. 147.

a) Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 1 BGB

Der erstellte Film wurde nicht als im Wesentlichen vertragsgemäß gebilligt. Eine Abnahme gem. § 640 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgte mithin nicht.

b) Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB

Das Werk gilt nach § 640 Abs. 2 S. 1 BGB jedoch als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller nach der Fertigstellung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.⁶⁶

aa) Fertigstellung des Werkes

Dem Wortlaut nach ermöglicht § 640 Abs. 2 S. 1 BGB eine Abnahmefiktion erst „nach der Fertigstellung“ des Werkes, wodurch ein zu frühes Andienen des Werkes verhindert werden soll.⁶⁷ Die Regelung des § 640 Abs. 2 BGB ist nicht leicht zu greifen. Wie der Wortlaut des § 640 Abs. 2 BGB zeigt, ist es im Gegensatz zu einer Abnahme nach § 640 Abs. 1 BGB nicht relevant, ob das Werk frei von Mängeln ist.⁶⁸ Das bedeutet, dass es auf das tatsächliche Vorliegen eines Mangels nicht ankommt; der Besteller kann sich der Fiktion der Abnahme bereits dadurch entziehen, dass er einen – in Wahrheit gar nicht bestehenden – Mangel rügt.⁶⁹ Der Unternehmer ist grundsätzlich darauf verwiesen, bei bestrittener Mangelhaftigkeit des Werkes die Abnahme gerichtlich zu erzwingen.

Die Abnahmefiktion gänzlich von der materiellen Ordnungsgemäßheit des hergestellten Werkes zu abstrahieren, überzeugt aber ebenso wenig. Die Abnahmefiktion wäre gegenstandslos, wenn sie stets und ohne jede Prüfung durch die unbegründete Rüge eines Mangels beseitigt werden könnte. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich daher beim Merkmal der „Fertigstellung“ um das notwendige Korrektiv, um Fälle des rechtsmissbräuchlichen Abnahmeverlangens aufzufangen. Auch für die Fertigstellung kommt es hiernach aber nicht auf die Mangelfreiheit des Werkes an. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob die im Vertrag genannten Leistungen als abgearbeitet anzusehen sind.⁷⁰ Hierbei ist auf die Sichtweise eines objektiven Dritten abzustellen.⁷¹ Als „fertig“ kann demnach auch ein „schlampiges Werk“ erachtet werden, soweit das herzustellende Werk nur grundsätzlich erkennbar ist.⁷²

Hinweis: Die Norm des § 640 Abs. 2 BGB birgt erhebliche Unsicherheiten. Die hier vertretene Auffassung ist auch nicht zwingend zu teilen. Wichtig ist, dass die Bearbeitenden das Problem als solches erkennen und versuchen, einen methodisch vertretbaren Weg zur Behandlung der im Sachverhalt angelegten Anknüpfungspunkte zu finden. Unvertretbar wäre es hier aber, auf Nacherfüllungsansprüche aus §§ 634 ff. BGB einzugehen, weil diese unzweifelhaft erst mit der Abnahme aufleben. Entscheidend war daher die Erkenntnis, dass es auf die materielle Mangelhaftigkeit nicht ankommen kann.

⁶⁶ Voit, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 640 Rn. 31.

⁶⁷ GesE der BReg, BT-Drs. 18/8486, S. 49.

⁶⁸ Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 640 Rn. 9.

⁶⁹ Eine Ausnahme soll nur dort gemacht werden, wo der Mangel „offensichtlich nicht besteht“ oder „eindeutig unwesentlich“ ist, GesE der BReg, BT-Drs. 18/8486, S. 48; vgl. Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (121 a.E.).

⁷⁰ GesE der BReg, BT-Drs. 18/8486, S. 49; Voit, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 640 Rn. 33.

⁷¹ OLG Brandenburg NZBau 2019, 366 (368 Rn. 45).

⁷² Kögl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 640 Rn. 126.

Entscheidend ist also, ob die aus alten Ausschnitten zusammengesetzte Dokumentation als grundsätzliche Erbringung des vertraglich geschuldeten Erfolgs angesehen werden kann. E verpflichtet sich gegenüber R zur Herstellung einer dreißigminütigen Filmdokumentation über die Bundesgartenschau 2023. Dies ist nach §§ 133, 157 BGB gem. dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen. Es gilt der Inhalt, den ein verständiger objektiver Dritter unter Berücksichtigung von Treu und Glauben angenommen hätte, wenn er sämtliche erkennbaren Umstände des Einzelfalls gekannt hätte.⁷³ Auch Begleitumstände der Erklärung werden dabei berücksichtigt, wenn der Empfänger von diesen wusste.⁷⁴

Der Vertrag spricht wörtlich nur von einer „dreißigminütigen Filmdokumentation über die Bundesgartenschau 2023“. Dem Anruf der ehemaligen Intendantin, in dem sie von „tollen, eindringlichen Bildern“ sprach, kann eine Anweisung für die Art der Bilder entnommen werden. Freilich spricht sie dabei nicht von *neuen* Bildern, sondern stellt nur Anforderungen an deren Qualität. Die verwendeten Bilder sind hochwertig – wofür auch spricht, dass R diese in der Vergangenheit schon ausgestrahlt hat. Weiterhin muss die Vergütung i.H.v. 100.000 € berücksichtigt werden. Bei Zahlungen in dieser Höhe geht die Erwartung des Bestellers wohl deutlich in Richtung der Produktion neuer Aufzeichnungen; der Zusammenschritt alten Filmmaterials geht erwartungsgemäß (und so auch hier) deutlich schneller und ist dementsprechend im Allgemeinen günstiger.

Fraglich ist, welches Interesse R an der Wiederverwertung alter Bilder hat. Auf den ersten Blick erscheint dieses gering. Das unterstellt aber, dass bereits im Fernsehen ausgestrahlte Bilder für die Zuschauer „verbraucht“ sind. Das gilt zweifellos für größere Gesamtwerke wie Filme, ist bei einer Dokumentation aber zweifelhaft. Dort geht es in der Regel nicht um Spannungsbögen und aufregende Szenen, sondern vordergründig um den gesprochenen Inhalt der Dokumentation. Die Bilder dienen in einer Dokumentation im Wesentlichen dazu, einen bestimmten Fakt plastisch zu machen, etwa indem man Personen Gesichter zuordnet und bestimmte Gegebenheiten in der gefilmten Umwelt verdeutlicht. Es ist daher höchstwahrscheinlich, dass die Zuschauer überhaupt nicht bemerken werden, dass Bilder wiederverwendet wurden. Die Dokumentation ist, wenn man die Herkunft der Bilder daher richtigerweise ausblendet, qualitativ hochwertig und anspruchsvoll. Dies ist vorliegend entscheidend: Die genaue Herkunft der Bilder und die damit einhergehende Machart der Dokumentation könnten für das eventuelle Vorliegen eines Mangels relevant sein. Für die Fertigstellung des Werkes reicht es aber aus, dass tatsächlich eine 30-minütige Dokumentation über die Bundesgartenschau erstellt wurde. Dass diese nicht den Erwartungen der L entsprach, ist im Rahmen der Fertigstellung unbeachtlich. Die im Vertrag genannte Leistung ist abgearbeitet. Es liegt eine 30-minütige Dokumentation über die BUGA vor. Das Werk ist fertiggestellt i.S.d. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar, wenn man den Fokus stärker auf die (vermutlich berechtigten) Erwartungen des Rechtsverkehrs legt. Man könnte auch stärker betonen, dass eine Vergütung von 100.000 € unverhältnismäßig wäre, wenn nur bereits existierendes Filmmaterial neu „gemixt“ und vertont werden muss.

bb) Fristsetzung

Es muss ferner eine angemessene Frist i.S.d. § 640 Abs. 2 BGB gesetzt worden sein. Die gesetzte Frist muss die Prüfung des Werks auf dessen Mangelfreiheit zulassen.⁷⁵ Die Abnahme wurde unverzüglich

⁷³ Bitter/Röder, BGB, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 22.

⁷⁴ Dörner, in: Schulze/Dörner/Ebert u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 133 Rn. 8.

⁷⁵ Voit, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 640 Rn. 34.

verlangt. Daraus wird deutlich, dass nur ein begrenzter Zeitraum zur Prüfung auf Mängel eingeräumt wird. Dass kein ausdrücklicher Endtermin genannt wird, schadet dabei nicht.⁷⁶ Denn auch wenn eine zu kurze Frist gesetzt und damit eine angemessene Frist ausgelöst wird, besteht eine (vergleichbare) Ungewissheit über den genauen Endtermin.⁷⁷ Es wurde mithin eine angemessene Frist gesetzt.

cc) Ausschluss der Fiktion aufgrund erfolgter Mangelrüge

Fraglich ist sodann, ob die vor der Fristsetzung erfolgte Mangelanzeige durch L die Abnahmefiktion ausschließt. Nach § 640 Abs. 2 BGB tritt die Fiktion nicht ein, wenn der Besteller die Abnahme innerhalb der Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Die Mangelanzeige von L erfolgte aber bereits vor der Fristsetzung, sodass problematisch ist, ob auch dies genügen kann.

Ganz überwiegend wird vertreten, dass eine erneute Mangelanzeige erfolgen müsse.⁷⁸ Die Fristsetzung soll den Besteller dazu anhalten, die Sach- und Rechtslage (nochmals) zu überprüfen.⁷⁹ Nach dem OLG Schleswig sei es für den Besteller auch nicht unzumutbar, die bereits erhobenen Mängelrügen zu wiederholen.⁸⁰ Das Verhalten des Unternehmers sei weiterhin nicht widersprüchlich, da es Streit über die Frage geben könnte, ob die gerügten Mängel tatsächlich vorliegen oder wesentlich sind.⁸¹ Zudem könnte die Mangelrüge durch Zeitablauf obsolet geworden sein (durch Nacharbeiten oder Darlegen von Gründen, warum doch keine Mängel vorliegen).⁸² Mithin wäre die Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB nicht durch die frühe Rüge der L ausgeschlossen.

Demgegenüber gingen andere davon aus, dass die Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sei, wenn bereits vor der Fristsetzung eine Rüge erfolgte.⁸³ Nach dieser Gegenauffassung war vorliegend die Fiktion nach § 640 Abs. 2 BGB aufgrund der frühen Rüge durch L ausgeschlossen. Diese Auffassung wurde inzwischen aber mit Hinweis auf das Telos des § 640 Abs. 2 BGB aufgegeben.⁸⁴ Die Neuregelung des § 640 Abs. 2 BGB verfolgte das Ziel, möglichst zügig Klarheit über den Eintritt der Abnahmewirkung zu erhalten, was nur erreicht werden kann, wenn der Besteller sich zwingend auf die Fristsetzung hin erklären muss.⁸⁵

Somit schließt die erfolgte Rüge durch L die Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB richtigerweise nicht aus.

dd) Treuwidrigkeit § 242 BGB

Die Herbeiführung der Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB könnte vorliegend jedoch treuwidrig sein. Dies kann angenommen werden, wenn dem Unternehmer das Vorliegen eines erheblichen Mangels bekannt ist.⁸⁶ Es ist nicht ersichtlich, dass auf Seiten der E positive Kenntnis von einem erheblichen

⁷⁶ Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 640 Rn. 9 mit Verweis auf BGH NJW 2009, 3153; Scheuch, in: Schulze/Dörner/Ebert u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 640 Rn. 12; a.A. Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 640 Rn. 28; Kögl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 640 Rn. 132.

⁷⁷ BGH NJW 2009, 3153 (3154).

⁷⁸ OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 26; Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 640 Rn. 30; Kögl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 640 Rn.155; Scheuch, NJW 2018, 2513 (2516).

⁷⁹ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 640 Rn. 30.

⁸⁰ OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 26.

⁸¹ OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 26.

⁸² OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 26.

⁸³ Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 640 Rn. 15.

⁸⁴ Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 640 Rn. 15.

⁸⁵ OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 25.

⁸⁶ Vgl. dazu OLG Schleswig BeckRS 2021, 38777 Rn. 27; zustimmend Steffen, NJW-Spezial 2022, 109; Schwenker/Rodemann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 640 Rn. 13; Mansel, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 640 Rn. 9 hält bereits grobe Fahrlässigkeit für ausreichend.

Mangel vorliegt. Vielmehr scheint diese auf dem Standpunkt zu stehen, dass der Film wie geschuldet erstellt wurde. Weiterhin ist nicht ersichtlich, dass gezielt die Verwirrungen in der Rundfunkanstalt ausgenutzt werden, die im Übrigen im Verantwortungsbereich von R liegen. Demnach ist die Herbeiführung der Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB vorliegend nicht treuwidrig.

ee) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht gilt das Werk gem. § 640 Abs. 2 BGB als abgenommen. Der Anspruch ist fällig.

c) Einrede des § 641 Abs. 3 BGB

Die Einrede des § 641 Abs. 3 BGB kann auch im Fall des § 640 Abs. 2 BGB erhoben werden.⁸⁷ R verweigert aber nicht *nach Fälligkeit* die Zahlung eines Teils der Vergütung unter Verweis auf einen Werkmangel. Die Einrede des § 641 Abs. 3 BGB wurde mithin nicht erhoben. Damit ist der Anspruch durchsetzbar.

II. Ergebnis

E hat gegen R einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung i.H.v. 100.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB.

⁸⁷ Kögl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2024, § 641 Rn. 91.