



ΙΟΝΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ

ΤΜΗΜΑ ΞΕΝΩΝ ΓΛΩΣΣΩΝ, ΜΕΤΑΦΡΑΣΗΣ ΚΑΙ ΔΙΕΡΜΗΝΕΙΑΣ

Θέμα: μετάφραση από τα Γερμανικά στα Ελληνικά και σχολιασμός αποσπάσματος (σελ. 1-21) του βιβλίου *Bürgerliches Recht* του συγγραφέα *Joachim Gernhuber*

ΠΤΥΧΙΑΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

ΤΡΙΑΝΤΑΦΥΛΛΙΔΟΥ ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ

ΑΜ: Ξ2014123

ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ: ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΕΝΤΡΩΤΗΣ

Β' ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΤΗΣ: ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ ΝΙΚΟΛΑΟΣ

ΚΕΡΚΥΡΑ, ΦΕΒΡΟΥΑΡΙΟΣ 2019

**Θέμα: μετάφραση από τα Γερμανικά στα Ελληνικά και σχολιασμός
αποσπάσματος (σελ. 1-21) του βιβλίου Bürgerliches Recht του συγγραφέα
Joachim Gernhuber**

Περιεχόμενα

1. Εισαγωγή	Σφάλμα! Δεν έχει οριστεί σελιδοδείκτης.
2. Πρωτότυπο	Σφάλμα! Δεν έχει οριστεί σελιδοδείκτης.
3. Μετάφρασμα	31
4. Σχολιασμός.....	62
5. Επίλογος.....	69
6. Βιβλιογραφικές αναφορές.....	70
7. Πηγές.....	71

1. Εισαγωγή

Το προς μετάφραση κείμενο αποτελεί απόσπασμα. Πιο συγκεκριμένα της εισαγωγής του βιβλίου Bürgerliches Recht του Γερμανού συγγραφέα Joachim Gernhuber. Σε γενικές γραμμές το παραπάνω βιβλίο απευθύνεται κατά κύριο λόγο σε φοιτητές νομικής, σε καθηγητές αυτής αλλά και ακόμη σε καθέναν που αποσκοπεί να βελτιώσει ή να ενισχύσει τις γνώσεις του για το Αστικό Δίκαιο ,είτε επιθυμεί να ασχοληθεί με αυτό. Στο συγκεκριμένο βιβλίο ο συγγραφέας αναλαμβάνει να εισάγει τον αναγνώστη στον πολλές φορές δυσνόητο και μη οικείο κόσμο των νομικών εννοιών. Ως επί το πλείστον παρουσιάζει την έννοια των δικαιοπραξιών αλλά και τις εκάστοτε απαραίτητες παραμέτρους αυτής. Φροντίζει να ενημερώσει αρχικά των αναγνώστη για τις απαραίτητες συνιστώσες μιας δικαιοπραξίας, καθώς και για το πώς και το πότε καταρτίζεται έγκυρα μια σύμβαση (πρόταση, αποδοχή κλπ.) και ποιες είναι οι συνέπειες των ελαττωμάτων της βούλησης (πλάνης, απάτης κλπ.). Συγχρόνως εντοπίζονται αναφορές σε ποικίλες θεωρίες που έχουν επηρεάσει την διαμόρφωση του Δικαίου, ακόμη και σε παλαιότερα άρθρα του κώδικα, τα οποία έπειτα μεταβλήθηκαν. Όπως θα εντοπίσετε και παρακάτω στο απόσπασμα ο συγγραφέας πέρα από το Αστικό Δίκαιο κάνει αναφορά και σε άλλες μορφές Δικαίου όπως στο Ιδιωτικό.

Επέλεξα να ασχοληθώ με το συγκεκριμένο αντικείμενο ,καθώς γνώρισα τα νομικά κείμενα και την διαφορετικότητα που διέπει την νομική γλώσσα μέσα από τα μαθήματα της σχολής και μπορώ να πω ότι γοητεύτηκα. Το γεγονός ότι στην νομική γλώσσα η σημασία μιας λέξης παίζει καθοριστικό ρόλο για την σωστή απόδοση του νοήματος και επίσης το ότι είναι η γλώσσα που παραμένει αναλλοίωτη από τον χρόνο και τις γλωσσικές μεταβολές με μαγνήτισαν από την πρώτη στιγμή. Συγχρόνως, επειδή το Αστικό Δίκαιο αναφέρεται στο Δίκαιο μιας άλλης χώρας και συγκεκριμένα της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, θεώρησα μια καλή ευκαιρία για να διευρύνω περισσότερο το φάσμα των γερμανικών γνώσεων και λεξιλογίου μου σε συνδυασμό με μια επιστήμη που είναι του ενδιαφέροντος μου.

I. Teil. Rechtsgeschäfte

§ 1. Das erlaubte rechtswirksame Verhalten

Literatur; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907; *Klein*, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, 1912; *Lorenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäftes, 1930; *Krause*, Schweigen im Rechtsverkehr, 1933; v. *Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936; *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, 1939; *Larenz*, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1897ff); *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960; *Flume*, Das Rechtsgeschäft und das rechtliche relevante Verhalten, AcP 161 (1962), 52 ff.; *Hanau*, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165 (1965), 22Gff.; *Hubner*, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in: Festschr. f. Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 373 ff. ; *Kucbinke*, Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens, JZ 1965, 167ff.; *Fabricius*, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 1.ff.; *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967; *Bartholomeyczik*, Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung, in: Festschr. f. Picker, 1967, S. 51 ff.; *Gotz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, 1968; *Rothoeft*, System der Irrtumslehre, 1968; *Gudian*, Fehlen des Erklärungsbewusstseins, AcP 169 (1969) 1232 ff. ; *Willomeit*, Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, 1969; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Lorenz*, Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschaden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, in: Festschr. f. Larenz, 1973, S. 575 ff.; v. *Crausbaar*, Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht, AcP 174 (1974), 2ff.; *Bydlinski*, Erklärungsbewusstsein und Rechtsgeschäft, JZ 1975, 1ff.; *Walchsbofer*, Das abweichende kaufmännische Bestätigungsschreiben, BB 1975, 719 ff.; *Dirichs*, Die Haftung für die Erteilung einer falschen Kreditauskunft bei Mitwirkung zweier Banken, WM 1976, 1078 ff.; *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 113ff.; *Lammel*, Zur Auskunftshaftung, AcP 179 (1979), 337ff.; *Litterer*, Vertragsfolgen ohne Vertrag, 1979; *Kondgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981.; *Kohler*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), 126ff.

I. Einführung in die Problematik

1. Die Lehre vom erlaubten rechtswirksamen Verhalten ist nur ein Teil (wenn auch der wesentlichste) der Lehre vom juristischen Tatbestand. Tatbestand ist die Gesamtheit der für den Eintritt einer Rechtsfolge notwendigen Umstände die man je für sich als Tatbestandselemente zu bezeichnen pflegt). Tatbestand und Rechtsfolge stehen zueinander im Verhältnis von Grund und Wirkung: die Rechtsfolge tritt ein, weil der Tatbestand erfüllt ist.
2. Tatbestände können eingliedrig konzipiert sein (es erübrigt sich dann, von Elementen zu sprechen); sie können aber auch eine Mehrzahl, ja eine Vielzahl von Umständen zur Einheit des Tatbestandes zusammenfügen (Einigung und Übergabe im §929; Errichtung eines Testaments und Tod des Erblassers für den Eintritt der letztwillig angeordneten Erbfolge).
3. Menschliches Verhalten bietet sich jeder Rechtsordnung als mögliches Tatbestandselement (oder auch: als selbständiger Tatbestand) für eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Rechtsfolgen an. Die Bedeutung steigt und fällt mit dem Gewicht, das eine Rechtsordnung dem Gedanken der Selbstbestimmung und der Selbstverantwortung zugesteht.
4. Vom rechtmäßigen Verhalten sondern sich das neutrale und das rechtswidrige (nicht alles, was nicht missbilligt wird, ist schon dem Rechte gemäß; die übliche Zweiteilung in erlaubtes und unerlaubtes Verhalten ist zu eng).
5. Als Zentrum der Lehre vom rechtswirksamen Verhalten wird herkömmlich die Lehre vom Rechtsgeschäft begriffen. Doch ist das Rechtsgeschäft keine Form des Verhaltens, sondern eine Form des Tatbestandes, wenn auch eine, die notwendig ein bestimmtes Verhalten - eine Willenserklärung - in sich birgt und vielfach mit ihm identisch ist. Die (auch vom BGB zuweilen beobachtete) synonyme Verwendung der Begriffe „Rechtsgeschäft“ und „Willenserklärung“ ist verfehlt: kein Rechtsgeschäft ohne Willenserklärung und keine Willenserklärung ohne Rechtsgeschäft, doch ist nicht jede Willenserklärung auch schon ein Rechtsgeschäft. Die Übereignung einer beweglichen Sache gem. § 929 S. 1 ist etwa ein Rechtsgeschäft, das sich aus zwei verschiedenen Tatbestandselementen zusammensetzt: der Einigung als Vertrag (bestehend aus zwei Willenserklärungen) und dem Realakt der Übergabe. Das Rechtsgeschäft ist hier identisch mit dem Tatbestand für den Eintritt der Rechtsfolge (Eigentumswechsel). Vielfach ist das selbst aus mehreren Tatbestandselementen

bestehende Rechtsgeschäft aber auch nur ein (in sich gegliedertes) Tatbestandselement eines umfassenderen Tatbestandes (Erbvertrag und Tod des Erblassers als Tatbestand einer Erbfolge).

6. Von den Tatbestandselementen des Rechtsgeschäftes pflegt man die Wirksamkeitsvoraussetzungen zu sonder. Die Abgrenzung bedient sich in der Regel eines qualitativen Maßstabes: Zu den Tatbestandselementen des Rechtsgeschäftes werden nur Umstände gerechnet, die den „eigentlichen Grund“ der Rechtswirkung bezeichnen (*Lehmann-Hubner*, § 201) oder diejenigen, die „als Teil des rechtsschöpferischen Aktes begriffen werden können“ (*Flume*, § 2, 3 c). Beim Verkauf eines Grundstückes sind etwa die Willenserklärungen der Parteien Tatbestandselemente, die Wahrung der Form (§ 313 S. 1) ist dagegen eine Wirksamkeitsvoraussetzung.

7. Wirksamkeitsvoraussetzung kann auch ein erlaubtes Verhalten, insbesondere aber eine Willenserklärung, sein. Bei der Übereignung eines Grundstückes, die der Zustimmung des Ehegatten gem. § 1365 bedarf, bilden die Auflassung und die Eintragung die Elemente des Rechtsgeschäftes „Übereignung“; die Zustimmung des Ehegatten tritt als Wirksamkeitsvoraussetzung hinzu (anderes muss für die Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters gelten).

II. Willenserklärungen

1. Tatbestand

- a) Vom Tatbestand einer Willenserklärung spricht man in einem doppelten Sinn: Gemeint kann der Tatbestand der vollwirksamen Willenserklärung sein; häufiger ist vom Minimaltatbestand der Willenserklärung die Rede.
- b) Der Minimaltatbestand grenzt die (gegebenenfalls unwirksame) Willenserklärung von allem anderen Verhalten ab, das keinesfalls als Willenserklärung bezeichnet werden darf.

Willenserklärung in seinem Sinn ist jede Handlung (zu deren Tatbestand ein Handlungswille oder Handlungsbewusstsein gehört), gleich welcher Art (einschließlich des bloßen Schweigens), die der Verkehrssitte oder einer Vereinbarung folgend den Schluss auf einen Geschäftswillen zulässt, sofern sie mit Erklärungsbewusstsein erfolgte.

- c) Zum Tatbestand der vollwirksamen Willenserklärung gehört über den Minimaltatbestand hinaus die Existenz eines fehlerfrei gebildeten Geschäftswillens. Der so gefasste Tatbestand (der „Vollbegriff“ der Willenserklärung) eröffnet nicht den Zugang zu bestimmten Normenkomplexen. Er ist aber unentbehrlich, wenn es gilt, das, was Privatautonomie bedeutet, zu bestimmen (weil mit ihm die Bindung an das Erklärte gegeben ist). Er ist ferner der Maßstab, an dem sich das Recht der Willensmangel orientiert (also für die Frage, ob die Willenserklärung von Bestand bleiben soll).

2. Der Geschäftswille

- a) Dass für den Minimaltatbestand bereits der Schluss auf einen (gegebenenfalls nicht vorhandenen) Geschäftswillen genügt, folgt aus der Qualität der Willenserklärung als Geltungserklärung und Akt der sozialen Kommunikation mit entsprechender Verantwortung des Handelnden gegenüber dem Verkehr. Zur Geltungstheorie vgl. *Lorenz*, AT, § 191; *Enneccerus-Nipperdey*, § 145II A 3; *Flume*, § 4, 4 und 7.
- b) Der Geschäftswille (mit seinem Bezug auf den Inhalt des Erklärungsaktes) impliziert den Rechtsfolgewillen. (Rechtsbindungswillen). Als abstrakter Wille scheidet er die Gefälligkeitshandlungen von den Willenserklärungen. Vgl. dazu *BGHZ* 21, 102; *Medicus*, AT, Rdnrn. 185ff.
- c) Der Geschäftswille richtet sich auf einen rechtlich gesicherten wirtschaftlichen Erfolg Vgl. *Lehmann-Hubner*, §24IV lb. Nach a.A. (Grundfolgentheorie) ist er nur auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichtet, nach dritter Ansicht auf einen rechtlichen (unter Beachtung des wirtschaftlichen Erfolges bei der Feststellung des Inhalts der Willenserklärung). Vgl. *Flume*, § 4, 5.

3. Das Erklärungsbewusstsein

- a) Das Erfordernis des Erklärungsbewusstseins ergibt sich aus der Notwendigkeit, den Gedanken der sozialen Verantwortung mit dem anderen der privatautonomen Gestaltung der Rechtsverhältnisse zum Ausgleich zu bringen. Fehlt das Erklärungsbewusstsein, so ist der Handelnde dem vertrauenden Empfänger aus § 122 analog zum Schadensersatz verpflichtet (dagegen aber *Flume*, § 23, 1).

- b) Die Lehre vom Erklärungsbewusstsein ist freilich sehr umstritten, die Haltung der Rechtsprechung nicht klar (vgl. aber *BGH*, NJW 1968, 2102 mit Notwendigkeit eines generellen Rechtsfolgenbewusstseins). Im Schrifttum wird das Erklärungsbewusstsein zuweilen zum Mitteilungsbewusstsein abgeschwächt (vgl. v. *Tuhr*, Bd. II 1, S. 404), *Flume*, § 23, 1 fordert es nur für Willenserklärungen durch konkludentes Verhalten. *Larenz*, AT, § 19 III rechnet Handlungen als Willenserklärungen bereits zu, wenn der Handelnde bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen konnte, dass sein Verhalten für andere den Sinn einer Geltungserklärung hatte.
- c) Gerade in jüngster Zeit wird vielfach ein genereller Verzicht auf das Erklärungsbewusstsein als Tatbestandselement gefordert (als Erneuerung der Erklärungstheorie der Pandektistik). Vgl. Arox, *Gudian*, *Bydlinski*, v. *Crausbaar*; *Kramer*, in: MünchKomm., § 119 Rdnrn. 78ff. m.w. Nachw. Konsequenz dieser Lehre (die sich wie die Gegenposition auch - auf die §§ 116ff. beruft), ist die Verlagerung des Risikos missverstandenen Verhaltens auf den Handelnden mit entsprechender Ausdehnung der Irrtumsanfechtung. Die Haftung aus § 122 ist dann unproblematisch. Sie wird jedoch vereinzelt auf die Fälle des schuldhaften Verhaltens beschränkt (*Gudian*; ähnlich *Medicm*, AT, Rdnr. 608) und ist dann Haftung aus culpa in contrahendo.
- d) Innerhalb der Lehre vom Erklärungsbewusstsein ist strittig geblieben, ob ein allgemeines Rechtsfolgenbewusstsein genügt oder (so u. E. richtig) das Bewusstsein Rechtsgeschäftlichen Verhaltens zu fordern ist oder gar das Bewusstsein, ein bestimmtes Rechtsgeschäft zu tätigen.

4. Kundmachungszweck

Zur Abgrenzung der sog. „Willensbetätigung“ (Bsp.: Dereliktion des § 959) von der Willenserklärung wird (im Anschluss an *Manigk*) auch heute noch zuweilen für die Willenserklärung ein Kundmachungszweck gefordert. Vgl. *Lehmann-Flubner* § 24 IV. Der Begriff „Willensbetätigung“ ist dem BGB jedoch fremd; die h. L. hält ihn für unfruchtbar.

5. Automation

Nichts Besonderes gilt für Willenserklärungen durch automatisierte Vorgänge. Zugerechnet wird nie ein maschineller Vorgang als solcher. Träger einer Willenserklärung kann er nur sein, weil er willentlich in Gang gesetzt wurde. Zu Einzelfragen vgl. die Arbeit von *Kohler*; auch *Median*, AT, Rdnr. 256.

III. Erklärungs gleich zugerechnetes Verhalten

1. Es handelt sich um einen (nicht allgemein anerkannten) Begriff, der verschiedenartige Verhaltensweisen zusammenfällt, deren gemeinsamer Nenner in den Rechtsfolgen liegt. Er hat eine ständig zunehmende Bedeutung gewonnen als Folge eines Spannungszustandes zwischen der klassischen Selbstbestimmung durch Willenserklärungen und der standardisierenden Moderne.
2. In einigen Fällen verbindet das Gesetz mit dem Schweigen einer Partei, obwohl es den Tatbestand einer Willenserklärung nicht erfüllt, doch die Rechtsfolgen einer Erklärung. Vgl. etwa die §§ 177 II 2, 416 II, 568, 612 II. Ob in diesen Fällen die für Willenserklärungen geltenden Regeln (Geschäftsfähigkeit, Anfechtbarkeit etc.) anzuwenden sind, ist strittig; die Anwendung sollte jedenfalls unterbleiben, soweit das Schweigen eine nur negative Bedeutung hat. Sicher sollte sein, dass eine Anfechtung wegen Irrtums über die rechtliche Bedeutung des Verhaltens nicht in Betracht kommt.
3. Weite Verbreitung haben in der Rechtsprechung fingierte Willenserklärungen gefunden, die aus Umständen „erschlossen“ werden, die den Tatbestand einer Willenserklärung nicht erfüllen. Das vom Richter gewünschte Ergebnis wird in diesen Fällen mit einer Scheinbegründung aus dem Parteiwillen legitimiert. Hierher gehören die meisten Innengesellschaften unter Ehegatten zur Korrektur unzureichend geregelter Zusammenarbeit (vgl. dazu *Gemhuber*, §20111), aber auch die meisten sog. Sorgfaltsverträge, d. h. die Mehrzahl jener Fälle, in welchen die Rechtsprechung einen Vertrag feststellt, der keine primären Leistungspflichten begründet, jedoch zu sorgfältigem Vorgehen verpflichtet, wenn freiwillig gehandelt wird. Am häufigsten hat der *BGH* einen derartigen Vertrag angenommen anlässlich von Kreditauskünften der Banken, Versicherungen, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Anwälte, Notare.

Vgl. dazu *Lorenz, Lammel und Kondgen* (S. 352 ff.) mit dem Versuch, die Haftung aus der Berufsstellung zu begründen. Für die Rechtsprechung vgl. *BGHZ* 21, 102; 49, 167;

BGH NJW 1979, 1595 (Banken); WM 1978, 576 (Anwalt; im konkreten Fall abgelehnt, weil nicht um Auskunft „ersucht“); NJW 1983, 276 (Lebensversicherung).

Eine Haftung kommt stets nur bei nachgewiesener Kausalität in Betracht (vgl. *BGH*, NJW 1979, 1599). Dritten (Personen, für die die Auskunft nicht „bestimmt“ ist) gegenüber kann eine Haftung aus § 826 gegeben sein (vgl. *BGH*, WM 1976, 499; NJW 1979, 1599; *Dirichs*). Praktisch wird diese Aussage, wenn die Auskunft von einer Bank für einen Kunden eingeholt wird.

Neben diesen typisierten Fällen gibt es eine Unzahl fingierter Erklärungen im Einzelfall, die das Feld der Willenserklärungen durch konkludentes Verhalten gewiss nicht ausfüllen, jedoch in breiter Streuung besetzen.

Theoretisch müsste auf alle fingierten Willenserklärungen das gesamte Recht der Willenserklärung Anwendung finden. Tatsächlich wird die Anwendung (durchaus folgerichtig) stets dorr vermieden, wo sie das gewünschte Ergebnis in Frage stellen würde.

4. Altes Rechtsgut ist der Satz, dass Schweigen nach einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben als Einverständnis mit dessen Inhalt gilt. Mit gutem Grund kann insoweit bereits von einem Satz des Gewohnheitsrechts gesprochen werden. Zu den vielen Versuchen einer dogmatischen Begründung vgl. *Kramer*, in: MünchKomm., §151 Rdnrn. 13ff. (er selbst glaubt, die Problematik fast vollständiger allgemeinen Rechtsgeschäftslehre integrieren zu können). Die Rechtsprechung fordert einen Widerspruch auch gegenüber Personen, die nur kaufmannsähnlich handeln, und gegenüber Personen, die von Kaufleuten angebahte Geschäfte abwickeln (vgl. *BGHZ* 40, 42; *BGH*, WM 1976, 564).

Konsequenz des Schweigens ist eine Änderung des Vertragsinhalts. Freilich bleibt das Schweigen irrelevant, wenn der Bestätigende „nicht mehr mit einem Einverständnis rechnen kann“. Diese Grenze wird vielfach als zu unbestimmt kritisiert, doch sind andere Lösungen kaum bestimmter (vgl. etwa *Walchshofer*, der nur „nicht wesentliche Punkte“ für konsensfähig halt; nach *Medicus*, AT, Rdnr. 443 sind bewusste Änderungen des ursprünglichen Vertrages nicht zu beachten). Der Nachweis zusätzlicher Abreden wird durch das Schweigen nicht ausgeschlossen (vgl. *BGHZ* 67, 378). Die für Willenserklärungen bestehenden Regeln sind anzuwenden, doch gibt es keine Anfechtung wegen Irrtums über die Bedeutung des Schweigens

(vgl. BGHZ 11, 1; 20, 149; zustimmend insofern auch *Kramer*, in: MünchKomm., § 119 Rdnrn. 50ff.).

5. Für den Massenverkehr im Bereich der Daseinsvorsorge wurden Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten entwickelt (vgl. dazu vornehmlich *Larenz*, AT, §2811). Die Lehre ist nach wie vor stark bestritten (vgl. *Kramer*, in: MünchKomm., §. 151 Rdnrn. 9 ff. m. Nachw.); sie wurde jedoch vom BGH übernommen (BGHZ 21, 319 und 23, 175). Geschäftsfähigkeit ist zu fordern (nach zunächst anderer Äußerung jetzt auch von *Larenz*, AT, S. 494 Fußn. 1 gebilligt); ausgeschlossen ist eine Anfechtung wegen Irrtums über die Bedeutung des Verhaltens.

IV. Rechtshandlungen im engeren Sinn

Gemeinsam: Rechtliche Relevanz ohne Finalität

1. Geschäftsähnliche Handlungen

Zu ihnen gehören alle nicht finalen Willensäußerungen (wie die Mahnung des § 284 oder die Fristsetzung des § 326 nach wohl h. L., obwohl hier die Ablehnung der Leistung nach fruchtlosem Fristablauf ein finales Element ist) und alle relevanten Mitteilungen (wie die Mangelrüge des § 377 HGB, die Anzeige des Zedenten gem. den §§ 409, 410). Jüngere Entwicklungen haben den geschäftsähnlichen Handlungen weiteren Raum gewahrt. So wird heute von der h. L. die Einwilligung in einen Eingriff in höchstpersönliche Rechtsgüter als geschäftsähnliche Handlung charakterisiert. Vgl. BGHZ 29, 33 (die Entscheidung begnügt sich mit Einsichtsfähigkeit statt Geschäftsfähigkeit); *Larenz*, SchR, § 711 c 1; *Medicus*, AT, Rdnrn. 200f.; *Gitter*, in: MünchKomm., Vorb. §104 Rdnrn. 94 f. (mit Einschränkungen). So wird ferner von einer Meinungsgruppe die Leistungszweckbestimmung bei der Erfüllung einer Schuld als geschäftsähnliche Handlung bezeichnet (vgl. dazu u. § 50 unter II1 a).

Geschäftsähnliche Handlungen sind grundsätzlich (aber keineswegs ausnahmslos) den Normen für Willenserklärungen im Analogieverfahren zu unterwerfen. Statt Anfechtung ist bei den Mitteilungen lediglich eine Korrektur unrichtiger Aussagen zu fordern.

2. Realakte

Zu ihnen gehören alle auf einen äußeren tatsächlichen Erfolg gerichteten Handlungen. Ein Beispiel ist die Verarbeitung (§ 950), ein anderes das schöpferische Verhalten mit

der Folge eines Urheberrechtes. Auch die Verbindung und die Vermischung (§§ 946ff.) gehören hierher, doch kann deren Rechtswirkung auch durch Naturereignis eintreten (sie werden deshalb von den Handlungen geschieden von *Flume*, § 9, 2a) Innerhalb der Realakte werden zuweilen „gemischte Realakte“ von den anderen gesondert als Realakte mit „innerer Tatseite“ {*Klein; Lehmann-Hübner*, § 38 I 3). Die einzelnen Fälle (Begründung eines Wohnsitzes, Geschäftsführung ohne Auftrag) werden jedoch von der h. L. den geschäftsähnlichen Handlungen zugerechnet. Vgl. dazu § 8 und § 682. Von anderer Seite (vgl. *Flume*, § 9, 2 a) wird der Erwerb und der Verlust des Besitzes von den übrigen Realakten gesondert (als Folge einer starken Betonung des Besitzwillens).

Auf Realakte sind die Normen für Willenserklärungen nicht anzuwenden. Soweit sie einen Willen voraussetzen, genügt die Fähigkeit, ihn überhaupt zu bilden (missverständlich wird hier oft von einem „natürlichen Willen“ gesprochen).

3. *Gesinnungsäußerungen*

Im geltenden Recht sind Gesinnungsäußerungen erheblich nur als Verzeihung in den §§ 532, 2337, 2343, 2345 (dagegen nicht mehr im Eherecht nach der Reform des Scheidungsrechts mit Übergang zum Zerrüttungsprinzip). Stets ist Einsichtsfähigkeit notwendig und wenigstens grundsätzlich volle Kenntnis der Verfehlung. Dass keine Interpretation nach dem sog. „Empfängerhorizont“ stattfinden kann, sollte selbstverständlich sein, ebenso, dass eine Verzeihung auch ohne Zugang oder Vernehmung durch den Begünstigten wirksam ist.

§ 2. Das Rechtsgeschäft als Regelung (individueller Vertrag)

Literatur (vgl. auch die Angaben zu § 1): *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930; *Titze*, Vom sogenannten Motivirrtum, in: Festschr. f. Heymann, 1940, Bd. II, S. 72 ff.; *Schmidt=Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130 ff.; *Schmidt=Rimpler*, Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, in: Festschr. f. Lehmann, 1956, S. 213ff.; *Reinhardt*, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in: Festschr. f. *Schmidt=Rimpler*, 1957, S. 115f.; *Raiser*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1ff.; *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschr. DJT, 1960; Bd. I, S. 101 ff.;

Plume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschr. DJT, 1960, Bd. I, S. 135ff.; *Henckel*, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960/61), 106ff.; *Larenz*, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737ff.; *P. Hofmann*, Subjektives Recht und Wirtschaftsordnung, 1966; *Huber*, Die verfassungsrechtliche Ordnung von Vertragsfreiheit, 1966; *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966; *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966; *Wieacker*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, JZ 1967, 3 85 ff.; *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970; *Rothoeft*, Faktoren der Risikoverteilung bei privatautonomem Handeln, AcP 170 (1970), 23C if.; *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970; *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971; *Kramer*, Grundfragen vertraglicher Einigung, 1972; *Wieling*, Die Bedeutung der Regel „falsa demonstrate non nocet“ im Vertragsrecht, AcP 172 (1972), 297 ff.; *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, 1972; *Schmidt=Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschr. f. L. Raiser, 1974, S. 3ff.; *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975 (dazu *Schwerdtner*, AcP 177 [1977], 559ff.); *M. Wolf* Selbstbestimmung und vertragliches Abschlussrecht, JZ 1976, 41 ff.; *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 113ff.; *Mayer-Maly*, Die Bedeutung des tatsächlichen Vertragswillens für den hypothetischen, in: Festschr. f. Flume, 1978, S. 621 ff.; *Medicus*, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, in: Festschr. f. Flume, 1978, S. 629ff.

I. Einführung in die Problematik

1. Rechtsgeschäft ist jeder Tatbestand mit zumindest einer Willenserklärung als rechtsfolgenbestimmendem Element. Als privatautonome Regelung ist das Rechtsgeschäft von allen anderen (wie immer auch strukturierten) Tatbeständen der Rechtsordnung zu sondern.

Innerhalb der Rechtsgeschäfte sind die einseitigen von den mehrseitigen zu unterscheiden; trennendes Kriterium ist allein die Zahl der zum Tatbestand gehörenden Willenserklärungen. Zu den mehrseitigen Rechtsgeschäften zählen neben den Beschlüssen (die dem Mehrheitsprinzip unterworfen sein können) die Verträge.
2. Vertrag ist jede rechtlich relevante Einigung mittels übereinstimmender oder einander ergänzender Willenserklärungen, was immer auch Inhalt der Einigung sein mag. Alle Versuche, die ganz formale Kategorie des Vertrages mit (notwendig sehr - abstraktem) Inhalt zu erfüllen, sind auf den Schuldvertrag fixiert und vernachlässigen

den Vertrag als Mittel privater Gestaltung von Rechtsverhältnissen in anderen Bereichen der Rechtsordnung. (dingliche Einigung, Ehe usw.).

3. Ein Vertrag kann schon für sich ein Rechtsgeschäft bilden; er kann aber auch nur Tatbestandselement eines Rechtsgeschäftes sein, das weitere Elemente enthält (so bei der Übereignung von Fahrnis mittels Einigung und Übergabe und der Übereignung von Grundstücken mittels Auflassung und Eintragung im Grundbuch). Möglich ist auch die Verbindung mehrerer Verträge zu einem Rechtsgeschäft (so bei der Übereignung durch Einigung und Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses gem. § 930).
4. Mit dem Vertrag als Kategorie des Einverständnisses steht der Gesellschaft ein Mittel rechtlicher (insbesondere geschäftlicher) Mobilität zur Verfügung, das sie bis zum Extrem nutzen („Kontraktgesellschaft“; Begriff von *Max Weber*), aber auch stark einschränken, dagegen kaum je ganz verwerfen kann. In Gesellschaften, die der Idee der autonomen Persönlichkeit Raum gewahren wollen, ist der Vertrag ein unentbehrliches Element der Rechtsordnung.
5. Die (alte, jedoch stets erneuerte) Diskussion der Frage, in welchem Verhältnis der Parteiwille zur Rechtsfolge des Vertrages steht (unmittelbar oder mediatisiert durch die Rechtsordnung mit ihrer Bewehrung durch die vollziehende Staatsgewalt), ist wohl überhaupt unfruchtbar (die rein private, von der Gewalt der Rechtsgemeinschaft abstrahierende Ordnung bietet keine Gewähr für Vertragstreue zumindest in Zeiten, die dem gesellschaftlichen Zwang nicht vertrauen können), jedenfalls für die Rechtsanwendung gleichgültig.
6. Wesentlicher ist die Frage nach der Rechtfertigung des Rechtszwanges zur Durchsetzung privatautonomer Regelungen. Das Vertragsprinzip als solches bietet keine abschließende Richtigkeitsgewahr für die mit seiner Hilfe geschaffenen Regelungen, mag auch zugestanden werden können, dass die Art der Regelung (das „Sich-vertragen“) ein (von *Schmidt-Rimpler* überbetontes) Element der Richtigkeitsgewahr in sich birgt. Man kann sich aber auch der Frage nach der Richtigkeitsgewahr nicht mit dem schlichten Hinweis auf den freien Willen der Vertragspartner entziehen („volenti non fit iniuria“). Mit dem Prinzip der Privatautonomie wird nicht nur die Selbstverantwortung, sondern auch die Verantwortung vor dem Prinzip der sozialen Gerechtigkeit mitgedacht.

Die selbstgeschaffene Regelung der Rechtsverhältnisse darf deshalb nur insoweit mit staatlichem Rechtszwang durchgesetzt werden, als sie dem allenfalls noch

tolerierbaren Minimalbestand sozialer Gerechtigkeit entspricht. Diesen Minimalbestand zu formulieren, ist Aufgabe der Rechtsordnung selbst, die sich insoweit vielfältiger Gestaltungsmittel bedienen kann (bis hin zur Delegation der Aufgabe an den Richter mit Hilfe von Generalklauseln). Mit Rücksicht auf die damit notwendige Kombination zweier verschiedener Ordnungskräfte im Vertrag wird gern von einer „Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag“ gesprochen (*Reinhardt*).

7. Das Problem der Richtigkeitsgewahr hat drei Schichten. Der ideale Vertrag ist sachlich richtig im Verhältnis der Vertragspartner untereinander, im Hinblick auf die Belange konkret „betroffener“ Dritter und im Hinblick auf die Interessen der Allgemeinheit. Die Interessen der Allgemeinheit sind nicht konstant. Sie werden von jeder Epoche neu definiert. in der Gegenwart ist ein stetiges Wachstum festzustellen (mit entsprechenden Reaktionen der Legislative und der Rechtsprechung). Mit besonderer Sensibilität hat sich die Gegenwart dem Schutz des Schwächeren als Vertragspartner zugewandt. Die Legislative ist hier ebenso besorgt (vgl. etwa die §§ 1 a-f des AbzG) wie die Rechtsprechung (die etwa aus § 242 Aufklärungspflichten entwickelt hat).

Die Interessen Dritter sind erst spät in unser Blickfeld gerückt. Ihnen sind heute ganze Rechtsinstitute zugekehrt (vgl. dazu u. § 16 für das Schuldrecht). Vgl. zu ihnen allgemein *Martens*, AcP 177 (1977), 113ff.

II. Die Motivation

- a) Sie bleibt grundsätzlich der Willenserklärung vorgelagert und gleichgültig für deren Bestand. Niemand soll das Risiko eigener unrichtiger Vorstellungen auf den Vertragspartner abwälzen dürfen.
- b) Bei treuwidriger Ausnutzung einer bekannten Fehlmotivation kann (als Sanktion nach Verletzung einer Aufklärungspflicht) ein Anspruch aus culpa in contrahendo bestehen (in dessen Konsequenz die Rückabwicklung eines bereits vollzogenen Geschäftes liegt) oder § 242 der Ausübung der erworbenen Rechte entgegenstehen (unzulässige Rechtsausübung nach unrechtllichem Erwerb).
- c) In Ausnahmefällen ist der Motivirrtum beachtlich. Vgl. die §§ 123 (hier qualifiziert durch die Täuschung als Mittel der Irrtumserregung), 2078) 2281.
- d) Strittig ist die phänomenologische Struktur (nicht die von § 119II gesicherte Beachtlichkeit) des Eigenschaftsirrtums. Die (von *Zitelmann* inspirierte) h. L. sieht in

ihm einen Motivirrtum (vgl. *Lorenz*, AT, § 20 II b; *Lebmann-Hübner*, § 3410 Ie), sofern er nicht gleichzeitig einen Identitätsirrtum begründet. Nach a. A. (insbesondere *Schmidt ~Rimpler*) handelt es sich um einen Erklärungsirrtum. Nach der Lehre vom „geschäftlichen Eigenschaftsirrtum“ (vgl. dazu *Flume*, § 24, 2; *Medicos*, AT, Rdnr. 770; *Enneccems-Nipperdey*, § 1681; anscheinend auch *BGHZ* 16, 54, 57) handelt es sich um einen Irrtum über die Kongruenz der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit und der tatsächlichen Istbeschaffenheit (Überdehnung des an sich richtigen Gedankens, dass Eigenschaften vereinbart werden können; wirklichkeitsfremde Belastung von Willenserklärungen mit zahlreichen Beschaffenheitsangaben; Einschränkung der Irrtumsanfechtung).

Vgl. zur Problematik ferner *Kramer*, in: MünchKomm., § 119 Rdnrn. 96ff. mit Folgerungen, die mit der *lex lata* nicht zu vereinbaren sind (im Ansatz wie die h. L.; § 119II jedoch als rudimentäre, lückenhafte Regelung der Sachverhaltsirrtümer, die sachgerecht zu erweitern sei),

2. a) An sich unbeachtliche Motive können von den Parteien in verschiedenen Formen in den Vertragsinhalt eingeführt werden (Bedingung, Garantie, Ausgestaltung des Schuldinhaltes).
b) In dieser Möglichkeit findet die Lehre vom „geschäftlichen Eigenschaftsirrtum“ (o. 1 d) beschränkt eine Rechtfertigung, mit Bedeutung vornehmlich beim Spezieskauf (vgl. dazu u. § 33, insbesondere unter 14).
3. Die Motive der Parteien sind stets erheblich, soweit sie zur (subjektiven) Geschäftsgrundlage geworden sind (vgl. dazu u. § 35).

III. Vertragsinhalt

1. Der erklärte Wille

Als rechtlich erheblicher Wille ist er zu sondern von dem tatsächlichen Willen (dem zielgerichteten Streben als psychischer Realität). Die Entscheidung für ihn ist die notwendige Konsequenz aus der Funktion der Willenserklärung als Mittel der sozialen Kommunikation.

- a) Die Fixierung mehrdeutiger Willenserklärungen geschieht durch Auslegung (ob eine Willenserklärung eindeutig oder mehrdeutig ist, ist eine revisibele Rechtsfrage; vgl. *BGHZ* 32, 60, 63; *BGH*, WM 1981, 362). Kann die Auslegung Mehrdeutigkeiten oder Widersprüche beseitigen, so ist mangels einer Einigung auf bestimmte Inhalte ein Vertrag nicht zustandegekommen.

- b) Festzustellen der sog. objektive Erklärungswert der beiden Willenserklärungen (der zu einem Konsens führen muss). Entscheidend ist, welche Bedeutung der Vertragspartner dem Erklärungsverhalten beilegen müsste (Auslegung vom sog. „Empfängerhorizont“ aus, die jedoch insoweit zum Erklärenden zurückführt, als sich der Erklärungsempfänger fragen muss, was der Erklärende gemeint haben konnte; vgl. *BGHZ* 36, 30, 33; 47, 75, 78). Gleichgültig ist der Bedeutungsgehalt für Dritte. Dies gilt auch, wenn der gewählte Ausdruck (bei übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien) objektiv unrichtig war oder gar sinnlos (vgl. *BGHZ* 20, 109). Unter Kaufleuten sind Handelsbrauche Vertragsinhalt, wenn sie nicht ausgeschlossen wurden (vgl. *BGH*, NJW 1966, 502).
- c) Die Frage, ob die Bedeutung für den Empfänger dem Erklärenden zurechenbar sein müsse, ist jedenfalls dann nicht zu stellen, wenn für den Tatbestand Willenserklärung Erklärungsbewusstsein des Handelnden gefordert wird. Vgl. dazu *Larenz*, AT, §19 II a (in Auseinandersetzung mit *Flume* §16, 3 und eigener früherer Ansicht).
- d) Die Auslegung formbedürftiger Verträge weist grundsätzlich keine Besonderheiten auf. Auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen herangezogen werden, sofern der Schutzzweck der Form nicht entgegensteht (vgl. etwa *Mayer=Maly*, in: *MunchKomm.*, § 133 Rdnr. 30; *Larenz*, AT, § 19 II b; *Medicus*, AT, Rdnrn.328ff.). In der Rechtsprechung wird gern die „Andeutungstheorie“ vertreten (notwendig, dass der entsprechende Rechtsgeschäftliche Wille der Parteien einen_wenn auch unvollkommenen Ausdruck in der Urkunde gefunden hat; vgl. *BGHZ* 63, 359, 362). Kritisch zur Andeutungstheorie *Häsemeyer*, S. 127ff. Für sie in subjektiver (auf die Parteien bezogener) Form *Larenz*, AT, § 19 II b.

2. Vorrang des Gewollten

- a) Der Gedanke der sozialen Kommunikation (Verständnismöglichkeiten derjenigen, für die die Willenserklärung bestimmt ist; Verkehrsschutz und Vertrauensschutz) fordert keine Beachtung mehr, wenn das tatsächlich Gewollte zwar unrichtig zum Ausdruck kam, vom Erklärungsempfänger jedoch richtig verstanden wurde. Entwickelt wurde die Begrenzung vornehmlich für die Falle der „falsa demonstratio“ (vgl. dazu *RGZ* 99, 147),

sie gilt aber auch in anderen Fällen objektiver Mehrdeutigkeit oder gar Unrichtigkeit (vgl. *Mayer=Maly*, in: *MunchKomm.*, §133 Rdnr. 15). Praktische Fälle sind selten, weil in der Regel schon die Auslegung der Willenserklärungen nach den oben (1 b) entwickelten Grundsätzen das tatsächlich Gewollte zum Vertragsinhalt erhebt (so auch in *RGZ* 99, 147; vgl. dazu *Wieling*).

- b) Der Vorrang. des tatsächlich Gewollten gilt nach h. L. auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften. Er ist hier jedoch nur anzuwenden, wenn die Formvorschrift nicht den Interessen Dritter dient (vgl. dazu *Larenz*, AT, § 19 II b). Prakt. Beispiel: *BGH*, NJW 1983, 1610 (Parzelle nicht genannt).

3. Korrekturen

- a) Der rechtlich erhebliche Wille steht zur Disposition des Erklärenden, wenn ihm die Anfechtung seiner Willenserklärung wegen -Irrtums zugestanden wird (§§ 119ff., 142ff.). Es handelt sich insoweit um einen Akt der Richtigkeitskontrolle, der nach Belieben des Erklärenden ausgeübt werden kann. Mit der Anfechtungserklärung wird die angefochtene Erklärung vernichtet (und als Folge der Vertrag hinfällig; der herkömmliche Sprachgebrauch, demzufolge der Vertrag selbst angefochten wird, ist ungenau); es gilt dagegen nicht etwa das tatsächlich Gewollte als Inhalt einer neuen Willenserklärung, die der Partner akzeptieren könnte.
- b) Der Umfang der Irrtumsproblematik in jeder Rechtsordnung ist abhängig von der Bedeutung des Vertrauensschutzes bei der (vorgeordneten) Auslegung. Die Konsequenz subjektiv bestimmter Auslegungstheorien ist notwendig eine Einschränkung der Irrtumsanfechtung (vgl. dazu die o. zu § 1 genannte Schrift von *Brox*). Je starker dagegen bei der Auslegung die soziale Verantwortung für Erklärungen betont wird, desto dringender wird auch die Frage nach einem Korrektiv, das dem Prinzip der Selbstbestimmung Rechnung trägt. Jede Korrektur um der Selbstbestimmung willen muss allerdings mit Nachteilen verbunden sein (Pflicht zum Schadensersatz gem. § 122), weil die sanktionslose Korrektur die Entscheidung für den Vertrauensschutz aufheben würde.
- c) Das BGB gewährt ein Recht zur Anfechtung nur, wenn sich der Irrtum auf den erklärten Willen bezieht und nie beim Irrtum über andere Vertragsinhalte (u.

4.-6.). Er ist relevant als Irrtum über die äußere Gestalt der Willenserklärung (also nach einem Handlungsfehler) und als Irrtum über den Sinngehalt (also nach einem Deutungsfehler), schließlich nach falscher Obermittlung (§ 120), ausnahmslos jedoch nur nach hypothetischer Kausalitätskontrolle.

4. Der hypothetische Wille

a) Er ist Gegenstandsgebiet der ergänzenden Vertragsauslegung nach den Grundsätzen des § 157. Ausgelegt werden nicht mehr die Willenserklärungen die den Vertrag konstituieren, sondern der Vertrag als Regelung (vgl. *Larenz*, AT, § 29 I gegen *Luderitz*). Es gilt, ein (auch bewusst; vgl. *BGH*, WM 1976, 251; NJW 1981, 219, 220) unvollständiges Regelungsgefüge folgerichtig um 'Inhalte zu erweitern (die nicht Bestandteile der Willenserklärungen werden). Dabei ist der Sinn des Rechtsgeschäfts mit seinen jeweiligen Besonderheiten zu entfalten (vgl. *Larenz*, AT, § 291; *Mayer-Maly*, in: MünchKomm., § 157 Rdnr. 26) und nicht etwa das Rechtsgeschäft als Typus (a. A. *Flume*, § 16, 4 b). Ob er spitz t ist die Überzeugung, dass die Auslegung „sich als zwingende selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhang des Vereinbarten ergeben muss“ (*BGHZ* 77, 301,304).

b) Der hypothetische Parteiwille wird heute in der Regel als „objektivierter mutmaßlicher Wille“ aufgefasst (so ausdrücklich *BGH*, NJW 1979, 1705, 1706, während andere Entscheidungen — vgl. etwa NJW 1978, 695 - ganz den konkreten Parteien zugekehrt sind), als ein „objektives Kriterium“, das den „vernünftigen Willen“ bei „redlicher Denkweise“ beruft (vgl. *Flume*, § 16, 4 a; *Larenz*, AT, § 29 I). Nach einer Minderansicht (*Henckel*; *Mangold*, NJW 1961, 2284) handelt es sich im § 157 bereits um die Anwendung ergänzender Rechtsnormen auf das rechtsgeschäftlich begründete Rechtsverhältnis.

Wird der hypothetische Parteiwille objektiviert, so können zwanglos auch Veränderungen der Umstände seit dem Vertragsschluss bei der späteren ergänzenden Auslegung mitgedacht werden. Für den *BGH* vgl. , *BGHZ* 12, 337, 343; 23, 282, 285.

c) Auch als normatives Kriterium darf der hypothetische Parteiwille nicht dem tatsächlichen widersprechen. Ergänzende Vertragsauslegung darf ferner nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen (vgl. *BGHZ* 40, 91, 103; 77, 301, 304), d.h.

nicht das „Beziehungsfeld“⁴⁹ überschreiten, das geregelt werden sollte (vgl. *Mayer=Maly*, in: Munch-Komm., § 157 Rdnr. 49).

. d) Vielfach wird der hypothetische Wille missbräuchlich (oft zusammen mit § 242) auch zur (scheinpositivistischen) Rechtfertigung richterlicher Rechtsfortbildung verwandt (vgl. als klassisches Beispiel die „Verträge mit Schutzwirkung für Dritte“ u. §16 unter II2).

5. *Dispositives Recht*

a) Es regelt von den Parteien nicht bedachte Fragen mit dem Anspruch auf Richtigkeit (verstanden als Gewähr sozialer Gerechtigkeit und als Vollzug der Intentionen der Parteien) in typischer Sicht.

b) Im Aufbau des Vertragsrechtes aus bestimmten Prinzipien gehört es zum Prinzip der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit (verstanden als Prinzip, das eine gerechte Verteilung der mit dem Vertrag verbundenen Lasten und Risiken gewährleistet), tritt in dieser Sicht aber nicht in Gegensatz zum Prinzip der Privatautonomie, sondern ergänzt es. Vgl. dazu *Wolf; Lorenz*, AT, § 2 V.

6. *Zwingendes Recht*

a) Zwingendes Recht ist ein Element der Richtigkeitsgewahr (hier verstanden als Gewähr sozialer Gerechtigkeit). Es hat zuweilen einen generellen Zuschnitt (vgl. etwa die §§ 138, 248 IA, 276II), zuweilen aber auch nur einen vertragsspezifischen (vgl. etwa die §§ 476, 537 III, 543 S. 2, 547a III). Unbedingte Geltung ist selten ausdrücklich angeordnet (§ 619). Sie ergibt sich sonst aus der Nichtigkeit als Rechtsfolge (so in den oben genannten Beispielen) oder aus dem Schutzzweck der Norm (Beispiel: § 626 im Gegensatz zu § 627).

b) Zwingenden Rechten sind auch alle Normen, die Möglichkeiten und Grenzen der Privatautonomie umreißen (Wirksamkeitsvoraussetzungen für Willenserklärungen in persönlicher Hinsicht; Typenzwang und Typenfreiheit etc.) und sie formal steuern (Formvorschriften).

IV. **Konkurrenzen der Elemente**

1. Zwingendes Recht hat stets den Vorrang vor dem rechtlich erheblichen Willen der Parteien.

2. a) Dispositives Recht weicht dem rechtlich erheblichen Willen der Parteien, und zwar auch dann, wenn es mit der idealen rechtsgeschäftlichen Entscheidung (verstanden als die Entscheidung, die alle miteinander kollidierenden Interessen abwägt und in ihrem relativen Wert bedenkt) besser zu vereinbaren ist als die von den Parteien gewählte Vertragsordnung. Die Bindung der Parteien an (wie immer auch gefundene) Prinzipien der materialen Gerechtigkeit objektiviert den Vertragsinhalt und muss folgerichtig zu Ende gedacht die Gestaltungsfreiheit der Parteien überhaupt beseitigen.

b) Zum Problem der ungerechten Vertragsgestaltung bei ungleichen (nicht notwendig wirtschaftlichen) Machtlagen vgl. insbesondere *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit (Möglichkeit, in Selbstbestimmung einen gerechten Ausgleich zu finden, als Voraussetzung der Anerkennung selbstbestimmter Vereinbarungen) und JZ 1976, 41 (für die Zukunft mit der Forderung nach einer subjektiven Recht auf Vertragsschluß zu den Bedingungen des dispositiven Rechts für einseitige Handelsgeschäfte im Bereich des Warenumsatzes).

3. a) Das Verhältnis von dispositivem Recht und ergänzender Vertragsauslegung ist abhängig von der Einordnung der ergänzenden Vertragsauslegung. Wird § 157 als Norm verstanden, die Lücken des Gesetzes ausfüllt (*Henckel*), besteht kein Konkurrenzproblem: § 157 setzt erst ein, wenn ergänzendes Gesetzesrecht nicht vorhanden ist. Wird dagegen § 157 der Auslegung zugeordnet (vgl. dazu o. unter III 4 a), so kann sein Maßstab mit demjenigen des dispositiven Rechts in Widerspruch treten,

b) Da das dispositive Recht typische Sachrichtigkeit intendiert, kann ein Vorrang des „hypothetischen Parteiwillens“ nur begründet werden, wenn sich in ihm die ausgleichende Vertragsgerechtigkeit starker konkretisiert. Vgl. dazu *Flume*, § 16, 4 b (nur soweit Geschäft vom gesetzlich geregelten Typus abweicht und wenn dispositives Recht nur als „letzte Aushilfe“ zu verstehen ist mit starker Näherung an *Henckel*); *Lorenz*, NJW 1963, 737 und AT, § 29II (auch bei gesetzlich geregelten Vertragstypen, wenn konkreter Vertrag vom Vorstellungsbild des Gesetzgebers abweicht); *Mayer=Maly*, in: MünchKomm., § 157 Rdnr. 40; *BGHZ* 74, 370, 373f. Ein Vorrang ist ferner anzuerkennen, wenn die Vertragspartner die gesetzliche Regelung übereinstimmend ablehnten (vgl. *BGH*, NJW 1975, 1116).

c) Die Rechtsprechung sichert der ergänzenden Auslegung schließlich den Vorrang zu, wenn veraltetes dispositives Recht zu sachwidrigen Ergebnissen führen würde (vgl. *BGH*, NJW

1979, 1706) und offenbart damit (erneut) die engen Verbindungen zwischen § 157 und (verdeckter) richterlicher Rechtsfortbildung.

§ 3. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Literatur zum AGBG (beschränkte Auswahl aus einem ständig anschwellenden, schon heute kaum noch übersehbaren Schrifttum): *Heinrichs*, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 ff.; *Schmidt=Salzer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl. (1977); *M. Wolf*, Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1937ff.; *Weick*, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, 11 ff.; *Garni* für Abgrenzung der Aushandlungsvereinbarungen, JZ 1978, 302ff.; *F. Ebel*, Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1978, 1033ff.; *Baumann*, Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1978, 1953 ff. *Schapp*, Die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts für die Inhaltskontrolle von AGB nach § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, Betr. 1978, 621 ff.; *Bilda*, Preisklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, MDR 1979, 89 ff, Kötz, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, HNJW 1979, 785 ff. *Jaeger*, „Stellen“ und „Aushandeln“ vorformulierter Vertragsbedingungen, NJW 1979, 1569ff.; *Brambring-Schippel*, Vertragsmuster des Notars und Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1979, 1802ff.; *Baumann*, Schriftformklauseln und Individualabrede BB 1980, 551 ff.; *Sonnenschein*, Formularmietverträge im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes, NJW 1980, 1489ff. und S. 1713ff.; *Bauch*, Abschied vom sogenannten kaufmännischen Bestätigungsschreiben?, NJW 1980, 1731 ff.; *M. Wolf*, Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1980, 2433ff.; *Locher*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1980; *Garrn*, Zur richterlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, NJW 1980, 2782ff.; *Bunte*, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz, AcP 181 (1981), 31 ff.; *Sambac*, Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB, NJW 1981, 313ff.; *Ulmer*, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln, NJW 1981, 2025ff.; *Roussos*, Freizeichnung von Schadensersatzansprüchen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1982; *Stein*, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, 1982; *de Lousanoff* Die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1982, 1727ff.; Graf *Lambsdorff-Hubner*, Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz, 1982; *Ulmer-Brandner-Hensen*, AGB-Gesetz, 4. Aufl. (1982).

I. Einführung in die Problematik

1. In einem engeren Sinn sind allgemeine Geschäftsbedingungen lediglich die für den Massenverkehr bestimmten typisierten Vertragsinhalte derjenigen Marktteilnehmer, die planmäßig gleichartige Geschäfte in großer Zahl tätigen. Mit unscharfen Grenzen sondern sie sich von den sog. Formularverträgen.

Das AGBG definiert die allgemeinen Geschäftsbedingungen dagegen als „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei stellt“ und wählt damit eine Begriffsbestimmung mit drei wesentlichen Elementen. Notwendig sind (1) ein fertiger Entwurf, der (vom Verwender oder von einem Dritten für mögliche Verwender) bereitgehalten wird, (2) dessen Bestimmung für eine „Vielzahl von Verträgen“ (damit nicht notwendig: für den Massenverkehr) und (3) die Einseitigkeit, mit welcher er dem Vertragspartner auferlegt wird. Mit dieser Definition, die vom Schutzbedürfnis des Vertragspartners aus gedacht ist, werden recht unterschiedliche Sachverhalte unseres Soziallebens über einen Leisten geschlagen. Auch die Kautelarpraxis der Notare kann dem AGBG unterworfen sein, zwar nicht als vorformulierter Entwurf, der vom Notar vorgeschlagen wird (dafür, aber *Garrn*, NJW 1980, 2782ff. im Anschluss an *BGHZ* 74, 207), wohl aber als Entwurf der auf Initiative einer Vertragspartei verwendet wird (vgl. *BGHZ* 83, 56, 58; *Medicus*, AT, Rdnr. 406; *Kotz*, in: MünchKomm. § 1 AGBG Rdnr. 8; *Brambring-Schippel*, NJW 1979, 1802ff.).

2. Die dem Individualvertrag zugrundeliegende Vorstellung zweier ökonomisch, sozial und intellektuell etwa gleichwertiger Vertragspartner verfehlt dort, wo AGB zur *lex contractus* werden, jedenfalls oft die soziale Wirklichkeit; die von jener Vorstellung gespeiste Bereitschaft des BGB, weite Teile des Vertragsrechts der Disposition der Vertragspartner zu überlassen, verliert damit ihre Grundlage. In ständig zunehmendem Maße hat deshalb die Rechtsprechung die Aufgabe übernommen, die Vertragsgerechtigkeit wenigstens in Grenzen zu gewährleisten. Mit dem AGBG vom 9. 12. 1976 hat die Legislative (weithin aufbauend auf den Ergebnissen der Rechtsprechung, zuweilen aber auch — so in § 2 AGBG — über sie hinausgehend) ihre Prärogative ausgenutzt.

3. Mit AGB verbinden sich Rationalisierungseffekte durch Vereinfachung des Geschäftsbetriebes und Steigerung der Rechtssicherheit (ersparte Prozesse). Sie

beherrschen heute weithin den Markt; weithin frei von AGB ist allerdings bislang das Handwerk geblieben. Das AGBG wird die Verbreitung gewiss nicht einschränken. Seine Regeln bleiben nicht weniger kalkulierbar als das zuvor herrschende Richterrecht.

4. Ob und inwieweit Entlastungen des Verwenders (insbesondere durch Risikoverlagerungen) sich auch zugunsten des Vertragspartners in der Preisgestaltung auswirken (sog. Preisargument), ist eine Frage, die nur von Fall zu Fall beantwortet werden kann. Sicher ist jedenfalls, dass das Preisargument die Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle weder generell noch in einzelnen Ausprägungen ausschließen kann (zum Einfluss auf die Rechtsanwendung vgl. u. IV 4 b). Unrechtmäßiges wird nicht rechtmäßig, wenn es auch zu erwünschten Ergebnissen führt.

5. Preis der verstärkten Kontrolle ist ein dualistisches Vertragsrecht, das in seinem zweiten Zweig (AGB) keine Einheit bildet. Das AGBG beschränkt seinen Geltungsanspruch sowohl sachlich (vgl. §23 AGBG) als auch persönlich (§24 AGBG mit beschränktem Sonderrecht für Kaufleute und juristische Personen des öffentlichen Rechts). Zum Teil (etwa für die Frage, ob AGB Vertragsbestandteil geworden sind im Rechtsverkehr unter Kaufleuten) bleibt damit das alte Richterrecht maßgebend (doch werden sich gewiss Anpassungen an das AGBG einstellen).

Die folgende Übersicht stellt das AGBG mit seinem Geltungsanspruch für den Rechtsverkehr mit dem privaten Verbraucher dar. Die Besonderheiten des kaufmännischen Verkehrs wurden nicht beachtet {vgl. für ihn etwa *Helm*, Zur Inhaltskontrolle von AGB bei Verwendung gegenüber Kaufleuten, BB 1977, 1109 ff.; *Schlechtriem*, in: Festschr.; f. Duden, 1977, S. 571 ff.; *Eberstein*, Die zweckmäßige Ausgestaltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Verkehr, 2. Aufl. [1980]}.

II. Der Vertrag

1. Die Teile

- a) AGB regeln Verträge, die in ihrem „Kern“ (Leistungsgegenstände) stets individuell bestimmt sind. Insoweit ist ausnahmslos der individuelle vom allgemein bestimmten Vertragsteil zu sondern.

b) Zu den Individualabreden gehören ferner alle Abmachungen, die „zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind“ (§ 1 O AGBG). Der *BGH* rechnet dazu auch unverändert gebliebene Klauseln von AGB, falls der Verwender zur Abänderung bereit ist und der Geschäftspartner dies bei den Vertragsverhandlungen weiß (vgl. *NJW* 1977, 624). Vielfach wird diese Rechtsprechung gänzlich abgelehnt oder nur mit Einschränkungen für richtig gehalten (Nachweise zum Streit in *BGH*, *NJW* 1979, 367ff.; vgl. ferner *Locher*, S. 24 ff. [billigend]; *Larenz*, AT, § 29a I a [nur, wenn über die Klausel tatsächlich verhandelt wurde; *Medicus*, AT, Rdnr. 407 [nur, wenn Einfluss auf die Bedingungen konkret möglich und zumutbar war]).

c) Individualabreden haben den Vorrang vor AGB (§ 4 AGBG), weil in ihnen ein speziellerer Parteiwille zum Ausdruck kommt. Es handelt sich nicht um eine Auslegungsregel (so aber viele; vgl. *Locher*, S. 48ff.), sondern um eine Kollisionsregel nach Auslegung mit dem Ergebnis eines Widerspruchs. Aus der Praxis vgl. als Beispiel *BGH*, *NJW* 1981, 1959 einerseits (kein Widerspruch zwischen Vorschuss und Skonto) und *BGHZ* 50, 200 andererseits (Widerspruch zwischen Zusicherung bestimmter Eigenschaften und Freizeichnung).

§ 4 AGBG gilt nach h. M. auch für mündliche Abreden, selbst wenn die AGB nur schriftliche Abreden anerkennen (vgl. *Kötz*, in: *MünchKomm.*, §4 AGBG Rdnr. 7; *Larenz*, AT, § 29II a; *Locher*, S. 51 ff.). Doch kann die Vertretungsmacht von Vertretern des Verwenders auf schriftliche Erklärungen oder durch einen Bestätigungsvorbehalt beschränkt sein (vgl. dazu *Medicus*, AT, Rdnrn. 422 ff.).

2. Einbeziehung der AGB

a) Gegenüber den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts ist die Aufnahme der AGB in den Vertragsinhalt erschwert (§ 2 AGBG). Die Notwendigkeit eines qualifizierten Hinweises auf die AGB und die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme schränkt die Möglichkeit der Einigung durch schlüssiges Verhalten erheblich ein.

b) Bei Vertragsschluss durch Telefon oder Telex genügt der Hinweis, dass Vertragsbereitschaft nur bei Geltung der eigenen AGB bestehe und Bereitschaft zur Durchsage auf Anfordern gegeben sei. Vgl. *Locher* S. 31 ff.

c) Sehr strittig ist die Frage nach der Anwendung des § 2 AGBG im Verkehr mit Ausländer (vgl. dazu etwa *Locher*, S. 32ff. [Verwender kann da von ausgehen, dass im Inland wohnende

Ausländer einen Hinweis oder Aushang verstehen oder sich in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis verschaffen]; Kötz, in: MünchKomm., §2 AGBG Rdnr. 9 [Sprachrisiko nicht auf Ausländer abzuwälzen; Hinweise in einer auch einem ausländischen Kunden verständlichen Art; Verschaffung einer gerade ihm zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme]).

d) AGB können auch nach dem Vertragsschluss (durch Änderungsvertrag) Vertragsinhalt werden. Doch genügen Hinweise auf Rechnungen, Lieferscheinen und ähnlichen Schriftstücken nicht, weil sie im Rechtsverkehr wegen ihrer speziellen Funktion oft gar nicht vertretungsberechtigten Personen zugeleitet werden (vgl. Larenz, AT, §29alb; Kötz, in: MünchKomm., §2 AGBG Rdnr. 7; BGH, NJW 1978, 2243 [Lieferschein]). i

3. Wechselseitiger Hinweis auf AGB

a) Die Frage nach der Geltung, falls beide Parteien ihre AGB (in einer § 2 AGBG entsprechenden Weise) in die Vertragsverhandlungen einführten (meist mit einer „Abwehrklausel“, die ausdrücklich die Geltung anderer AGB ausschließt), ist vom AGBG nicht aufgegriffen worden. Mangels besonderer Regelung ist das allgemeine Vertragsrecht anzuwenden.

b) Nach Angebot und Auftragsbestätigung mit AGB gilt § 150II. Die Gegenofferte bedarf ihrerseits der Annahme (die gerade nicht erfolgt, wenn der Offerent in den weiteren Verhandlungen auf seinen AGB beharrt). Eine Ausnahme hegt nicht schon in widerspruchsfreier Hinnahme der Auftragsbestätigung (vgl. BGH, JZ 1977, 602).

c) Nach Angebot und Bestätigungsschreiben mit AGB gelten die für das kaufmännische Bestätigungsschreiben entwickelten Rechtssätze (vgl. zu ihnen o. § 1 III 4). Der Offerent muss also grundsätzlich widersprechen, wenn er die Geltung der AGB seines Vertragspartners vermeiden will. Hat jedoch der Offerent zum Ausdruck gebracht, dass er nur zu seinen AGB abschließen und AGB des Vertragspartners nur mit schriftlicher Zustimmung Geltung erlangen konnten, so liegt eine Ausnahme vor, weil der Bestätigende nicht mit dem Einverständnis des Vertragspartners rechnen konnte.

d) Soweit eine Einigung nicht erreicht wurde, der Vertrag jedoch zur Ausführung kam, sind die §§ 154, 155 anzuwenden (mit Geltung der AGB, soweit sie sich decken, unter Anwendung des dispositiven Rechts auf die offen gebliebenen Fragen; vgl. Larenz, AT, §29alb; Kötz, in: MünchKomm., §2 AGBG Rdnr. 31). Nur in der Begründung anders BGHZ

61, 282 (§ 150II mit § 242 zu korrigieren); *Flume*, § 37, 3 und *Medicus*, Rdnr. 75 (Frage der Geltung der AGB im Widerspruchsbereich von den Parteien nicht ausgetragen). Dagegen *Ebel*, NJW 1978, 1033 (strikte „Theorie des letzten Wortes“). Konnte infolge einander widersprechender AGB ein Verkaufsbedingungen vorgesehener Eigentumsvorbehalt schuldrechtlich nicht durchgesetzt (also § 433 I nicht modifiziert) werden, so erwirbt der Käufer gleichwohl (wenn auch vertragswidrig) nur bedingtes Eigentum, weil ihm bekannt war, dass der Verkäufer Eigentum nur aufschiebend bedingt zu übertragen bereit war. Vgl. *BGH*, NJW 1982, 1749 und 1751; *Medicus*, AT, Rdnr. 435.

III. Die Interpretation

1. Grundsätze

- a) Die Besonderheiten von AGB fordern eine objektive Auslegung (vgl. *BGHZ* 62, 251, 252f.). Zu ermitteln ist der Sinngehalt „nach objektiven Maßstäben, losgelöst von der zufälligen Gestaltung des Einzelfalles und den individuellen Vorstellungen der Parteien“ (*BGHZ* 22, 109, 113), denn gewollt ist eine allgemeine Lösung eines stets wiederkehrenden Interessenkonflikts (vgl. *BGHZ* 60, 377, 380).
- b) Auszugehen ist von den in typischer Sicht beim Verwender und seinem Kundenkreis gegebenen Verhältnissen und von durchschnittlichen Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten verständiger und redlicher Vertragspartner, die ihrem Geschäftsverkehr eine allgemeine Grundlage geben wollen. Vgl. *BGHZ* 33, 216, 218.
- c) Bei differenziertem Kundenkreis können Kundengruppen gebildet werden, für die einzelne Klauseln von verschiedener Bedeutung sein können.
- d) Haben die Parteien übereinstimmend einer Klausel eine besondere Bedeutung beigelegt, so gilt das gemeinsam Gewollte (arg. § 4 AGBG).
- e) Werden Fachausdrücke verwendet, die in der Umgangssprache einen anderen Bedeutungsgehalt haben, so gilt die fachspezifische Bedeutung nur, wenn der Kundenkreis in typischer Sicht mit der Fachsprache vertraut ist oder vertraut sein muss (vgl. dazu *BGHZ* 18, 311, 317f.).

2. Die Unklarheitenregel (§ 5 AGBG)

- a) Sie ist anzuwenden, wenn „Zweifel“ bei der Auslegung von AGB geblieben sind (vgl. *BGH*, NJW 1979, 540, 542), also mehrdeutige Klauseln alternativ interpretiert werden können. Ob neben ihr das alte Restriktionsprinzip (enge Auslegung benachteiligender Klauseln) anzuwenden ist, ist strittig geblieben (bejahend etwa *Locher*, S. 48; verneinend etwa *Sambac*; *Kötz*, in: MünchKoram., § 5 AGBG Rdnr. 5).
- b) Die ältere Rechtsprechung hat die Unklarheitenregel bisweilen als Mittel der (versteckten) Inhaltskontrolle missbraucht (Behauptung von Unklarheiten trotz eindeutiger Regelung).
- c) § 5 AGBG ist von besonderer praktischer Bedeutung bei der Bestimmung der Ansprüche, für die eine Freizeichnungsklausel gelten soll. Vgl. etwa *BGHZ* 67, 359, 366 (Ausschluss von Schadensersatzansprüchen unter dem Titel Haftung für Mangel der Lieferung gilt nicht für deliktische Ansprüche) und dazu als Kontrast *BGH*, NJW 1979, 2184.

IV. Die Inhaltskontrolle

1. Überraschungsklauseln (§3 AGBG)

- a) Sie „werden nicht Vertragsbestandteil“. Die ungewohnte Formulierung hat keine besondere Bedeutung; sie ist identisch mit der Feststellung der Unwirksamkeit, hat also auch deren Konsequenzen (dazu u. V.).
- b) Maßstab der Ungewöhnlichkeit sind die Vorstellungen und Erwartungen redlicher Vertragspartner mit durchschnittlicher Geschäftserfahrung, Aufmerksamkeit und Umsicht (Bildung von Kundengruppen möglich). Indiz: Abweichung von den Regeln des gesetzlichen Leitbildes des Vertrages (vgl. *BGHZ* 75, 15, 22) oder vom Branchenüblichen (*BGH*, NJW 1978, 1519).
- c) § 3 AGBG ist nicht anzuwenden, wenn auf eine Klausel bei den Vertragsverhandlungen ausdrücklich „eindeutig und unmissverständlich“ hingewiesen wurde. Vgl. *BGHZ* 75, 15, 22 (Formularvertrag). Vgl. ferner *BGHZ* 83, 56, 60 (Überraschungsklausel, obwohl der beurkundende Notar den Vertrag vorgelesen hatte). Die Lektüre der AGB schließt eine Überraschung nur mit solchen Klauseln aus, die so deutlich herausgehoben sind, dass ein Überlesen praktisch ausgeschlossen ist.

2. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§11 AGBG)

a) Gemeint sind Klauselverbote ohne unbestimmte Rechtsbegriffe. Tatsächlich wurde die Sonderung derartiger Klauselverbote von den anderen in der Norm nicht durchgehalten (vgl. Nr. 7 mit „grob fahrlässiger Vertragsverletzung“, Nr. 10c mit Aufwendungen, die „erforderlich werden; Nr. 10 d mit einem „unverhältnismäßig hohen Teil des Entgelts“; Nr. 10e mit „offensichtlichen“ Mängeln).

b) Das Gesetz hat zwar die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit den anderen nachgestellt; sie sind jedoch wegen ihrer größeren Bestimmtheit vor jenen zu prüfen.

Die Darstellung der einzelnen Klauselverbote hat im jeweiligen Sachzusammenhang zu erfolgen. Als Kernstück kann die Nr. 10 gelten mit den Grenzen der Freizeichnung von der Gewährleistung.

3. Μετάφρασμα

Μέρος 1. Δικαιοπραξίες

1. Η επιτρεπόμενη νομικά ισχυρή συμπεριφορά

Βιβλιογραφία: Manigk , Willenserklärung und Willensgeschäft(δήλωση και πράξη βουλήσεως) , 1907, Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne(Οι νομικές έννομες πράξεις υπό στενή έννοια), 1912, Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäftes(Η μέθοδος της ερμηνείας της δικαιοπραξίας), 1930, Krause , Schweigen im Rechtsverkehr(Σιωπή στην νομική πράξη), 1933, από Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie(Το πρόβλημα της δικαιοπρακτικής ιδιωτικής αυτονομίας), 1936, Manigk, Das rechtswirksame Verhalten(Η νομικά ισχυρή συμπεριφορά), 1939, Larenz, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten(Η αιτιολόγηση από ενοχικές σχέσεις μέσω κοινωνικοτυπική συμπεριφορά), NJW 1956, 1897 κ.ε., Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung(Η μείωση της ακύρωσης λόγω πλάνης), 1960, Flume, Das Rechtsgeschäft und das rechtliche relevante Verhalten(Η δικαιοπραξία και η αντίστοιχη νομική συμπεριφορά), AcP 161 (1962), 52 κ.ε., Hanau, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung(Αντικειμενικά στοιχεία στο στοιχείο πραγματώσης της

δήλωσης βουλήσεως), AcP 165 (1965), 220 κ.ε., *Hübner*, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung (Καταλογισμός αντί πλάσματος δικαίου μιας δήλωσης βουλήσεως), σε: έκδοση *F. Nipperdey*, Bd. I, 1965, εδ.373 κ.ε., *Kuchinke*, Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens(Περί δογματισμού του πιστοποιητικού), JZ 1965, 167 κ.ε., *Fabricius*, Stillschweigen als Willenserklärung(Σιωπή ως δήλωση βουλήσεως), JuS 1966, 1 κ.ε., *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes(Ιδιωτική αυτονομία και αντικειμενική βάση της υποχρεωτικής δικαιοπραξίας), 1967, *Bartholomeyczik*, Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung(Τα υποκειμενικά χαρακτηριστικά της δήλωσης βουλήσεως), σε: έκδοση *f. Ficker*, 1967, εδ. 51¹κ.ε., *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr(Περί σιωπής στην δικαιοπρακτική κίνηση), 1968, *Rothoef*, System der Irrtumslehre(Το σύστημα της θεωρίας της πλάνης), 1968, *Gudian*, Fehlen des Erklärungsbewußtseins(Ατοπα της συνείδησης της δήλωσης), AcP 169 (1969), 232 κ.ε., *Willoweit*, Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen(Οριοθέτηση και νομική σημασία μη δικαιοπρακτικών συμφωνιών), 1969, *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht(Η ευθύνη εμπιστοσύνης στο γερμανικό ιδιωτικό δίκαιο), 1971, *Lorenz*, Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft (Το πρόβλημα της ευθύνης των βλαβών επί της περιουσίας κατά την έκδοση μιας ανακριβής πληροφόρησης), σε: έκδοση *f. Larenz*, 1973, εδ.575 κ.ε., από *Craushaar*, Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht (Η σημασία της θεωρίας των δικαιοπραξιών για την προβληματική της εικονικής πληρεξουσιότητας), AcP 174 (1974), 2 κ.ε., *Bydlinski*, Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft(Συνείδηση της δήλωσης και Δικαιοπραξία), JZ 1975, 1 κ.ε., *Walchshöfer*, Das abweichende kaufmännische Bestätigungsschreiben(Το παρεκκλίνον εμπορικό πιστοποιητικό), BB 1975, 719 κ.ε., *Dirichs*, Die Haftung für die Erteilung einer falschen Kreditauskunft bei Mitwirkung zweier Banken(Η ευθύνη για την έκδοση εσφαλμένων πληροφοριών για την πιστοληπτική ικανότητα κατά την συνεργασία δύο τραπεζών), WM 1976, 1078 κ.ε., *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen(Δικαιοπραξία και συμφέροντα τρίτων), AcP 177 (1977), 113 κ.ε., *Lammel*, Zur Auskunftshaftung(Περί ευθύνης πληροφόρησης), AcP 179 (1979), 337 κ.ε., *Litterer*, Vertragsfolgen ohne Vertrag(Συνέπειες σύμβασης δίχως σύμβαση), 1979, *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag(Αυτοδέσμευση δίχως συμβόλαιο), 1981, *Köhler*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen(Η

¹Έγγραφο του JuS 87, 2. A.

προβληματική αυτοματοποιημένων νομικών συμβάντων ,ιδίως από δηλώσεις βουλήσεως), AcP 182 (1982), 126 κ.ε.

I. Εισαγωγή στην προβληματική

1. Η θεωρία της επιτρεπόμενης νομικά ισχυρής συμπεριφοράς είναι μόνο ένα μέρος (ίσως και το ουσιαστικότερο) της θεωρίας του πραγματικού νομικού γεγονότος . Το πραγματικό είναι το σύνολο των απαραίτητων περιστάσεων (τα οποία συνηθίζει να αναγνωρίζει καθένας για τον εαυτό του ως στοιχεία του πραγματικού) για την πραγμάτωση μιας νομικής συνέπειας. Το πραγματικό και η νομική συνέπεια συνδέονται μεταξύ τους όσον αφορά το αίτιο και την ισχύ: η νομική συνέπεια συμβαίνει , επειδή το πραγματικό έχει εκπληρωθεί.
2. Τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης μπορούν να συνταχθούν μονομερώς (τότε περιττεύει να μιλάμε για στοιχεία), μπορούν όμως επίσης να συνταχθούν και σε πλειοψηφία, μάλιστα ένα πλήθος από περιστάσεις συναρμολογεί την μοναδικότητα του πραγματικού περιστατικού (διακανονισμός και παράδοση βάσει το §929, σύνταξη μιας διαθήκης και θάνατος του κληροδότη για την έναρξη της καθορισμένης κληρονομικής διαδοχής τελευταίας βουλήσεως).
3. Η ανθρώπινη συμπεριφορά προσφέρεται για κάθε νομοθεσία ως πιθανό στοιχείο του πραγματικού γεγονότος (ή επίσης: ως μεμονωμένο περιστατικό) για ένα πλήθος πολύ διαφορετικών νομικών συνεπειών. Η αξία ανεβαίνει και κατεβαίνει με το βάρος ,το οποίο μία νομική συνέπεια δικαιούται στην ιδέα της αυτοδιάθεσης και της προσωπικής ευθύνης.
4. Η ουδέτερη και η παράνομη συμπεριφορά διαχωρίζονται από την νόμιμη(όχι όλα, όσα δεν αποδοκιμάζονται, είναι σύμφωνα με τον νόμο. Η συνηθισμένη διχοτομία μεταξύ της επιτρεπόμενης και της ανεπίτρεπτης συμπεριφοράς είναι πολύ στενή).
5. Η θεωρία των δικαιοπραξιών γίνεται αντιληπτή κανονικά ως πυρήνας της θεωρίας της νομικά ισχυρής συμπεριφοράς. Κι όμως η δικαιοπραξία δεν είναι καμία μορφή συμπεριφοράς , αλλά μία μορφή του πραγματικού γεγονότος, έστω και μια , η οποία ενέχει απαραίτητα μία συγκεκριμένη πράξη- μια δήλωση βουλήσεως – και σε πολλές περιπτώσεις είναι ταυτόσημη με αυτή. Η συνώνυμη χρήση (που παρακολουθείται και

από τον αστικό κώδικα που και που) του ορισμού «δικαιοπραξία» και «δήλωση βουλήσεως» έχει αποτύχει: καμία δικαιοπραξία δεν υπάρχει χωρίς δήλωση βουλήσεως και καμία δήλωση βουλήσεως δεν υφίσταται χωρίς δικαιοπραξία . Πάραυτα δεν αποτελεί κάθε δήλωση βουλήσεως και μια δικαιοπραξία. Η μεταβίβαση ενός κινητού πράγματος σύμφωνα με το §929 εδ.1 ,είναι για παράδειγμα μια δικαιοπραξία , η οποία αποτελείται από δύο διαφορετικά στοιχεία πραγματικού γεγονότος: τον διακανονισμό ως συμβόλαιο (που αποτελείται από δύο δηλώσεις βουλήσεως) και την υλική πράξη της παραδόσεως. Η δικαιοπραξία εδώ είναι ταυτόσημη με το πραγματικό γεγονός για την έναρξη της νομικής συνέπειας (αλλαγή κυριότητας). Πολλαπλή θεωρείται η δικαιοπραξία που αποτελείται από περισσότερα στοιχεία πραγματικού γεγονότος αλλά από επίσης μόνο ένα στοιχείο (που συμπεριλαμβάνεται σε αυτή) πραγματικού γεγονότος ενός εκτενέστερου περιστατικού (κληρονομική σύμβαση και θάνατος του κληροδότη ως πραγματικό γεγονός μιας κληρονομικής διαδοχής).

6. Πρέπει να διαχωρίζει κανείς τις προϋποθέσεις της ενέργειας από τα στοιχεία του πραγματικού περιστατικού της δικαιοπραξίας. Η οριοθέτηση εφαρμόζεται σύμφωνα με τον κανόνα ενός ποιοτικού μέτρου: στα στοιχεία του πραγματικού γεγονότος της δικαιοπραξίας υπολογίζονται μόνο οι περιστάσεις, οι οποίες περιγράφουν «το κύριο αίτιο» της έννομης ενέργειας (*Lehmann-Hübner*, §201) ή εκείνες, που «μπορούν να περιγραφούν ως μέρος δικαιοπλαστικής πράξης» (*Flume*,§ 2, 3 c). Κατά την πώληση ενός ακινήτου βρίσκονται για παράδειγμα οι δηλώσεις βουλήσεως των συμβαλλόμενων μερών των στοιχείων του γεγονότος, πάνω στο οποίο η διατήρηση της μορφής (§313 εδ.1) αποτελεί μια προϋπόθεση ενέργειας.
7. Προϋπόθεση ενέργειας μπορεί επίσης να είναι μια έννομη συμπεριφορά, αλλά και ιδίως μια δήλωση βουλήσεως. Κατά την μεταβίβαση ενός ακινήτου, η οποία χρειάζεται την έγκριση των συζύγων σύμφωνα με το §1365, σχηματίζουν την συμφωνία μεταβίβασης κυριότητας και εγγραφή των στοιχείων της δικαιοπραξίας «μεταβίβαση». Η συμφωνία των συζύγων παρουσιάζεται ως προϋπόθεση ενέργειας (άλλα ισχύουν για την συμφωνία ενός νομικού εκπροσώπου).

II. Δηλώσεις βουλήσεως

1. Το πραγματικό γεγονός

α) Για την έννοια μιας δήλωσης βουλήσεως αναφέρεται κανείς σε δύο σημασίες: Μπορεί να είναι η έννοια της πλήρους αποτελεσματικής δήλωσης βουλήσεως . Πιο συχνά για το ελάχιστο γεγονός της δήλωσης βουλήσεως εμφανίζεται η ομιλία.

Β)Το ελάχιστο γεγονός διαχωρίζει την (εν ανάγκη ανίσχυρη) δήλωση βουλήσεως από όλες τις άλλες πράξεις, οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να χαρακτηριστούν ως δηλώσεις βουλήσεως.

Δήλωση βουλήσεως υπό μια έννοια είναι κάθε πράξη (στης οποίας την έννοια ανήκει μια βούληση ενέργειας ή συνείδηση αυτής), ιδίως κάθε είδος, το οποίο επιτρέπει τα συναλλακτικά ήθη ή μια συμφωνία που έπεται της λήξης μιας δικαιοπρακτικής βουλήσεως, εφόσον εκείνη γίνεται με συνείδηση της δήλωσης.

Γ) Στον ορισμό της δήλωσης βουλήσεως πλήρους αποτελεσματικότητας ανήκει εκτός από το ελάχιστο γεγονός επιπλέον η ύπαρξη μιας αλάνθαστα διαμορφωμένης δικαιοπρακτικής βουλήσεως. Αυτή η έννοια (η «ολοκληρωμένη έννοια» της δήλωσης βουλήσεως) δεν ανοίγει τον δρόμο σε συγκεκριμένα σύνολα κανόνων. Δεν είναι όμως απαραίτητο να καθοριστεί ,όταν ισχύει αυτό, που σημαίνει ιδιωτική αυτονομία(γιατί με αυτό δίνεται η δέσμευση με το δεδηλωμένο). Είναι μακριά από τον κανόνα, πάνω στον οποίο προσανατολίζεται το δικαίωμα του ελαττώματος βούλησης (για την ερώτηση λοιπόν, εάν η δήλωση βουλήσεως πρέπει να έχει διάρκεια).

2. Δικαιοπρακτική βούληση

Α)Που επαρκεί ήδη μετά την λήξη της δικαιοπρακτικής βουλήσεως (εν ανάγκη ανύπαρκτης) για το ελάχιστο γεγονός, που προκύπτει από την ποιότητα της δήλωσης βουλήσεως ως δήλωση ισχύος και πράξης της κοινωνικής επικοινωνίας με ανάλογη ευθύνη της δικαιοπραξίας έναντι της κυκλοφορίας. Στην θεωρία εγκυρότητας βλ. *Larenz*, AT,§191;*Enecerus-Nipperdey*, §145 II A 3;*Flume*, §4, 4 και 7.

Β) Η δικαιοπρακτική βούληση (αναφερόμενη στο περιεχόμενο της πράξης δηλώσεως) υποδηλώνει βούληση έννομων συνεπειών (βούληση για νομική δέσμευση). Ως πιο αφηρημένη βούληση διαφέρει αυτή από τις πράξεις εφησυχασμού των δηλώσεων βουλήσεως. Βλ. εδώ BGHZ 21, 102, *Medicus*, AT, Παράγραφος 185 κ.ε.

Γ) Η δικαιοπρακτική βούληση στρέφεται σε ένα νομικά αποδεδειγμένο οικονομικό αποτέλεσμα. Βλ. *Lehmann-Hübner*, §24 IV 1b. Κατ' αίτηση (θεωρία της βασικής ακολουθίας) εστιάζει μόνο σε ένα οικονομικό αποτέλεσμα και με τρίτη ματιά σε ένα νομικό (λαμβάνοντας υπόψη τα οικονομικά αποτελέσματα κατά την αναγνώριση του περιεχομένου της δήλωσης βουλήσεως). Βλ. *Flume*, § 4,5.

3. Η συνείδηση της δήλωσης

Α) Η προϋπόθεση της δήλωσης βουλήσεως προκύπτει από την ανάγκη, να εξισορροπηθούν η αντίληψη της εταιρικής ευθύνης με την αντίληψη της ιδιωτικά αυτόνομης μεταρρύθμιση της έννομης σχέσης. Αν λείπει η συνείδηση της δήλωσης, τότε η δικαιοπραξία είναι υποχρεωμένη στον συμβαλλόμενο αποδέκτη βάσει το §122 με ανάλογη αποζημίωση (έναντι όμως *Flume*, §23, 1).

Β) Η θεωρία της συνείδησης της δήλωσης είναι βέβαια πολύ αμφισβητούμενη. Η θέση της νομολογίας δεν είναι ξεκάθαρη (βλ. όμως Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο , NJW 1968, 2102 με ανάγκη μιας γενικής συνείδησης έννομης συνέπειας). Κατά τη θεωρία η συνείδηση της δήλωσης μετριάζεται που και που σε δήλωση γνωστοποιήσεως (βλ. από *Tuhr*, Bd. II 1, ΕΔ. 404). Το §23, 1 κατά *Flume* απαιτεί αυτό μόνο για τις δηλώσεις βουλήσεως μέσω συνεπαγόμενης συμπεριφοράς. Το § 19 III κατά *Larenz* ,ΑΤ αποδίδει τις ήδη υπάρχουσες πράξεις ως δηλώσεις βουλήσεως, όταν η δικαιοπραξία μπορεί να διακρίνει με την πρέπουσα προσοχή, ότι η συμπεριφορά της έχει για τους άλλους την έννοια της δήλωσης εγκυρότητας.

Γ) Μόλις πιο πρόσφατα προωθήθηκε πολύ μια γενικότερη παραίτηση από την συνείδηση δηλώσεως ως στοιχείο του πραγματικού (ως ανανέωση της θεωρίας περί δηλώσεως της πανδεκτιστικής). Βλ. Brox, *Gudian*, *Bydlinski*, από *Graushaar*, *Kramer* σε: MünchKomm., §119 παράγραφος 78κ.ε. παρέκκλιση από Nachw. Συμπέρασμα αυτής της θεωρίας (η οποία – όπως και η αντίθετη θέση – επικαλούνται το §116 κ.ε.), είναι η μετατόπιση του κινδύνου παρεξηγημένης συμπεριφοράς στις δικαιοπραξίες με ανάλογη επέκταση της ακύρωσης λόγω πλάνης. Η ευθύνη τότε του §122 είναι μη προβληματική . Εν τούτοις περιορίζεται εκείνη μεμονωμένα στην περίπτωση της υπαίτιας πράξης (*Gudian*, ομοίως *Medicus*, ΑΤ, παράγραφος 608) και αποτελεί έπειτα ευθύνη από διαπραγματεύσεις.

Δ) Μέσα στην θεωρία της συνείδησης δηλώσεως έχει μείνει διαμφισβητούμενο, εάν μια γενικότερη συνείδηση νομικής συνέπειας επαρκεί ή (όπως κατά την γνώμη μας σωστό)

απαιτείται συνείδηση δικαιοπρακτικής πράξης ή μάλιστα να συνάπτεται η συνείδηση μιας συγκεκριμένης δικαιοπραξίας.

4. Σκοπός δημοσιοποίησης ;

Περί οριοθέτησης της λεγόμενης «εκδήλωσης βούλησης» (π.χ.: εγκατάλειψη νομής κινητού του § 959) από την δήλωση βουλήσεως (κατά τον *Manigk*) ακόμη και σήμερα που και που απαιτείται για την δήλωση βουλήσεως, ο σκοπός δημοσιοποίησης. Βλ. *Lehmann-Hübner* §24 IV. Ο ορισμός «εκδήλωση βούλησης» είναι ξένος για τον αστικό κώδικα. Η επικρατούσα θεωρία τον θεωρεί άκαρπο.

5. Αυτοματοποίηση

Τίποτα ιδιαίτερο δεν ισχύει για την δήλωση βουλήσεως μέσω αυτοματοποιημένων υποθέσεων. Μια μηχανική υπόθεση ποτέ δεν συνυπολογίζεται ως τέτοια. Φορέας μιας δήλωσης βουλήσεως μπορεί να είναι μόνο αυτός, που τέθηκε εξ επί τούτου σε ενέργεια. Για μεμονωμένες ερωτήσεις βλ. το έργο του *Köhler* , επίσης *Medicus*, AT, Παράγραφος. 256.

III. Δήλωση της ίδιας συνυπολογισμένης πράξης

1. Αναφέρεται σε έναν (όχι γενικά άγνωστο) ορισμό, ο οποίος συνοψίζει ποικίλους τρόπους συμπεριφοράς, των οποίων ο κοινός παρονομαστής βρίσκεται στις νομικές συνέπειες. Έχει αποκτήσει μια όλο και περισσότερο σταθερή σημασία ως συνέπεια μιας έντασης μεταξύ της κλασσικής αυτοδιάθεσης και της τυποποιημένης σύγχρονης .
2. Σε μερικές περιπτώσεις ο νόμος ενώνει ένα διάδικο με την σιωπή , παρόλο που μια δήλωση βουλήσεως δεν ανταποκρίνεται στο γεγονός, αλλά οι νομικές συνέπειες αυτής. Βλ. για παράδειγμα τα §§177 II 2, 416 I 2, 568, 612 II. Είναι αμφισβητούμενο, εάν εφαρμόζονται σε αυτές τις περιπτώσεις οι ισχύοντες κανόνες για τις δηλώσεις βουλήσεως (δικαιοπρακτική ικανότητα και ακυρωσία κ.τ.λ.). Η εφαρμογή πρέπει σε κάθε περίπτωση να σταματήσει, εφόσον η σιωπή έχει μια μόνο αρνητική σημασία. Πρέπει να είναι σίγουρο, ότι αποκλείεται μια έφεση λόγω εσφαλμένης εκτίμησης της νομικής σημασίας της πράξεως .

3. Ευρύτερη εξάπλωση βρήκαν στην νομολογία οι εικονικές δηλώσεις βουλήσεως , οι οποίες έχουν «αξιοποιηθεί» από τις περιστάσεις, και δεν πληρούν την έννοια της δήλωσης βουλήσεως. Το επιθυμητό από δικαστή αποτέλεσμα σε αυτές τις περιπτώσεις νομιμοποιείται μέσω ενός δικαιολογητικού πιστοποιητικού από τις βουλήσεις των μερών. Εδώ ανήκουν οι περισσότερες αφανείς εταιρείες ανάμεσα σε συζύγους για διόρθωση ανεπαρκώς ρυθμισμένης συνεργασίας (βλ. πάνω σ' αυτό *Gernhuber*, §20 III), αλλά επίσης και τα περισσότερα λεγόμενα συμβόλαια δέουσας επιμέλειας, ήτοι η πλειοψηφία εκείνων των περιπτώσεων, στις οποίες η νομολογία εγκρίνει ένα συμβόλαιο, το οποίο δεν δικαιολογεί καμία πρωταρχική οφειλή παροχών, αλλά δεσμεύει σε επιμελής πρακτική, όταν διενεργείται οικειοθελώς . Συχνότερα έχει εγκρίνει το Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο (BGH) ένα τέτοιου είδους συμβόλαιο με την ευκαιρία των εκθέσεων πίστωσης των τραπεζών, ασφαλιστικών εταιρειών, εφοριακών ελεγκτών, φοροτεχνικών συμβούλων, δικηγόρων, συμβολαιογράφων.

Βλ. εδώ *Lorenz, Lammel και Köndgen* (εδ. 352 κ.ε.) με την προσπάθεια, να αιτιολογηθεί η ευθύνη της ιδιότητας επιλεγέντος. Για την νομολογία βλ. BGHZ 21, 102,49, 167, OAD, NJW 1979, 1595 (Τράπεζες), WM 1978, 576(Συνήγορος · στην συγκεκριμένη περίπτωση απορρίφθηκε, γιατί δεν «ζήτησε» πληροφορίες.), NJW 1983, 276 (ασφάλεια ζωής).

Μια ευθύνη δεν αποκλείεται πάντα μόνο σε αποδεδειγμένη αιτιότητα (βλ. OAD, NJW 1979, 1599). Απέναντι σε τρίτους μπορεί να υπάρχει μια ευθύνη βάσει το §826 (βλ. Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο, WM 1976, 499, NJW 1979, 1599, *Dirichs*). Αυτή η κατάθεση γίνεται πρακτικά, όταν η πληροφορία εξασφαλίζεται από μία τράπεζα για έναν πελάτη.

Μεταξύ αυτών των τυπικών περιπτώσεων υπάρχει μια μυριάδα εικονικών δηλώσεων σε ειδικές περιπτώσεις, οι οποίες δεν πληρούν ασφαλώς το πεδίο των δηλώσεων βουλήσεως μέσω συνεπαγόμενων πράξεων, όμως στελεχώνουν ευρύ διασπορά.

Το σύνολο του δικαίου της δήλωσης βουλήσεως έπρεπε θεωρητικά να εφαρμοστεί σε κάθε εικονική δήλωση βούλησης. Πράγματι η εφαρμογή (με συνέπεια) πάντα είχε αποφευχθεί, όπου έθετε υπό αμφισβήτηση το επιθυμητό αποτέλεσμα.

4. Παλιό έννομο δικαίωμα είναι η πρόταση, όπου η σιωπή μετά από μια εμπορική γραπτή επιβεβαίωση ισχύει ως συμφωνία στο περιεχόμενο της. Και εύλογα μπορεί στο μεταξύ ,εφόσον έχει ειπωθεί ήδη από μία πρόταση του εθιμικού δικαίου. Περί πολλών προσπαθειών μιας δογματικής αιτιολόγησης , βλ. *Kramer*, σε *MünchKomm.*, §151 παράγραφος 13 κ.ε. (ο ίδιος πιστεύει, ότι μπορεί ο προβληματισμός σχεδόν πλήρως να ενσωματωθεί στην θεωρία της δικαιοπραξίας). Η νομολογία απαιτεί μια ένσταση επίσης απέναντι σε πρόσωπα , τα οποία ενεργούν μόνο εμπορικά και απέναντι σε πρόσωπα, τα οποία διεκπεραιώνουν κανονισμένες από εμπόρους συναλλαγές (βλ. BGHZ 40, 42, OAD, WM 1976, 564).

Συνέπεια της σιωπής είναι μια τροποποίηση του περιεχομένου της συμβάσεως. Μένει βέβαια η σιωπή ασήμαντη, όταν ο επικυρωτής «δεν μπορεί πια να υπολογίζει σε μία συγκατάθεση». Αυτό το όριο χαρακτηρίστηκε πολλές φορές ως ακαθόριστο, αλλά οι άλλες λύσεις δεν είναι καθόλου ακριβείς (βλ. για παράδειγμα *Walchshöfer*, ο οποίος μόνο «μη ουσιώδη σημεία» θεωρεί για συναινετικά, κατά *Medicus*, AT,παράγραφος 443 είναι δεν αξίζει να παρατηρηθούν οι σκοπίμες αλλαγές της αρχικής συμβάσεως). Η απόδειξη πρόσθετης αμφισβήτησης μέσω της σιωπής δεν αποκλείεται (βλ. BGHZ 67, 378). Οι κανόνες που υπάρχουν για τις δηλώσεις βουλήσεως είναι να εφαρμοστούν, αλλά δεν υπάρχει καμία ακύρωση λόγω πλάνης όσον αφορά την σημασία της σιωπής (βλ. BGHZ 11, 1, 20, 149, εγκεκριμένος εφόσον επίσης *Kramer*, σε: *MünchKomm.*, §119 παράγραφος 50κ.ε.).

5. Για την μαζική μεταφορά στον τομέα των δημόσιων υπηρεσιών δημιουργήθηκαν ενοχικοί δεσμοί από κοινωνικοτυπικές πράξεις (βλ. εδώ κυρίως *Larenz*, AT, 28§ II). Η θεωρία αμφισβητείται πολύ ,όπως και πριν (βλ. *Kramer*, σε: *Münch-Komm.*, §151 παράγραφος 99κ.ε. m. Nachw.) θα τις αναλάβει το Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο (BGHZ 21, 319 και 23, 175). Εάν απαιτείται δικαιοπρακτική ικανότητα (μετά επόμενης άλλης μεταβολής τώρα επίσης από *Larenz*, AT, ΕΔ. 494υποσημείωση 1 επιτρεπόμενο), αποκλείεται μια ακύρωση λόγω πλάνης όσον αφορά την σημασία της πράξης.

IV. Νομικές έννομες πράξεις υπό στενή έννοια

Κοινώς: Νομική σημασία χωρίς κατάληξη

1. Αθέμιτες εμπορικές πράξεις

Σε αυτές ανήκουν όλες οι μη τελικές δηλώσεις βουλήσεως (όπως η ειδοποίηση του §284 ή η θέση προθεσμίας του §326 κατά μάλιστα επικρατούσα θεωρία, παρόλο που εδώ η απόρριψη της παροχής κατά άκαρπης λήξης προθεσμίας είναι ένα τελικό στοιχείο) και όλες οι σχετικές γνωστοποιήσεις (όπως η διαμαρτυρία για ελάττωμα του §377 του Εμπορικού Κώδικα, μήνυση του εκχωρητή σύμφωνα με το §§409, 410). Νεώτερες εξελίξεις έχουν χορηγήσει στις αθέμιτες εμπορικές πράξεις παραπάνω χώρο. Έτσι σήμερα η συγκατάθεση από την επικρατούσα θεωρία σε μια παρέμβαση με αυτοπρόσωπα έννομα αγαθά χαρακτηρίζεται ως αθέμιτη εμπορική πράξη. Βλ. BGHZ 29, 33 (η απόφαση αρκείται σε ικανότητα προς διάκριση παρά δικαιοπρακτική ικανότητα), *Larenz*, σειρά §71 I c 1, *Medicus*, AT, παράγραφος 200f., *Gitter*, σε: *MünchKomm.*, Vorb. §104 παράγραφος 94f. (με μειώσεις). Έτσι περιγράφεται εξάλλου από μια ομάδα η σημασία του σκοπού της παροχής κατά την συμπλήρωση μιας ενοχής ως αθέμιτη εμπορική υπόθεση (βλ. εδώ §50 κατά II 1 α).

Αθέμιτες εμπορικές πράξεις είναι κατά βάση (αλλά σε καμία περίπτωση ανεξαιρέτως) οι κανόνες για δηλώσεις βουλήσεως υποταγμένοι κατ' αναλογία. Αντί ακυρώσεως απαιτείται κατά τις γνωστοποιήσεις μόνο μια διόρθωση των λανθασμένων καταθέσεων.

2. Υλικές πράξεις

Σε εκείνες ανήκουν όλες οι υποθέσεις που στρέφονται σε εξωτερικό πραγματικό αποτέλεσμα. Ένα παράδειγμα είναι η επεξεργασία (§950) μιας διαφορετικής δημιουργικής πράξης με την συνέπεια ενός δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας. Επίσης εδώ ανήκουν η συνεκδίκαση και η ανάμειξη (§§946 κ.ε.), αλλά μπορεί η νομική τους ισχύ ακόμη να συμβεί μέσω θεομηνίας (γι αυτό το λόγο χωρίζονται από τις πράξεις του *Flume*, §9, 2a). Μέσα στην υλική πράξη ξεχωρίζουν οι ενίοτε «μικτές υλικές πράξεις» από τις άλλες υλικές πράξεις με «εσωτερική πλευρά» (*Klein, Lehmann-Hübner*, § 38 I 3). Οι μεμονωμένες περιπτώσεις

(αιτιολόγηση μιας κατοικίας , διοίκηση αλλότριων) συνυπολογίζονται εντούτοις από την επικρατούσα θεωρία στις αθέμιτες εμπορικές πράξεις. Βλ. εδώ § 8 και § 682. Από την άλλη (βλ. Flume, § 9, 2a) ξεχωρίζει η κτήση και η απώλεια ιδιοκτησίας από τις υπόλοιπες υλικές πράξεις (ως συνέπεια μιας δυνατής βούλησης ιδιοκτησία).

Στις υλικές πράξεις δεν εφαρμόζονται οι νόμοι για δηλώσεις βουλήσεως. Εφόσον εκείνες προϋποθέτουν μία βούληση , αρκεί η ικανότητα, να μην συναποτελούν αυτήν (παραπλανητικά μιλάνε εδώ συχνά για «φυσική βούληση»).

3. Δηλώσεις φρονήματος

Στο ισχύον δίκαιο υπάρχουν οι δηλώσεις φρονήματος σημαντικά μόνο ως συγχώρεση στα §§ 532, 2337, 2343, 2345 (πάνω σ' αυτό όχι πλέον στο δίκαιο γαμικών σχέσεων σύμφωνα με την μεταρρύθμιση του δικαίου περί διαζυγίου με μεταβίβαση στην αρχή του αντικειμενικού κλονισμού). Πάντα είναι απαραίτητη η ικανότητα προς διάκριση και λιγότερο ουσιαστική η έλλειψη πλήρους γνώσης του παραπτώματος. Το ότι δεν μπορεί να λάβει χώρα καμία ερμηνεία πάνω στον λεγόμενο « ορίζοντα του αποδέκτη» πρέπει να είναι αυτονόητο ,και εξίσου, ότι μια συγχώρεση επίσης χωρίς προσφυγή ή ανάκριση μπαίνει σε ισχύ μέσω των δικαιούχων.

§ 2 . Η δικαιοπραξία ως διακανονισμός

(ατομικό συμβόλαιο)

Λογοτεχνία (βλ. επίσης τα στοιχεία στο § 1): *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts(Η μέθοδος της ερμηνείας της δικαιοπραξίας), 1930, *Titze*, Vom sogenannten Motivirrtum (Από την λεγόμενη πλάνη στη βούληση), σε έκδοση F. *Heymann*, 1940, Bd. II, ed. 72κ.ε. ,*Schmidt=Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts (Ζητήματα μιας ανανέωσης του δικαίου των συμβάσεων) , AcP 147 (1941), 130κ.ε., *Schmidt=Rimpler*, Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum(Πλάνη για τις ουσιώδεις ιδιότητες και πλάνης της δήλωσης) , σε: έκδοση F. *Lehmann*, 1956, σελίδα 213 κ.ε., *Reinhardt*, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge (Η ένωση υποκειμενικών και αντικειμενικών διαπλαστικών δυνάμεων σε συμβόλαια), σε: έκδοση F. *Schmidt=Rimpler*, 1957, ed.157 κ.ε., *Raiser*, Vertragsfreiheit heute (Η συμβατική ελευθερία σήμερα), JZ 1958, 1κ.ε., *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (Η λειτουργία συμβολαίου και ελευθερία συμβολαίου), σε: έκδοση DJT, 1960, Bd. I, ed.101 κ.ε., *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie(Δικαιοπραξία και ιδιωτική αυτονομία), σε: έκδοση DJT, 1960, Bd.I,

εδ.135κ.ε. , *Henckel*, Die ergänzende Vertragsauslegung (Η συμπληρωματική ερμηνεία της σύμβασης), AcP 159 (1960/61), 106 κ.ε., *Larenz*,Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht (Η συμπληρωματική ερμηνεία της σύμβασης και το ενδοτικό δίκαιο), NJW 1963, 737 κ.ε., *P.Hofmann*, Subjektives Recht und Wirtschaftsordnung (Εξ υποκειμένου δικαίωμα και οικονομική τάξη),1966, *Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung von Vertragsfreiheit (Η συνταγματική αξία της συμβατικής ελευθερίας), 1966, *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften (Ερμηνεία από δικαιοπραξίες), 1966, *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen(Δικαιοπρακτικές συνέπειες άκυρων δηλώσεων βουλήσεως), 1966, *Wieacker*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts(Η μέθοδος της ερμηνείας της δικαιοπραξίας), JZ 1967, 385 κ.ε., *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (Δικαιοπρακτική ελευθερία απόφασης και συμβατική εξισορρόπηση συμφερόντων), 1970, *Rothoeft*, Faktoren der Risikoverteilung bei privatautonomem Handeln(Συντελεστές του καταμερισμού του κινδύνου της ιδιωτικής αυτόνομης δράσης) , AcP 170 (1970), 230κ.ε. , *Sonnenberger*,Verkehrssitten im Schuldvertrag(Έθιμα σε ενοχική σύμβαση) , 1970, *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte(Η νομική μορφή των δικαιοπραξιών), 1971, *Kramer*, Grundfragen vertraglicher Einigung (Ζητήματα συνάψεως συμφωνίας) 1972, *Wieling*, Die Bedeutung der Regel “falsa demonstratio non nocet”(Η σημασία του κανόνα «falsa demonstratio non nocet» στο ενοχικό δίκαιο), AcP 172 (1972), 297 κ.ε. , *Rummel* , Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte(Εξυπακουόμενοι όροι των συναλλακτικών ηθών) ,1972, *Schmidt=Rimpler*, Zum Vertragsproblem (Περί προβλήματος συμβολαίου), σε : έκδοση F. L. Raiser, 1974, εδ. 3κ.ε., *Weinauer*,Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht (Η προστασία του αδυνάτου στο αστικό δίκαιο), 1975 (εδώ *Schwerdtner*, AcP 177{1977}, 559κ.ε.), *M. Wolf*, Selbstbestimmung und vertragliches Abschlussrecht (Αυτοδιάθεση και δικαίωμα σύναψης συμβάσεως) , JZ 1976, 41κ.ε., *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen(Δικαιοπραξία και συμφέροντα τρίτων), AcP 177 (1977), 113 κ.ε. , *Mayer=Maly*, Die Bedeutung des tatsächlichen Vertragswillens für den hypothetischen(Η σημασία της πραγματικής συμβατικής βούλησης για τους υποθετικούς), σε: έκδοση F. *Flume*, 1978, εδ. 621 κ.ε., *Medicus*, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage(Ερμηνεία συμβολαίου και νομική βάση), σε: έκδοση F. *Flume*, 1978, εδ.629 κ.ε.

I. Εισαγωγή στην προβληματική

1. Δικαιοπραξία είναι η κάθε πράξη με τουλάχιστον μία δήλωση βουλήσεως ως στοιχείο καθοριστικό για έννομη συνέπεια. Ως ιδιωτική αυτόνομη διευθέτηση η δικαιοπραξία ξεχωρίζει την έννομη τάξη από τις άλλες (όπως πάντα επίσης δομημένες) πράξεις.

Μέσα στις δικαιοπραξίες πρέπει να διαφοροποιηθούν οι μονόπλευρες από τις πολύπλευρες. Διαχωριστικό κριτήριο αποτελεί μόνο ο αριθμός των δηλώσεων βουλήσεως που ανήκουν στην πράξη. Στις πολύπλευρες δικαιοπραξίες ανήκουν εκτός από τις αποφάσεις(που πρέπει να υποτάσσονται στον κανόνα της πλειονότητας)και οι συμβάσεις.

2. Σύμβαση είναι κάθε νομικά σχετικός διακανονισμός μέσω από κοινού ή αμοιβαία συμπληρωμένες δηλώσεις βουλήσεως, που πρέπει πάντα να αποτελούν περιεχόμενο του διακανονισμού. Όλες οι προσπάθειες, για να συμπληρώσουν την εντελώς τυπική κατηγορία της σύμβασης με (απαραίτητα πολύ αφηρημένο)περιεχόμενο, έχουν καταγραφεί σε ενοχική σύμβαση και παραμελούν το συμβόλαιο ως μέσο ιδιωτικής διαμόρφωσης από έννομες σχέσεις σε άλλους τομείς του νομικού συστήματος (εμπράγματη συμφωνία, γάμος κ.τ.λ.)

3. Ένα συμβόλαιο μπορεί επίσης να διαμορφώσει για τον καθένα μια δικαιοπραξία. Μπορεί όμως επίσης να είναι μόνο στοιχείο πράξεως μιας δικαιοπραξίας, που περιέχει περαιτέρω στοιχεία (έτσι και κατά την μεταβίβαση κινητής περιουσίας μέσω συμφωνίας και παράδοσης ,και κατά την μεταβίβαση ακινήτων μέσω συμφωνίας μεταβίβασης κυριότητας και καταχώρισης στο κτηματικό βιβλίο). Είναι επίσης πιθανή η σύνδεση περισσότερων συμβολαίων σε μια δικαιοπραξία (έτσι κατά την μεταβίβαση μέσω συμφωνίας και σύστασης μια σχέσης ιδιοκτησίας σύμφωνα με το §930).

4. Με το συμβόλαιο ως κατηγορία της συμφωνίας θέτει η εταιρεία ένα μέσο νομικής κινητικότητας- το οποίο χρησιμοποιεί μέχρι τα άκρα («Συμβάσεις της εταιρείας», ορισμός από τον Μαξ Βέμπερ), αλλά επίσης περιορίζει πολύ -το οποίο μπορεί δύσκολα καθένας να αποδοκιμάσει εντελώς. Στις εταιρείες, όπου θέλουν να δώσουν χώρο στην ιδέα την αυτόνομης προσωπικότητας, αποτελεί το συμβόλαιο ένα απαραίτητο στοιχείο της έννομης τάξης .

5. Η (παλιά, όμως πάντα ανανεωμένη) συζήτηση της ερώτησης, σε ποια σχέση της βούλησης των μερών βρίσκεται ως νομική συνέπεια της σύμβασης (άμεσα ή με μεσολάβηση της έννομης τάξης με τον οπλισμό μέσω της εκτελεστικής εξουσίας του

κράτους), δεν είναι καθόλου άκαρπη (ο καθαρά ιδιωτικός , ο βγαλμένος από την εξουσία της κοινωνίας δικαίου κανονισμός δεν προσφέρει καμία εγγύηση για τήρηση της σύμβασης τουλάχιστον σε περιόδους, όπου δεν μπορούν να εμπιστευτούν την εταιρική καταπίεση), αλλά σε κάθε περίπτωση είναι αδιάφορη για την εφαρμογή του δικαίου.

6. Πιο ουσιαστική είναι η ερώτηση για την δικαιολογία του νομικού περιορισμού στην εφαρμογή ιδιωτικά αυτόνομων διακανονισμών. Η αρχή της σύμβασης ως τέτοια δεν παρέχει καμία τελική εγγύηση τήρησης νομιμότητας για τους διακανονισμούς που επιτυγχάνονται με την βοήθεια της , ακόμη και όταν εκείνοι μπορούν να αναγνωρίσουν, ότι ο τρόπος του διακανονισμού («το Συμφωνητικό») περιέχει ένα (από τον *Rimpler* τονισμένο) στοιχείο της εγγύησης για τήρηση της σύμβασης σε αυτό. Αλλά δεν μπορεί κανείς να αποφύγει την ερώτηση για εγγύηση της τήρησης της σύμβασης με απλή μνεία στις ελεύθερες βουλήσεις των συμβαλλόμενων (“*volenti no fit iniuria*”). Με την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας δεν παρακολουθείται μόνο η ίδια η ευθύνη αλλά επίσης και η ευθύνη απέναντι στην αρχή της κοινωνικής δικαιοσύνης.

Η αυτοδημιούργητη διευθέτηση της έννομης σχέσης πρέπει γι αυτό το λόγο να επιβάλλεται μόνο με κρατικό νομικό περιορισμό, όταν εκείνη ανταποκρίνεται στο πιθανώς αποδεκτό ελάχιστο γεγονός κοινωνικής δικαιοσύνης. Είναι εντολή της ίδιας της έννομης τάξης να διατυπωθεί αυτό το ελάχιστο γεγονός, καθόσον μπορεί να εξυπηρετήσει ως πολύπλευρο διαπλαστικό διαμορφωτικό μέσο (έως εκεί αποστολή της εντολής στον δικαστή με την βοήθεια γενικών ρητρών). Λαμβάνοντας υπόψη τον αναγκαίο συνδυασμό δύο διαφορετικών δυνάμεων τάξης στο συμβόλαιο αναφέρεται σε μια «ένωση υποκειμενικών και αντικειμενικών διαπλαστικών δυνάμεων» (*Reinhardt*).

7. Το πρόβλημα με την εγγύηση τήρησης νομιμότητας έχει τρία στρώματα. Η ιδανική σύμβαση είναι καθ' ύλην σωστή σε σχέση με τους συμβαλλόμενους μεταξύ τους, ενόψει των συμφερόντων συγκεκριμένων «ενδιαφερόμενων» τρίτων και ενόψει των συμφερόντων του κοινωνικού συνόλου. Τα συμφέροντα του κοινωνικού συνόλου δεν είναι σταθερά. Ορίζονται εκ νέου σε κάθε περίοδο. Προς το παρόν πρέπει να παρατηρηθεί μια σταθερή ανάπτυξη (με ανάλογες αντιδράσεις του νομοθετικού σώματος και της νομολογίας). Με ιδιαίτερη ευαισθησία έχει υποστηριχθεί στις μέρες

μας η προστασία των αδυνάτων ως συμβαλλόμενων στην σύμβαση. Το νομοθετικό σώμα εδώ κάνει το ίδιο (βλ. για παράδειγμα το § 1 a-f του νόμου εξόφλησης) όπως η νομολογία (η οποία διαμορφώθηκε από τις υποχρεώσεις διασάφησης).

Τα συμφέροντα τρίτων μετακινούνται έπειτα στο οπτικό μας πεδίο. Σε εκείνα στρέφονται σήμερα ολόκληροι νομικοί θεσμοί (βλ. εδώ και §16 για το ενοχικό δίκαιο). Βλ. σε εκείνα γενικά *Martens, AcP 177 (1977), 113* κ.ε..

III. Τα κίνητρα

1. Α) Παραμένουν κατά βάση προγενέστερα της δήλωσης βουλήσεως και αδιάφορα για την διάρκεια της. Δεν πρέπει κανένας να ρίχνει τον κίνδυνο ιδίων λανθασμένων ιδεών στο συμβαλλόμενο μέρος.

Β) Σε εκμετάλλευση καλή την πίστη ενός γνωστού εσφαλμένου κινήτρου μπορεί μια αξίωση (ως κύρωση για παράβαση σε υποχρέωση διασάφησης) να αποτελείται από ευθύνη διαπραγματεύσεων (υπό αυτή τη συνέπεια υπάρχει η ρευστοποίηση μιας ήδη υφιστάμενης επιχείρησης) ή να έρχεται σε αντίθεση με την άσκηση του κεκτημένου δικαιώματος §242 (ακατάλληλη άσκηση δικαιώματος κατά ανέντιμης κτήσης).

Γ) Σε περιπτώσεις εξαιρέσεως είναι σημαντική η πλάνη στη βούληση. Βλ. το §§123 (εδώ ειδικεύεται από την παραπλάνηση ως μέσο της ακύρωσης λόγω πλάνης), 2078, 2281.

Δ) Αμφισβητούμενη είναι η φαινομενολογική δομή (όχι η ασφαλισμένη καταλληλότητα από §§ 119 II.) της πλάνης για ουσιώδεις ιδιότητες. Η (εμπνευσμένη από τον *Zitelmann*) επικρατούσα θεωρία βλέπει σε εκείνον μια πλάνη στη βούληση (βλ. *Larenz, AT §§ 20 II b, Lehmann-Hübner, §§ 34 III 1e*), εφόσον αυτή δεν τεκμηριώνει συγχρόνως μια πλάνη ταυτότητας. Σύμφωνα με άλλη θεωρία (κυρίως *Schmidt= Rimpler*) αφορά μια πλάνη στη δήλωση. Σύμφωνα με την θεωρία της «δικαιοπρακτικής πλάνης στη δήλωση» (βλ. εδώ *Flume*, § 24, 2; *Medicus, AT, παράγραφος. 770*; *Enneccerus-Nipperdey, § 168 I*, όπως φαίνεται επίσης στο BGHZ 16, 54, 57) αφορά μια πλάνη για το σύμφωνο της συμβατά εναρμονισμένης ονομαστικής συνθήκης και της πραγματικής, υφιστάμενης ιδιοσυστασίας (υπερέκταση της ορθής αντίληψης σε αυτό, ότι οι ιδιότητες μπορούν να εναρμονιστούν· εξωπραγματικό βάρος από δηλώσεις βουλήσεως με αναρίθμητα στοιχεία σύνθεσης· μείωση της ακύρωσης λόγω πλάνης).

Βλ. στην προβληματική περαιτέρω *Kramer* , σε : MünchKomm., § 119 παράγραφος 96κ.ε. με συμπεράσματα, τα οποία δεν μπορούν να συμφωνήσουν με το ισχύον δίκαιο (βασικά όπως η επικρατούσα θεωρία, §119 II ,όμως ως υποτυπώδης, ελλιπής διακανονισμός των πλάνων στα πραγματικά περιστατικά , τα οποία πρέπει καταλλήλως να διευρυνθούν).

2.α) Μπορούν να εισαχθούν ασήμαντα κίνητρα από τα δύο συμβαλλόμενα μέρη σε διαφορετικές μορφές στο περιεχόμενο της σύμβασης (αίρεση, εγγύηση, διάταξη του περιεχομένου της ενοχής).

Β)Σε αυτή την περίπτωση η θεωρία της «δικαιοπρακτικής πλάνης για τις ουσιώδεις ιδιότητες» (ο. 1 d) εφαρμόζει μια περιορισμένη δικαιολογία, με αξία κυρίως στην πώληση κατ' είδος (βλ. εδώ και § 33, ιδιαίτερα υπό I 4).

3. Τα κίνητρα των συμβαλλόμενων μερών είναι πάντα σημαντικά, εφόσον εκείνα γίνονται (υποκειμενικά) δικαιοπρακτικά θεμέλια (βλ. εδώ και § 35).

III. Το περιεχόμενο της σύμβασης

1. Η δεδηλωμένη βούληση

Ως νομικά σημαντική βούληση ορίζεται εκείνη που διαχωρίζεται από τις πραγματικές βουλήσεις (την σκόπιμη επιδίωξη ως ψυχική πραγματικότητα). Η απόφαση για εκείνη είναι η απαραίτητη συνέπεια μετά την λειτουργία της δήλωσης βουλήσεως ως μέσο της κοινωνικής επικοινωνίας.

Α)Η καταγραφή πολυσήμαντων δηλώσεων βουλήσεως συμβαίνει μέσω ερμηνείας (εάν μια δήλωση βουλήσεως είναι μονοσήμαντη ή πολυσήμαντη, αποτελεί νομικό ζήτημα υποκείμενο σε αναίρεση, βλ. BGHZ 32, 60, 63, Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο, WM 1981, 362). Εάν δεν μπορεί η ερμηνεία να εξαλείψει τις πολυσημίες ή τις αντιφάσεις, τότε είναι μια σύμβαση ελλείψει συμφωνίας σε ορισμένο περιεχόμενο μη πραγματοποιήσιμη.

Β)Είναι καθορισμένη η λεγόμενη αντικειμενική αξία της δήλωσης αμφοτέρων των δηλώσεων βουλήσεως (εκείνων που πρέπει να οδηγηθούν σε ομοφωνία). Αποφασιστικό είναι, ποια αξία πρέπει να επισυνάψει το συμβαλλόμενο μέρος στην πράξη της δήλωσης (ερμηνεία από το λεγόμενο «τρόπο αντίληψης των αποδεκτών», η οποία όμως στο μεταξύ οδηγεί πίσω σε αυτά που έχουν δηλωθεί, καθώς πρέπει να ρωτήσει ο παραλήπτης της δήλωσης, τι μπορούσε να εννοεί η επεξήγηση, βλ. BGHZ 36, 30, 47, 75, 78). Αδιάφορο είναι το σημασιολογικό περιεχόμενο για τρίτους. Αυτό ισχύει επίσης, όταν η εκλεγμένη θεώρηση (μεταξύ σύμφωνων συστάσεων των συμβαλλόμενων μερών)ήταν αντικειμενικά λανθασμένη ή χωρίς νόημα (βλ. BGHZ 20,109). Εμπορικές πρακτικές μεταξύ εμπόρων αποτελούν περιεχόμενο της σύμβασης, όταν δεν βρίσκονται αποκλεισμένες (βλ. Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο , NJW 1966,502).

Γ)Η ερώτηση, εάν η αξία των δεδλωμένων πρέπει να είναι καταλογιστέα για τον παραλήπτη, σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να τεθεί τότε, εάν απαιτείται η συνείδηση της δήλωσης των πεπραγμένων για την πράξη δήλωσης βουλήσεως. Βλ. εδώ *Larenz*, AT § 19 II a (σε ανάλυση *Flume*, § 16, 3 και ιδίας προγενέστερης θεώρησης).

Δ)Η ερμηνεία των τυπικών συμβάσεων δεν καταδεικνύει κυρίως καμία ιδιαιτερότητα. Επίσης εκτός από τα έγγραφα πρέπει να προσληφθούν ειδικευμένες περιστάσεις, εφόσον ο προστατευτικός σκοπός δεν έρχεται σε αντίθεση με την μορφή (βλ. για παράδειγμα *Mayer= Maly*, σε: MünchKomm., § 133 Παράγραφος. 30, *Larenz*, AT, § 19 II b, *Medicus*, AT,παράγραφος 328 κ.ε.). Στην νομολογία προτιμάται η υπεράσπιση της «θεωρίας των υπονοιών» (θεωρείται απαραίτητο ,ότι η ανάλογη δικαιοπρακτική βούληση ενώνει τα συμβαλλόμενα μέρη ,όταν επίσης έχει βρει ελλιπή έκφραση στο έγγραφο, βλ. BGHZ 63, 359, 362). Κριτική στην θεωρία των υπονοιών *Häsemeyer* , εδ. 127 κ.ε.. Για αυτά σε υποκειμενική μορφή (που συσχετίζονται με τα συμβαλλόμενα μέρη) *Larenz*, AT, § 19 II b.

2. Προτεραιότητα του θελημένου

Α)Η αντίληψη της κοινωνικής επικοινωνίας (δυνατότητα κατανόησης εκείνων, για τους οποίους η δήλωση βουλήσεως είναι συγκεκριμένη, προστασία των συναλλαγών και προστασία της εμπιστοσύνης) δεν απαιτεί καμία προσοχή πλέον, όταν το πραγματικά θελημένο ναι μεν εκφράζεται λανθασμένα, αλλά κατανοείται όμως σωστά από τους

αποδέκτες της δήλωσης. Για την περίπτωση κυρίως του «εσφαλμένου προσδιορισμού» διαμορφώνεται το όριο (βλ. εδώ RGZ 99,147), που ισχύει όμως επίσης και σε άλλες περιπτώσεις αντικειμενικής πολυσημίας ή μάλιστα ανακρίβειας (βλ. *Mayer= Maly*, σε: *MünchKomm.*, §133 Παράγραφος. 15). Οι πρακτικές περιπτώσεις είναι σπάνιες , γιατί σύμφωνα με τον κανόνα ήδη η ερμηνεία των δηλώσεων βουλήσεως κατά των παραπάνω (1β) διαμορφωμένων αρχών επιβάλλει το πραγματικά θελημένο στο περιεχόμενο της σύμβασης (οπότε επίσης στο γερμανικό Ανώτατο Δικαστήριο(RGZ) 99, 147, βλ. εδώ *Wieling*).

Β) Η προτεραιότητα του πραγματικά θελημένου ισχύει κατά επικρατούσα θεωρία επίσης στις δικαιοπραξίες με ανάγκη διαμόρφωσης. Εδώ όμως εφαρμόζεται μόνο, όταν η διάταξη, η οποία επιβάλλει τύπο ,δεν υπηρετεί τα συμφέροντα τρίτου (βλ. εδώ *Larenz*, AT, § 19 II b). Πρακτικό παράδειγμα: Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο, NJW 1983, 1610 (αγροτεμάχια μη αναφερόμενα).

3. Διορθώσεις

Α)Η νομικά σημαντική βούληση βρίσκεται στην διάθεση των δεδηλωμένων, όταν εκείνη δικαιούται την ακύρωση μιας δήλωσης βουλήσεως λόγω πλάνης (§§ 119 κ.ε., 142 κ.ε.). Στο μεταξύ πρόκειται για μια πράξη του ελέγχου ορθότητας, η οποία ασκείται πάνω στην βούληση των δεδηλωμένων. Με δήλωση ακύρωσης καταστράφηκε η προσβαλλόμενη δήλωση (και ως συνέπεια του συμβολαίου είναι άκυρη· η συνηθισμένη χρήση της γλώσσας είναι ανακριβής , συνεπώς η ίδια η σύμβαση ακυρώνεται). Δεν ισχύει όμως κατά του πραγματικού θελημένου ως περιεχόμενο της νέας δήλωσης βουλήσεως , την οποία θα μπορούσε να αποδεχτεί το συμβαλλόμενο μέρος.

Β)Το μέγεθος του προβλήματος της πλάνης σε κάθε νομοθεσία εξαρτάται από την αξία της προστασίας της εμπιστοσύνης κατά την (ανάντη) ερμηνεία. Η συνέπεια των υποκειμενικά ορισμένων θεωριών κάνει απαραίτητη μια μείωση της ακύρωσης λόγω πλάνης (βλ. εδώ στο § 1 λεγόμενο σύγγραμμα από *Brox*). Πάνω σ' αυτό όσο περισσότερο τονίζεται στην ερμηνεία η κοινωνική ευθύνη για δηλώσεις, τόσο επείγον γίνεται και το ζήτημα για μια διόρθωση, η οποία θα λάβει υπόψη της την αρχή της αυτοδιάθεσης. Κάθε διόρθωση για λόγους αυτοδιάθεσης πρέπει όμως να συνδεθεί με μειονεκτήματα (υποχρέωση για

αποζημίωση σύμφωνα με § 122), επειδή η μη υποκείμενη σε κυρώσεις διόρθωση θα ακυρώσει την απόφαση για προστασία της εμπιστοσύνης .

Γ) Ο Αστικός Κώδικας παρέχει μόνο ένα δικαίωμα για ακύρωση, όταν η πλάνη σχετίζεται με τις δεδηλωμένες βουλήσεις και ποτέ με πλάνη υπό άλλο περιεχόμενο συμβολαίου (και 4.-6.). Είναι σημαντική σαν πλάνη για την εξωτερική μορφή της δήλωσης βουλήσεως (δηλαδή κατά ένα σφάλμα) και ως πλάνη για το περιεχόμενο (δηλαδή κατά σφάλμα ερμηνείας), κατ' ουσία μετά από εσφαλμένη διαβίβαση (§ 120), ανεξαιρέτως όμως μετά υποθετικού ελέγχου αιτιότητας.

4. Η υποθετική βούληση

A) Είναι τομέας του αντικειμένου της συμπληρωματικής ερμηνείας του συμβολαίου σύμφωνα με τις αρχές του § 157. Δεν εκτίθενται πλέον οι δηλώσεις βουλήσεως , που συντάσσουν το συμβόλαιο, αλλά το συμβόλαιο σαν νομολογία (βλ. *Larenz, AT*, § 29 I κατά *Lüderitz*). Περιλαμβάνει ένα ελλιπές σύνολο διατάξεων με στόχο να επεκτείνει λογικά τα περιεχόμενα (που δεν γίνονται ουσιαστικά μέρη της δήλωσης βουλήσεως). Σε αυτό πρέπει να αναπτυχθεί ο σκοπός της δικαιοπραξίας με τις εκάστοτε ιδιαιτερότητες του (βλ. *Larenz, AT*, § 29 I, *Mayer=Maly*, σε: *MünchKomm.*, § 157 Παράγραφος. 26) και όχι για παράδειγμα να εξελιχθεί η δικαιοπραξία ως τύπος (άλλη θεωρία *Flume*, § 16, 4b). Είναι υπερβολική η πεποίθηση, ότι η ερμηνεία «πρέπει να προκύψει ως αυτονόητη συνέπεια από το σύνολο των συμφωνημένων» (BGHZ 77, 301, 304).

B) Η υποθετική βούληση των μερών θεωρείται σήμερα κατά κανόνα ως «αντικειμενικά πιθανή βούληση» (έτσι σαφής Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο, NJW 1979, 1705, 1706, ενώ άλλες αποφάσεις – βλ. για παράδειγμα NJW 1978, 695- επιστρέφουν ολόκληρες στα συγκεκριμένα μέρη), ως ένα «αντικειμενικό κριτήριο», το οποίο στηρίζει την «συνετή βούληση» κατά «έντιμο τρόπο σκέψης» (βλ. *Flume*, § 16, 4 α, *Larenz, AT*, § 29 I). Σύμφωνα με μια προβολή μειοψηφίας (*Henckel, Mangold*, NJW 1961, 2284) πρόκειται στο § 157 για μια εφαρμογή συμπληρωματικού νομικού κανόνα στην δικαιοπρακτικά αιτιολογημένη έννομη σχέση.

Εάν η υποθετική βούληση γίνει αντικειμενική, τότε μπορούν ευχαρίστως επίσης να παρατηρηθούν μεταβολές των γεγονότων από την λήξη του συμβολαίου στην αργότερα πρόσθετη ερμηνεία. Για το Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο βλ. BGHZ 12, 337, 343, 23, 282, 285.

Γ)Επίσης ως κανονιστικό κριτήριο δεν πρέπει να αντιτάσσεται η υποθετική βούληση των μερών την πραγματική. Η συμπληρωματική ερμηνεία συμβολαίου πρέπει να μην οδηγεί εξάλλου σε επέκταση του περιεχόμενου αντικείμενου της σύμβασης (βλ. BGHZ 40, 91, 103, 77, 301, 304), δηλαδή να μην ξεπερνά το «πεδίο συνεύρεσης», που πρέπει να ρυθμίζεται (βλ. *Mazer=Maly*, σε: *MünchKomm.*, § 157 Παράγραφος. 49).

Δ)Πολλές φορές χρησιμοποιείται καταχρηστικά η υποθετική βούληση (συχνά μαζί με § 242) και στην αιτιολόγηση πραιτορικής νομολογίας (βλ. ως κλασσικό παράδειγμα τα «συμβόλαια με προστατευτική ενέργεια υπέρ τρίτων» και § 16 υπό II 2).

5. Ενδοτικό δίκαιο

Α)Ρυθμίζεται από τα δίχως στοχασμό ζητήματα των συμβαλλόμενων μερών με αξίωση για ορθότητα (αντιληπτό ως εγγύηση κοινωνικής δικαιοσύνης και ως εκτέλεση των προθέσεων των συμβαλλόμενων μερών) από τυπικό πρίσμα.

Β)Στην δομή του συμβατικού δικαίου από συγκεκριμένες αρχές ανήκει η αρχή της αντισταθμιστικής συμβατικής δικαιοσύνης (αντιληπτή ως αρχή , η οποία εξασφαλίζει μια δίκαιη διανομή των συνδεδεμένων με την σύμβαση βαρών και κινδύνων),η οποία δεν αντιτίθεται υπό αυτήν την άποψη την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας, αλλά την συμπληρώνει . Βλ. εδώ *Wolf, Larenz*, AT § 2 V.

6. Αναγκαστικό δίκαιο

Α) Το αναγκαστικό δίκαιο είναι ένα στοιχείο της εγγύησης τηρήσεως νομιμότητας (εδώ αντιληπτό ως εγγύηση κοινωνικής δικαιοσύνης). Έχει ενίοτε έναν γενικό τύπο (βλ. για

παράδειγμα τα §§ 138, 248 I, 276 II), και ενίοτε όμως μόνο μια εμπορική σχέση (βλ. για παράδειγμα τα §§ 476, 537 III, 543 ΕΔ.2, 547 a III). Η απόλυτη ισχύ ταξινομείται σπανίως ρητά(§ 619). Προκύπτει συνήθως από την ακυρότητα ως έννομη συνέπεια (όπως στα προαναφερθέντα παραδείγματα) ή τον προστατευτικό σκοπό του κανόνα (παράδειγμα: § 626 σε αντίθεση με § 627).

Β)Αναγκαστικό δίκαιο αποτελούν επίσης όλοι οι κανόνες, οι πιθανότητες και τα όρια που σκιαγραφούν την ιδιωτική αυτονομία (προϋποθέσεις αποτελεσματικότητας για τις δηλώσεις βουλήσεως από προσωπική άποψη, υποχρέωση και ελευθερία από τύπους κ.τ.λ.) και την κατευθύνουν τυπικά (διατάξεις που επιβάλλουν τύπο).

IV. Συρροή των στοιχείων

1. Το αναγκαστικό δίκαιο έχει πάντα προτεραιότητα απέναντι σε νομικά σημαντική βούληση των μερών.
2. Α)Το ενδοτικό δίκαιο υποχωρεί την νομικά σημαντική βούληση στα συμβαλλόμενα μέρη, ακόμη και τότε, όταν είναι προτιμότερο να συμβιβαστεί με την ιδανική δικαιοπρακτική απόφαση (αντιληπτή ως απόφαση, η οποία σταθμίζει όλα τα συγκρουόμενα συμφέροντα μεταξύ τους και αναλογίζεται την σχετική τους αξία)ως τον κανονισμό της σύμβασης που έχει αποφασιστεί από τα συμβαλλόμενα μέρη. Ο δεσμός των συμβαλλόμενων μερών με τις (όπως εφαρμόζεται πάντα) αρχές της υλικής ισότητας αντικειμενοποιεί το περιεχόμενο της σύμβασης και πρέπει συνεπώς στο τέλος αναλογίζοντας την διαπλαστική ευχέρεια των συμβαλλόμενων μερών να μην εξαλείφεται καθόλου.

Β)Περί του προβλήματος της άδικης διαμόρφωσης της σύμβασης με άνισες (όχι απαραίτητα οικονομικές) θέσεις εξουσίας βλ. συγκεκριμένα *Wolf*, δικαιοπρακτική ελευθερία απόφασης (υπάρχει πιθανότητα, να βρεθεί μια δίκαιη ισορροπία σε ελεύθερη αυτοδιάθεση, ως προϋπόθεση της αναγνώρισης αυτοελεγχόμενων συμφωνιών) και JZ 1976, 41 (για το μέλλον με την απαίτηση ενός υποκειμενικού δικαιώματος για λήξη της σύμβασης στους όρους του ενδοτικού δικαίου για μονομερή εμπορική πράξη στον τομέα της συναλλαγής αγαθών).

3. Α) Η σχέση του ενδοτικού δικαίου και της συμπληρωματικής ερμηνείας συμβολαίου εξαρτάται από την υπαγωγή της συμπληρωματικής ερμηνείας συμβολαίου. Εάν γίνει αντιληπτό το §157 ως κανόνας, γεμίζονται τα κενά του νόμου (*Henckel*), και δεν υπάρχει κανένα πρόβλημα συρροής: το § 157 ορίζει πρώτα, όταν δεν είναι διαθέσιμο συμπληρωματικό νομοθετημένο δίκαιο. Εάν κατά το § 157 κατατάσσεται η ερμηνεία (βλ. εδώ ο. υπό III 4 a), τότε μπορεί ο κανόνας του να έρθει σε αντίθεση με εκείνο του ενδοτικού δικαίου.

Β) Επειδή το ενδοτικό δίκαιο αποσκοπεί σε τυπική ορθότητα, μπορεί μια υπερίσχυση της «υποθετικής βούλησης των μερών» μόνο να αιτιολογηθεί, όταν σε αυτή συγκεκριμενοποιείται ισχυρότερα η εξισορροπημένη συμβατική δικαιοσύνη. Βλ. εδώ *Flume*, § 16, 4 β (μόνο εφόσον η δικαιοπραξία παρεκκλίνει από τύπο ρυθμισμένο από τον νόμο και όταν γίνεται αντιληπτό το ενδοτικό δίκαιο μόνο ως «τελευταία βοήθεια» με ισχυρότερη προσέγγιση σε *Henckel*), *Larenz*, NJW 1963, 737 και AT, § 29 II (επίσης σε τύπους συμβολαίου ρυθμισμένους από τον νόμο, όταν ένα συγκεκριμένο συμβόλαιο παρεκκλίνει από την ιδέα του νομοθέτη), *Mayer=Maly*, σε: *MünchKomm.*, § 157 Παράγραφος. 40, BGHZ 74, 370, 373 f. Μια προτεραιότητα πρέπει επιπλέον να αναγνωριστεί, εάν αρνηθούν από κοινού τα συμβαλλόμενα μέρη την νομική ρύθμιση (βλ. Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο, NJW 1975, 1116).

Γ) Η νομολογία υπόσχεται τελικά μια συμπληρωματική ερμηνεία της υπερίσχυσης, όταν το απαρχαιωμένο ενδοτικό δίκαιο οδηγείται σε παράτυπα αποτελέσματα (βλ. Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο, NJW 1979, 1706) και φανερώνει έτσι (εκ νέου) τους στενούς δεσμούς μεταξύ του § 157 και της (κρυμμένης) δικαστικής διάπλασης δικαίου.

§ 3. Γενικοί Όροι Συναλλαγών

Βιβλιογραφία στο νόμο των Γενικών Όρων Συναλλαγών (ΓΟΣ)(AGBG) (περιορισμένη επιλογή από μια μόνιμα δυναμωμένη βιβλιογραφία, όμως σήμερα καθόλου κατανοητή) : *Heinrichs*, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Η νομική έννοια των γενικών όρων συναλλαγών), NJW 1977, 1505 κ.ε., *Schmidt=Salzer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Γενικοί όροι συναλλαγών), 2 Έκδοση (1977), *M. Wolf*,

Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen(Ατομικές συμφωνίες στο δίκαιο των γενικών όρων συναλλαγών), NJW 1977, 1937 κ.ε. , *Weick*, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht (Η ιδέα του προτύπου και του χαρακτηρισμού του παροντικού δικαίου των συμβάσεων), NJW 1978, 11 κ.ε., *Garrn*, Zur Abgrenzung der Aushandlungsvereinbarungen (Στην οριοθέτηση των συμφωνιών διαπραγμάτευσης), JZ 1978, 302 κ.ε., *F. Ebel*, Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Η σύγκρουση των γενικών όρων συναλλαγών), NJW 1978, 1033 κ.ε., *Baumann*, Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Ρήτρες σωτηρίας στους γενικούς όρους συναλλαγών), NJW 1978, 1953 κ.ε., *Schapp*, Die Leitbildfunktion des dispositives Rechts für die Inhaltskontrolle von AGB nach §9 Abs. 2 AGB Gesetz (Η λειτουργία του προτύπου του ενδοτικού δικαίου για τον έλεγχο του περιεχομένου από Γενικούς Όρους Συναλλαγών κατά § 9 παρ. 2 νόμος-ΓΟΣ), αναφ. 1978, 621 κ.ε., *Bilda*, Preisklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen(Ρήτρες τιμών στους Γενικούς Όρους Συναλλαγών) , MDR 1979, 89 κ.ε. ,*Kötz*, Zur Teilunwirksamkeit (Περί μερικής ακυρότητας των ρητρών των ΓΟΣ), NJW 1979, 785 κ.ε., *Jaeger*, “Stellen” und “Aushandeln” vorformulierten Vertragsbedingungen(«Θέση» και «Διαπραγμάτευση» προδιατυπωμένων όρων σύμβασης), NJW 1979, 1569 κ.ε. ,*Brambring-Schippel*, Vertragsmuster des Notars und Allgemeine Geschäftsbedingungen (Πρότυπο σύμβασης του δικαστή και Γενικοί Όροι συναλλαγών) , NJW 1979, 1802 κ.ε. *Baumann*, Schriftformklauseln und Individualabrede (Ρήτρες έννομου τύπου και ατομικές συμφωνίες), BB 1980, 551 κ.ε., *Sonnenschein*, Formularmietverträge in Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes (Έντυπα μισθωτήρια σε τομέα εφαρμογής του νόμου των ΓΟΣ) , NJW 1980, 1489 κ.ε. και σ. 1713 κ.ε., *Batsch*, Abschied vom sogenannten kaufmännischen Bestätigungsschreiben?(Παραίτηση από τα λεγόμενα εμπορικά επιβεβαιωτικά έγγραφα?), NJW 1980, 1731 κ.ε., *M.Wolf*, Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (απαγορεύσεις απαλλαγής από ευθύνη για ελαφρά αμέλεια στους γενικούς όρους συναλλαγών) , NJW 1980, 2433 κ.ε., *Locher* ,Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (το δίκαιο των γενικών όρων συναλλαγών) , 1980; *Garrn*, Zur richterlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge (Περί δικαστικού ελέγχου του περιεχομένου των συμβολαιογραφικών συμβάσεων) , NJW 1980, 2782 κ.ε., *Bunte*, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz (Εμπειρίες με τον νόμο των ΓΟΣ), AcP 181 (1981), 31 κ.ε., *Sambac*, Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB (Ασαφείς κανόνες και στενή ερμηνεία των ΓΟΣ) , NJW 1981, 313 κ.ε., *Ulmer*, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln(Μερική ακυρότητα από εν μέρει ανάρμοστες ρήτρες των

ΓΟΣ), NJW 1981, 2025 κ.ε., Roussos, Freizeichnung von Schadenersatzansprüchen im Recht Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Απαλλαγή από ευθύνη των αξιώσεων αποζημίωσης στο δίκαιο των γενικών όρων συναλλαγών), 1982; Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts (Ο έλεγχος του περιεχομένου διατυπωμένων συμβάσεων του γενικού ιδιωτικού δικαίου) , 1982; de Lousanoff, Die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Η ενέργεια επιφύλαξης της κυριότητας στους συγκρουόμενους γενικούς όρους συναλλαγών) , NJW 1982, 1727 κ.ε., Graf Lambsdorff-Hübner, Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz(Επιφύλαξη της κυριότητας και νόμος ΓΟΣ), 1982; Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz (Νόμος ΓΟΣ), 4. Έκδοση (1982).

I. Εισαγωγή στην προβληματική

1. Σε μια πιο στενή έννοια αποτελούν οι γενικοί όροι συναλλαγών μόνο τα συγκεκριμένα για τις μαζικές πληρωμές τυπικά περιεχόμενα της σύμβασης εκείνων των φορέων, οι οποίοι συνάπτουν συστηματικά ομοειδείς συναλλαγές σε μεγάλο αριθμό. Με ακαθόριστα όρια διαχωρίζονται από τις άλλες αποκαλούμενες έννομες συμβάσεις.

Ο νόμος ΓΟΣ (AGBG) ορίζει τους γενικούς όρους συναλλαγών σ' αυτό ως «όλους εκείνους τους διατυπωμένους συμβατικοί όροι για ένα πλήθος από συμβάσεις, τους οποίους θέτει ένα συμβαλλόμενο μέρος (χρήστης) στο άλλο συμβαλλόμενο μέρος της σύμβασης» και επιλέγει με αυτόν τον τρόπο έναν ορισμό με τρία ουσιαστικά στοιχεία. Είναι απαραίτητα (1) ένα έτοιμο προσχέδιο, το οποίο (από τους χρήστες ή από τρίτους για πιθανούς χρήστες) βρίσκεται σε ετοιμότητα, (2) ο προσδιορισμός αυτού για «ένα πλήθος συμβάσεων» (έτσι όχι απαραίτητα: για τις μαζικές πληρωμές) και (3) η μονομέρεια, με την οποία εκείνο επιβάλλεται στο συμβαλλόμενο μέρος. Με αυτόν τον ορισμό, ο οποίος επινοείται από ανάγκη προστασίας του συμβαλλόμενου, μετριούνται σωστά διαφορετικά γεγονότα της μας κοινωνικής ζωής με το ίδιο μέτρο. Επιπλέον μπορεί η πρόληψη νομικών προβλημάτων του συμβολαιογράφου να υποβάλλετε στον νόμο των ΓΟΣ (AGBGB), όμως όχι ως διατυπωμένο σχέδιο, που προτείνεται από τον συμβολαιογράφο (όμως πάνω σ' αυτό Garrn, NJW 1980, 2728 κ.ε. μετά BGHZ 74,207), αλλά μάλιστα ως σχέδιο το οποίο χρησιμοποιείται με

πρωτοβουλία των συμβαλλόμενων μερών (βλ. BGHZ 83, 56, 58; *Medicus*, AT, Παράγραφος. 406; *Kötz*, σε *MünchKomm*).

§ 1 νόμος ΓΟΣ Παράγραφος 8, *Brambring-Schippel*, NJW 1979, 1802 επ. σ.).

1. Η υποκείμενη ιδέα της ιδιωτικής σύμβασης δύο οικονομικά, κοινωνικά και διανοητικά περίπου ισάξιων συμβαλλόμενων μερών αστοχεί εκεί, όπου οι ΓΟΣ γίνονται σύμβαση δικαίου (*lex contractus*), σε κάθε περίπτωση συχνά (χάνει) στην κοινωνική πραγματικότητα. Η τροφοδοτημένη από κάθε ιδέα προθυμία του Αστικού Κώδικα, να παραχωρεί περαιτέρω μέρη του συμβατικού δικαίου στην διάθεση του συμβαλλόμενου μέρους, χάνει με αυτόν τον τρόπο την βάση της. Γι αυτό το λόγο υιοθετεί όλο και περισσότερο η νομολογία το καθήκον, να εξασφαλίζει τουλάχιστον την συμβατική δικαιοσύνη εντός ορίων. Με τον νόμο των ΓΟΣ από 9. 12. 1976 έχει εκμεταλλευτεί η νομοθετική εξουσία τα προνόμια τους (σε μεγάλο βαθμό οργανωμένη με τα αποτελέσματα της νομολογίας, σε ορισμένες περιπτώσεις όμως επίσης -έτσι στο § 2 του νόμου ΓΟΣ-την ξεπερνάει)
2. Με τους ΓΟΣ συνδέονται τα αποτελέσματα ορθολογικής οργάνωσης μέσω απλοποίησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας και βελτίωσης της ασφάλειας απονομής δικαιοσύνης (εξηρητημένη διαδικασία). Ελέγχουν σήμερα σε μεγάλο βαθμό την αγορά, όμως η βιοτεχνία έχει μείνει σχεδόν χωρίς ΓΟΣ μέχρι τώρα . Ο νόμος των ΓΟΣ δεν περιορίζει ασφαλώς την εξάπλωση. Οι κανόνες του δεν μένουν λιγότερο υπολογίσιμοι από το προηγουμένως κυρίαρχο νομολογιακό δίκαιο.
3. Εάν και κατά πόσο οι απαλλαγές των χρηστών (κυρίως μέσω μετατόπισης κινδύνων)επιδρούν για χάρη των συμβαλλόμενων μερών επίσης στην διαμόρφωση των τιμών (αποκαλούμενο επιχείρημα σε σχέση με τις τιμές), είναι μια ερώτηση, η οποία μπορεί να απαντηθεί κατά περίπτωση. Σίγουρο είναι όπως και να 'χει, ότι το επιχείρημα σε σχέση με τις τιμές μπορεί δεν να αποκλείσει την ανάγκη ενός ελέγχου περιεχομένου ούτε σε γενικούς ούτε σε μεμονωμένους βαθμούς (περί

επιρροής στην εφαρμογή δικαίου βλ. και IV 4b). Το παράνομο δεν γίνεται νόμιμο, όταν οδηγεί επίσης σε επιθυμητά αποτελέσματα.

4. Η αξία του ενισχυμένου ελέγχου είναι ένα συμβατικό δίκαιο δύο επιπέδων, το οποίο δεν διαμορφώνει στον δεύτερο κλάδο του (ΓΟΣ) καμία ένωση. Ο νόμος των ΓΟΣ περιορίζει την τυπική ισχύ του τόσο αντικειμενικά (βλ. § 23 νόμος των ΓΟΣ)όσο και ατομικά(§ 24 νόμος των ΓΟΣ με περιορισμένο ειδικό προνόμιο για εμπόρους και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου). Με αυτόν τον τρόπο μένει εν μέρει (για παράδειγμα για την ερώτηση, εάν οι ΓΟΣ αποτελούν συστατικό στοιχείο της σύμβασης στην νομική πράξη μεταξύ εμπόρων) καθοριστικό το παλιό νομολογιακό δίκαιο (όμως ρυθμίζονται ασφαλώς οι προσαρμογές στον νόμο των ΓΟΣ).
5. Η ακόλουθη σύνοψη παρουσιάζει τον νόμο των ΓΟΣ με την τυπική του ισχύ για τις συναλλαγές με ιδιωτικούς καταναλωτές. Οι ιδιαιτερότητες της εμπορικής κυκλοφορίας δεν τηρούνται (βλ. για αυτήν για παράδειγμα *Helm, Zur Inhaltskontrolle von AGB bei Verwendung gegenüber Kaufleuten* (Περί ελέγχου περιεχομένου από ΓΟΣ κατά την χρήση μεταξύ εμπόρων), BB 1977, 1109 κ.ε., *Schlechtriem*, σε: έκδοση f. Duden, 1977, εδ. 571 κ.ε., Eberstein, *Die zweckmäßige Ausgestaltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Verkehr* (Η κατάλληλη διάρθρωση των γενικών όρων συναλλαγών στην εμπορική κυκλοφορία), 2 Έκδοση {1980}).

2. Η σύμβαση

1. Τα μέρη

Α)Οι ΓΟΣ ρυθμίζουν συμβάσεις, οι οποίες είναι πάντα ατομικά καθορισμένες στην «ουσία» (προς εκτέλεση εργασίας) τους . Στο μεταξύ πρέπει εξ ολοκλήρου να διαχωριστεί το ατομικό από το γενικώς ορισμένο μέρος της σύμβασης.

Β)Στις ατομικές συμφωνίες ανήκουν επιπλέον άλλες συμφωνίες, οι οποίες «διαπραγματεύονται μεμονωμένα μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών» (§ 1 II νόμος των ΓΟΣ). Το Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο (ΟΑΔ) υπολογίζει εδώ επίσης ρήτρες του ΓΟΣ που έχουν μείνει αμετάβλητες, σε περίπτωση που ο χρήστης είναι πρόθυμος για τροποποίηση και ο συνέταιρος το γνωρίζει αυτό στις διαπραγματεύσεις για σύμβαση (βλ. NJW 1977, 624). Πολλές φορές απορρίπτεται εντελώς αυτή η νομολογία ή θεωρείται κατάλληλη μόνο με περιορισμούς (Nachweise zum Streit in BGH (Τεκμήρια στην διαφορά στο ΟΑΔ), NJW 1979, 367 κ.ε. , βλ. περαιτέρω Locher, εδ. 24 κ. ε. {επιτρεπόμενο}, Larenz, AT, § 29 α I α{ μόνο, όταν πραγματικά διαπραγματεύεται την ρήτρα}, Medicus, AT, Παράγραφος. 407 [μόνο, όταν η επιρροή στους όρους ήταν αρκετά πιθανή και ανεκτή}).

Γ)Οι ατομικές συμφωνίες έχουν προτεραιότητα απέναντι στους ΓΟΣ (§ 4 νόμος των ΓΟΣ),επειδή σε εκείνες εκφράζεται μια ειδική βούληση των μερών. Δεν πρόκειται για έναν κανόνα ερμηνείας (όπως όμως πολλοί, βλ. Locher, σ. 48 κ. ε.), αλλά για έναν κανόνα συγκρούσεως κατά την ερμηνεία του αποτελέσματος μιας ένστασης. Από την πρακτική βλ. ως παράδειγμα ΟΑΔ, NJW 1981, 1959 από την μια πλευρά (καμία ένσταση μεταξύ προκαταβολής και έκπτωσης) και BGHZ 50, 200 από την άλλη (ένσταση μεταξύ διαβεβαίωσης συγκεκριμένων ιδιοτήτων και απαλλαγής από ευθύνη).

Το § 4 του νόμου των ΓΟΣ εφαρμόζεται επίσης κατά επικρατούσα θεωρία σε προφορική συμφωνία, ιδίως όταν οι ΓΟΣ αναγνωρίζουν μόνο γραπτές συμφωνίες (βλ. Kötz , σε MünchKomm., § 4 νόμος των ΓΟΣ Παράγραφος. 7,Larenz, AT, § 29 II α., Locher, εδ. 51 κ.ε.). Μπορεί όμως η αντιπροσωπευτική εξουσία να περιορίζεται από εκπροσώπους των χρηστών σε γραπτές δηλώσεις ή μέσω ουσιαστικών σφαλμάτων νομιμότητας(βλ. εδώ Medicus, AT, παράγραφος 422κ.ε.).

2. Ένταξη των ΓΟΣ

Α)Έναντι γενικών κανόνων του συμβατικού δικαίου δυσχεραίνεται η καταχώριση των ΓΟΣ στο περιεχόμενο της σύμβασης (§2 νόμος των ΓΟΣ). Η ανάγκη μιας εξειδικευμένης υπόδειξης στους ΓΟΣ και το ενδεχόμενο μιας εύλογης ενημέρωσης περιορίζει σημαντικά την πιθανότητα της συμφωνίας μέσω συμπερασματικής συμπεριφοράς.

Β) Κατά την λήξη του συμβολαίου μέσω τηλεφώνου ή τέλεξ αρκεί μια υπόδειξη, ότι η ετοιμότητα συμβολαίου υπάρχει μόνο στην ισχύ ιδίων των ΓΟΣ και παρέχετε ετοιμότητα για απαιτούμενη ανακοίνωση. Βλ. Locher, εδ. 31 κ.ε.

Γ) Πολύ αμφισβητούμενο είναι το ζήτημα της εφαρμογής του § 2 του νόμου των ΓΟΣ στις συναλλαγές με αλλοδαπούς (βλ. εδώ για παράδειγμα Locher, εδ. 32 κ.ε. {οι χρήστες μπορούν να ξεκινήσουν από αυτό, ότι δηλαδή οι αλλοδαποί που κατοικούν στο εσωτερικό αντιλαμβάνονται μια υπόδειξη ή ανακοίνωση ή ενημερώνονται με εύλογο τρόπο από το περιεχόμενο τους}, Kötz, σε MünchKomm., § 2 του νόμου των ΓΟΣ παράγραφος 9 [Ο γλωσσικός κίνδυνος να μην φορτώνεται στους αλλοδαπούς· να δίνονται υποδείξεις σε κάποιον αλλοδαπό πελάτη επίσης με έναν κατανοητό τρόπο· εξασφάλιση μιας εύλογης για εκείνον δυνατότητας ενημέρωσης]).

Δ) ΟΙ ΓΟΣ μπορούν επίσης μετά την λήξη της σύμβασης (μέσω τροποποιητικής σύμβασης) να γίνουν περιεχόμενο αυτής. Όμως δεν αρκούν οι υποδείξεις σε λογαριασμούς, δελτία παράδοσης εμπορευμάτων και παρόμοια έγγραφα, επειδή εκείνες δεν μεταβιβάζονται συχνά στις συναλλαγές, λόγω της ειδικής λειτουργίας τους στα εξουσιοδοτημένα πρόσωπα (βλ. Larenz, AT, § 29 a. Ib, Kötz, σε: MünchKomm., § 2 νόμος των ΓΟΣ Παράγραφος. 7, OAD, NJW 1978, 2243 [δελτίο παράδοσης εμπορευμάτων]).

3. Αμοιβαίες παραπομπές στους ΓΟΣ

Α) Η ερώτηση όσον αφορά την ισχύ, σε περίπτωση που αμφότερα τα συμβαλλόμενα μέρη εισήγαγαν στις διαπραγματεύσεις της σύμβασης τους δικούς τους ΓΟΣ (με έναν ανάλογο τρόπο § 2 νόμος των ΓΟΣ) (συνήθως με μια «ρήτρα άμυνας», η οποία ρητά αποκλείει την ισχύ άλλων ΓΟΣ), δεν έχει αναφερθεί από τους ΓΟΣ. Ελλείψει ειδικής ρύθμισης πρέπει να εφαρμοστεί το γενικό συμβατικό δίκαιο.

Β) Σύμφωνα με πρόταση και επιβεβαίωση παραγγελίας των ΓΟΣ εφαρμόζεται το § 150 II. Η αντιπροσφορά χρειάζεται από την πλευρά τους την αποδοχή (η οποία δεν επιτυγχάνεται αμέσως, όταν η αντιπροσφορά εμμένει στον δικό της ΓΟΣ στις περαιτέρω διαπραγματεύσεις). Δεν εντοπίζεται εξαίρεση στην αδιαμαρτύρητη αποδοχή της επιβεβαίωσης παραγγελίας. (βλ. OAD, JZ 1977, 602).

Γ) Σύμφωνα με πρόταση και επιβεβαιωτικό έγγραφο των ΓΟΣ εφαρμόζονται οι κανόνες δικαίου που αναπτύχθηκαν για το εμπορικό επιβεβαιωτικό έγγραφο (βλ. σε αυτούς ο. § 1 III 4). Πρέπει λοιπόν η αντιπροσφορά να αντιτίθεται κατά βάση, όταν εκείνη επιθυμεί να αποφύγει την ισχύ των ΓΟΣ του συμβαλλόμενου μέρους της. Εάν όμως δηλώσει η αντιπροσφορά, ότι εκείνη μόνο συνάπτει στους δικούς της ΓΟΣ και οι ΓΟΣ των συμβαλλόμενων μερών μπορούν μόνο με γραπτή συμφωνία να αποκτήσουν ισχύ, τότε υπάρχει μια εξαίρεση, επειδή δεν μπορούσε να λυθεί η επικύρωση με την συναίνεση των συμβαλλόμενων μερών της.

Δ) Εφόσον δεν επιτυγχάνεται μια συμφωνία-το συμβόλαιο εν τούτοις εκτελείται- πρέπει να εφαρμοστούν τα §§ 154, 155 (με ισχύ των ΓΟΣ, εφόσον εκείνα ταυτίζονται, με εφαρμογή του ενδοτικού δικαίου στις ερωτήσεις που έχουν μείνει ανοιχτές, βλ. *Larenz*, AT, § 29 a. I, *Kötz*, σε *MünchKomm.*, § 2 νόμος των ΓΟΣ Παράγραφος. 31). Μόνο στην αιτιολόγηση άλλων BGHZ 61, 282 (§ 150 II με § 242 να διορθωθούν), *Flume*, § 37, 3 και *Medicus*, Παράγραφος. 75 (η διαφορά της ισχύς των ΓΟΣ στον τομέα των προσφύγων για τα συμβαλλόμενα μέρη δεν διευθετείται). Πάνω σ' αυτό *Ebel*, NJW 1978, 1033 (αυστηρή «Θεωρία της τελευταίας λέξης»).

Ε) Αν δεν μπορούσε να επιβληθεί ενοχικά μια προβλεπόμενη επιφύλαξη της κυριότητας λόγω αντιφατικών ΓΟΣ στους όρους πώλησης (οπότε § 433 I μη τροποποιημένο), τότε αποκτά ο αγοραστής εν τούτοις (αν και αντισυμβατικά) μόνο υπό όρους ιδιοκτησία, επειδή του ήταν γνωστό, ότι ο πωλητής ιδιοκτησίας ήταν έτοιμος να μεταβιβάσει υπό όρους μόνο αναβλητικά. Βλ. ΟΑΔ, NJW 1982, 1749 και 1751, *Medicus*, AT, παράγραφος 435.

3. Η ερμηνεία

1. Αρχές

Α) Οι ιδιαιτερότητες των ΓΟΣ απαιτούν μια αντικειμενική ερμηνεία (βλ. BGHZ 62, 251, 252f.). Πρέπει να υπολογιστεί το εννοιολογικό περιεχόμενο «βάσει υποκειμενικών προτύπων, που έχουν διαχωριστεί από την τυχαία ισχύ του μεμονωμένου περιστατικού και των ατομικών ιδεών των συμβαλλόμενων μερών» (BGHZ 22, 109, 113), καθώς είναι

επιθυμητή μια γενική λύση σε μια επαναλαμβανόμενη σύγκρουση συμφερόντων (βλ. BGHZ 60, 377, 380).

Β)Πρέπει να ξεκινήσουμε από τις υπάρχουσες τυπικές σχέσεις των χρηστών και του κύκλου των πελατών τους, από τα συνηθισμένα συμφέροντα, τις ιδέες και τις έννοιες των συνετών και τίμιων συμβαλλόμενων μερών, οι οποίες θέλουν να θέσουν μια γενική βάση στις εμπορικές συναλλαγές τους. Βλ. BGHZ 33, 216, 218.

Γ)Σε διαφοροποιημένη πελατεία μπορούν να διαμορφωθούν ομάδες πελατών που δύναται να έχουν διαφορετική σημασία για τις μεμονωμένες ρήτρες.

Δ)Εάν τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν από κοινού επισυνάψει μια συγκεκριμένη σημασία μιας ρήτρας, τότε ισχύει το κοινώς αποδεκτό (επιχείρημα § 4 του νόμου των ΓΟΣ).

Ε)Εάν εφαρμοστούν τεχνικοί όροι , οι οποίοι έχουν ένα άλλο σημειολογικό περιεχόμενο στην καθομιλουμένη, τότε ισχύει η εξειδικευμένη έννοια μόνο, όταν ο κύκλος πελατών τυπικά είναι εξοικειωμένος με την ειδική ορολογία ή οφείλει να εξοικειωθεί (βλ. εδώ BGHZ 18, 311, 317f.).

2. Ο κανόνας της ασάφειας (§ 5 νόμος των ΓΟΣ)

Α)Εφαρμόζεται, όταν υπάρχουν «αμφιβολίες» κατά την ερμηνεία των ΓΟΣ (βλ. ΟΑΔ, NJW 1979, 540, 542), και πρέπει λοιπόν να ερμηνευτούν εναλλακτικά πολυσήμαντες ρήτρες. Έχει παραμείνει αμφισβητούμενο(καταφατικό για παράδειγμα *Locher*, εδ. 48, αρνητικό για παράδειγμα *Sambac*, *Kötz*, σε: *MünchKomm.*, § 5 νόμου των ΓΟΣ παράγραφος 5) ,εάν δίπλα σε εκείνον πρέπει να εφαρμοστεί η παλιά αρχή του περιορισμού (περιοριστική ερμηνεία υποβαθμισμένων ρητρών).

Β)Η παλαιότερη νομολογία εκμεταλλεύεται ενίοτε αυτήν την ασάφεια του κανόνα ως μέσο του (κρυφού) ελέγχου του περιεχομένου (ισχυρισμός ασαφειών παρά σαφής ρύθμισης).

Γ)Το § 5 του νόμου των ΓΟΣ έχει ιδιαίτερα πρακτική σημασία για τον καθορισμό της αξίωσης , για την οποία πρέπει να ισχύει μια ρήτρα απαλλαγής από ευθύνη. Βλ. για παράδειγμα BGHZ 67,359, 366 (δεν εφαρμόζεται ο αποκλεισμός από αξιώσεις αποζημίωσης

υπό τον τίτλο «Ευθύνη για έλλειψη της παράδοσης» στις αξιόποινες ευθύνες) και εδώ σε αντίθεση *ΟΑΔ*, NJW 1979, 2184.

4. Ο έλεγχος του περιεχομένου

1. Ρήτρες εκπλήξεως (§ 3 νόμος των ΓΟΣ)

Α) Εκείνες «δεν γίνονται μέρη του συμβολαίου». Η ξένη διατύπωση δεν έχει καμία ιδιαίτερη σημασία. Είναι ταυτόσημη με την αναγνώριση του ανίσχυρου και οπότε διαθέτει τις συνέπειες του. (εδώ υπό προϋποθέσεις).

Β) Κλίμακα του ασυνήθους αποτελούν οι συστάσεις και οι προσδοκίες των τίμιων συμβαλλόμενων μερών με μέση εμπορική πείρα, προσοχή και περίσκεψη (πιθανός σχηματισμός ομάδων πελατών). Τεκμήριο: απόκλιση από τους κανόνες του νομικού προτύπου του συμβολαίου (βλ. BGHZ 75, 15, 22) ή από τους συνήθεις του κλάδου (ΟΑΔ, NJW 1978, 1519).

Γ) Το άρθρο § 3 δεν πρέπει να εφαρμόζεται, όταν υποδεικνύεται από μια ρήτρα κατά τις συμβατικές διαπραγματεύσεις ρητά, «ξεκάθαρα και αδιαμφισβήτητα». Βλ. BGHZ 75, 15, 22 (έντυπη σύμβαση). Βλ. περαιτέρω BGHZ 83, 56, 60 (ρήτρα εκπλήξεως, παρόλο που ο εγγράφως επικυρωμένος συμβολαιογράφος έχει απαγγείλει την σύμβαση). Η ανάγνωση των ΓΟΣ αποκλείει μια έκπληξη μόνο σε τέτοιες ρήτρες, όπου εκδίδονται τόσο ξεκάθαρα, που μια παράβλεψη πρακτικά αποκλείεται.

2. Απαγορεύσεις ρητρών χωρίς δυνατότητα εκτιμήσεως (§ 11 νόμος των ΓΟΣ)

Α) Εννοούνται απαγορεύσεις ρητρών χωρίς ορισμένη νομική έννοια. Πράγματι δεν υποστηρίζεται η διάκριση τέτοιων απαγορεύσεων ρητρών από τις άλλες της νομοθεσίας (βλ. αριθ. 7 σε «χοντρικά αμελής αθέτηση σύμβασης», αριθ. 10 c σε έξοδα, τα οποία γίνονται

«αναγκαία», αριθ.10 d σε ένα «δυσανάλογο μεγάλο μέρος της αμοιβής», αρ. 10 e σε «προφανείς» ελλείψεις).

Β)Ο νόμος όμως ρυθμίζει τις απαγορεύσεις ρήτρας χωρίς δυνατότητα βαθμολογίας των υπολοίπων. Οι απαγορεύσεις ρήτρας πρέπει εν τούτοις λόγω της μεγάλης τους κατηγορηματικότητας να εξεταστούν από τον νόμο.

Γ)Η περιγραφή των μεμονωμένων απαγορεύσεων ρήτρας πρέπει να γίνει στην εκάστοτε αντικειμενική πραγματολογική συνάφεια.

4. Σχολιασμός

Η διαδικασία της μετάφρασης ενός νομικού κειμένου απαιτεί ιδιαίτερη ακρίβεια και προσοχή στην απόδοση του σωστού νοήματος ,καθώς ίσως και περαιτέρω γνώσεις πάνω στην νομική επιστήμη και την ορολογία αυτής. Απαραίτητη προϋπόθεση για την ορθή απόδοση του νοήματος των νομικών κειμένων, αποτελεί η κατανόηση του νομικού συστήματος του κειμένου πηγής αλλά και η κατανόηση του γενικότερου πλαισίου αυτού του συστήματος. Ενώ απαραίτητος είναι και ο σεβασμός της διαφορετικότητας των δύο γλωσσών (Η γλωσσική ανομοιότητα δεν είναι ζήτημα «ήχων και σημείων», αλλά «κοσμοθεωρίας»{“Weltansicht“},Κεντρωτής 1996) και η όσο το δυνατόν καλύτερη απόδοση του περιεχομένου για τον αναγνώστη του κειμένου στόχος.

Στην συγκεκριμένη εργασία τα νομικά συστήματα με τα οποία πραγματευόμαστε είναι το ελληνικό και το γερμανικό νομικό σύστημα. Ο συνδυασμός αυτών των δύο συστημάτων διευκολύνει τον έλληνα μεταφραστή ως προς την επεξεργασία και την απόδοση του κειμένου και των ειδικών όρων του Αστικού Κώδικα. Μάλιστα σύμφωνα με τον

Βλαχόπουλο (2014) τα δύο νομικά συστήματα ανήκουν στην ίδια οικογένεια δικαίου (ρωμανογερμανική), επομένως η μεταξύ τους συνάφεια διευκολύνει σε μεγάλο βαθμό και τον μεταφραστή, αποφεύγοντας τον σκόπελο των ασύμβατων που θα εντοπίζονταν τυχόν σε άλλα νομικά συστήματα, όπως για παράδειγμα στο αμερικάνικό και στο αγγλικό νομικό σύστημα, που διαφέρουν σε μεγάλο βαθμό από το ελληνικό.

Για να μπορέσουμε να κατανοήσουμε καλύτερα το προς μετάφραση κείμενο απαραίτητη προϋπόθεση αποτελεί η αναγνώριση της κειμενικής λειτουργίας του κειμένου. Εάν επιλέξουμε να αναλύσουμε την κειμενική λειτουργία του αποσπάσματος σύμφωνα με το μοντέλο των τεσσάρων λειτουργιών της Nord (2001), οι λειτουργίες που προκύπτουν είναι οι εξής:

- α) η αναφορική λειτουργία, η οποία διακρίνεται περαιτέρω σε πληροφοριακή, κατευθυντήρια και διδακτική,
- β) η εκφραστική λειτουργία,
- γ) η κλητική λειτουργία και
- δ) η φατική λειτουργία.

Στην περίπτωση αυτή το πρωτότυπο κείμενο ανήκει στην κατηγορία των πληροφοριακών κειμένων. Πέρα από την πληροφοριακή του φύση δεν παύει να επιτελεί παραπάνω από μία λειτουργίες, καθώς αποτελεί εξίσου κατευθυντήριο και διδακτικό κείμενο (ιδιαίτερα για φοιτητές νομικής επιστήμης και εκπαιδευόμενους αυτής).

Σε όλο το εύρος του παρόντος κειμένου εργασίας εντοπίστηκε πληθώρα μεταφραστικών, συντακτικών, λεξιλογικών προβλημάτων. Η διαχείριση των μεταφραστικών προβλημάτων, τα οποία θέτει ένα προς μετάφραση κείμενο, τόσο σε επίπεδο επιμέρους γλωσσικών μονάδων όσο και σε επίπεδο ενοτήτων έκφρασης γίνεται κάθε φορά με διαφορετικό τρόπο ανάλογα με την επιδιωκόμενη λειτουργία του μεταφράσματος στον πολιτισμό και την γλώσσα αφίξεως. (Κελάνδριας, 2007). Παρακάτω παρατίθενται ορισμένα από τα προβλήματα που εντοπίστηκαν στην παρούσα εργασία καθώς και η στρατηγική που ακολουθήθηκε για την επίλυσή τους.

Ορολογία

Κύριο πρόβλημα που χρειάστηκε να αντιμετωπίσει ο μεταφραστής στο συγκεκριμένο κείμενο ,σε όλο του το εύρος, είναι η χρήση νομικής ορολογίας. Ειδική ορολογία εντοπίζεται σε κάθε κείμενο με ειδικό περιεχόμενο. Στον τομέα αυτό ένα ειδικό κείμενο θεωρείται ότι εμφανίζει σημαντικά λιγότερα προβλήματα σε σχέση με ένα κείμενο της κοινής γλώσσας, αφού το στενό σημασιολογικό πεδίο περιορίζει υποχρεωτικά το πλαίσιο εντός του οποίου καλείται να εργαστεί ο μεταφραστής (Παριανού, 2004). Στην περίπτωση μας η σύνθετη και πολύπλοκη γλώσσα των νομικών κειμένων καθιστά αναγκαία την γνώση από την πλευρά του μεταφραστή συγκεκριμένων όρων της νομικής επιστήμης. Λόγω της εκτεταμένης χρήσης νομικών όρων σε όλη την έκταση του κειμένου ,αυτό συνεπάγεται δυσκολίες για τον μεταφραστή στην απόδοση του νοήματος και των αντίστοιχων όρων στην ελληνική. Από την άλλη όμως είναι θετικό το γεγονός ότι το ζεύγος των δύο γλωσσών για το νομικό κείμενο είναι η ελληνική με την γερμανική γλώσσα, καθώς όπως προαναφέρθηκε το δίκαιο τους ως επί το πλείστον εντοπίζει πληθώρα συγγενών χαρακτηριστικών. Το ύφος του γερμανικού λόγου πλησιάζει περισσότερο τη λειτουργία των υφολογικών στοιχείων που χρησιμοποιούνται στα ελληνικά νομικά κείμενα (Βλαχόπουλος, 2014). Ο Κουτσιβίτης (1994) αναφέρει χαρακτηριστικά ότι η ελληνική νομική γλώσσα είναι σε μεγάλο βαθμό δημιούργημα της μετάφρασης από τη γερμανική και τη γαλλική γλώσσα.

Στο πλαίσιο της ορολογίας συναντάμε στο κείμενο λέξεις, οι οποίες διαθέτουν μια μόνο σημασία και δεν επηρεάζονται από περικείμενο στο οποίο εντοπίζονται όπως για παράδειγμα οι όροι *Rechtsfortbildung* και *Privatautonomie* ανήκουν ξεκάθαρα στους νομικούς όρους και δεν θα αλλοιωθεί ή τροποποιηθεί η σημασία τους σε όποιο κείμενο και αν εμφανιστούν. Και εδώ μπορούμε να αναφέρουμε ότι ο όρος και η σημασία του αποτελούν μια αδιαχώριστη ενότητα, αφού ο όρος έχει αυστηρά ορισμένη και επακριβώς περιορισμένη σημασία (Γούναρη, 1999).

Παρ' όλα αυτά ,όμως, στο πλαίσιο της ειδικής ορολογίας εντοπίστηκε και ένα ακόμη πρόβλημα το οποίο έπρεπε να αντιμετωπίσει ο μεταφραστής. Η εμφάνιση πολλαπλών όρων στο κείμενο δυσχέραινε πολλές φορές την διαδικασία απόδοσης και επεξεργασίας του νοήματος και αποτελούσε σκόπελο για τον μεταφραστή. Για παράδειγμα ο όρος *Verhalten* αποδίδεται ανάλογα με το περικείμενο στο οποίο εντοπίζεται άλλοτε ως πράξη και άλλοτε ως συμπεριφορά. Το ίδιο και η λέξη *Tatbestand* το οποίο μπορεί να αποδοθεί ως αίτιο ,ως το πραγματικό γεγονός και ως στοιχείο του εγκλήματος. Οι πολλαπλοί όροι ήταν ένα από τα στοιχεία που έπρεπε να λάβει σοβαρά υπόψη του ο μεταφραστής για να αποφευχθεί η αλλοίωση του νοήματος.

Πέρα από τα ζητήματα που προκύπτουν από τους εκάστοτε ειδικούς όρους στο νομικό πλαίσιο, δεν είναι δυνατόν να μην αναφερθεί και η διαφορά που εντοπίστηκε μεταξύ των δύο γλωσσών σε επίπεδο σύνταξης. Η ελληνική χαρακτηρίζεται από σύνθετες δευτερεύουσες προτάσεις και καθαρεύουσα, ενώ η γερμανική αντίστοιχα εμφανίζει πιο συμπυκνωμένο λόγο με εμφανώς μεγαλύτερη χρήση της παθητικής φωνής, ουσιαστικοποιημένων ρημάτων και σύνθετων λέξεων, οι οποίες τις περισσότερες φορές έπρεπε να αποδοθούν περιφραστικά στην ελληνική. Για εκείνες θα αναφερθούμε εκτενέστερα παρακάτω. Οι Γερμανοί νομικοί καταφεύγουν σε επιλογές ασυνήθιστες για την καθομιλουμένη, οι οποίες φυσικά με την σειρά τους διαμορφώνουν το ιδιαίτερο ύφος του γερμανικού νομικού λόγου (Βλαχόπουλος, 2014).

Σύνθετες λέξεις

Πρόκειται για δομές που συγκροτούνται από επιμέρους λεξιλογικά συστατικά, που το καθένα είναι φορέας σημαντικής έννοιας, και σημασιολογικά συνδέονται μεταξύ τους μέσα από τον περιορισμό της έννοιας του ενός μεμονωμένου ουσιαστικού από το άλλο (Weinrich 1993: 924). Τα λεξιλογικά σύνολα εξυπηρετούν λόγους οικονομίας, διότι συχνά υποκαθιστούν έναν αναλυτικό επιρρηματικό προσδιορισμό ή ακόμα και μια ολόκληρη πρόταση, με αποτέλεσμα να οδηγούν στη συμπύκνωση της σημασίας σε μικροκειμενικό επίπεδο (Βλαχόπουλος, 2014). Σε όλη την έκταση του αποσπάσματος ο μεταφραστής έρχεται αντιμέτωπος με την δυσκολία της απόδοσης των σύνθετων λέξεων που χαρακτηρίζουν το γερμανικό νομικό λόγο. Η μονολεκτικότητα του όρου, ως στοιχείο του κριτηρίου της ανακλησιμότητας, προτιμάται αντί της περιφραστικής δήλωσης (Κελάνδριας, 2007). Στην ελληνική παρά το γεγονός ότι σχηματίζονται εύκολα σύνθετες λέξεις, στην απόδοση συχνά των σύνθετων όρων προτιμάται περίφραση ή η χρήση δευτερευουσών προτάσεων. Παραδείγματα περιφραστικής απόδοσης συναντάμε στο κείμενο π.χ. η λέξη *Besitzmittlungsverhältniss* που συναντάμε στην σελ. 9 του αποσπάσματος αποδόθηκε ως *σύσταση σχέσης ιδιοκτησίας*. Ενώ, λίγο παρακάτω εντοπίζεται ο σύνθετος όρος *Irrtumsanfechtung* ο οποίος εμφανίζεται συχνά στο κείμενο αφετηρίας και αποδίδεται ως *ακύρωση λόγω πλάνης*. Παρατηρούμε επομένως ότι στις δύο αυτές περιπτώσεις δύο όροι γερμανικοί αποδόθηκαν με 3 και 3 αντίστοιχα ελληνικούς. Στις συγκεκριμένες περιπτώσεις και γενικότερα στα περισσότερα παραδείγματα απόδοσης των σύνθετων όρων, η περίφραση στην ελληνική εξυπηρετεί καλύτερα στην δηλωτική ανάγκη της ειδικής γλώσσας και την σαφέστερη απόδοση του σημασιολογικού περιεχομένου της.

Δάνεια

Ο διαγλωσσικός δανεισμός αναφέρεται σε όρους που υπάρχουν σε μια γλώσσα και μπορούν να εισαχθούν σε άλλη γλώσσα. Διακρίνεται σε Άμεσο Δανεισμό και σε Μεταφραστικό Δανεισμό (Κεραμίδας, 2015). Στο παραπάνω απόσπασμα συναντάται ως επί το πλείστον Άμεσος Δανεισμός, που σημαίνει την μεταγραφή των στοιχείων με ελληνικούς χαρακτήρες με στόχο την όσο το δυνατόν πιο στενή απόδοση του ξενόγλωσσου όρου, στην δική μας περίπτωση της γερμανικής και συγχρόνως την προσαρμογή του στην ελληνική φωνολογία. Τέτοιο παράδειγμα αποτελεί η λέξη *Pandektistik* η οποία αποδίδεται στην ελληνική ως πανδεκτιστική (φωνολογικά αναφομοίωτο). Ο δανεισμός μεταξύ γλωσσών είναι ένα συνηθισμένο φαινόμενο και παρατηρείται και στην ελληνική ,όπου μπορεί να εντοπίσει κανείς και στην καθομιλουμένη πολλά δάνεια από την αγγλική ,την ιταλική αλλά και την γαλλική. Από την άλλη και η ελληνική εντοπίζεται σε δάνεια άλλων γλωσσών ,ειδικότερα σε τομείς των ιατρικών επιστημών και των φαρμάκων. Πέρα από τους τομείς αυτούς στους οποίους εντοπίζονται δάνεια από την ελληνική, συναντάμε και στο κείμενο μας ποικίλα παραδείγματα τέτοιων δανείων όπως *hypothetische, die Theorie, die Autonomie, die Problematik*. Το γεγονός αυτό είναι ενθαρρυντικό για τον Έλληνα μεταφραστή ,καθώς διευκολύνει σε πολλές περιπτώσεις στην απόδοση των όρων και στην καλύτερη επεξεργασία τους. Παρ' αυτά μπορεί συγχρόνως να αποτελέσει σκόπελο και να αποπροσανατολίσει τον μεταφραστή σε διαφορετική απόδοση του όρου από εκείνη που απαιτείται στο συγκεκριμένο περικείμενο και ομοίως σε σύνθετες λέξεις με ελληνικό α' ή β' συνθετικό. Γι αυτό και καλείται η αμέριστη προσοχή του μεταφραστή σε αυτές τις περιπτώσεις.

Λατινικοί Όροι

Μέσα στο κείμενο αφετηρία εντοπίζονται επίσης σε ορισμένα σημεία λατινικά ρητά από το ρωμαϊκό δίκαιο τα οποία σε συγκεκριμένες περιπτώσεις αποδόθηκαν στην ελληνική, καθώς χρησιμοποιούνται και στον ελληνικό νομικό λόγο. Αντιθέτως σε άλλες παρέμειναν αυτούσιες καθώς μετά από έρευνα κατέληξα στο συμπέρασμα ότι τοιουτοτρόπως συναντάται συχνότερα η χρήση τους. Τέτοια παραδείγματα αποτελούν το “*falsa demonstration non nocet*” και το “*volenti non fit iniuria*” . Στην πρώτη περίπτωση το λατινικό ρητό δεν μεταφράστηκε αλλά μεταφέρθηκε αυτούσιο καθώς με τον ίδιο τρόπο εντοπίζεται στα νομικά κείμενα, “*falsa demonstratio*” είναι η ομοειδής δικαιοπραξία ,ενώ “*falsa demonstration non nocet*” η μίσθωση στην οποία δεν υφίσταται λόγος ακύρωσης. Στην δεύτερη περίπτωση ο όρος αποδόθηκε ως ο συναινών δεν βλάπτεται, ενώ μεταγράφηκε και ο λατινικός όρος. Στην

νομική εντόπισα ότι χρησιμοποιείται και με τους δύο τρόπους οπότε αποφάσισα να διατηρήσω και τους δύο.

Ουσιαστικοποιημένα ρήματα

Ένα συχνό γνώρισμα της γερμανικής γλώσσας όπως προαναφέρθηκε είναι η δημιουργία και η χρήση ουσιαστικοποιημένων ρημάτων. Το ουσιαστικό δεσπόζει στην γερμανική νομική ορολογία. ,ενώ τα ουσιαστικοποιημένα ρήματα στο συντακτικό επίπεδο αντικαθιστούν τις τελικές προτάσεις. Η ουσιαστικοποίηση αυτή έχει ως αποτέλεσμα να μεταφερθεί μεγάλη ποσότητα πληροφορίας από το ρηματικό πεδίο στα ουσιαστικά (Weinrich 1993: 988). Μέσα στο κείμενο αφετηρίας εντοπίζουμε πληθώρα ουσιαστικοποιημένων ρημάτων όπως για παράδειγμα τα *Auslegung*, *Geltung*, *Auflassung*, *Eintragung*, *Einigung* κ.α., τα οποία προέρχονται από τα ρήματα *auslegen*, *gelten* , *auflassen*, *eintragen*, *einigen* αντιστοίχως. Με την χρήση των ουσιαστικοποιημένων ρημάτων επιτυγχάνεται λεξική οικονομία και πυκνότερος λόγος συγχρόνως.

Ονόματα

Σε όλη την έκταση του κειμένου αφετηρίας εντοπίζονται αναφορές σε βιβλιογραφίες, βιβλία και άρθρα νομικών συγγραφέων και φιλοσόφων. Κάτι το οποίο αποτέλεσε μεγάλο σκόπελο για τον μεταφραστή στο συγκεκριμένο απόσπασμα για την απόδοση τους. Στην περίπτωση των κύριων ονομάτων είναι πολύ πιο σύνηθες να διατηρεί ο μεταφραστής την αρχική τους μορφή και στο μετάφρασμα. Η πρακτική αυτή μεταβάλλεται όταν κύρια ονόματα συναντώνται και στην ελληνική μεταφρασμένα, κυρίως μεγάλων προσωπικοτήτων που παραμένουν γνωστοί πανελληνίως. Για παράδειγμα συναντάμε το όνομα του Μαξ Βέμπερ , ο οποίος είναι γνωστός σε κάθε Έλληνα λάτρη των ανθρωπιστικών σπουδών και όχι μόνο. Στην συγκεκριμένη περίπτωση μεταφράστηκε στα ελληνικά ,γιατί συναντάται και με αυτή την μορφή. Αντιθέτως ονόματα όπως Nipperdey, Manigk, Craushaar, Götz, Köndgen, Lammel, Köhler, Walchshöfer, Bydlinski, Lorenz, Willoweit, Fabricius, Flume, Larenz, Gudian, Kuchinke, Hübner, Hanau, Krause, Krammer, Martens κ.α. επέλεξα να τα διατηρήσω αυτούσια καθώς δεν εντόπισα μια παγιωμένη μετάφραση των συγκεκριμένων ονομάτων στην ελληνική.

Συντομογραφίες

Οι συντομογραφίες αποτελούν μορφές που απαρτίζονται από τα αρχικά γράμματα των λέξεων, περιλαμβάνουν τα αρχικά γράμματα κάθε συντάγματος και κάθε αρχικό γράμμα

προφέρεται ξεχωριστά (Bauer 1989:177). Στη νομική γλώσσα απαντώνται με μεγάλη συχνότητα και δη στο συγκεκριμένο απόσπασμα. Βέβαια η απόδοση τους φέρει δυσκολίες καθώς σε πολλές περιπτώσεις η συντομογραφία της γερμανικής δεν εντοπιζόταν μεταφρασμένη στην ελληνική. Κάποια παραδείγματα συντομογραφιών που συναντώνται σε όλη την έκταση του κειμένου αφετηρίας αποτελούν το *BGH*(*Bundesgerichtshof*) το οποίο μεταφράσαμε ως *ΟΑΔ* (*Ομοσπονδιακό Ακυρωτικό Δικαστήριο*) , το *AGB* (*AllgemeineGeschäftsBedingungen*) ως *ΓΟΣ* (*Γενικοί Όροι Συναλλαγών*). Ενώ για παράδειγμα στην περίπτωση του *AcP* (*Archiv für zivilistische Praxis*) δεν εντοπίστηκε αντιστοίχιση του όρου στον ελληνικό νομικό λόγο και τοιουτοτρόπως προτιμήθηκε να διατηρηθεί αυτούσιο. Κατά την μετάφραση βραχυγραφιών , ο μεταφραστής έρχεται αντιμέτωπος ως προς την απόδοση τους στο κείμενο αφετηρίας. Πρέπει να προηγείται της μετάφρασης η εξέταση της σημασιολογικής δομής των βραχυγραφιών και να εντοπιστεί η ακριβή τους σημασία.

Έλλειψη ισοδυναμίας

Στην μετάφραση ειδικών κειμένων η έλλειψη ισοδυναμίας αποτελεί ένα συχνό φαινόμενο και δη στα νομικά κείμενα. Η έλλειψη αυτή έγκειται στο γεγονός ότι διαφέρουν στην δομή τους πολλές φορές νομικά συστήματα και διαθέτουν διαφορετικό κώδικα δικαίου. Ο μεταφραστής δύναται να αντιμετωπίσει πολλές δυσκολίες στην μετάφραση ιδιαίτερα αγγλικών κειμένων και γαλλικών στην ελληνική. Στην πρώτη περίπτωση κιόλας οφείλει να αναγνωρίσει εάν πρόκειται για βρετανικής ή αμερικανικής προέλευσης κείμενο, καθώς τα δύο αυτά συστήματα διαφέρουν σε μεγάλο βαθμό μεταξύ τους. Παρ' όλες τις ομοιότητες όπως προαναφέρουμε που φέρει ο συνδυασμός των νομικών συστημάτων Ελλάδας-Γερμανίας παρατηρούμε ότι και στο κείμενο μας εντοπίζονται παραδείγματα έλλειψης ισοδυναμίας. Είναι σύνηθες το φαινόμενο να μην εντοπίζεται αντίστοιχη λέξη στην γλώσσα στόχος και ο μεταφραστής να αναζητήσει μια εναλλακτική απόδοση του όρου, όσο το δυνατόν ακριβέστερη και σύμφωνη με εκείνη του πρωτοτύπου. Ένα από αυτά αποτελεί το *MünchKomm* το οποίο προέρχεται από το *Münchener Kommentar* και αναφέρεται στον τίτλο του νομοθετικού σχολιασμού των εκδόσεων C. H. Beck του Μονάχου. Σε απευθείας μετάφραση θα μπορούσε να αποδοθεί ως «ο σχολιασμός του Μονάχου» ,αλλά επειδή μετά από έρευνα το εντόπισα τόσο σε αγγλικά όσο και σε γερμανικά κείμενα ,να έχει διατηρηθεί αυτούσιο, επέλεξα να το διατηρήσω στην αρχική του μορφή και να μην το μεταφράσω. Έπειτα το ίδιο παρατηρήθηκε και με την συντομογραφία *NJW* που προέρχεται από τον όρο *Neue Juristische Wochenschrift*, αποτελεί γερμανικό περιοδικό και αντίστοιχη λέξη δεν

εντοπίστηκε ούτε στην συγκεκριμένη περίπτωση στην ελληνική. Το ίδιο ισχύει για το *NJ* που αναφέρεται και εδώ σε γερμανικό περιοδικό το *Neue Justiz* και αντιστοιχία δεν μπόρεσε να βρεθεί στην ελληνική. Έτσι προτίμησα να διατηρήσω αυτούσια στο κείμενο στόχος τα συγκεκριμένα παραδείγματα.

Διευκρινίσεις για την αποφυγή ασάφειας

Θεώρησα ότι θα ήταν παράλειψη να μην αναφέρω τους γερμανικούς όρους τους οποίους εντόπισα στο κείμενο και μεταφράζονται το ίδιο στην ελληνική. Τέτοιο παράδειγμα αποτελεί η λέξη *Verhalten* όπως προαναφέρθηκε ,η οποία ανάλογα του περικειμένου αποδίδεται είτε ως πράξη είτε ως συμπεριφορά. Πράξη όμως μεταφράζεται και η λέξη *Geschäft* . Στην πρώτη περίπτωση βέβαια η πράξη συνδέεται με άτομο ,ενώ στην δεύτερη είναι πιο γενική η χρήση της. Ενώ ως νομική πράξη αποδόθηκε και η λέξη *Rechtsverkehr*.

5. Επίλογος

Έχοντας φτάσει στο τέλος της παρούσας εργασίας και έχοντας επίσης αποκτήσει μια πιο έμπειρη πλέον ματιά στα νομικά κείμενα, φανερώθηκε για άλλη μια φορά η δυσκολία της μετάφρασης ενός ειδικού κειμένου και η πρόκληση που φέρουν τα νομικά κείμενα για τον μεταφραστή. Κι αυτή η πρόκληση έγκειται στην σωστή απόδοση του όρου και στην αποφυγή πολλές φορές εναλλακτικών μεταφράσεων που δεν αποτελούν όμως δόκιμους για την νομική επιστήμη όρους.

Το νομικό μετάφρασμα δεν πρέπει να επαναλαμβάνει πανομοιότυπα την μορφοσυντακτική και λεξιλογική δομή του πρωτοτύπου , αλλά οφείλει να παράγει ανάλογα αποτελέσματα στη δική του έννομη τάξη (Κουτσιβίτης 1994: 221-212). Ο μεταφραστής καλείται να γνωρίζει άριστα την μητρική του γλώσσα τόσο σε επίπεδο γραμματικό όσο και σε επίπεδο επικοινωνιακό και επαγγελματικό. Όσον αφορά το τελευταίο στην δική μας περίπτωση η γλωσσομάθεια αφορά την γνώση του νομικού λόγου. Ο μεταφραστής παρόλο που δεν χρειάζεται να διαθέτει το ίδιο επίπεδο γνώσεων με ένα νομικό , πρέπει να διαθέτει αρκετές γνώσεις ,για να μπορέσει να τοποθετήσει το κείμενο που μεταφράζει σε μια σωστή ροή με βάση τα συμφραζόμενα και να εκτιμά το συγκεκριμένο. Όσο πιο βαθιά η γνώση των νομικών θεμάτων τόσο πιο σίγουρος αισθάνεται ο μεταφραστής κατά την απόδοση του κειμένου

αφετηρίας και την μεταβίβαση των γνώσεων από έναν νομικό πολιτισμό σε άλλο (Βλαχόπουλος, 2014).

Παρ' όλες τις δυσκολίες που φέρει τόσο ο νομικός λόγος όσο και η μετάφραση του, η νομική γλώσσα με μάγευε με τον αναλλοίωτο χαρακτήρα της, ενώ όλο και περισσότερο κάθε φορά αντιλαμβάνομαι τον πλούτο τόσο της δικής μου γλώσσας όσο και της γλώσσα στόχος και την διαφορετική ερμηνεία των λέξεων, όπως και την κατανόηση τους. Με ενδιαφέρει μελλοντικά να ασχοληθώ επαγγελματικά με την νομική μετάφραση κειμένων τόσο στην αγγλική όσο και στην γερμανική και ίσως να δοκίμαζα εφόσον δυνατό την δικαστηριακή διερμηνεία.

Θα ήθελα προσωπικά να ευχαριστήσω τον κ. Κεντρωτή Γεώργιο, διότι η επιθυμία μου να επιλέξω στην πτυχιακή μου εργασία να μεταφράσω νομικό κείμενο προήλθε ακριβώς από το μάθημα το οποίο είχαμε τον ίδιο ως διδάσκων. Αγάπησα τόσο την νομική μετάφραση όσο και τον γερμανικό λόγο από εκείνο το μάθημα. Η μαγεία των λέξεων και η ερμηνεία τους μέσα στην τάξη για την κατανόησης της πρώτης σημασίας τους (και εκείνης δηλαδή που χρησιμοποιείται στα νομικά κείμενα) ήταν αυτό που καθόρισε για μένα εκείνη την στιγμή την πτυχιακή εργασία που ήθελα να αναλάβω και ίσως και την μελλοντική μου ενασχόληση. Τέλος θέλω να τον ευχαριστήσω που δέχτηκε να είναι ο επιβλέπων της πτυχιακής μου εργασίας και με τις οδηγίες και κατευθύνσεις του στην δομή και το περιεχόμενο κατάφερα να ολοκληρώσω την παραπάνω εργασία και να βρω λύσεις και εναλλακτικές στα μεταφραστικά προβλήματα που χρειάστηκε να αντιμετωπίσω στην πορεία.

Επίσης θα ήθελα να ευχαριστήσω και τον κ. Παπαδημητρίου για τον συμπληρωματικό έλεγχο της πτυχιακής εργασίας, ο οποίος εξίσου ως ειδικός της νομικής επιστήμης και της μετάφρασης, συνέβαλλε στην εξέταση της πτυχιακής από μια δεύτερη ματιά.

6. Βιβλιογραφικές αναφορές

Βλαχόπουλος, Σ. (2014): *Πολυγλωσσία στο δίκαιο*, Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη.

Κελάνδριας, Π. (2007): *Η Μετάφραση των Οικονομικών Κειμένων*, Αθήνα: Δίαυλος.

Κεντρωτής, Γ. (1996): *Θεωρία και Πράξη της Μετάφρασης*, Αθήνα: Δίαυλος.

Κουτσιβίτης, Β. (1994): *Θεωρία της Μετάφρασης*, Αθήνα: Ελληνικές Πανεπιστημιακές Εκδόσεις.

Nord, C. (2001): *Translation as a Purposeful Activity. Functionalist Approaches Explained*, Manchester: St. Jerome Publishing.

Κεραμίδας Σ. Γ. (2015): *Ζητήματα Ορολογίας στην Τεχνική Μετάφραση*, Αθήνα: Δίαυλος.

Bauer, L. (1989): *English Word Formation*, Cambridge: Cambridge University Press.

Παριανού Α. (2004): *Διαπολιτισμική Ειδική Επικοινωνία*, Επιστημονική Επετηρίδα 1999-2003, Τμήμα Ξένων Γλωσσών Μετάφρασης και Διερμηνείας, Ιόνιο Πανεπιστήμιο, Κέρκυρα.

Γούναρης Ρ. (1999): «*Θησαυρός ελληνικής εκπαιδευτικής ορολογίας*» στο *Ελληνική γλώσσα και ορολογία*: Ανακοινώσεις 2ου συνεδρίου. Αθήνα: 1999.

Weinrich, H. (1993): *Textgrammatik der deutschen Sprache*, Mannheim, Duden.

7. Πηγές

PONS Kaufmann, ελληνογερμανικό-γερμανοελληνικό λεξικό

<https://el.pons.com>

<http://europa.eu>

<https://www.duden.de>

<http://www.linguee.com/Greek-Deutsch>

<http://iate.europa.eu>

www.google.gr

www.wikipedia.org

www.glosbe.com

<https://www.bundesgerichtshof.de>

<http://www.jura-basic.de>

<https://context.reverso.net>

<http://e-dikaio.blogspot.com>

<https://www.zip-online.de>

<https://www.iurastudent.de>

<http://www.german-translation-tips-and-resources.com>

<http://www.juristische-abkuerzungen.del>

<https://abkuerzungen.woxikon.de>