

# Studium Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Sebastian Kubis  
Prof. Dr. Ulrich Eisenhardt

Unter Mitarbeit von Abdussamed Nazik  
und Pia Höhne

## Kurs 55101

Allgemeiner Teil des BGB -  
Das Rechtsgeschäft und die Instrumente des Privatrechts

Kurseinheit 7

**Rechts-  
wissenschaftliche  
Fakultät**

---

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m<sup>2</sup>, weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	3
§ 16 Die Stellvertretung .....	7
I. Überblick und Abgrenzung .....	7
1. Handeln für einen anderen .....	7
2. Unmittelbare und mittelbare Vertretung .....	8
II. Die gesetzliche Vertretung .....	11
III. Die unmittelbare Stellvertretung .....	13
1. Begriff und Wirkung .....	13
2. Das Offenkundigkeitsprinzip .....	15
a) Der Regelfall .....	15
b) Die Sonderregelung in § 164 Abs. 2 .....	16
c) Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip .....	16
d) Das Handeln unter fremdem Namen .....	18
3. Die Wirkungen der Stellvertretung .....	19
4. Willensmängel und ihre Folgen (§ 166) .....	20
a) Die Grundregel .....	20
b) Probleme der Wissenszurechnung: der „Wissensvertreter“ .....	21
5. Die Erteilung der Vollmacht .....	22
6. Arten von Vollmachten .....	23
7. Der Umfang der Vollmacht und das Innenverhältnis .....	24
8. Das Erlöschen der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht .....	26
a) Der Fristablauf .....	26
b) Die Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und der Widerruf der Vollmacht .....	26
c) Die postmortale Vollmacht .....	27
d) Die Folgen des Erlöschens der Vollmacht .....	28
e) Erlöschen der Vollmacht durch Anfechtung .....	28
9. Duldungs- und Anscheinsvollmacht .....	30
a) Überblick .....	30
b) Die Duldungsvollmacht .....	30
c) Die Anscheinsvollmacht .....	32
d) Anfechtung der Anscheins- und Duldungsvollmacht .....	33

IV. Das Insihgeschäft (§ 181) .....	34
1. Überblick .....	34
2. § 181 als formale Ordnungsvorschrift? .....	35
3. Die Gestattung .....	36
4. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit .....	37
V. Die Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einem Vertrag .....	37
1. Möglichkeiten der Vertretung ohne Vertretungsmacht .....	37
2. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten .....	38
3. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter ohne Vertretungsmacht und dem Dritten .....	41
a) Überblick .....	41
b) Die Anwendung des § 179 bei Tätigwerden eines Untervertreeters .....	41
c) Die Inanspruchnahme des Vertreters beim Geschäft für den, den es angeht .....	43
d) Der Anspruch aus § 179 Abs. 1 .....	43
e) Der Anspruch aus § 179 Abs. 2 .....	44
f) Der Ausschluss der Haftung nach § 179 Abs. 3 .....	44
g) Verhältnis zu einem Anspruch aus C.I.C. ....	45
h) Die Anscheinsvollmacht und die Haftung aus § 179 .....	46
4. Der Missbrauch der Vertretungsmacht .....	47
§ 17    Zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte .....	49
I. Überblick und Begriffsbestimmung .....	49
II. Die Wirkung der Genehmigung .....	50
III. Die Verfügung eines Nichtberechtigten und die Zustimmung (§ 185) ..	50
1. Überblick .....	50
2. Wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten mit Zustimmung des Berechtigten .....	51
3. Wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten ohne Zustimmung des Berechtigten .....	52
IV. Die Ermächtigung .....	52
§ 18    Die Bedingung .....	54
I. Der Begriff und die Wirkung der Bedingung .....	54
1. Überblick .....	54
2. Die Potestativbedingung .....	55

---

II.	Arten der Bedingung .....	56
1.	Die aufschiebende Bedingung .....	56
2.	Die auflösende Bedingung.....	57
3.	Echte und unechte Bedingungen .....	57
4.	Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte .....	58
III.	Die Rechtslage während der Schwebezeit.....	59
IV.	Die treuwidrige Einflussnahme auf Eintritt oder Ausfall der Bedingung (§ 162).....	60
§ 19	Die Veräußerungsverbote (§§ 135 ff.).....	61
I.	Überblick.....	61
II.	Gesetzliche und behördliche Veräußerungsverbote .....	61
III.	Rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote .....	62
	Lösungen zu den Selbsttestaufgaben.....	63



## § 16 Die Stellvertretung

**Schrifttum:** BECK, Die Stellvertretung bei Namensähnlichkeit, JURA 2021, [276](#); BOSS, § 179 III S. 2 Hs. 2 BGB und der zu schützende Minderjährige, JURA 2022, 10; BROX, Die Anfechtung bei der Stellvertretung, JA 1980, 449 ff.; BÜHLER, Grundsätze und ausgewählte Probleme der Haftung des ohne Vertretungsmacht Handelnden, MDR 1987, 985 ff.; FÖRSTER, Stellvertretung – Grundstruktur und neuere Entwicklungen, JURA 2010, [351](#); GERHARDT, Teilweise Unwirksamkeit beim Vertragsschluß durch falsus procuratur, JuS 1970, 326 ff.; U. HÜBNER, Grenzen der Zulässigkeit von Insichgeschäften, Jura 1981, 288 ff.; JAUB, Mängel des Zuordnungswillens beim (vermeintlichen) Stellvertreter, JURA 2020, [199](#); LIEB, Zum Handeln unter fremdem Namen, JuS 1967, 106 ff.; derselbe, Aufgedrängter Vertrauensschutz? Überlegungen zur Möglichkeit des Verzichts auf Rechtsscheinschutz, insbesondere bei der Anscheinsvollmacht, in: FS Hübner, 1984, 575 ff.; LIEDER, Missbrauch der Vertretungsmacht und Kollusion, JuS 2014, [681](#). S. LORENZ, Grundwissen – Zivilrecht: Stellvertretung, JuS 2010, 382; KLINGBEIL, Stellvertretung als allgemeines Rechtsinstitut – Zu Theorie, Dogmatik und Reichweite des Repräsentationsprinzips, ZfPW 2020, [150](#); PAULUS, Stellvertretung und unternehmensbezogenes Geschäft, JuS 2017, 301, [399](#); PETERSEN, Das Offenkundigkeitsprinzip bei der Stellvertretung, JURA 2010, [187](#); PIOCH, Der minderjährige Stellvertreter, JA 2018, 815; REINICKE/TIEDTKE, Das Erlöschen der Befreiung von dem Verbot der Vornahme von Insichgeschäften, WM 1988, 441 ff.; SIEBENHAAR, Vertreter des Vertreters, AcP 162 [1962], 354 ff.; ALTMEPPEN, In-sich-Geschäfte der Geschäftsführer in der GmbH, NZG 2013, [401](#); HÜBNER, Grenzen der Zulässigkeit von Insichgeschäften, Jura 1981, 288 ff.; LIEDER, Missbrauch der Vertretungsmacht und Kollusion, JuS 2014, [681](#); PRÖLLS, Haftung bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht, JuS 1986, 169 ff.; RADTKE, Das Insichgeschäft (§ 181 BGB), JuS 2023, [1005](#).

### I. Überblick und Abgrenzung

#### 1. Handeln für einen anderen

Sowohl im tatsächlichen als auch im rechtsgeschäftlichen Bereich besteht das Bedürfnis, andere für sich handeln zu lassen. Handeln im **tatsächlichen Bereich** andere für eine natürliche oder juristische Person, so entstehen in erster Linie Haftungsprobleme, die bei natürlichen Personen über §§ 278 und 831, bei juristischen Personen über § 31 (der auch auf die Personengesellschaften entsprechende Anwendung finden kann) zu regeln sind. Handelt im **rechtsgeschäftlichen Bereich** eine Person für eine andere, so geht es vor allem darum, ob und gegebenenfalls welche Rechtswirkungen für denjenigen, für den gehandelt worden ist, und für den rechtsgeschäftlich Handelnden entstehen. Stellvertretung ist **nur im rechtsgeschäftlichen Bereich** möglich, also bei der Abgabe und bei der Entgegennahme von Willenserklärungen. Sie spielt insbesondere eine große Rolle beim Abschluss von Verträgen. **Beachte:** bei der **Übergabe** (vgl. z.B. § 929 S. 1 BGB) ist eine Stellvertretung nicht möglich, weil es sich um einen Realakt handelt!<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Näheres zur Einschaltung von Geheißpersonen im Modul Sachenrecht.

Für die Fallbearbeitung empfiehlt es sich bei Mehrpersonenverhältnissen, zunächst eine Skizze anzufertigen und die Beziehungen der Personen untereinander dort festzuhalten.

## 2. Unmittelbare und mittelbare Vertretung

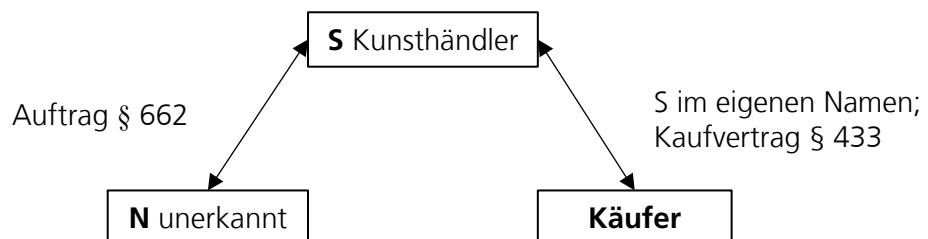
Gerade in einer vom Prinzip der Arbeitsteilung geprägten Industriegesellschaft besteht ein starkes Bedürfnis nach rechtsgeschäftlichem Handeln für andere. Dies kann auf unterschiedliche Art und Weise geschehen:

- der Handelnde tritt so auf, dass er das Geschäft erkennbar **für einen anderen** abschließen möchte, oder
- der Handelnde tritt im eigenen Namen auf und schließt das Geschäft **im eigenen Namen** ab, obwohl die wirtschaftlichen Folgen den anderen treffen sollen.

Im ersten Fall sollen nicht nur die wirtschaftlichen, sondern auch die Rechtsfolgen denjenigen treffen, in dessen Namen der Handelnde auftritt. Dabei handelt es sich um die **unmittelbare Stellvertretung**. Sie bedeutet rechtsgeschäftliches Handeln an Stelle eines anderen mit Wirkung für diesen. Die Stellvertretung ermöglicht es, dass eine Person nicht selbst Willenserklärungen abgibt oder entgegennimmt, sondern ein anderer kraft Vertretungsmacht befugt ist, mit Wirkung für den Vertretenen Willenserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen.

Es kommt vor, dass jemand ein Geschäft tätigen möchte, ohne dabei nach außen in Erscheinung zu treten. Er will in den Genuss des wirtschaftlichen Erfolges kommen, ohne dass sein Name dabei bekannt wird. Dieses Ziel ist nicht mit der unmittelbaren Stellvertretung zu erreichen, weil der Vertreter dabei den Namen des Vertretenen preisgeben muss.

**Beispiel:** Will die private Kunstsammlerin N ein wertvolles Schmuckstück verkaufen, ohne dass dies bekannt wird, so nutzt es wenig, wenn sie S beauftragt und bevollmächtigt, dies in ihrem Namen zu tun. Denn in dem Moment, in dem S im Namen der N einen Vertrag abschließt, wird bekannt, dass in Wahrheit N verkauft. Will N wirklich unbekannt bleiben, dann kann sie S bitten, *im eigenen (des S) Namen zu handeln*, wenn er den Schmuck verkauft. Im eigenen Namen auftreten heißt: S schließt, ohne den Namen der N zu nennen, einen Kaufvertrag mit einem gefundenen Käufer ab. Partner des Kaufvertrages sind dann S und der Käufer. Den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 Abs. 2 hat S. Auch zwischen N und S besteht allerdings ein Rechtsverhältnis: ein Auftrag, aufgrund dessen S sich verpflichtet hat, den Schmuck zu veräußern und den Erlös an N herauszugeben.



Es handelt sich hier um einen Fall der mittelbaren Stellvertretung: der **mittelbare Stellvertreter** handelt im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung; Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten entstehen nicht.



Der wirtschaftliche Erfolg soll allerdings nicht dem mittelbaren Stellvertreter zugutekommen, sondern demjenigen, der ihn beauftragt hat (im Beispiel der N).

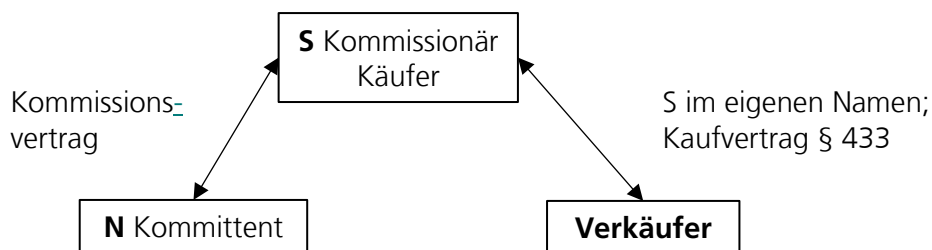
Obwohl die mittelbare Stellvertretung im BGB nicht geregelt ist, ist ihre Zulässigkeit unbestritten.

Das Handelsgesetzbuch enthält als einen gesetzlich geregelten Fall der mittelbaren Stellvertretung die Regelungen über den **Kommissionär** (§§ 383 ff. HGB).

*Kommissionär* ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen (§ 383 HGB).

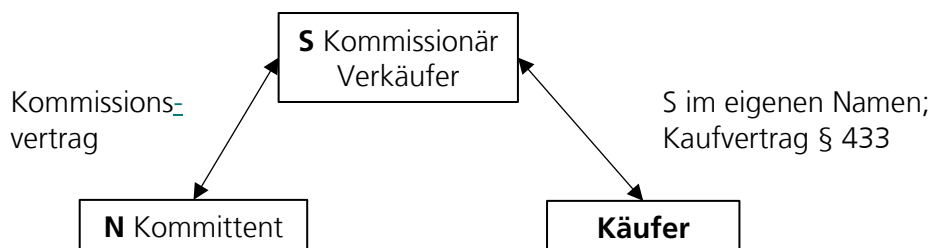
Zu unterscheiden ist zwischen Einkaufs- und Verkaufskommission.

**Einkaufskommission** bedeutet: Der Kommittent beauftragt den Kommissionär durch Abschluss eines Kommissionsvertrages, im eigenen Namen Waren zu *kaufen*. Handelt der Kommissionär in Erfüllung dieses Kommissionsvertrages, schließt er im eigenen Namen Kaufverträge mit anderen ab. Aus diesen Verträgen wird nur er zur Zahlung des Kaufpreises an die Verkäufer verpflichtet.



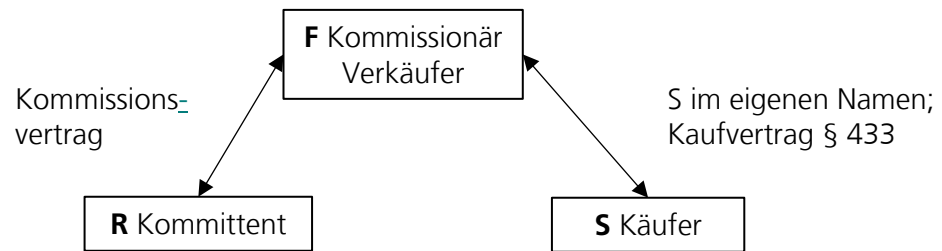
Das Geschäft zwischen Verkäufer und Käufer (Kommissionär) hat also *keinerlei direkte rechtliche Wirkung* für denjenigen, der den Kommissionär beauftragt hat (Kommittent). Da das Geschäft aber auf Rechnung des Kommittenten erfolgt, tritt zumindest eine mittelbare, wirtschaftliche Wirkung ein.

Bei der **Verkaufskommission** beauftragt der Kommittent den Kommissionär, für ihn im eigenen Namen, d.h. im Namen des Kommissionärs, Waren zu verkaufen. Der Kommissionär schließt als Verkäufer mit den Käufern im eigenen Namen Verträge ab, die wirtschaftlich zu Nutzen und Lasten des Kommittenten gehen. Partner der Kaufverträge werden der Kommissionär und die Käufer. Der Kommittent wird aus diesen Kaufverträgen weder berechtigt noch verpflichtet.



**Beispiel:** S hat es gewerbsmäßig übernommen, in Düsseldorf Kunstwerke dort ansässiger Künstler für Rechnung der Künstler im eigenen Namen zu verkaufen. U.a. hat er mit der Malerin R einen Kommissionsvertrag abgeschlossen. S kauft bei F das in dessen Galerie ausgestellte Bild "Vision einer Sozialisation der Lilie",

das R geschaffen hat. Der Kaufvertrag kommt zwischen F und S zustande. Dementsprechend hat F gegen S den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises.



Aus dem Kommissionsvertrag hat der Kommissionär gegen den Kommittenten einen Anspruch auf Provision und Erstattung der Aufwendungen, wenn die in § 396 HGB genannten Voraussetzungen vorliegen.

Im inländischen Warenverkehr spielt die Kommission heute nicht mehr die überragende Rolle, die sie einmal gespielt hat. Wichtig ist allerdings nach wie vor die so genannte *Effektenkommission*, d.h. der An- und Verkauf von Wertpapieren, die zum Handel an der Börse zugelassen sind. Dabei treten die Banken als Kommissionäre auf.

### 3. Stellvertreter und Bote

Als Stellvertreter handelt nur derjenige, der eine **eigene Willenserklärung** im Namen des Vertretenen abgibt.

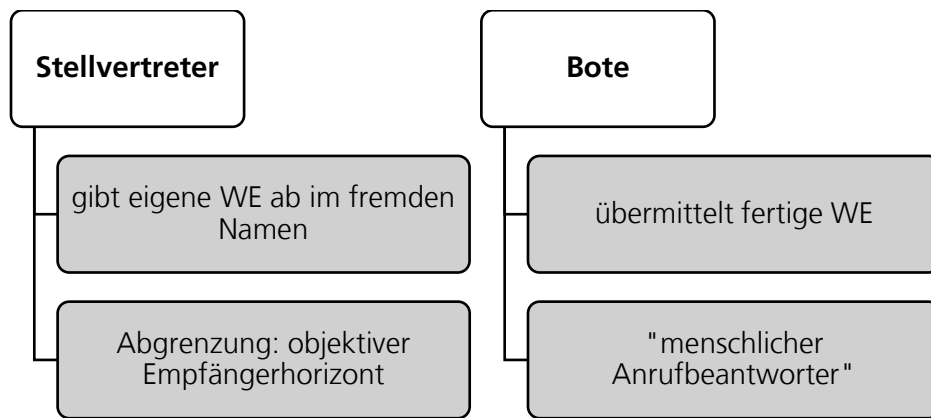
Willenserklärungen, die in Abwesenheit des Adressaten abgegeben werden, können dem Adressaten auch durch einen Boten überbracht werden.

Der **Bote** überbringt eine bereits fertige, d.h. abschließend – mündlich oder schriftlich – formulierte Willenserklärung eines anderen an den Empfänger (Erklärungsbote).

Bei der Entscheidung darüber, ob jemand als Bote oder als Stellvertreter handelt, ist also stets darauf abzustellen, ob die betreffende Person lediglich eine bereits fertige Willenserklärung im Namen eines anderen übermittelt (Bote) oder eine eigene Willenserklärung im Namen eines anderen abgibt (Stellvertreter): Eine eigene Willenserklärung kann nur derjenige abgeben, dem noch ein Mindestmaß an Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf die Auswahl der Person des Geschäftspartners, den Gegenstand des Geschäfts oder den Abschluss überhaupt geblieben ist.

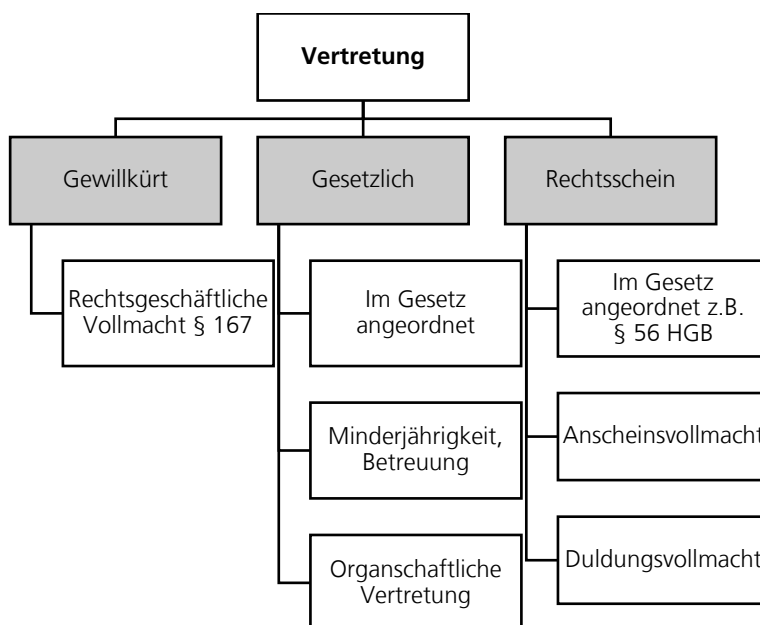
**Beispiel:** Wenn A seinen 15jährigen Neffen N in die Buchhandlung der B schickt, damit er ihm das von L verfasste Lehrbuch "Einführung in die Wirtschaftswissenschaft", 4. Aufl., zum Preise von € 36,-- kaufe, so handelt N als Bote, wenn er bei B das bezeichnete Buch für A fordert. N überbringt lediglich eine bereits fertige Willenserklärung des A, ohne noch irgendeinen Spielraum für eine eigene Entscheidung zu haben.

Kommt es zu einer **fehlerhaften Übermittlung** einer vom Erklärenden korrekt formulierten Willenserklärung durch den Erklärungsboten, so kann der Erklärende gemäß §§ 120, 119 anfechten (vgl. oben).



## II. Die gesetzliche Vertretung

Es ist zu unterscheiden zwischen der durch Rechtsgeschäft erteilten (gewillkürten) Vertretungsmacht einerseits – diese wird auch Vollmacht genannt – und der gesetzlichen Vertretungsmacht andererseits. Weiterhin kann sich das Vorliegen einer Vertretungsmacht aus "Rechtsscheins Gesichtspunkten" ergeben – dazu später.



Bei der gesetzlichen Vertretungsmacht beruht die Befugnis des Vertreters, für den Vertretenen Rechtsgeschäfte vornehmen zu können, auf dem Gesetz.

Im Gesetz ist u.a. die gesetzliche Vertretung für diejenigen angeordnet, die nicht in der Lage sind, für sich selbst rechtsgeschäftlich zu handeln.

Beispiele:

- Kinder, die nicht das siebente Lebensjahr vollendet haben,
- unter Betreuung stehende Personen.

Bei den gesetzlichen Vertretern lassen sich verschiedene Gruppen unterscheiden, so u.a.:

Das Gesetz bestimmt den Personenkreis der Vertreter und den Umfang der Vertretungsmacht. Hier ist die Vertretungsmacht der Eltern für ihre **minderjährigen Kinder** einzuordnen, vgl. § 1629.

Das Gesetz schreibt vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Gericht Personen als Vertreter für andere Personen ernennen muss. Hierher gehören die **Vormundschaft, die Betreuung und die Pflegschaft** vgl. §§ 1793, 1814, 1882 ff.

Gesetzliche Vertretungsmacht haben auch manche Organe von juristischen Personen.

Der **eingetragene Verein** wird von seinem Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten (§§ 26 ff.). Gemäß § 26 Abs. 2 hat er "die Stellung eines gesetzlichen Vertreters".

Zur gesetzlichen Vertretung der **Aktiengesellschaft** ist der Vorstand (§§ 76, 78 AktG) und zur gesetzlichen Vertretung der **GmbH** der oder die Geschäftsführer befugt (§ 35 GmbHG).

Auch Personengesellschaften können als solche nicht rechtsgeschäftlich handeln, für sie müssen Gesellschafter als Vertreter am Rechtsverkehr teilnehmen. Die Vertretungsmacht als die Befugnis, im Namen der Gesellschaft mit Wirkung für die Gesellschaft rechtsgeschäftliche Erklärungen (Willenserklärungen) abzugeben und entgegenzunehmen, steht nach der gesetzlichen Regelung bei der **GbR** allen Gesellschaftern nur gemeinschaftlich (§ 720 I BGB Gesamtvertretung), bei der **OHG** jedem einzelnen Gesellschafter (Einzelvertretung § 124 HGB), bei der **KG** dem oder den persönlich haftenden Gesellschaftern (Komplementären, § 170 I i.V.m. §§ 161 II, 124 I HGB) zu. Auch hier handelt es sich um Fälle der gesetzlichen Vertretungsmacht.<sup>2</sup>

#### Übersicht über die wichtigsten Vertretungsvorschriften:

<b>Mind. Kinder</b>	Eltern	§§ 1629, 1926
<b>Vormundschaft, Betreuung und die Pflegschaft</b>	Bestellter Betreuer	§§ 1793, 1814, 1882 ff.
<b>e.V.</b>	Vorstand	§§ 26 ff
<b>AG</b>	Vorstand	§§ 76, 78 AktG
<b>GmbH</b>	Geschäftsführer	§ 35 GmbHG
<b>GbR</b>	Gesamtvertretung	§ 720 I BGB
<b>OHG</b>	Einzelvertretung	§ 124 HGB
<b>KG</b>	Komplementären	§ 170 I i.V.m. §§ 161 II, 124 I HGB

Im Gesellschaftsvertrag können allerdings hiervon abweichende Regelungen getroffen werden, wie beispielsweise gem. § 720 I 2. HS: „es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt etwas anderes.“

**Beispiel:** In § 3 des Gesellschaftsvertrages der (nicht ins Register eingetragenen) Abitur GbR<sup>3</sup> wird vereinbart, dass jedes Mitglied des Abiballkomitees die Gesellschaft allein nach außen hin vertritt. Eine solche Regelung findet sich in der Praxis

<sup>2</sup> MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 174 Rn. 13.

<sup>3</sup> Zur Gesellschaftseigenschaft eines Abiturjahrgangs bei Veranstaltung eines Abiballs LG Detmold, NJW 2015, 3176.

häufig, gerade um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft bei mehreren Gesellschaftern zu erweitern.

In § 4 „Geschäftsführungsbefugnis“ des Gesellschaftsvertrages wird geregelt, dass bei Geschäften über einen Wert von 500 € zuvor die Zustimmung der übrigen Mitglieder des Komitees einzuholen ist. Zu beachten ist, dass es sich bei Regelungen zur Geschäftsführungsbefugnis um das „rechtliche dürfen im Innenverhältnis“ handelt, während die Vertretungsmacht das „rechtliche können im Außenverhältnis“ regelt. Im Außenverhältnis besteht damit weiterhin Alleinvertretungsbefugnis, allerdings kann die GbR im Innenverhältnis u.U. Schadensersatz vom handelnden Gesellschafter verlangen, wenn er seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet.<sup>4</sup>

### III. Die unmittelbare Stellvertretung

#### 1. Begriff und Wirkung

Stellvertretung bedeutet also rechtsgeschäftliches Handeln an Stelle eines anderen mit Wirkung für diesen. Die Stellvertretung ist im BGB in den §§ 164 ff. geregelt. Vorschriften über eine Reihe von typisierten Vollmachten, wie z.B. die Prokura und die Handlungsvollmacht im Handelsrecht, finden sich im HGB (§§ 48 ff.). Die **durch Rechtsgeschäft** erteilte Vertretungsmacht wird auch **Vollmacht** genannt (§ 166 Abs. 2 S. 1).

Die Wirkungen von Willenserklärungen, die ein Stellvertreter für den Vertretenen abgibt, treten für die Person des Vertretenen nur ein, wenn die Voraussetzungen, die in § 164 Abs. 1 aufgezählt sind, vorliegen.

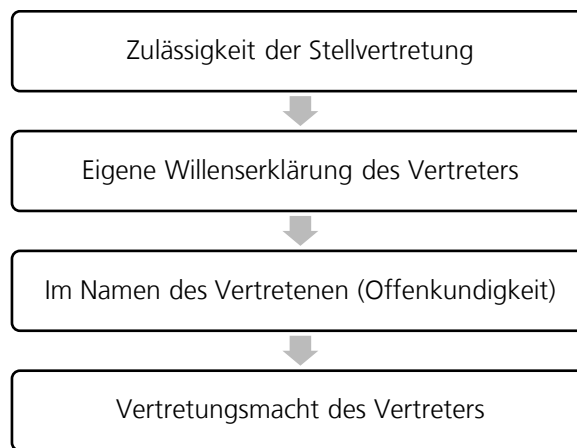
Danach müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, wenn die Rechtsfolgen einer abgegebenen Willenserklärung nicht den Erklärenden selbst, sondern denjenigen treffen sollen, für den die Willenserklärung abgegeben worden ist (§ 164 Abs. 1):

- Zulässigkeit der Stellvertretung: Stellvertretung ist bei allen *Rechtsgeschäften* zulässig, die nicht höchstpersönlicher Natur sind; daher kommt nach deutschem Recht eine Stellvertretung bei der Eingehung einer Ehe oder bei der Errichtung eines Testaments nicht in Betracht;
- der Bevollmächtigte (Stellvertreter) muss eine *eigene Willenserklärung* abgeben;
- er muss die *Willenserklärung im Namen des Vertretenen* abgeben (Offenkundigkeit);
- er muss *Vertretungsmacht* für das Rechtsgeschäft haben, das er für den Vertretenen tätigt.

Der Stellvertreter kann auch, falls er dazu bevollmächtigt ist, durch den *Empfang einer Willenserklärung* eines Dritten Rechtswirkungen für den Vertretenen herbeiführen (§ 164 Abs. 3). Er wird dann als sogenannter „**Empfangsvertreter**“ tätig.

---

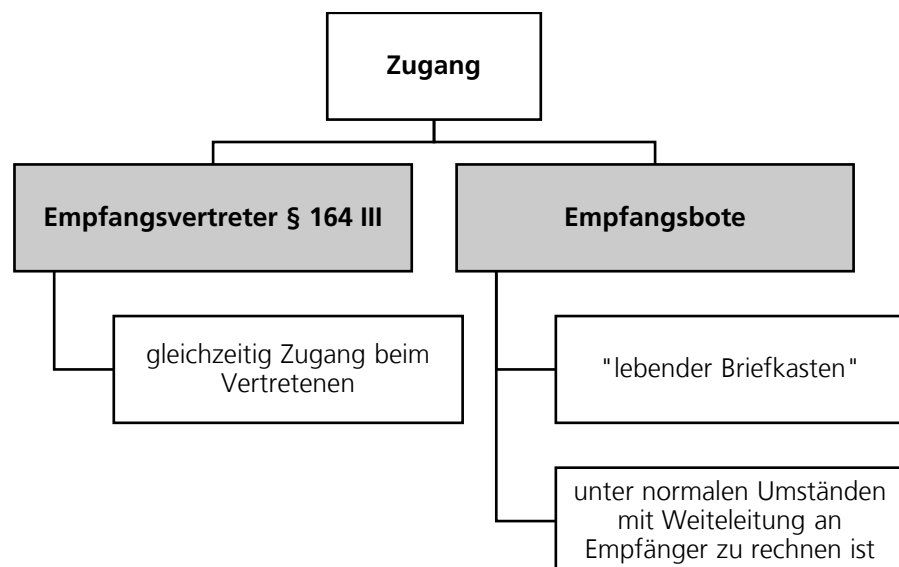
<sup>4</sup> Einzelheiten zur Geschäftsführungsbefugnis im Modul 55109 Handels- und Gesellschaftsrecht.



Wenn die Mittelsperson nicht Vertreter ist, kann sie **Empfangsbote** sein, d.h. eine Person, die zur Entgegennahme der Erklärung geeignet und ermächtigt ist. Als Empfangsboten kommen z.B. in Betracht:

- Familienangehörige und Hausgehilfen in einem Haushalt;
- kaufmännische Angestellte in einem Unternehmen.<sup>5</sup>

**Beachte:** die Unterscheidung zwischen Empfangsvertreter und Empfangsbote kann Bedeutung für den Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärung haben (§ 130; s. KE 2 § 3).<sup>6</sup>



Ist die Mittelsperson, der die Erklärung anvertraut wird, weder Stellvertreter noch Empfangsbote des Adressaten, so trägt der Erklärende die Gefahr der richtigen und

<sup>5</sup> BeckOGK/GOMILLE, BGB § 130 Rn. [105](#).

<sup>6</sup> BROX/WALKER, § 24 Rn. [8](#), § 7 Rn. [15 ff.](#)

rechtzeitigen Übermittlung. Die Mittelsperson ist dann **Erklärungsbote** des Erklärenden.<sup>7</sup> Der Zugang Erfolg dann, wenn der Erklärungsbote die Willenserklärung so in den Machtbereich des Empfängers bringt, dass unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisaufnahme zu rechnen ist. Fehler im Rahmen der Übermittlung (Verzögerungen oder ein Verlust der Erklärung) muss sich der Erklärende zurechnen lassen.

Da die Rechtsfolgen einer vom Stellvertreter innerhalb der ihm erteilten Vertretungsmacht abgegebenen Willenserklärung nur den Vertretenen treffen, können auch beschränkt geschäftsfähige Personen bevollmächtigt werden (§ 165). Die Stellvertretung ist für den Vertreter also **rechtlich neutral**.

**Beispiel:** A kann seine 14jährige Tochter T bevollmächtigen, für ihn einen PKW bei V zu kaufen.

## 2. Das Offenkundigkeitsprinzip

### a) Der Regelfall

Der Stellvertreter muss die Willenserklärung, aus der der Vertretene verpflichtet oder berechtigt sein soll, im **Namen des Vertretenen** abgeben (so genanntes **Offenkundigkeitsprinzip**). Vertreter i.S. der §§ 164 ff. ist also nur derjenige, der *eine eigene Erklärung in fremdem Namen* abgibt. Kein Vertreter i.S. der §§ 164 ff. ist derjenige, der im eigenen Namen rechtsgeschäftlich handelt.

Das Offenkundigkeitsprinzip dient dem Schutz des Geschäftsgegners. Dieser soll von vornherein wissen, wer sein Vertragspartner ist. Wenn dem Geschäftsgegner allerdings die Identität des Vertragspartners gleichgültig ist, kann unter gewissen Voraussetzungen auf die Offenkundigkeit verzichtet werden.

§ 164 Abs. 1 setzt voraus, dass der Vertreter *im Namen* des Vertretenen eine Willenserklärung abgeben muss. Damit soll sichergestellt werden, dass für den Dritten *erkennbar* ist, dass der Erklärende nicht für sich, sondern für einen anderen rechtsgeschäftlich handelt. Dies muss sich der Erklärung nicht ausdrücklich entnehmen lassen. Es genügt, dass "die Umstände ergeben", dass die Erklärung für einen anderen abgegeben wird (§ 164 Abs. 1 S. 2). Von dem Empfänger der Willenserklärung kann erwartet werden, dass er die Erklärung auslegt.

Bei der Klärung der Frage, ob jemand als Vertreter oder im eigenen Namen handelt, ist wie stets im Rechtsverkehr bei der **Auslegung** von Willenserklärungen auf den objektiven Erklärungswert abzustellen, darauf also, "wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben für den Empfänger darstellt".<sup>8</sup> Das gilt auch, wenn ungewiss ist, in welchem Namen der Vertreter einen Vertrag abschließt.<sup>9</sup> In einem solchen Fall ist die Willenserklärung des Vertreters gemäß **§§ 133, 157** unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte auszulegen. Dabei sind die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Lebensverhältnisse, die Interessenlage, der Geschäftsbereich, dem der Erklärungsgegenstand zugehört, und die typischen Verhaltensweisen, Verkehrssitte und Handelsbräuche.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> BROX/WALKER, § 7 Rn. 17.

<sup>8</sup> BGHZ 36, 30, 33.

<sup>9</sup> BGH WM 1988, 466, 467.

<sup>10</sup> BeckOK/SCHÄFER, BGB § 164 Rn. 24.

**Beispiel:** Bei Geschäften mit einem Angestellten geht der Wille der Beteiligten im Zweifel dahin, dass der Betriebsinhaber Vertragspartner werden soll, wenn sich die Unternehmensbezogenheit des Geschäftes jedenfalls aus den Umständen, z. B. dem Ort des Vertragsschlusses, ergibt (sog. **unternehmensbezogene Geschäfte**).

### b) Die Sonderregelung in § 164 Abs. 2

Grundsätzlich trifft eine Rechtsfolge aus einer Willenserklärung, mit der ein Vertrag begründet werden soll, nur denjenigen, der sie gewollt hat. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz findet sich in § 164 Abs. 2.

Derjenige, der durch die Abgabe einer Willenserklärung Rechtsfolgen für einen anderen (den Vertretenen) herbeiführen will, wird aus dieser Willenserklärung **selbst** verpflichtet und berechtigt, wenn der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar wird. Dies gilt auch, wenn der Handelnde das überhaupt nicht wollte. Der Adressat der Willenserklärung soll davon ausgehen können, dass derjenige, der das Vertretungsverhältnis nicht offenbart, selbst aus der abgegebenen Willenserklärung berechtigt und verpflichtet werden will. Wenn unklar ist, ob oder für wen Stellvertretung gewollt ist, so schützt § 164 Abs. 2 im Zweifel den Geschäftsgegner.

**Beispiel:** Herr Müller betritt das Reisebüro R und bucht dort eine dreiwöchige Premiumreise auf die Malediven zum Preis von € 23.000,--. Allein Müller wird aus dem abgeschlossenen Reisevertrag berechtigt und verpflichtet. Nur er kann die Reiseleistungen in Anspruch nehmen und muss den Reisepreis zahlen. Das gilt auch, wenn er die Reise nicht für sich, sondern im Namen seines Freundes Schulte buchen wollte, dies im Reisebüro aber nicht zum Ausdruck gebracht hat. Um Schulte aus dem Reisevertrag zu berechtigen und zu verpflichten, hätte Müller gemäß § 164 Abs. 1 im Reisebüro deutlich machen müssen, dass er in dessen Namen bucht.

§ 164 Abs. 2 enthält mit seiner Regelung, dass ohne Kundgabe des Vertreterwillens der Vertreter Vertragspartei wird, allerdings keinen ausnahmslos geltenden Rechtsatz, sondern nur eine Auslegungsregel.<sup>11</sup> Ergeben z.B. die Umstände, dass trotz fehlender Erkennbarkeit eines Vertreterhandelns ein Dritter Vertragspartei werden soll, so kommt der angestrebte Vertrag mit dem Dritten zustande.<sup>12</sup>

§ 164 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn erkennbar ist, wer Vertragspartner sein soll, und lediglich unklar bleibt, ob der Erklärende selbst dieser Vertragspartner ist oder dessen Vertreter.

### c) Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip

Es kommt häufig vor, dass ein Stellvertreter dem Geschäftsgegner zu erkennen gibt, dass er nicht für sich, sondern für eine andere Person (den Vertretenen) handeln will, ohne preiszugeben, **wer** diese Person ist. Der Handelnde tritt also im Namen eines anderen auf, ohne dass für den Dritten erkennbar ist, wer der Vertretene ist.

**Beispiel:** Die in der schwarz-gelben Fanszene aktive B möchte ihrem Freund ein Trikot des Vereins Blau-Weiß schenken. Um ihr Gesicht in der Fanszene zu wahren, schickt sie den S zum Fanshop des F. S teilt dem F mit, dass er nicht für sich,

<sup>11</sup> BeckOK BGB/SCHÄFER, BGB § 164 Rn. 42.

<sup>12</sup> BGHZ 62, 216, 220 f.



sondern für eine andere Person einen Vertrag abschließen möchte, die ungenannt bleiben will. F weiß also nicht, wer sein Vertragspartner wird.

In Fällen dieser Art ("**offenes Geschäft für den, den es angeht**") weiß der Geschäftspartner zwar, dass der Erklärende als Stellvertreter handelt, ihm ist aber unbekannt, **wer** die Person ist, mit der der Vertrag zustande kommen soll. Wer auf ein solches Geschäft eingeht, obwohl er darüber im Ungewissen ist, wer sein Geschäftspartner werden möchte, nimmt diese Ungewissheit in Kauf, oder es ist ihm gleichgültig, wer der Vertragspartner werden wird. Nach herrschender Meinung<sup>13</sup> wird darin eine zulässige Art der Stellvertretung gesehen. Das der Stellvertretung innewohnende *Offenkundigkeitsprinzip* wird hierbei insoweit noch als gewahrt angesehen, als derjenige, der als Vertreter auftritt, erkennbar nicht im eigenen, sondern in fremdem Namen handelt, wenngleich offenbleibt, für wen.

Zu dem vorhergehenden **Beispiel**: Wenn F sich auf das Geschäft einlässt, kommt ein Kaufvertrag zwischen ihm und der B zustande.

Welche Person Vertragspartner ist, kann insbesondere dann Bedeutung erlangen, wenn Mängel bei der gekauften Sache auftreten und deswegen Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden. In der Praxis werden sich in der Regel nur bei bar abgewickelten Geschäften Personen darauf einlassen, dass ihnen der Geschäftspartner unbekannt bleibt. Bei **Bareinkäufen des täglichen Lebens** ist oft für den Verkäufer nicht erkennbar, **ob** diejenige Person, die ihm gegenüber eine Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages abgibt, diese Erklärung für sich oder für eine andere Person abgeben will. Im Gegensatz zu den oben aufgeführten Fällen ist also nicht erkennbar, ob die auftretende Person als Stellvertreter handeln will oder nicht ("**verdecktes Geschäft für den, den es angeht**").

**Beispiel**: D bittet F, bei V für sie einen Gaming-Controller zu erwerben. F ersteht bei V einen solchen, ohne zu erkennen zu geben, dass er ihn für die D erwerben möchte. F bezahlt mit dem Geld, das D ihm mitgegeben hat. Hier ist fraglich, zwischen wem ein Kaufvertrag zustande gekommen und wer Eigentümer geworden ist.

In den Fällen, in denen es dem Geschäftsgegner gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner wird, findet nicht ohne weiteres § 164 Abs. 2 Anwendung: dass "ohne Kundgabe des Vertreterwillens der Vertreter Vertragspartei wird (vgl. § 164 Abs. 1 und 2), ist kein ausnahmslos geltender Rechtssatz, sondern nur eine Auslegungsregel".<sup>14</sup> Ist es dem Erklärungsgegner gleichgültig, wer sein Vertragspartner wird, dann ist die besondere Schutzfunktion des Offenkundigkeitsgrundsatzes im Recht der Stellvertretung entbehrlich. Deshalb kann auch der "nicht offen" Vertretene Vertragspartei werden, wenn

- es dem Geschäftspartner völlig gleichgültig ist, wer Partner des Vertrages wird,
- und die aufgetretene Person mit Vertretungsmacht handelt und den Willen hat, das Geschäft für die nicht offen vertretene Person zustande zu bringen.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, Vorbem. zu §§ 164 ff. Rn. [51](#); MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 164 Rn. [138](#); BeckOK BGB/SCHÄFER, BGB § 164 Rn. [31](#).

<sup>14</sup> BGHZ 62, 216, [220](#).

<sup>15</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, Vorbem. zu §§ 164 ff. Rn. [52 ff.](#); a.A. aber FLUME, § 44 II, 2; einschränkend WOLF/NEUNER, § 49, Rn. 50.

Der Hauptfall des verdeckten Geschäftes für den, den es angeht, dürfte der dingliche Rechtserwerb, d.h. der Eigentumserwerb an beweglichen Sachen im Rahmen von Bargeschäften des täglichen Lebens sein. Dem Veräußerer ist es bei solchen Geschäften in aller Regel gleichgültig, wer Eigentümer wird; seine Erklärung ist deshalb so zu verstehen, dass er an den übereignet, den es angeht.<sup>16</sup>

Zu dem vorhergehenden **Beispiel**: F wollte den Vertrag für D abschließen und war von dieser auch dazu bevollmächtigt. Unter der Voraussetzung, dass es V gleichgültig ist, wer Partner des Kaufvertrages wird – was anzunehmen ist, da sofort bezahlt wurde –, kommt ein Vertrag zwischen D und V zustande. Das Eigentum an der Sache geht gemäß § 929 S. 1 direkt von V auf D über. V übereignet an die, die es angeht; der dingliche Vertrag kommt zwischen V und D zustande.

#### d) Das Handeln unter fremdem Namen

Benutzt eine Person bei rechtsgeschäftlichem Handeln einen fremden Namen als eigenen, so spricht man von einem *Handeln unter fremdem Namen*. Bei der Beantwortung der Frage, ob in solchen Fällen die Vorschriften der §§ 164 ff. anwendbar sind, ist zu differenzieren:

- a) Jemand tritt unter einem frei erfundenen oder häufig vorkommenden Namen auf, mit dem **keinerlei Identitätsvorstellungen** erweckt werden (z.B. Max Mustermann). Im Zweifel liegt dann ein Eigengeschäft des Handelnden vor; er wird Vertragspartner.
- b) Jemand tritt unter fremdem Namen auf, d.h. er bezeichnet sich als eine andere Person als er ist, um die **Identität** mit einer bestimmten Person vorzutäuschen. Hier ist es erforderlich, noch einmal zu differenzieren:
  - aa) Ist es demjenigen, mit dem kontrahiert werden soll, **gleichgültig**, mit wem er einen Vertrag abschließt, so kommt ein Vertrag zwischen den Handelnden zustande. Es liegt ein Fall der **"Eigenwirkung des Rechtsgeschäfts für den Handelnden"** vor.<sup>17</sup>
  - bb) Kommt es dem anderen (dem Erklärungsempfänger) allerdings darauf an, dass er ein Geschäft mit dem **wirklichen Namensträger** abschließt, so ist im Interesse des Erklärungsempfängers, der vom Handelnden über seine Identität getäuscht wird und der mit dem wahren Namensträger abschließen möchte, davon auszugehen, dass kein Eigengeschäft des Handelnden, sondern ein **Fremdgeschäft für den (wahren) Namensträger** vorliegt.<sup>18</sup> Da es nach herrschender Meinung<sup>19</sup> bei der Anwendung der §§ 164 ff. nicht darauf ankommt, ob der Handelnde einen Vertretungswillen hatte oder nicht, sind folgende Lösungen denkbar:
    - (a) Der Handelnde tritt in fremdem Namen auf, um beim Geschäftsgegner falsche Identitätsvorstellungen zu erwecken; er will das Geschäft als eigenes abschließen, hat aber Vertretungsmacht des Namensträgers: Hier erfordern es der Schutz des Namensträgers und des Geschäftsgegners,

<sup>16</sup> BGHZ 114, 74, [80](#).

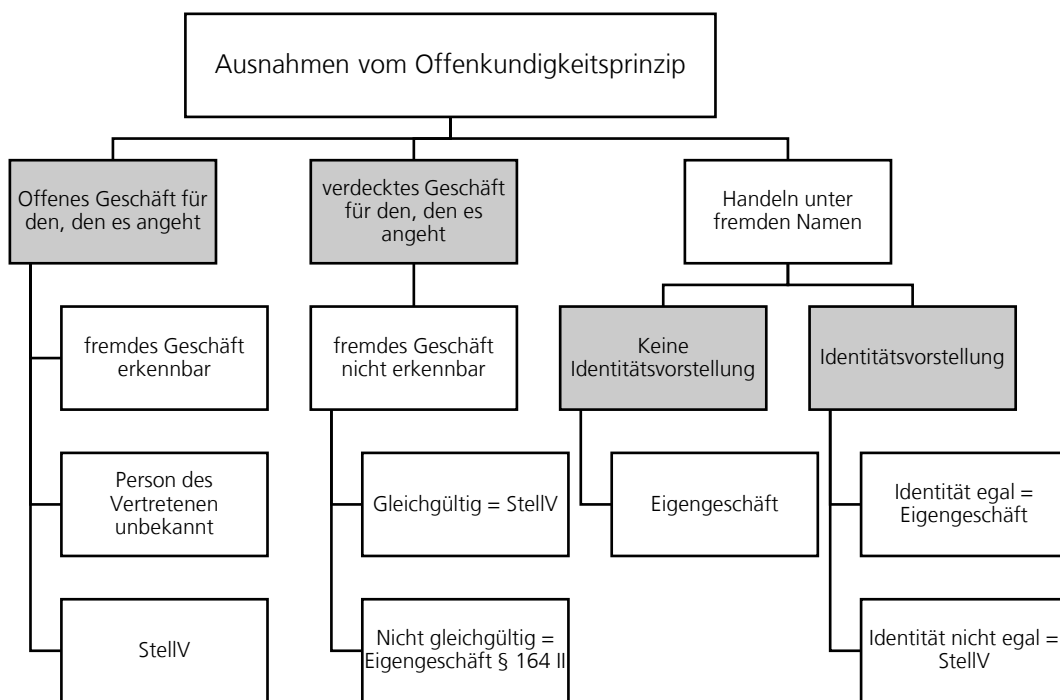
<sup>17</sup> BROX/WALKER, § 24 Rn. [14](#).

<sup>18</sup> BROX/WALKER, § 24 Rn. [15](#).

<sup>19</sup> BeckOK/SCHÄFER, BGB § 164 Rn. [27](#).

falls dieser das Geschäft mit dem Namensträger abschließen wollte, dass das Geschäft mit dem Namensträger zustande kommt.<sup>20</sup>

- (b) Wie (a), aber der Handelnde hat keine Vertretungsmacht des Namens-trägers: auf diese Fälle des Handelns unter fremdem Namen können die Regeln über den Vertreter ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff.) jedenfalls entsprechend angewandt werden.<sup>21</sup>



### 3. Die Wirkungen der Stellvertretung

Gibt der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen eine Willenserklärung ab oder nimmt er die eines Dritten entgegen, so treffen die daraus entstehenden Rechtsfolgen gemäß § 164 Abs. 1 und 3 allein den **Vertretenen**, nicht auch den Vertreter. Weil dies so ist, kann gemäß § 165 auch ein beschränkt Geschäftsfähiger zum Vertreter bestellt werden.

**Beispiel:** A bevollmächtigt seinen 17jährigen Neffen, für ihn bei V eine Soundbar für nicht mehr als € 350,-- zu kaufen. N schließt mit V im Namen des A einen Kaufvertrag über eine Soundbar zum Preise von € 300,-- ab. Partner des Kaufvertrages sind A (Käufer) und V (Verkäuferin). Nur A und V sind aus dem Kaufvertrag berechtigt und verpflichtet. Den N treffen keinerlei Rechtsfolgen. Es handelt sich somit um ein rechtlich neutrales Geschäft.

Das schließt nicht aus, dass der Dritte, demgegenüber der Vertreter für den Vertretenen rechtsgeschäftlich handelt, Ansprüche gegen den **Vertreter** erwirbt.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> BGHZ 45, 193, 196.

<sup>21</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, Vorbem. zu § 164 Rn. 91; BROX/WALKER, § 24 Rn. 15; weiter differenzierend MünchKomm/SCHUBERT, § 164 Rn. 140 ff.

<sup>22</sup> Näheres hierzu KE 7 § 17.

#### 4. Willensmängel und ihre Folgen (§ 166)

##### a) Die Grundregel

Im Gegensatz zum Boten gibt der Vertreter eine eigene Willenserklärung ab. Das hat Folgen für den Fall, dass die Willenserklärung mit Mängeln behaftet ist.

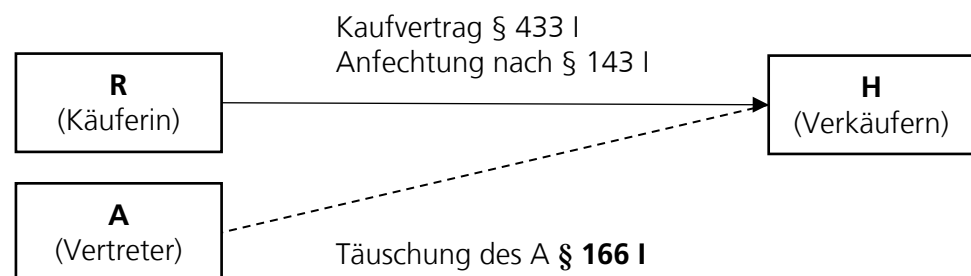
§ 166 regelt in dem Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem den Fall, in dem die Kenntnis oder das Kennen müssen des einen demjenigen zugerechnet wird, auf dessen Kenntnis es an sich für bestimmte Rechtsfolgen ankäme.

Gemäß § 166 Abs. 1 wird

- bei Willensmängeln und
- Kenntnis oder Kennen müssen gewisser Umstände

auf die **Person des Vertreters** abgestellt, weil dieser die Willenserklärung für den Vertretenen abgibt. Da die Folgen der fehlerhaften Willenserklärung des Vertreters aber den Vertretenen treffen, ist der **Vertretene** und nicht der Vertreter anfechtungsberechtigt, falls ein Anfechtungstatbestand vorliegt. Das bedeutet: Wenn der Vertreter sich i.S. der §§ 119, 123 geirrt hat, gut- oder bösgläubig war oder es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen von Umständen ankommt, wird dies dem Vertretenen zugerechnet. Der Vertretene kann z.B. eine vom Vertreter abgegebene Willenserklärung wie eine eigene anfechten, wenn der Vertreter sich geirrt hat.

**Beispiel:** Rechtsanwältin R beauftragt ihren Assistenten A, einen neuen PC zu kaufen. Wird A von dem Händler H, bei dem er den PC kauft, über die Eigenschaften des Prozessors getäuscht, kann R gemäß § 123 i.V.m. § 166 Abs. 1 anfechten, obwohl sie selbst gar nicht getäuscht wurde.



Auch im Hinblick auf andere Tatbestände, in denen es auf ein Kennen oder Kennenmüssen – gemäß der Definition in § 122 Abs. 2 "infolge von Fahrlässigkeit" – ankommt, ist gemäß § 166 Abs. 1 ebenfalls auf die Person des Vertreters abzustellen. Zu denken ist hier vor allem an Fälle des gutgläubigen Erwerbs, wie z.B. §§ 932 und 892.

Nur ausnahmsweise kommt es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des **Vertretenen** an (§ 166 Abs. 2). Das ist z.B. der Fall, wenn der Vertreter nach Weisungen des Vertretenen gehandelt hat. Dann ist die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Vertretenen neben der des Vertreters erheblich. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass der Vertretene sich nicht hinter der Gutgläubigkeit des seine Weisungen befolgenden Vertreters verstecken darf, wenn er selbst rechtserhebliche Umstände

kennt.<sup>23</sup> Der Begriff "Handeln auf Weisung" i.S. des § 166 Abs. 2 ist weit auszulegen, um die Erreichung des Gesetzeszweckes sicherzustellen.<sup>24</sup> Im vorherigen Beispiel wusste die R, dass es sich um den falschen Prozessor handelt, aber schickte den A trotzdem los eine Rechner des gleichen Modells zu kaufen. Sie kann die Willenserklärung des A gem. § 166 Abs. 2 nicht deshalb anfechten, dass der A von H über den Prozessor getäuscht wurde. Insofern kommt es ausnahmsweise auf ihr eigenes Wissen an.

### **b) Probleme der Wissenszurechnung: der „Wissensvertreter“**

Der BGH hat wiederholt bei einem der Interessenlage zwischen Vertreter und Vertretenem vergleichbaren Sachverhalt § 166 Abs. 1 entsprechend angewandt.<sup>25</sup> Nach dem allgemeinen Rechtsgedanken, der dieser Vorschrift zugrunde liegt, muss sich - unabhängig davon, ob ein Vertretungsverhältnis vorliegt - auch derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung beauftragt, das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen. Der BGH hat in diesem Zusammenhang von "Wissenszurechnung"<sup>26</sup> und vom "Tatbestand der Wissensvertretung" sowie vom "Wissensvertreter"<sup>27</sup> gesprochen.

**Wissensvertreter** ist nach Ansicht des BGH<sup>28</sup> jeder, „der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten.“ Er muss weder zum rechtsgeschäftlichen Vertreter noch zum Wissensvertreter ausdrücklich bestellt sein; der Geschäftsherr muss sich seiner aber im rechtsgeschäftlichen Verkehr wie eines Vertreters bedienen.

Praktische Bedeutung hat die Frage der Wissenszurechnung z.B. bei juristischen Personen.

**Beispiel** (nach BGHZ 109, 327 ff.): Eine Gemeinde verkauft ein Grundstück, das mit einem Fehler behaftet ist, an den Käufer K. Ein vertretungsberechtigtes Organmitglied der Gemeinde, das an dem Geschäft selbst nicht mitgewirkt hat, kannte den Fehler. Es geht um die Frage, ob der Gemeinde im Hinblick auf das arglistige Verschweigen des Fehlers auch das Wissen des Organmitgliedes zuzurechnen ist. Der BGH<sup>29</sup> hat hier einen Fall der Wissenszurechnung gesehen und ausgeführt, die Gemeinde müsse sich als juristische Person das Wissen aller ihrer vertretungsberechtigten Organmitglieder zurechnen lassen; das Wissen schon eines in der Angelegenheit vertretungsberechtigten Organmitglieds sei als Wissen des Organs anzusehen und damit auch der juristischen Person zuzurechnen.

<sup>23</sup> BGHZ 51, 141, [147](#).

<sup>24</sup> BGHZ 50, 364, [368](#).

<sup>25</sup> BGHZ 83, 293, [296](#) mit weiteren Nachw.

<sup>26</sup> BGHZ 109, 327, [331](#).

<sup>27</sup> BGHZ 117, 104, [106](#).

<sup>28</sup> BGHZ 117, 104, [106](#).

<sup>29</sup> BGHZ 109, 327, [330 f.](#)

**Beispiel** (nach BGH WM 1996, 824 ff.): A ist bei der X-GmbH angestellt, die mit Gebrauchtwagen handelt. A ist in der Einkaufsabteilung tätig und fertigt dort selbständig Preiskalkulationen an, die bei der Inzahlungnahme von Gebrauchtwagen benötigt werden, hat aber keine Vertretungsmacht. A wusste, dass es bei einem PKW, den K von der X-GmbH kaufte, eine Divergenz zwischen der Kilometerzähler-Angabe und der tatsächlichen Laufleistung, also einen Sachmangel i.S. des § 434 n.F., gab. A hatte diese Kenntnis beim Ankauf des PKW erworben, aber nicht weitergegeben. Es geht nun um die Frage, ob die X-GmbH als Verkäuferin sich das Wissen des nicht vertretungsberechtigten Angestellten A zurechnen lassen muss. Der BGH<sup>30</sup> hat A als Wissensvertreter angesehen, auf den die Vorschrift des § 166 entsprechende Anwendung finde, weil A damit betraut war, nach außen eigenständig Aufgaben zu erledigen, Informationen zur Kenntnis zu bringen und sie weiterzuleiten. Das hat zur Folge, dass sein Wissen als solches der GmbH, nämlich ihres Geschäftsführers, anzusehen ist. Infolgedessen hatte die Verkäuferin, die X-GmbH, Kenntnis von dem Sachmangel.

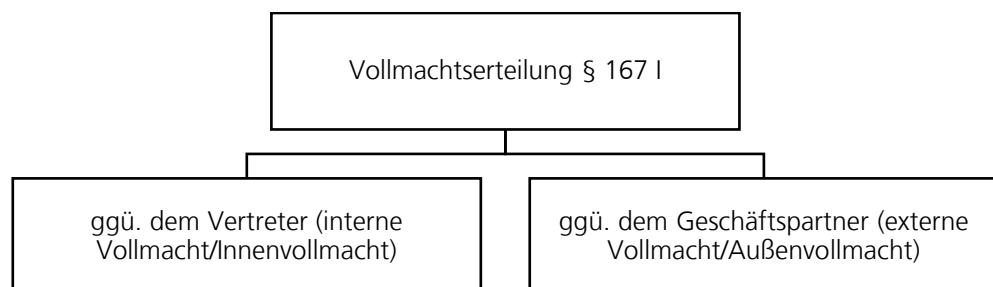
## 5. Die Erteilung der Vollmacht

Die durch **Rechtsgeschäft** erteilte Vertretungsmacht wird Vollmacht genannt (**Legaldefinition in § 166 Abs. 2**). Die Vollmacht kann gemäß § 167 wirksam erteilt werden:

- durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Bevollmächtigenden dem Vertreter gegenüber (interne Vollmacht/Innenvollmacht)

oder

- durch eine Willenserklärung gegenüber dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll (externe Vollmacht/Außenvollmacht).



Die Vollmacht kann als einseitige Willenserklärung intern wie auch extern auch durch konkludentes Handeln erteilt werden.

Die Bevollmächtigung ist grundsätzlich **formlos** wirksam. Nur ausnahmsweise ist für die Vollmacht eine besondere Form vorgeschrieben (vgl. z.B. zur Ausschlagung der Erbschaft § 1945 Abs. 3). Allerdings kann sich aus dem Zweck der Formvorschrift für das Rechtsgeschäft, zu dem jemand bevollmächtigt werden soll, ergeben, dass auch die Erteilung der Vollmacht eben dieser Form bedarf.<sup>31</sup> Als formbedürftig wird z.B. die unwiderrufliche Vollmacht zum Abschluss eines nach **§ 311 b Abs. 1** formbedürftigen Vertrages oder der **formbedürftigen Bürgschaft** angesehen.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> BGH WM 1996, [824 ff.](#)

<sup>31</sup> BROX/WALKER, § 25 Rn. [5](#).

<sup>32</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, § 167 Rn. [22](#).

Bei der in der Praxis häufigsten Art der Bevollmächtigung erteilt eine Person (der Vertretene) einer anderen Person (dem Stellvertreter) durch eine mündliche oder schriftliche Willenserklärung Vollmacht (= interne Vollmacht).

**Beispiel:** A bevollmächtigt den S, für sie bei V eine Bluetooth-Box auszusuchen und zu kaufen. Es handelt sich hierbei um den typischen Fall einer internen Vollmacht.

Im Gegensatz zu der internen Vollmacht schafft der Vollmachtgeber bei der externen Vollmacht einen Vertrauenstatbestand, weil der Dritte darauf vertrauen kann, dass die Vollmacht existiert. Dieses Vertrauen schützt das Gesetz durch die §§ 170 ff.

Aber auch ein Vertrauenstatbestand wenn auf andere Weise geschaffen wird, schützt das Gesetz in bestimmten Fällen den guten Glauben des Dritten an das Bestehen der Vollmacht (§§ 171–173).

**Beispiel:** A bevollmächtigt den B, für ihn ein bestimmtes Gemälde zu kaufen, und händigt ihm eine Vollmachtsurkunde aus. Bevor B das Geschäft tätigt, widerruft A die Vollmacht, vergisst aber, die Vollmachtsurkunde zurückzuverlangen. Wenn nun B trotzdem im Namen des A unter Vorlage der Vollmachtsurkunde das Bild kauft, kommt – obwohl die Vollmacht nach § 168 erloschen ist – aufgrund der Regelung in § 172 zwischen A und dem Verkäufer des Gemäldes ein Vertrag zustande.

## 6. Arten von Vollmachten

Die Vollmachtserteilung durch Rechtsgeschäft bestimmt in der Regel zugleich den **Umfang der Vertretungsmacht**.

**Beispiel:** Wenn K die S bittet, für ihn bei irgendeinem Händler einen gebrauchten PKW zu kaufen, der nicht mehr als € 12.500,-- kostet, so ist der Umfang der Vertretungsmacht der S klar abgegrenzt: S darf einen PKW kaufen, der nicht teurer als € 12.500,— ist. Kauft S einen LKW, so liegt das außerhalb der ihr erteilten Vertretungsmacht.

Ist, wie im vorletzten **Beispiel**, eine Vollmacht lediglich für ein bestimmtes Rechtsgeschäft erteilt, so kann man von einer **Spezialvollmacht** sprechen.

Bevollmächtigt eine Person eine andere, eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften vorzunehmen, so handelt es sich um eine **Artvollmacht oder Gattungsvollmacht**. Eine Art- oder Gattungsvollmacht haben Verkäufer, Schaffner, Kellner.

**Beispiel:** Ein Verkäufer in einem Warenhaus ist aufgrund einer Gattungsvollmacht befugt, in der Abteilung, in der er eingesetzt ist, im Namen des Unternehmens Kaufverträge über die Waren abzuschließen. Dagegen ist er nicht bevollmächtigt, weitere Verkäufer einzustellen.

Es kann auch Vertretungsmacht für alle oder fast sämtliche Rechtsgeschäfte erteilt werden, die eine Person vornehmen will. Eine solche fast unbeschränkte Vollmacht nennt man **Generalvollmacht**.

In der Regel gilt eine Generalvollmacht aber auch nicht völlig uneingeschränkt. Der Umfang einer Generalvollmacht ist "nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Erfordernisse der aufgetragenen Geschäfte zu ermitteln".<sup>33</sup> Insbesondere berechtigt die Generalvollmacht den Bevollmächtigten nicht zu jedem Rechtsgeschäft und zu jeder Willenserklärung auch gegen den ausgesprochenen Willen des Bevollmächtigten. Das gilt auch dann, wenn die Generalvollmacht dazu die formelle Legitimation zu geben scheint.<sup>34</sup>

**Beispiel:** A betreibt eine Geflügelfarm und beliefert umliegende Geschäfte mit Eiern. Erteilt A dem Angestellten B Generalvollmacht und verkauft dieser die Kundenkartei des A an dessen Konkurrentin C, so deckt die Vollmacht den Kaufvertrag nicht, da er außerhalb der gewöhnlichen Geschäfte liegt, die der Betrieb einer Geflügelfarm mit sich bringt.

**Prokura** und **Handlungsvollmacht** sind handelsrechtliche **Sonderformen der Vollmacht**, wie sie in den §§ 164 ff. geregelt ist. Das Handelsgesetzbuch enthält darüber hinaus Vorschriften (§§ 48 ff. HGB), die von den Prinzipien des Vertretungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches in mancherlei Hinsicht abweichen. Die Bestimmungen des HGB über Prokura und Handlungsvollmacht kommen dem Bedürfnis des Handelsverkehrs nach Vollmachten, die ihrem Umfang nach gesetzlich genau definiert sind, entgegen.<sup>35</sup>

In der Praxis spielt die **Untervollmacht** eine gewisse Rolle. Unterschieden werden im Wesentlichen zwei Arten der Untervollmacht:<sup>36</sup>

- a) Der Unterbevollmächtigte wird zum Vertreter des Vertreters bestellt. In diesem Fall tritt der Unterbevollmächtigte **im Namen des Vertreters** auf. Handelt der Unterbevollmächtigte bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts im Namen des Vertreters, so ist der Unterbevollmächtigte nicht unmittelbarer Vertreter des ersten Vollmachtgebers (= Hauptvertreter). Sind beide Vollmachten gültig, so wirkt das Rechtsgeschäft unmittelbar nur für den Hauptvertreter, in dessen Namen der Unterbevollmächtigte aufgetreten ist. Diese Wirkungen treffen allerdings mittelbar "gleichsam gemäß den beiden Vollmachtsverhältnissen durch den (Haupt-) Vertreter hindurch" auch den Geschäftsherrn.<sup>37</sup>
- b) Der Vertreter bestellt den Unterbevollmächtigten **im Namen des Geschäftsherrn** zum Vertreter des Geschäftsherrn. Der Unterbevollmächtigte soll dann unmittelbar im Namen des Geschäftsherrn (des ursprünglichen Vollmachtgebers) handeln können.<sup>38</sup> Vorausgesetzt, beide Bevollmächtigungen sind wirksam und der Unterbevollmächtigte handelt rechtsgeschäftlich im Namen des Geschäftsherrn, so treffen die Rechtsfolgen unmittelbar den Geschäftsherrn.

## 7. Der Umfang der Vollmacht und das Innenverhältnis

Häufig entstehen Zweifel über Art und Umfang der erteilten Vollmacht. In solchen Fällen ist der Umfang der Vollmacht, soweit möglich, gemäß §§ 133, 157 aus der

<sup>33</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, BGB § 167, Rn. 84.

<sup>34</sup> OLG Hamburg, MDR 1967, 399; SOERGEL/LEPTIEN, § 167 Rn. 41.

<sup>35</sup> Details lernen Sie im Modul 55109 Handels- und Gesellschaftsrecht.

<sup>36</sup> BGHZ 32, 250, 253; BROX/WALKER, § 25 Rn. 10 ff.

<sup>37</sup> BGHZ 32, 250, 254.

<sup>38</sup> BGHZ 32, 250, 253.



Willenserklärung des Vollmachtgebers zu bestimmen. Dabei sind außer dem Wortlaut auch die begleitenden Umstände sowie der Zweck der Vollmacht zu berücksichtigen.<sup>39</sup> Insbesondere aber ist zur Auslegung das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis heranzuziehen.<sup>40</sup>

Bei einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vollmacht ist der Bestand der Vollmacht unabhängig davon, ob ein und gegebenenfalls welches Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen besteht. **Die Vollmacht ist abstrakt.** Das bedeutet: Es muss unterschieden werden zwischen der Erteilung der Vollmacht einerseits und dem zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter etwa bestehenden Rechtsverhältnis, das u.U. den Grund für die Erteilung der Vollmacht bildet, andererseits. Da die Vollmacht abstrakt ist, kann sie auch dann wirksam sein, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis aus irgendeinem Grunde unwirksam ist.<sup>41</sup> Diese Abstraktion soll der Sicherheit des Rechtsverkehrs dienen.

In der Regel liegt der Bevollmächtigung allerdings ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zugrunde. Dieses Rechtsverhältnis ist sehr häufig ein Auftrag, eine entgeltliche Geschäftsbesorgung oder ein Arbeitsvertrag.



Ein **Auftrag** i.S. des § 662 hat eine unentgeltliche Verrichtung tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Art im Interesse des Auftraggebers zum Gegenstand. Der Auftrag ist ein Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten. Der Beauftragte verpflichtet sich dem Auftraggeber gegenüber, für diesen *unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen*. Da der Auftrag ein Vertrag ist, ist stets zu prüfen, ob die Beteiligten durch die Abgabe entsprechender Willenserklärungen überhaupt eine Rechtsbindung erreichen wollten. Ist dies zu verneinen, liegt kein Vertrag, sondern ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis zugrunde.

**Fall:** K hat dem Gebrauchtwagenhändler B schon mehrfach gesagt, er suche für seinen Mann einen geeigneten Zweitwagen. B schreibt dem K einen Brief, in dem er K einen PKW Marke Texlo, Baujahr 2019 zum Preise von € 22.900,-- anbietet und gleichzeitig erklärt, K müsse sich innerhalb der nächsten 5 Tage entscheiden. K bittet seine Freundin S, zu B zu fahren, sich den Wagen anzusehen und für ihn (K) zu kaufen, wenn sie es schaffe, den Preis um einige Hundert Euro herunterzuhandeln. S fährt zu B, findet den Zustand des PKW zufrieden stellend und kann den Preis auf € 21.500,-- drücken. Daraufhin erklärt S, den PKW für K kaufen zu wollen. B ist damit einverstanden. S sind durch die Fahrt in die andere Stadt u.a. Fahrtkosten in Höhe von € 30,-- entstanden, die sie von K erstattet haben möchte. Hat sie darauf einen Anspruch?

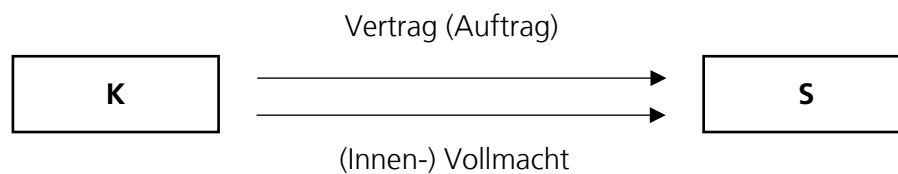
<sup>39</sup> STAUDINGER/SCHILKEN BGB § 167, Rn. 84.

<sup>40</sup> STAUDINGER/SCHILKEN BGB § 167, Rn. 84.

<sup>41</sup> BROX/WALKER, § 25 Rn. 15.

**Lösung:** S könnte gegen K einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen (zu denen auch die Fahrtkosten gehören) gemäß § 670 haben, wenn zwischen K und S ein Auftrag zustande gekommen wäre. Das setzt voraus, dass beide durch Abgabe entsprechender Willenserklärungen eine rechtliche Bindung i.S. von § 662 mit der Folge anstrebten, dass S verpflichtet war, für K das Geschäft zu tätigen. Der Wert des zu erwerbenden Gegenstandes sowie das damit verbundene Risiko und das erkennbare Interesse des K an einem günstigen Erwerb führen zu dem Schluss, dass es den Parteien darum ging, dass S *verpflichtet* sein sollte, tätig zu werden. K ist gemäß § 670 verpflichtet, der S die Aufwendungen zu ersetzen, also u.a. die Fahrtkosten zu zahlen.

*Zur Verdeutlichung:* Zwischen S und K sind zwei Rechtsgeschäfte getätigt worden:



Außer dem Auftrag können der Vollmacht auch andere Rechtsverhältnisse zugrunde liegen, wie z.B.

- ein Dienst- oder Arbeitsvertrag (§ 611),
- ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675),
- ein Gesellschaftsvertrag (z.B. § 705).

## 8. Das Erlöschen der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht

### a) Der Fristablauf

Der Vollmachtgeber kann über das Erlöschen der Vollmacht Bestimmungen treffen, die von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis unabhängig sind. Insbesondere kommt eine Befristung in Betracht.<sup>42</sup> Wenn eine Frist für die Dauer der Vollmacht bestimmt worden ist, endet die Vollmacht mit Zeitablauf.

### b) Die Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und der Widerruf der Vollmacht

Ist eine Frist nicht bestimmt, so erlischt die Vollmacht im Zweifel mit der Beendigung des der Vollmachterteilung **zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses** (§ 168).

Hier ist der Abstraktionsgrundsatz der Vollmachtserteilung durchbrochen.

**Beispiel:** L beauftragt und bevollmächtigt seinen Freund T zum Kauf der Stute "Wind" von Pferdehändlerin M für € 40.000,--. Bevor T das Geschäft tätigen kann, kommt es zwischen ihm und L zum Zwist. L erklärt daraufhin dem T: "Ich widerrufe den Auftrag zum Kauf der Stute".

Kauft T dennoch im Namen des L die Stute, so wird letzterer nicht Vertragspartner der M, da nach § 168 die Vollmacht mit Beendigung des zugrunde liegenden

<sup>42</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, § 168 Rn. 2.

Rechtsverhältnisses erloschen ist und der *Auftrag* gemäß § 671 durch Widerruf endete.

Dem § 168 S. 2 ist zu entnehmen, dass die Vollmacht auch **unabhängig vom Grundverhältnis** widerrufen werden kann. Der Widerruf – eine Willenserklärung – führt zum Erlöschen der Vollmacht. Wäre dies nicht möglich, so müsste z.B. der Arbeitsvertrag eines Prokuristen immer zugleich gekündigt werden, wenn die Prokura widerrufen werden soll.

Fraglich ist, inwieweit die Widerruflichkeit der Vollmacht eingeschränkt werden kann. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass durch *Vertrag* die Unwiderruflichkeit zwischen Vollmachtgeber und zu Bevollmächtigtem vereinbart werden kann.<sup>43</sup>

### c) Die postmortale Vollmacht

Es ist auch möglich, zu Lebzeiten eine Vollmacht zu erteilen, die nach dem Tode des Erblassers weiter gilt (postmortale Vollmacht). Der Bevollmächtigte ist **Vertreter der Erben**. Letztere sind durch ihr Widerrufsrecht gemäß § 168 S. 2 geschützt.

Der Sinn einer postmortalen Vollmacht kann auch gerade darin liegen, dass es dem Bevollmächtigten ermöglicht werden soll, im Falle des Todes des Vollmachtgebers über dessen Bankkonten und Bankdepot zu verfügen.<sup>44</sup>

**Beispiel** (nach BGH, NJW 1969, 1245, 1246): T wanderte in den 20er Jahren nach Amerika aus. Im Jahre 1967 erteilte sie ihrer Nichte I Vollmacht über ihren Tod hinaus für ihr in Deutschland befindliches Vermögen. Verkauft I nach dem Tode ihrer Tante ein zum Nachlass gehörendes Grundstück im Schwarzwald, so sind die Erben daran gebunden, da sie gemäß § 1922 Rechtsnachfolger der Verstorbenen sind.

Selbst eine unwiderruflich erteilte Vollmacht kann nach herrschender Meinung stets aus wichtigem Grund widerrufen werden.<sup>45</sup>

Auch eine unwiderruflich erteilte Vollmacht, der keine Kausalvereinbarung zugrunde liegt, ist frei widerruflich, weil ohne ein der Vollmacht zugrunde liegendes Kausalverhältnis kein rechtfertigender Grund existiert, den Vollmachtgeber an den einseitig erklärten Ausschluss des Widerrufsrechts zu binden. Wenn schon eine nach dem Kausalverhältnis unwiderrufliche Vollmacht aus wichtigem Grund widerrufen werden kann, gilt dies erst recht für die Befugnis zum Widerruf einer isolierten Vollmacht. Letztere ist auch ohne wichtigen Grund widerrufbar, weil es mangels eines der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses an einem Beurteilungsmaßstab für die Frage des wichtigen Grundes fehlt.<sup>46</sup>

Eine Generalvollmacht für sich allein kann nicht unwiderruflich erteilt werden, andernfalls würde die "ganze wirtschaftliche Persönlichkeit des Vollmachtgebers in den Machtbereich des anderen Teils gestellt". Eine "so weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit durch Parteiwillkür" zuzulassen, würde dem sittlichen Empfinden widersprechen.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, § 168 Rn. [8 ff.](#) mit weiteren Hinweisen.

<sup>44</sup> BGHZ 127, 239, [242](#).

<sup>45</sup> NJW 1997, 3437, [3440](#); OLG München ZEV 2014, [615](#); ; STAUDINGER/SCHILKEN, § 168 Rn. [14](#).

<sup>46</sup> BGH NJW 1988, [2603 f.](#)

<sup>47</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, § 168 Rn. [9](#).

#### d) Die Folgen des Erlöschens der Vollmacht

Ist die Vollmacht mit Beendigung des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses oder durch Widerruf erloschen, so ist dem bisherigen Vertreter die **Vertretungsmacht entzogen**. Nimmt er dennoch im Namen des Vertretenen Rechtsgeschäfte vor, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht mit den sich aus den §§ 177 ff. ergebenden Konsequenzen.

Von dieser Regel enthalten die **§§ 170 bis 173** allerdings einige bedeutsame **Ausnahmen**. Durch diese Vorschriften werden Dritte geschützt, die Kraft eines erzeugten Rechtsscheins auf das Entstehen und das Fortbestehen einer einmal wirksam erteilten Vollmacht vertrauen und auch vertrauen durften. U.a. sind folgende Fälle geregelt:

- a) Die externe Vollmacht – die gegenüber einem Dritten erklärt worden ist –, ist, etwa durch Widerruf (§ 168), erloschen. Trotz des Widerrufs bleibt die Vollmacht dem Dritten gegenüber in Kraft, bis diesem das Erlöschen von dem Vollmachtgeber **angezeigt** wird (§ 170).
- b) Der Bevollmächtigte hat vom Vollmachtgeber eine Urkunde ausgehändigt bekommen, die der Vertreter dem Dritten vorlegt. Trotz des Erlöschens der Vollmacht wird hier der Dritte in seinem Vertrauen auf den Bestand der Vollmacht, das sich an die **Urkunde** knüpft, geschützt (§ 172).

Die Anwendung des § 172 Abs. 1 setzt allerdings voraus, dass der Vertreter dem Dritten diejenige Urkunde, die den Rechtsschein erzeugt, selbst – in Urschrift oder in einer Ausfertigung – vorlegt.<sup>48</sup>

Nach Ansicht des BGH genügt also eine Abschrift nicht.<sup>49</sup> Dennoch kann mit der Vorlage einer Abschrift ein Rechtsscheintatbestand geschaffen werden. Der BGH<sup>50</sup> sieht in den §§ 171 bis 173 Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass derjenige, der (durch besonderen Kundgebungsakt) einem gutgläubigen Dritten gegenüber (wissentlich) den Rechtsschein einer Vollmacht setzt, im Verhältnis zu dem Dritten an diese Kundgabe gebunden ist.<sup>51</sup>

#### e) Erlöschen der Vollmacht durch Anfechtung

Da es sich bei der Erteilung der Vollmacht um **eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Vertretenen an den Vertreter** handelt, kann diese bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes durch Anfechtungserklärung mit der Wirkung des § 142 Abs. 1 angefochten werden.

- Solange das **Vertretergeschäft noch nicht vorgenommen** wurde, stellen sich keine Probleme. Anfechtungsgegner ist bei der Innenvollmacht der Vertreter, bei der Außenvollmacht der Geschäftspartner. Eine Anfechtung ist hier aber nur erforderlich, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt worden ist (vgl. oben unter b)). Ansonsten reicht der schlichte Widerruf der Vollmacht aus. Der zulässige Widerruf schließt die Anfechtbarkeit aber nicht aus.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> BeckOK/SCHÄFER, BGB § 172 Rn. 7.

<sup>49</sup> BGHZ 102, 60.

<sup>50</sup> BGHZ 102, 60, 64.

<sup>51</sup> Vgl. auch BGH NJW 1997, 312 f.

<sup>52</sup> MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 167 BGB Rn. 46.

- Umstritten ist, wie die Anfechtung zu erfolgen hat, wenn das **Vertretergeschäft bereits vorgenommen** worden ist. In diesen Fällen wird in den Rechtskreis des Geschäftspartners eingegriffen, der auf eine wirksame Vollmacht vertraut hat. Gem. § 142 Abs. 1 führt die Anfechtung der Vollmacht ex tunc zu deren Nichtigkeit. Der Vertreter handelte als falsus procurator, so dass die §§ 177 ff. anwendbar sind. Das Vertretergeschäft ist schwebend unwirksam und hängt von der Genehmigung des Vertretenen ab. Der Geschäftspartner hätte gegen den Vertreter einen Schadensersatzanspruch aus § 179 Abs. 2. Der Vertreter könnte den Vertretenen gem. § 122 in Regress nehmen. Dieses Ergebnis vermag teilweise in der Verteilung des Insolvenzrisikos nicht zu überzeugen.

Nach einer Ansicht ist daher keine rückwirkende Anfechtung möglich, weil nach § 166 bei Willensmängeln auf den Vertreter abzustellen sei. Ansonsten stünde der Vertretene besser da, als hätte er das Geschäft persönlich vorgenommen. Dieser Ansicht wird von der herrschenden Auffassung entgegengehalten, dass sie mit dem Abstraktionsprinzip unvereinbar sei, denn hiernach sind das Vertretergeschäft als solches, auf das § 166 Anwendung findet, und die Erteilung der Vollmacht strikt zu trennen. Im Ergebnis ist die Anfechtbarkeit der Vollmacht nach deren Gebrauch daher zu bejahen.<sup>53</sup>

Weiterhin ist umstritten, gegenüber welcher Person die Anfechtung zu erklären ist. Bei der Außenvollmacht hat die Anfechtung gem. § 143 Abs. 3 S. 1 unstreitig gegenüber dem Geschäftspartner zu erfolgen. In den anderen Fällen werde dem Vertretenen nach einer Ansicht wie bei § 167 Abs. 1 ein Wahlrecht eingeräumt: Er könnte gegenüber dem Vertreter oder gegenüber dem Geschäftspartner die Anfechtung erklären. Nach anderer Auffassung ist die Anfechtung gegenüber dem Vertreter *und* dem Geschäftspartner zu erklären. Ansonsten könnte letzterer seinen Anspruch aus dem Vertrag verlieren, ohne davon zu erfahren. Die vermittelnde Ansicht verzichtet auf eine eigene Anfechtungserklärung gegenüber dem Geschäftspartner, verlangt jedoch vom Anfechtenden, den Geschäftspartner von der erfolgten Anfechtung gegenüber dem Vertreter in Kenntnis zu setzen.<sup>54</sup>

Ein Sonderproblem wirft die Anfechtbarkeit der nach außen kundgemachten Innenvollmacht auf.

**Beispiel:** A möchte den B bevollmächtigen, für ihn sein Auto für einen Mindestpreis von EUR 6.500 zu verkaufen. A irrt sich und nennt dem B einen Mindestpreis von EUR 5.600. B verkauft das Auto daraufhin unter Vorlage der Vollmachtsurkunde dem D zum Preis von EUR 5.600. Nach einer Ansicht kommt eine Anfechtung hier nicht in Betracht, da es sich bei der Kundgabe der Vollmacht um eine reine Wissensklärung handle. Der A würde also nach §§ 171, 172 verpflichtet. Hierbei handle es sich um einen Fall der Rechtsscheinhaftung, bei der keine Anfechtung möglich ist (hierzu unten mehr). Nach anderer Auffassung sei die nach außen kundgemachte Innenvollmacht mit der Außenvollmacht gleichzusetzen. Als Argument wird angeführt, der Geschäftspartner stehe ansonsten besser als bei einer Außenvollmacht. Hiernach wäre die Anfechtung also möglich.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 167 BGB Rn. [48](#).

<sup>54</sup> Vgl. MünchKomm/SCHUBERT, § 167 BGB Rn. [49 f.](#)

<sup>55</sup> Zur Vertiefung: BROX/WALKER, § 25 Rn. [13 ff.](#); STADLER, BGB-AT, §30, Rn. 31.

## 9. Duldungs- und Anscheinsvollmacht

### a) Überblick

Es kommt hin und wieder vor, dass eine Vollmacht **nicht ausdrücklich erteilt** worden ist, der Dritte aber aufgrund des **Erscheinungsbildes**, das sich ihm bietet, davon ausgehen darf oder gar muss, dass eine Vollmacht erteilt worden ist. Wenn derjenige, für den der "Vertreter" aufgetreten ist, dazu beigetragen hat, dass dieses Erscheinungsbild entstanden ist, so kann der Dritte, demgegenüber der Vertreter aufgetreten ist, schutzwürdiger sein als der Vertretene. Deshalb haben rechtswissenschaftliche Literatur und Rechtsprechung Regeln entwickelt, mit Hilfe derer der schutzwürdige Dritte vor Schaden bewahrt werden soll. In Anlehnung an die in den §§ 170 ff. enthaltenen Rechtsgedanken sind die Regeln über die Duldungsvollmacht und die Anscheinsvollmacht entwickelt worden. Über die Abgrenzung und die Rechtsfolgen ist bislang allerdings keine Einigung erzielt worden.

### b) Die Duldungsvollmacht

Von einer Duldungsvollmacht ist auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

<b>Subsidiarität</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• keine gesetzliche oder vertragliche Vertretungsmacht</li> </ul>
<b>Rechtsschein</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• während einer gewissen Dauer</li> <li>• und zu wiederholtem Male</li> <li>• für Geschäftsherrn als Stellvertreter aufgetreten</li> </ul>
<b>Zurechenbare Veranlassung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Geschäftsherr <b>wusste</b> davon</li> <li>• und <b>nicht dagegen eingeschritten</b></li> <li>• obwohl ihm das möglich gewesen wäre</li> </ul>
<b>Vertrauen des Dritten</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verhalten des Vertreters und Duldung durch Geschäftsherrn gekannt</li> <li>• zur Zeit der Vornahme des fraglichen Geschäfts</li> <li>• Kausal für Abgabe der Willenserklärung</li> </ul>
<b>Rechtsfolge:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vertretungsmacht (h.M.).</li> <li>• kein Anfechtung des Rechtsscheins.</li> </ul>

Voraussetzung für die Annahme einer Duldungsvollmacht ist es also, dass der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt. Die Zurechnung einer Willenserklärung nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht setzt jedenfalls die Geschäftsfähigkeit des vermeintlich Vertretenen voraus, da hierdurch nur die Voraussetzung der Vertretungsmacht überwunden wird, nicht jedoch die erforderlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Willenserklärung.

Streitig ist, ob es sich bei der Duldungsvollmacht um einen Rechtsscheintatbestand oder um eine vom Vertretenen durch eine konkludent abgegebene Willenserklärung erteilte (rechtsgeschäftliche) Vollmacht handelt. Letzterenfalls wären die §§ 164 ff. direkt anwendbar; außerdem könnte der Vertretene die Erteilung der Vollmacht anfechten (§§ 119 ff.).

Der BGH<sup>56</sup> hat zunächst ausdrücklich von einer Duldungsvollmacht gesprochen und sie sowohl zur Anscheinsvollmacht einerseits als auch zur stillschweigenden Bevollmächtigung andererseits abgegrenzt.<sup>57</sup> Der BGH hat allerdings auf die Nähe zur stillschweigenden Bevollmächtigung hingewiesen.<sup>58</sup> Den Unterschied zu letzterer sah er in folgendem<sup>59</sup>: Die stillschweigende Bevollmächtigung geschieht durch ein als "rechtsgeschäftliche Erklärung zu wertendes Verhalten" – also durch Abgabe einer Willenserklärung durch konkludentes Verhalten; hingegen "haftet" kraft Duldungsvollmacht, "wer das Handeln eines anderen, nicht zu seiner Vertretung Befugten kennt und es duldet, falls der Geschäftsgegner diese Duldung dahin wertet und nach Treu und Glauben dahin werten darf, dass der Handelnde Vollmacht habe".

Der BGH<sup>60</sup> vertritt die Auffassung, für das Entstehen einer Duldungsvollmacht reiche die alleinige Kenntniserlangung durch den Vertretenen von dem Handeln einer Person nicht aus; es müsse vielmehr "noch der Entschluss hinzukommen, gegen die bekannt gewordene Verhaltensweise nicht einzuschreiten".

Einen Platz *zwischen* der rechtsgeschäftlich – durch konkludent abgegebene Willenserklärung – erteilten Vollmacht einerseits und der Anscheinsvollmacht (vgl. dazu den folgenden Gliederungspunkt.) als Rechtsscheintatbestand andererseits kann die Duldungsvollmacht allerdings nicht einnehmen. Ist einer festgestellten Duldung aber zu entnehmen, dass der Vertretene das Verhalten des zunächst ohne Vertretungsmacht Handelnden billigte, nachdem er davon Kenntnis erhalten hatte, so kann daraus je nach den Umständen im Wege der Auslegung geschlossen werden, dass die zunächst angeblich vertretene Person dem erst angeblichen Vertreter durch konkludentes Handeln (also eine Willenserklärung) rechtsgeschäftlich Vollmacht erteilt hat.<sup>61</sup>

**Beispiel** (nach LAG Baden-Württemberg, BB 1961, 132): Ein dazu nicht bevollmächtigter Ehemann verhandelt ohne Vertretungsmacht mit dem Arbeitgeber seiner Ehefrau. Diese erfährt davon. Als der Ehemann in Anwesenheit seiner Frau bei einer späteren Verhandlung das Angebot des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses annimmt, ohne dass die Ehefrau widerspricht, liegt spätestens in dieser Duldung die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht für den Ehemann.

<sup>56</sup> Vgl. LM Nr. 10 und 13 zu § 164 BGB.

<sup>57</sup> Zur Terminologie noch BGH NJW 1988, [1199 f.](#)

<sup>58</sup> BGH LM Nr. 10 zu § 167.

<sup>59</sup> BGH LM Nr. 13 zu § 167.

<sup>60</sup> WM 1988, 216 f.

<sup>61</sup> Vgl. zur Problematik FLUME, § 49, 3; MünchKomm/SCHUBERT, § 167 Rn. [107](#).

### c) Die Anscheinsvollmacht

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH <sup>62</sup> und der herrschenden Auffassung in der Literatur <sup>63</sup> ist von dem *Vertrauenstatbestand* einer *Anscheinsvollmacht* auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

<b>Subsidiarität</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• keine gesetzliche oder vertragliche Vertretungsmacht</li> </ul>
<b>Rechtsschein</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• während einer gewissen Dauer</li> <li>• und zu wiederholtem Male</li> <li>• für Geschäftsherrn als Stellvertreter aufgetreten</li> </ul>
<b>Zurechenbare Veranlassung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Geschäftsherr <b>wusste nicht</b> hiervon</li> <li>• bei pflichtgemäßer Beobachtung der notwendigen Sorgfalt aber <b>hätte erkennen</b></li> <li>• und verhindern können</li> </ul>
<b>Vertrauen des Dritten</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Geschäftsherr dulde und billige dies</li> <li>• zur Zeit der Vornahme des fraglichen Geschäfts</li> <li>• Kausal für Abgabe der Willenserklärung</li> </ul>
<b>Rechtsfolge:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vertretungsmacht (h.M.).</li> <li>• kein Anfechtung des Rechtsscheins.</li> </ul>

Es handelt sich also um einen **Vertrauenstatbestand**, der auf einem Rechtsschein beruht, der dem Vertretenen zurechenbar sein muss.<sup>64</sup> Auch die Zurechnung einer Willenserklärung nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht hilft nicht über die fehlende Geschäftsfähigkeit des vermeintlich Vertretenen hinweg.

Umstritten ist, ob dem Vertretenen die bloße Veranlassung schon zuzurechnen ist oder ob es darüber hinaus eines **Verschuldens bedarf**. Von der Voraussetzung des Verschuldens als Zurechnungsgrund ist der BGH <sup>65</sup> in einer früheren Entscheidung ausgegangen.<sup>66</sup> Gegen das Erfordernis eines Verschuldens des Vertretenen als Zurechnungsgrund ist u.a. einzuwenden, dass den gesetzlich geregelten Rechtsscheintatbeständen (u.a. §§ 171 ff. BGB und § 56 HGB) nicht entnommen werden kann, dass ein

<sup>62</sup> Vgl. u.a. BGHZ 5, 111, [116](#); 86, 273; BGH WM 1981, 171 f. und BGH NJW RR, 1986, [1169 f.](#)

<sup>63</sup> Vgl. u.a. MünchKomm/SCHUBERT, § 167 BGB Rn. [111](#); SOERGEL/LEPTIEN, § 167 BGB Rn. 19 ff.; STAUDINGER/SCHILKEN, § 167 BGB Rn. [32 ff.](#)

<sup>64</sup> MünchKomm/SCHUBERT, § 167 Rn. [112](#); STAUDINGER/SCHILKEN, § 167 Rn. [34 ff.](#)

<sup>65</sup> BGHZ 5, 111, [116](#).

<sup>66</sup> Ihm folgend u.a. STAUDINGER/SCHILKEN, § 167 Rn. 40; HÜBNER, Rn. 1286; SOERGEL/LEPTIEN, § 167 Rn. 22.



Verschulden des Vertretenen Voraussetzung für eine Rechtsscheinhaftung ist.<sup>67</sup> Allerdings muss das Vertrauen des Geschäftsgegners objektiv und subjektiv berechtigt sein.<sup>68</sup>

Die *objektive* Rechtfertigung für die Zurechnung ergibt sich aus einem Rechtsscheintatbestand, der nach Treu und Glauben einen Schluss auf das Vorliegen der Vollmacht zulässt; dazu ist regelmäßig eine gewisse Häufigkeit des nicht erkennbar beanstandeten Handelns des Vertreters erforderlich.<sup>69</sup> Die *subjektive* Berechtigung des Vertrauens fehlt jedenfalls dann, wenn der Geschäftsgegnern trotz des Vorliegens des Rechtsscheintatbestandes bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes das Fehlen der Vollmacht kennt oder kennen muss.<sup>70</sup> Darüber hinaus ist das Vertrauen des Geschäftsgegners nur berechtigt, wenn der geschaffene Rechtsschein für seine getroffene Entscheidung ursächlich geworden ist.<sup>71</sup>

Umstritten war auch, welche Rechtsfolgen die Anscheinsvollmacht hervorruft. Auch wurde die Lehre von der so genannten Schein- oder Anscheinsvollmacht teilweise abgelehnt.<sup>72</sup> Die ganz herrschende Meinung<sup>73</sup> geht jedoch davon aus, dass die Wirkungen der Anscheinsvollmacht grundsätzlich die gleichen sind wie die einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht. Der BGH<sup>74</sup> spricht davon, dass die "Bindungswirkung einer Vollmacht kraft Rechtsschein der einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht" gleichstehe. Das bedeutet, dass der Geschäftsgegnern in entsprechender Anwendung des § 164 Vertragspartei wird und gegebenenfalls nicht nur für den Vertrauensschaden, sondern auf Erfüllung und bei Schadensersatz auf das Erfüllungsinteresse haftet.<sup>75</sup>

#### d) Anfechtung der Anscheins- und Duldungsvollmacht

Eine weitere Problematik ergibt sich hinsichtlich einer Anfechtung der Anscheins- oder Duldungsvollmacht. Die noch herrschende Lehre lehnt eine Anfechtung von Rechtsscheinvollmachten ab<sup>76</sup>, da der Rechtsschein auf einem tatsächlichen Handeln beruhe und daher eine Anwendbarkeit der §§ 119 ff. BGB ausgeschlossen sei.<sup>77</sup> Eine andere Stimme in der Literatur sieht kein Hindernis an einer Anfechtung.<sup>78</sup> Rechtsscheinvollmacht könne nur soweit reichen, wie eine tatsächliche Vollmacht.

<sup>67</sup> Vgl. MünchKomm/SCHUBERT, § 167 Rn. 115 ff. mit Nachw.

<sup>68</sup> Vgl. BGH NJW RR, 1986, 1169 f.; MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 167 Rn. 121.

<sup>69</sup> So BGH NJW RR, 1986, 1169 f.

<sup>70</sup> So zutreffend MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 167 Rn. 122.

<sup>71</sup> Vgl. BGH WM 1981, 171 f.

<sup>72</sup> FLUME, § 49, 4.

<sup>73</sup> U.a. BGHZ 86, 273; HÜBNER, Rn. 1288; nunmehr auch WOLF/NEUNER, § 50, Rn. 94 ff.; STAUDINGER/SCHILKEN, § 167 Rn. 44; MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 167 Rn. 94 mit weiteren Nachw.

<sup>74</sup> BGHZ 86, 273, 276.

<sup>75</sup> Vgl. SOERGEL/LEPTIEN, § 167 Rn. 24 mit Nachw.

<sup>76</sup> JAUERNIG/MANSEL, 167 Rn. 9.; SOERGEL/LEPTIEN, § 167 Rn. 22.; BeckOK/HAU/POSECK, BGB § 167 Rn. 20.

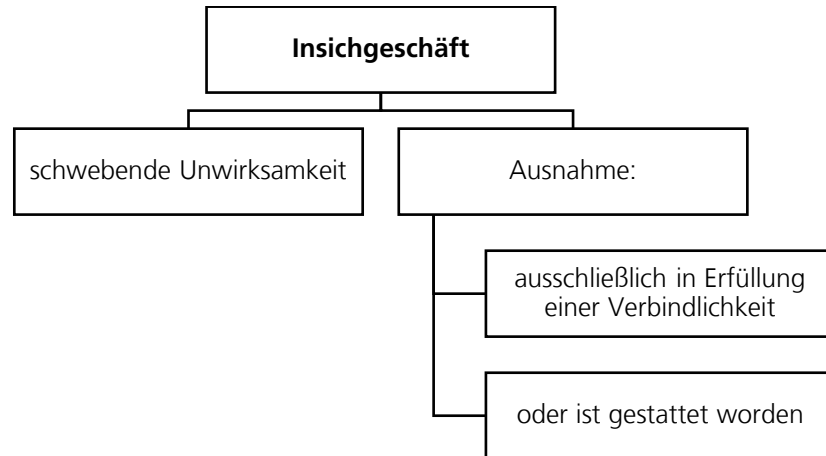
<sup>77</sup> BeckOK/HAU/POSECK, BGB § 167 Rn. 20.

<sup>78</sup> MünchKomm/SCHUBERT, § 167 Rn. 151 f.; Grueneberg/Ellenberger, § 167 Rn. 16.

## IV. Das Insichgeschäft (§ 181)

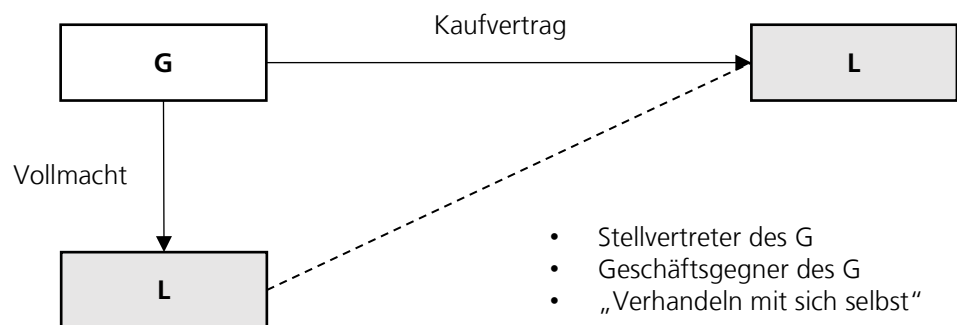
### 1. Überblick

Der Gesetzgeber hat mit § 181 Insichgeschäfte – den Abschluss von Rechtsgeschäften mit sich selbst – für unzulässig erklärt, es sei denn,

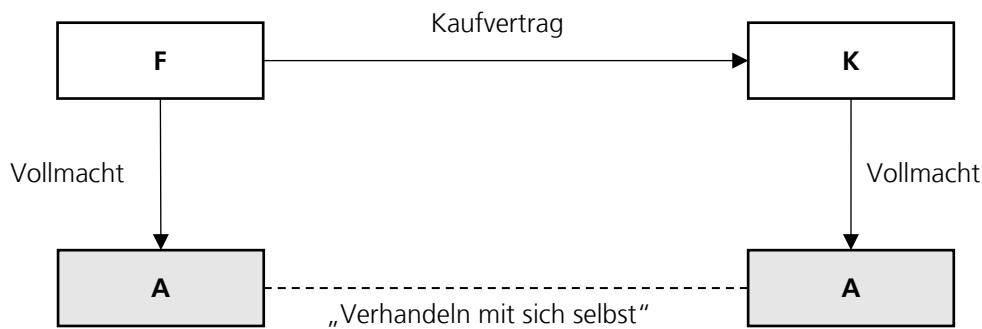


Ein Insichgeschäft liegt nach § 181 in zwei Fällen vor: beim so genannten Selbstkontrahieren und bei der so genannten Mehrvertretung.

**Beispiel:** G bittet den L, er möge für ihn (im Namen des G) einen gebrauchten PKW möglichst günstig verkaufen. G bevollmächtigt daher den L außerdem, im Namen des G einen Kaufvertrag abzuschließen. L will den PKW nun selbst erwerben und schließt als Vertreter des G mit sich selbst einen Kaufvertrag ab (so genanntes "**Selbstkontrahieren**"), in welchem ein extrem niedriger Preis vereinbart wird.



**Beispiel:** F und K wollen einen Kaufvertrag abschließen. Sie sind beide verhindert, die dazu notwendigen Willenserklärungen abzugeben. Deshalb bevollmächtigen sie *beide* den A, für sie die notwendigen Erklärungen (Angebot und Annahme) abzugeben. K und F wissen, dass A jeden von ihnen vertreten soll. Auch hier handelt es sich um ein Insichgeschäft, denn Angebot und Annahme werden durch eine Person erklärt, wenn A sowohl als Vertreter des F als auch als Stellvertreter des K auftritt (so genannte "**Mehrvertretung**").



Das Gesetz erklärt Insichgeschäfte grundsätzlich für unzulässig, weil sich aus dem Verhandeln mit sich selbst Interessenkollisionen ergeben können, die dazu verführen, die Vertretungsmacht zu missbrauchen.

Zu dem ersten **Beispiel**: Hier geht es um eine typische Situation, die dazu führt, die Vertretungsmacht durch ein Insichgeschäft zu missbrauchen. Während G ein Interesse daran hat, einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen, möchte L den PKW möglichst billig erwerben. Es liegt in diesem Fall ein Verstoß gegen § 181 vor.

Die Folge eines Verstoßes gegen § 181 besteht darin, dass das Rechtsgeschäft, das abgeschlossen werden sollte, schwebend unwirksam ist. Es kann durch Genehmigung des Betroffenen gemäß § 184 voll wirksam werden. Wird die Genehmigung nicht erteilt, dann ist das Geschäft nichtig.<sup>79</sup>

## 2. § 181 als formale Ordnungsvorschrift?

§ 181 ist von der Rechtsprechung zunächst als *formale Ordnungsvorschrift* verstanden worden: Jedes Insichgeschäft, das der Bevollmächtigende nicht gestattet hat und das nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit vorgenommen wird, sollte unzulässig sein. Ob im konkreten Fall eine Interessenkollision vorlag, war unerheblich, denn in erster Linie sollten unklare Rechtsverhältnisse vermieden werden.<sup>80</sup>

Von dieser Rechtsprechung ist der BGH seit Anfang der 70er Jahre abgerückt.<sup>81</sup> Danach soll bei genau abgrenzbaren Fallgruppen das Verbot des Selbstkontrahierens nicht mehr gelten, wenn die Gefahr einer Interessenkollision nicht mehr besteht. Eine solche Interessenkollision kommt z.B. dann nicht in Betracht, wenn das Insichgeschäft des Vertreters für den Vertretenen **lediglich einen rechtlichen Vorteil** bringt. Der BGH<sup>82</sup> weist in diesem Zusammenhang auf die ähnliche Interessenlage hin, wie § 107 sie voraussetzt und schränken den § 181 insoweit ein (**teleologische Reduktion**). Deshalb gilt nach Auffassung des BGH<sup>83</sup> das Verbot des Selbstkontrahierens nicht für Insichgeschäfte der sorgeberechtigten Eltern eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen; typischer Fall ist eine Schenkung der Eltern an ihre minderjährigen Kinder.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> BGHZ 65, 123, [125 f.](#)

<sup>80</sup> RGZ 157, 24, [31](#); BGHZ 50, 8, [11](#).

<sup>81</sup> Beginnend mit BGHZ 59, [236](#),

<sup>82</sup> BGHZ 59, 236, [240](#).

<sup>83</sup> BGHZ 94, 232, [235 f.](#)

<sup>84</sup> Zur Schenkung an einen Minderjährigen und die Prüfung des lediglich rechtlichen Vorteils bei Vermietungsobjekten oder Wohnungseigentum: RADTKE, JuS 2023, [1005](#).

Durch den Verweis in §§ 1629 II 1, 1824 II wird klargestellt, dass § 181 unberührt bleibt. Insoweit kommt es dann zur schwebenden Unwirksamkeit und eine Ergänzungspflegschaft (§§ 1809 ff.) kann notwendig werden.

Damit hat sich die Rechtsprechung<sup>85</sup> auf eine zweck- und interessenorientierte Interpretation des § 181 festgelegt<sup>86</sup> wie dies von der Literatur überwiegend gefordert wird.<sup>87</sup> Inzwischen wird § 181 nach überwiegender Ansicht nicht als eine formale Ordnungsvorschrift verstanden, sondern als eine gesetzliche Regelung, die das Ziel verfolgt, die Gefahren für den Vertretenen durch einen Interessenkonflikt auf Seiten des Vertreters abzuwenden.

### 3. Die Gestattung

Die Gestattung eines Inschlaggeschäfts gemäß § 181 ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das keiner Form bedarf. Im Grunde ist die Gestattung eine Erweiterung der Vollmacht; daher kann der Vertretene das Rechtsgeschäft auch nachträglich (analog §§ 177, 184) genehmigen.<sup>88</sup> Die Gestattung kann auch konkludent erklärt werden. Eine Gestattung durch konkludentes Verhalten ist z.B. dann anzunehmen, wenn nach den Umständen des Falles das Vertretergeschäft nur durch ein Inschlaggeschäft abgeschlossen werden kann; dabei ist das Rechtsverhältnis zu berücksichtigen, das der Vertretungsmacht zugrunde liegt.<sup>89</sup>

**Beispiel:** Veräußerer und Erwerber eines Grundstücks bevollmächtigen bewusst dieselbe Person, die notwendigen Auflassungserklärungen abzugeben bzw. entgegenzunehmen.

**Beispiel:** Bei der sog. Ein-Personen-GmbH ist eine Befreiung des Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot (vgl. § 35 III GmbHG) üblich.<sup>90</sup>

Zuständig für die Gestattung ist der Vertretene. Ob er ausdrücklich oder konkludent die Gestattung erklärt hat, ist häufig durch Auslegung zu ermitteln, bei der allerdings Vorsicht geboten ist.<sup>91</sup>

Bei der gesetzlichen Vertretung kann die Gestattung durch Gesetz geschehen. Nach Ansicht des BGH kann dem gesetzlichen Vertreter von Minderjährigen die Gestattung nicht durch das Betreuungsgericht erteilt werden.<sup>92</sup>

<sup>85</sup> Vgl. noch BGHZ 94, 132, [136 f.](#)

<sup>86</sup> Vgl. dazu HÜBNER, Jura 1981, 288, 298.

<sup>87</sup> BROX/WALKER, § 26 Rn. [10](#); STAUDINGER/SCHILKEN, § 181 [Rn. 6 ff.](#); MünchKomm/SCHUBERT, § 181 Rn. [3 ff.](#)

<sup>88</sup> MünchKomm/SCHUBERT, § 181 Rn. [65 ff.](#)

<sup>89</sup> BROX/WALKER, § 26 Rn. [13](#).

<sup>90</sup> ALTMEPPEN, NZG 2013, [401](#).

<sup>91</sup> MünchKomm/SCHUBERT, § 181 Rn. [63](#).

<sup>92</sup> BGHZ 21, 229, [234](#)

#### 4. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit

In "Erfüllung einer Verbindlichkeit" i.S. des § 181 kann nur ein Erfüllungsgeschäft vorgenommen werden. Die zu erfüllende Verbindlichkeit (beispielsweise der Anspruch auf Übergabe und Übereignung § 433 I 1) muss allerdings bereits rechtswirksam bestehen und darf nicht erst durch Erfüllung wirksam und damit bindend werden.<sup>93</sup>

**Beispiel:** T ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass der N, die von A und B beerbt worden ist. In dem Testament hat N bestimmt, dass T ein Vermächtnis in Höhe von € 5.000,-- zufallen soll. Wenn T in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker aus dem Nachlassvermögen € 5.000,-- entnimmt, so ist dieses Rechtsgeschäft nach § 181 wirksam, da die Entnahme zur Erfüllung einer Verbindlichkeit (des Vermächtnisses) erfolgt ist.

**Fall:** A, die sich für eine längere Forschungsreise in Australien aufhält, hat für die Dauer ihrer Abwesenheit ihrem Freund F Generalvollmacht erteilt. Mit schriftlichem Vertrag verkauft der F einen der A gehörenden Fernseher an sich selbst für einen äußerst niedrigen Preis. Bei Vertragsabschluss ist er für die abwesende A aufgetreten, während er als Erwerber durch seinen Bruder B vertreten worden ist. Bei ihrer Rückkehr erfährt A von diesem Rechtsgeschäft und ist entsetzt. Sie hält es für unwirksam und verweigert jede Genehmigung. Ist der Kaufvertrag wirksam zustande gekommen?

#### Aufgabe 1:

*Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!*

### V. Die Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einem Vertrag

#### 1. Möglichkeiten der Vertretung ohne Vertretungsmacht

Es kommt vor, dass jemand im Namen einer Person rechtsgeschäftlich handelt, **ohne von dieser dazu bevollmächtigt** zu sein. Es handelt sich dann um einen Fall, in dem jemand als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftritt.

Der Vertreter ohne Vertretungsmacht (**falsus procurator**) dringt in den Geschäftskreis dessen ein, in dessen Namen zu handeln er vorgibt. Für die dadurch auftretenden Probleme, insbesondere die drohenden Interessenkollisionen, versucht das BGB in den §§ 177 ff. Lösungsmöglichkeiten zu finden.

Es gibt verschiedene Arten, in der jemand als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln kann:

<sup>93</sup> MünchKomm/SCHUBERT, § 181 Rn. 99; JAUERNIG/MANSEL, § 181 Rn. 10; Vgl. §§ 311b Abs. 1 S. 2, 518 Abs. 2 BGB.

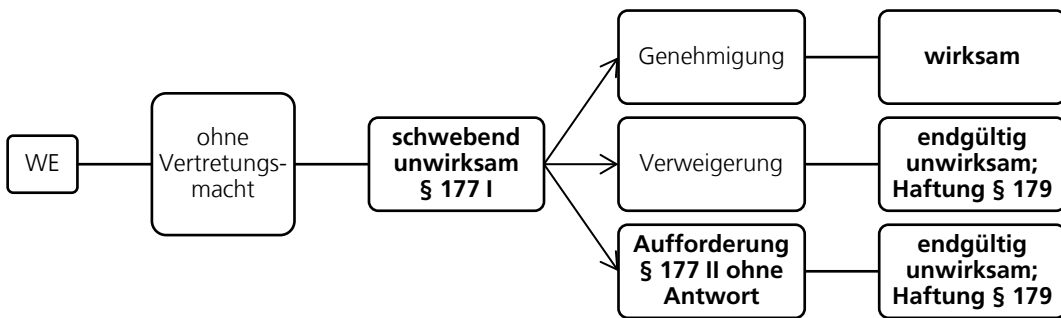
Vertreter ohne Vertretungsmacht ist:

a)	<p>derjenige, der <b>von vornherein ohne jede Vertretungsmacht</b> im Namen eines anderen rechtsgeschäftlich handelt;</p> <p><b>Beispiel<sub>1</sub>:</b> D tritt im Namen der E auf und schließt mit G für E einen Kaufvertrag ab, obwohl E den D niemals bevollmächtigt hat. D ist hier Vertreter ohne Vertretungsmacht.</p>
b)	<p>auch derjenige, der zwar Vertretungsmacht hat, aber die Grenze, die durch den <b>Umfang</b> der Vertretungsmacht gezogen wird, <b>überschreitet</b>. In solchen Fällen deckt die erteilte Vertretungsmacht <b>nur einen Teil</b> des vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäftes;</p> <p><b>Beispiel<sub>2</sub>:</b> M bittet seinen Freund N, für ihn bei der Buchhändlerin B sechs Kriminalromane (Taschenbücher) zu kaufen. N kauft bei B im Namen des M sechs Kriminalromane und Thomas Manns gesammelte Werke.</p>
c)	<p>die Person, die aufgrund einer erteilten Vollmacht im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft abschließt, wenn die <b>Vollmacht später wirksam angefochten</b> wird;</p> <p><b>Beispiel<sub>3</sub>:</b> S schließt für A aufgrund einer ihm von A erteilten Vollmacht mit B einen Kaufvertrag ab. Anschließend ficht A die Vollmachtserteilung gemäß § 123 an, weil S ihn arglistig getäuscht hat. Ist die Anfechtung wirksam, so wirkt sie gemäß § 142 Abs. 1 zurück. Die Vollmacht wird so behandelt, als sei sie niemals erteilt worden. S war Vertreter ohne Vertretungsmacht, als er mit B einen Kaufvertrag abschloss.</p>
d)	<p>derjenige, der einmal bevollmächtigt war und auch <b>noch nach Erlöschen</b> der Vollmacht im Namen des Vertretenen für diesen rechtsgeschäftlich handelt.</p> <p><b>Beispiel<sub>4</sub>:</b> S ist Eigentümer mehrerer Neubauten. Er erteilt wegen einer Geschäftsreise seinem Vater V Vollmacht zum Abschluss einiger Mietverträge. Nach einem Streit widerruft S die Vollmacht. Einige Zeit später schließt V im Namen des S mit M einen Mietvertrag.</p>

## 2. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten

Ein Vertrag, den der Vertreter ohne Vertretungsmacht mit einer anderen Person abschließt, ist zunächst **schwebend unwirksam (§ 177)**.

Schwebend unwirksam bedeutet hier: Der Vertrag ist noch nicht wirksam, d.h. die Rechtsfolgen treten noch nicht ein. Der Vertrag kann aber durch nachträgliche Zustimmung (Genehmigung § 184 I) desjenigen, in dessen Namen der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, wirksam werden. Derjenige, in dessen Namen der Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten ist, kann die Genehmigung allerdings auch verweigern. In einem solchen Fall ist der Vertrag endgültig unwirksam und er wird aus dem Vertrag weder verpflichtet noch berechtigt. Beachten Sie insofern auch die Parallelen zum Minderjährigenrecht, §§ 108 f.



Auf das [Beispiel<sub>1</sub>](#) (im vornherein ohne Vertretungsmacht) angewandt bedeutet dies: Der Kaufvertrag, den D im Namen der E mit G abgeschlossen hat, ist schwebend unwirksam, bis E das Rechtsgeschäft genehmigt oder die Genehmigung verweigert. Genehmigt E das Geschäft, dann ist der Kaufvertrag zwischen E und G zustande gekommen. Verweigert E die Genehmigung, ist G wegen der endgültigen Unwirksamkeit des Geschäfts daraus weder berechtigt noch verpflichtet.

Die Genehmigung kann der Vertretene gemäß §§ 177 Abs. 1, 182 Abs. 1 entweder gegenüber dem Vertreter oder gegenüber dem Dritten (dem Geschäftsgegner) erklären. Die Genehmigung gemäß § 177 Abs. 1 kann auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Dies liegt nach dem BGH regelmäßig dann vor, wenn der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen.<sup>94</sup> Doch auch dann wertet der BGH<sup>95</sup> ein entsprechendes schlüssiges Verhalten als wirksame Willenserklärung, wenn subjektiv ein Erklärungsbewusstsein fehlt, "der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aber hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst wurde, und wenn der Empfänger die Äußerung auch tatsächlich so verstanden hat". Bloßes Schweigen oder auch „beredetes Schweigen“ genüge nur dann, "wenn der Vertretene nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, seinen abweichenden Willen zu äußern".<sup>96</sup> Dies komme etwa dann in Betracht, wenn ein Ehegatte als Vertreter für den anderen auftritt.<sup>97</sup> Diese Entscheidung des BGH ist angesichts seiner Rechtsprechung zum subjektiven Tatbestand einer Willenserklärung<sup>98</sup> nur konsequent.

Gemäß § 184 Abs. 1 wirkt die Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück (ex tunc). Bis zur Erteilung der Genehmigung kann der **Dritte** (der Geschäftsgegner) den **Widerruf seiner eigenen Willenserklärung** erklären und damit die Unwirksamkeit des Geschäftes herbeiführen (§ 178). Das Widerrufsrecht steht ihm allerdings nur zu, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht bei Abschluss des Vertrages nicht gekannt hat.

Der Dritte (Geschäftsgegner) kann die aufgrund der schwebenden Unwirksamkeit herrschende Ungewissheit dadurch beenden, dass er gemäß § 177 Abs. 2 den Vertretenen zur Erklärung über die **Genehmigung auffordert**. Das hat zur Folge, dass

<sup>94</sup> BGH NJW 2005, [1488 f.](#)

<sup>95</sup> BGHZ 128, 41, [49](#).

<sup>96</sup> BGHZ 128, 41, [49](#).

<sup>97</sup> OLG Celle BeckRS 1999, [16900](#).

<sup>98</sup> BGHZ 91, [324](#) und 109, 171, [177](#); vgl. dazu KE 2 § 2 II Nr. 3.

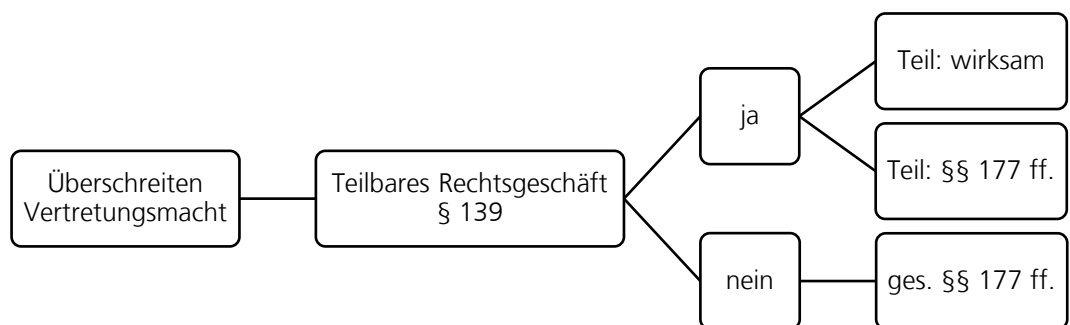
die vom Vertretenen zu erklärende Genehmigung oder die Verweigerung derselben nur noch dem Dritten gegenüber erfolgen kann; außerdem kann die Genehmigung nur noch innerhalb einer Frist von zwei Wochen – berechnet ab Zugang der Aufforderung beim Vertretenen – erfolgen. Erklärt der Vertretene die Genehmigung innerhalb dieser Frist nicht, so gilt sie als verweigert.

Schwierigkeiten können auftreten, wenn eine Person, der Vollmacht erteilt worden ist, die Vertretungsmacht **überschreitet** und der Vertretene den nicht von der Vollmacht gedeckten Teil des Rechtsgeschäfts nicht genehmigt.

**Beispiel<sub>5</sub>** (Fortführung des **Beispiel<sub>2</sub>**): M genehmigt den Kauf von Thomas Manns gesammelten Werken nicht.

Lässt sich das Geschäft in einen durch die Vollmacht gedeckten und einen ungedeckten Teil aufgliedern, so ist nach § 139 zu verfahren und zu entscheiden, ob wegen der Unwirksamkeit des einen Teils das gesamte Rechtsgeschäft unwirksam ist.<sup>99</sup> Dies ist gem. § 139 im Zweifel anzunehmen.

Ist das Rechtsgeschäft unteilbar und damit das gesamte Rechtsgeschäft unwirksam, so sind auf das gesamte Rechtsgeschäft die §§ 177 ff. anzuwenden. Handelt es sich hingegen um ein teilbares Rechtsgeschäft, so ist der innerhalb der Vertretungsmacht vorgenommene Teil des Geschäfts wirksam. Im Hinblick auf den übrigen Teil liegt ein Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht vor.<sup>100</sup> Die §§ 177 ff. finden Anwendung. Insbesondere kann im Hinblick auf den unwirksamen Teil ein Anspruch aus § 179 Abs. 1 oder Abs. 2 gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht entstehen.<sup>101</sup>



Zu dem vorhergehenden **Beispiel<sub>5</sub>**: Es ist zu prüfen, ob nach § 139 das gesamte Geschäft zwischen B und M unwirksam ist. Das abgeschlossene Geschäft lässt sich in einen durch die Vollmacht gedeckten und einen durch dieselbe nicht gedeckten Teil aufteilen. Beide Teile können jeweils selbständig Bestand haben. Es ist davon auszugehen, dass M und B bei Kenntnis der Nichtigkeit des Teilgeschäfts über die Werke Thomas Manns den Teil des Kaufvertrages, der sich auf die Kriminalromane bezog, aufrechterhalten haben würden. Nach § 139 ist deshalb nicht das ganze Geschäft, der gesamte Kaufvertrag, zwischen B und M unwirksam, sondern nur der Teil, der sich auf die Werke Thomas Manns bezog. Im Hinblick auf diesen Teil des Rechtsgeschäfts kann B Ansprüche aus § 179 gegen N geltend machen.

<sup>99</sup> Vgl. BGHZ 103, 275, [278](#); MünchKomm/SCHUBERT, § 177 Rn. 41; STAUDINGER/SCHILKEN, § 177 Rn. [5a](#).

<sup>100</sup> Vgl. STAUDINGER/SCHILKEN, § 167 Rn. [89](#).

<sup>101</sup> BGHZ 103, 275, [278](#).



Ein **Bote**, der eine ihm auftragene rechtsgeschäftliche Erklärung vorsätzlich falsch übermittelt, haftet nach herrschender Meinung<sup>102</sup> in entsprechender Anwendung der **§§ 177 ff. wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht**. Entsprechend angewendet werden die §§ 177 ff. auch, wenn sich **jemand wissentlich und ohne jeden Auftrag als Bote** eines anderen ausgibt.

**Beispiel:** Wenn der D der Mofahändlerin V gegenüber ein gefälschtes Schreiben der X vorlegt, nachdem diese angeblich ein neues Mofa kaufen möchte, so handelt der D wissentlich und ohne Auftrag als Bote der X. Es kommt kein Vertrag zwischen X und V zustande. Stattdessen haftet der D gegenüber Mofahändlerin V gem. §§ 177 ff. analog.

### 3. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter ohne Vertretungsmacht und dem Dritten

#### a) Überblick

Verweigert der Vertretene die Genehmigung des Rechtsgeschäfts, das der Vertreter ohne Vertretungsmacht (**falsus procurator**) vorgenommen hat, so hängt die Haftung des Vertreters gegenüber dem Geschäftsgegner davon ab, ob er das Fehlen seiner Vertretungsmacht gekannt hat oder nicht, § 179 Abs. 1 oder Abs. 2. Es handelt sich dabei um die Haftung aus einem **gesetzlichen Schuldverhältnis**. Diese Haftung ist **verschuldensunabhängig**, es kommt somit nicht darauf an, weshalb der Vertreter keine Vertretungsmacht hatte. Sie ist eine **Vertrauenshaftung** im Interesse der Verkehrssicherheit, die dem Vertreter ohne Vertretungsmacht dieses Risiko auferlegt.<sup>103</sup> Für den BGH<sup>104</sup> besteht der Rechtsgedanke des § 179 in der "Begründung der Haftung des vollmachtlosen Vertreters, der durch sein Auftreten als Vertreter rechtliche Beziehungen zu dem Vertretenen kundgibt und dadurch in dem Dritten das Vertrauen erweckt, das Geschäft komme mit dem Vertretenen zustande".

§ 179 findet auf die gesetzliche Stellvertretung ebenso Anwendung wie auf die durch Rechtsgeschäft begründete Vollmacht.<sup>105</sup> § 179 findet auch dann Anwendung, wenn der Vertrag wegen Überschreitung der Vollmacht nur teilweise unwirksam ist.<sup>106</sup>

#### b) Die Anwendung des § 179 bei Tätigwerden eines Untervertreeters

Grundsätzlich gilt § 179 auch, wenn ein Untervertreter<sup>107</sup> mitwirkt. Allerdings muss danach differenziert werden, wie der Untervertreter auftritt:

- Ein Unterbevollmächtigter, der als *Vertreter des Hauptbevollmächtigten (nicht des Hauptvollmachtgebers)* auftritt, kann gemäß § 179 als Vertreter ohne Vertretungsmacht nur dann in Anspruch genommen werden, wenn es an seiner

<sup>102</sup> Vgl. MünchKomm/SCHUBERT, § 177 Rn. 7 mit Nachw.

<sup>103</sup> Vgl. MünchKomm/SCHUBERT, § 179 Rn. 2; PRÜTTING/SCHIRRMACHER, JURA 2016, 1156.

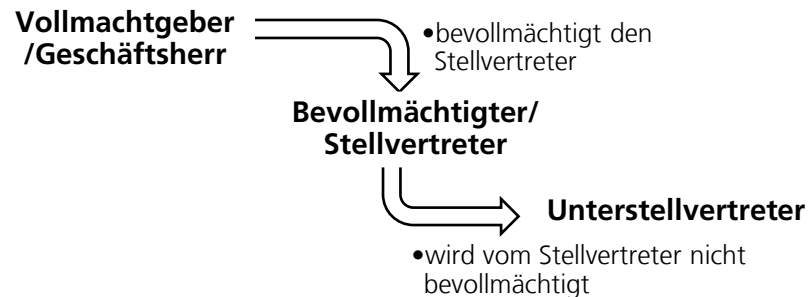
<sup>104</sup> BGHZ 39, 45, 5; PRÜTTING/SCHIRRMACHER, JURA 2016, 1156.

<sup>105</sup> Vgl. RGZ 104, 191, 193.

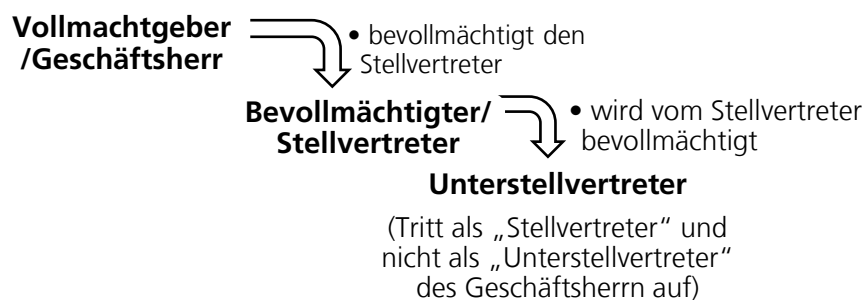
<sup>106</sup> So BGHZ 103, 275, 278.

<sup>107</sup> Siehe zur Untervollmacht: KE I, § 16 II Nr. 6.

Untervollmacht, nicht aber, wenn es an der Vollmacht des Hauptbevollmächtigten mangelt.<sup>108</sup>



- Umstritten ist allerdings, wie es sich verhält, wenn die Hauptvollmacht Mängel aufweist.
- Tritt der Untervertreter dem Geschäftsgegner als *Vertreter des Geschäftsherrn* wie ein von diesem selbst Bevollmächtigter gegenüber, so erweckt er damit das Vertrauen in die Befugnis, den Geschäftsherrn nicht nur als "Vertreter eines Vertreters", sondern unmittelbar rechtsgeschäftlich verpflichten zu können. Ein Vertrauen in eine mehrstufige Vertretung kann bei einer solchen Fallgestaltung nicht entstehen. Damit entfällt die Rechtfertigung für eine eingeschränkte Haftung des Unterbevollmächtigten. § 179 knüpft die verschuldensunabhängige Haftung des vollmachtlos handelnden Vertreters an das von diesem bei dem Geschäftsgegner erweckte Vertrauen in die Wirksamkeit der Vertretungsverhältnisse. Das Gesetz weist mit in § 179 also das Risiko unklarer Vollmachtsverhältnisse nicht dem Geschäftsgegner, sondern (im Verhältnis zu diesem) dem Stellvertreter zu.<sup>109</sup> Deshalb kann in solchen Fällen der Unterbevollmächtigte aus § 179 in Anspruch genommen werden.



- Umstritten ist allerdings, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn der Unterstellvertreter die Untervollmacht offenlegt, die Hauptvollmacht allerdings Mängel aufweist. Die überwiegende Ansicht sieht für eine Inanspruchnahme des Unterstellvertreters keinen Raum, da die § 179 BGB nur die zu Unrecht behauptete Vollmacht in Haftung nehme.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> So BGHZ 32, [250 ff.](#) mit ausführlicher Begründung.

<sup>109</sup> So BGHZ 68, 391, [395.](#)

<sup>110</sup> BGHZ 32, 250, [254 f.](#); BeckOK/SCHÄFER, § 179 Rn. [33 f.](#), a.A.: MünchKomm/SCHUBERT, § 167 Rn. [31 ff.](#)

### c) Die Inanspruchnahme des Vertreters beim Geschäft für den, den es angeht

Nach herrschender Meinung<sup>111</sup> kann derjenige, der ein **Rechtsgeschäft für den, den es angeht**<sup>112</sup> oder für eine Person, deren **Benennung er sich vorbehält**, abschließt, in entsprechender Anwendung des § 179 in Anspruch genommen werden, wenn er sich weigert, den Vertretenen namhaft zu machen und die Durchführung des Geschäftes daran scheitert. Der BGH<sup>113</sup> begründet dies mit dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass der Partner einer Rechtsverbindung, in die der andere Teil einen Vertreter einbezieht, auf die Wirksamkeit der Bevollmächtigung vertrauen darf. Er soll sich also nicht nur auf die Verbindlichkeit der von dem Vertreter abgegebenen Erklärungen und vorgenommenen Rechtshandlungen im Verhältnis zu dem Vertretenen verlassen können; das Vertrauen des Geschäftsgegners erstreckt sich vielmehr auch darauf, dass ihm der Vertretene bekannt gegeben wird. Erst dadurch wird der Geschäftsgegner dazu in die Lage versetzt, den Vertretenen auf Erfüllung der Verpflichtungen in Anspruch zu nehmen, die sich aus dem Rechtsverhältnis ergeben. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, so muss der Vertreter dafür einstehen; denn Rechtsfolgen, die die sich aus dem Rechtsverhältnis ergeben, können dann nicht ordnungsgemäß abgewickelt werden. Allerdings räumt der BGH<sup>114</sup> dem Anspruchsberechtigten kein Wahlrecht, sondern nur den Anspruch auf Schadensersatz ein.

§ 179 ist auch (entsprechend) anwendbar, wenn jemand **im Namen einer nicht existierenden Person** vertragliche Vereinbarungen trifft, der angeblich Vertretene also gar nicht existiert.<sup>115</sup> Der BGH<sup>116</sup> begründet das damit, dass die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht eine gesetzliche Garantenhaftung sei, die dem Vertreter das verschuldensunabhängige Risiko auferlege, dass seine Erklärung, er habe die erforderliche Vertretungsmacht, richtig ist. Das Entstehenmüssen des vollmachtlosen Vertreters für die Rechtsfolgen dieser Erklärung beruht nach Ansicht des BGH "auf einer im Interesse der Verkehrssicherheit geregelten Vertrauenshaftung"; behaupte der Vertreter ausdrücklich oder schlüssig, die für die Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderliche Vertretungsmacht zu haben, dürfe der Vertragspartner daran grundsätzlich glauben.

### d) Der Anspruch aus § 179 Abs. 1

Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht gekannt, dann haftet er dem Geschäftsgegner nach dessen Wahl auf **Erfüllung oder Schadensersatz** wegen Nichterfüllung.

Nach herrschender Lehre<sup>117</sup> handelt es sich im Falle des § 179 Abs. 1 um ein Wahlschuldverhältnis, auf das die §§ 262 ff. Anwendung finden. Das hat zur Folge, dass

<sup>111</sup> BGHZ 129, 136, [149 f.](#)

<sup>112</sup> Oben KE 6, § 16 III Nr. 2 c).

<sup>113</sup> BGHZ 129, 136, [150.](#)

<sup>114</sup> BGHZ 129, 136, [150 f.](#)

<sup>115</sup> BGHZ 105, 283, [285](#); BGH WM 1996, 592, [593](#).

<sup>116</sup> BGHZ 105, 283, [285 f.](#)

<sup>117</sup> Vgl. MünchKomm/SCHUBERT, § 179 Rn. [37](#); FLUME, § 47 3 b

der Schuldner nur noch zu einer Leistung verpflichtet ist und der Gläubiger nur eine Forderung hat.

**Beispiel** (im Anschluss an [Beispiel<sub>5</sub>](#)): B entschließt sich, hinsichtlich Thomas Manns gesammelter Werke gegenüber N seinen Erfüllungsanspruch geltend zu machen. Nachdem die gegenseitigen Leistungen ausgetauscht worden sind, stellt N fest, dass der Druck auf einer Seite viel zu schwach und kaum lesbar ist. N hat jetzt gegenüber B zunächst einen Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 434, 439) sowie nach fruchtlosem Ablauf der Nacherfüllungsfrist ein Rücktritts- (§§ 323, 437 Nr. 2 1. Alt., 434) bzw. Minderungsrecht (§§ 441, 323, 437 Nr. 2 2. Alt., 434).

Wählt der Dritte den Anspruch auf **Schadensersatz** wegen Nichterfüllung, so ist der Anspruch auf eine Geldleistung gerichtet, durch die der Geschäftsgegner so gestellt werden muss, wie er stehen würde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (Erfüllungsschaden = positives Interesse). Bei gegenseitigen Verträgen ist der Schaden regelmäßig nach der Differenztheorie zu berechnen, also nach der Differenz zwischen den Werten von Leistung und Gegenleistung.<sup>118</sup>

**Beispiel** (im Anschluss an [Beispiel<sub>5</sub>](#)): Der vermeintliche Kaufvertrag zwischen M und B wurde zu einem Kaufpreis von 800 € abgeschlossen. Thomas Manns gesammelter Werke haben einen objektiven Marktwert von 600 €. B entschließt sich gegenüber N seinen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Sein Interesse an dem vermeintlichen Kaufvertrag betrug somit 200 €. <sup>119</sup>

#### e) Der Anspruch aus § 179 Abs. 2

Die strenge Haftung des Vertreters aus § 179 Abs. 1 entsteht nur, wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht kennt. Hat er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so haftet er gemäß § 179 Abs. 2 lediglich auf das negative Interesse (Vertrauensinteresse). Auf ein Verschulden des Vertreters kommt es nicht an; unerheblich ist auch, ob der Mangel für ihn überhaupt erkennbar war.<sup>120</sup>

Der Vertrauensschaden (das negative Interesse) ist in gleicher Weise zu berechnen wie ein Schaden gemäß § 122.<sup>121</sup> Das bedeutet, dass der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses durch die Höhe des Erfüllungsinteresses (positiven Interesses) begrenzt ist.

#### f) Der Ausschluss der Haftung nach § 179 Abs. 3

Wenn der Dritte (der Geschäftsgegner) den Mangel der Vertretungsmacht gekannt oder infolge Fahrlässigkeit nicht gekannt hat ("kennen musste"), entfällt die Haftung des Vertreters aus § 179 Abs. 1 oder 2. Der Dritte ist grundsätzlich nicht verpflichtet, Erkundigungen darüber einzuziehen, ob der Vertreter mit Vertretungsmacht ausge-

<sup>118</sup> vgl. MünchKomm/SCHUBERT, § 179 Rn. [47](#).

<sup>119</sup> Insofern behält er das Eigentum an den Werken (Wert 600 €) und wird in Höhe des „entgangenen Gewinns“ von 200 € entschädigt.

<sup>120</sup> Vgl. MünchKomm/SCHUBERT, § 179 Rn. [51](#).

<sup>121</sup> Skript 6 § 14 V Nr. 2.

stattet ist oder nicht. Eine solche Informationsobliegenheit kann ausnahmsweise bestehen, wenn sich im Einzelfall für den Dritten tatsächliche Anhaltspunkte ergeben, die Zweifel an der Vertretungsmacht begründen.<sup>122</sup>

Beschränkt geschäftsfähige Vertreter haften nicht, es sei denn, sie haben mit der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter gehandelt (§ 179 Abs. 3 S. 2).

Abs. 3: Haftungsausschluss	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Gegner kannte fehlende Vertretungsmacht bzw. hätte sie erkennen können (Arg: keine Vertrauenshaftung ohne Vertrauen)</li> <li>•Beschränkt geschäftsfähiger Vertreter ohne Zustimmung</li> </ul>
Abs. 1: Grundregel	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Anspruch gegen Vertreter mit Wahlrecht</li> <li>•Erfüllung (gesetzliches SchuldV mit Vertreter)</li> <li>•Schadensersatz (positives Interesse)</li> </ul>
Abs. 2: Gutgläubigkeit des Vertreters	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Beschränkung der Haftung des Vertreters</li> <li>•nur Schadensersatz i.H.d.Vertrauensschadens</li> <li>•höchstens i.H.d. positiven Interesses</li> </ul>

#### g) Verhältnis zu einem Anspruch aus C.I.C.

Die Frage, ob die Haftung aus § 179 Abs. 1 eine Inanspruchnahme des **Vertreters** ohne Vertretungsmacht **aus "culpa in contrahendo" (§§ 280, 311 Abs. 2 BGB)** verdrängt, ist umstritten.<sup>123</sup> Da § 179 einen besonderen Fall der Risikohaftung mit einer besonderen, sich aus § 179 Abs. 3 ergebenden Wertung regelt, besteht für eine Haftung aus culpa in contrahendo kein Raum.<sup>124</sup>

Unter besonderen Voraussetzungen kann der Dritte jedoch auch einen Anspruch aus **"culpa in contrahendo"** gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, 241 Abs. 2 gegen den Vertreter erwerben. Ein solcher Anspruch kann entstehen, wenn der Dritte dem Vertreter ein besonderes, über die normale Verhandlungsloyalität hinausgehendes Vertrauen entgegenbringt und erwartet, darin auch geschützt zu werden.<sup>125</sup>

<sup>122</sup> BeckOGK/ULRICI, 1.11.2023, BGB § 179 Rn. [71](#).

<sup>123</sup> Vgl. MünchKomm/SCHUBERT, § 179 Rn. [52](#); vgl. die Darstellung des Streitstandes bei PRÖLSS, JuS 1986, 169, 172.

<sup>124</sup> A.A. PRÖLSS, JuS 1986, 169, 172.

<sup>125</sup> BeckOK/SCHÄFER, BGB § 179 Rn. [31](#);

Der BGH<sup>126</sup> hat eine Haftung des Vertreters selbst aus "culpa in contrahendo" insbesondere unter der Voraussetzung angenommen, dass der Vertragsgegner (des Vertretenen) dem Vertreter persönlich ein besonderes Vertrauen entgegengebracht hat und der Vertreter eine daraus erwachsende Pflicht - etwa eine Aufklärungspflicht - verletzt hat (vgl. § 311 Abs. 3 S. 2). Ein solcher Anspruch aus culpa in contrahendo setzt allerdings stets voraus, dass eine vorvertragliche Nebenpflicht schuldhaft verletzt wird und dadurch dem anderen ein Schaden entsteht.

### h) Die Anscheinsvollmacht und die Haftung aus § 179

Oben<sup>127</sup> wurde die Auffassung vertreten, dass der Geschäftsgegner bei Vorliegen des Vertrauenstatbestandes einer Anscheinsvollmacht in entsprechender Anwendung des § 164 Vertragspartner wird. Dann ist es nur konsequent, in solchen Fällen eine Inanspruchnahme des Vertreters aus § 179 Abs. 1 oder 2 auszuschließen. Umstritten ist auch, ob der Dritte ein Wahlrecht dafür hat, sich auf den Vertrauenstatbestand der Anscheinsvollmacht (gegen den Vertretenen) oder auf § 179 Abs. 1 (gegen den Vertreter) zu stützen. Zutreffend argumentiert der BGH<sup>128</sup>, § 179 Abs. 1 stelle dem Gläubiger (dem Dritten) nur für den Fall, dass die Begründung einer Vertragsverpflichtung an einem **Vertretungsmangel** scheitert, einen anderen Schuldner in der Person des als Vertreter Aufgetretenen bereit; dafür bestehe aber kein Bedürfnis, wenn der Gläubiger den angeblich Vertretenen, sei es auch nur kraft Rechtsscheins, tatsächlich in Anspruch nehmen kann.

Eine andere Frage ist die, ob der **Vertretene** aus culpa in contrahendo in Anspruch genommen werden kann, wenn er Mängel der Vollmacht schuldhaft verursacht hat

**Fall:** M, der leidenschaftlich gerne Musik hört, besitzt eine Retro Musikanlage von hervorragender Qualität. Da er nur über ein geringes Einkommen verfügt, hat er die einzelnen Teile seiner Anlage, d.h. den Schallplattenspieler, den Verstärker und die beiden Lautsprecherboxen, der Reihe nach von 2019 bis 2023 in unregelmäßigen Zeitabständen bei der Elektrofachhändlerin E gekauft. Bei jedem Kauf ist er ohne Wissen seines Onkels (O) in dessen Namen aufgetreten. Die Bezahlung des Kaufpreises erfolgte stets eine Woche später.

Am 31.10.2023 kauft M bei E eine Soundbar für € 1.000,—, indem er wieder als Bevollmächtigter seines Onkels auftritt. Am nächsten Tag wird M bei einem Verkehrsunfall derart schwer verletzt, dass er für mehrere Monate im Krankenhaus behandelt werden muss. Dies hat zur Folge, dass M vergisst, den Kaufpreis zu zahlen. O hatte zwar schon Ende 2023 erfahren, dass M in seinem Namen aufgetreten war, hatte M aber, obwohl er dessen Verhalten missbilligte, nicht zur Rede gestellt, um ihm eine Peinlichkeit zu ersparen.

Nach einiger Zeit entdeckt E, dass die Rechnung für die Soundbar noch offensteht. Verärgert fordert er den O am 5.12.2024 zur Zahlung auf. O weigert sich jedoch und erklärt E, er solle sich an M wenden.

Kann E von O Zahlung der € 1.000,— verlangen?

<sup>126</sup> Siehe vor allem BGHZ 88, 67, [68 f.](#)

<sup>127</sup> Zur Anscheinsvollmacht siehe KE 6, § 16 III Nr. 9 c).

<sup>128</sup> BGHZ 86, 273, [276](#). a.A.: MünchKomm/SCHUBERT, § 179 Rn. [29 f.](#)

**Aufgabe 2:**

Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser [Kurseinheit](#)!

**4. Der Missbrauch der Vertretungsmacht**

Anders gelagert als die eben diskutierten Fälle des Handelns eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ist der "Missbrauch" der Vertretungsmacht. Ein Missbrauch der Vertretungsmacht liegt vor, wenn der Vertreter die im Innenverhältnis mit dem Vertretenen vereinbarten Grenzen überschreitet. Das Innenverhältnis ist bei Vorliegen einer Vollmacht regelmäßig der zugrundeliegende Vertrag (Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag). Die Vollmacht regelt also das rechtliche „Können“ im Außenverhältnis, während das Innenverhältnis das rechtliche „Dürfen“ betrifft. Handelt der Vertreter im Rahmen der Vollmacht, überschreitet aber seine Befugnisse im Innenverhältnis, so wird der Vertretene grundsätzlich trotzdem rechtsgeschäftlich gebunden.

**Beispiel:** A bevollmächtigt B mit dem Kauf von 25 Computern für seine neuen Geschäftsräume. Beim Elektronikgeschäft C angekommen sieht B, dass ein Computermodell im Angebot ist und holt gleich 30 Stück mit.

Eine Ausnahme sind solche Fälle, in denen der Vertreter seine Pflichten aus dem Innenverhältnis missachtet, aber das Vertrauen des Geschäftsgeners, dass das Handeln des Vertreters auch im Innenverhältnis rechtmäßig ist, nicht schutzwürdig erscheint. Dies sind Fälle der **Kollusion** oder **Evidenz**.

**Kollusion** umfasst Fälle, in denen Vertreter und Geschäftsgegner einvernehmlich zur Schädigung des Vertretenen zusammenwirken. Das Rechtsgeschäft kommt hierbei grundsätzlich wirksam zustande, aus Billigkeitsgesichtspunkten ist ein solches Rechtsgeschäft jedoch nach § 138 Abs. 1 wegen Sittenwidrigkeit unwirksam.

**Beispiel:** P ist als Prokurist im Einkauf beim Unternehmen des Kaufmanns K angestellt. Im Arbeitsvertrag zwischen P und K ist festgelegt, dass P den K nur in Höhe von maximal 5.000 EUR pro Rechtsgeschäft verpflichten kann. Da K dem Wunsch des P nach einer Gehaltserhöhung nicht nachgekommen ist, beschließt er, dem K „eins auszuwischen“ und bestellt bei Lieferantin L, bei der K regelmäßig Waren bezieht, 500 Aluminium-Rohlinge. Da K in der Vergangenheit die Rechnungen der L schleppend bezahlt hatte, schließt sie sich dem Vorschlag des P an, als Kaufpreis diesmal 8.000 EUR statt der marktüblichen 4.000 EUR zu vereinbaren. Die Differenz solle anschließend beiden zugutekommen. Der Kaufvertrag ist hier nach § 138 Abs. 1 wegen Kollusion nichtig. P handelte im Rahmen seiner Prokura. Für das Außenverhältnis der Prokura ist § 50 Abs. 1 HGB maßgeblich, wonach die Reichweite der Prokura gegenüber Dritten (hier L) nicht beschränkt werden kann. P machte jedoch pflichtwidrig von seiner Vollmacht Gebrauch, um den K zu schädigen. Dies wusste die L auch. Mit dem Vertragsschluss wollten sie gemeinsam den K schädigen.

Umstritten sind Fälle der **Evidenz**. Hierbei kennt der Geschäftsgegner den Missbrauch der Vertretungsmacht oder das missbräuchliche Handeln des Vertreters musste sich ihm geradezu aufdrängen. Denkbar ist, dass in diesen Fällen die Grenzen des Innenverhältnisses auch für das Außenverhältnis gelten; der Vertreter würde dann außerhalb seiner Vertretungsmacht mit der Folge handeln, dass die §§ 177 ff. analog anwendbar sind. Der Vertrag wäre also zunächst schwebend unwirksam und hinge von der Genehmigung des Vertretenen ab. Nach Auffassung der Rechtsprechung kommt der Vertrag sofort wirksam zustande; der Vertretene kann bei einer Inanspruchnahme dem Vertragspartner aber die Einrede des Rechtsmissbrauchs nach § 242 entgegenhalten.<sup>129</sup>

Eine Unkenntnis infolge einfacher Fahrlässigkeit reicht jedoch nicht aus, da der Geschäftsgegner sonst einer ihm unzumutbaren Erkundigungspflicht über das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und Vertretenen ausgesetzt wäre.<sup>130</sup>

### Wichtige Entscheidungen:

BGHZ 62, 216, [220 f.](#)

BGHZ 79, 281, [283 f.](#)

BGH NJW 2008, [1214](#)

BGH V ZB [266/10](#)

BGHZ 117, 104, [106 f.](#)

BGHZ 94, 232, [235 f.](#)

BGHZ 128, 41, [49](#)

BGHZ 103, 275, [278](#)

BGHZ 105, 283, [285 f.](#)

BGHZ 129, 136, [149 ff.](#)

---

<sup>129</sup> BGH NJW-RR 2004, [247](#).

<sup>130</sup> BROX/WALKER, § 26 Rn. [5](#).



## § 17 Zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte

### Wichtige Entscheidungen:

Zur Verfügungsermächtigung: BGHZ 106, 1, 5

### I. Überblick und Begriffsbestimmung

Es ist schon an verschiedenen Beispielen erläutert worden, dass es eine Reihe von Fällen gibt, in denen Rechtsgeschäfte der Zustimmung eines Dritten bedürfen, um Wirksamkeit zu erlangen. So werden z.B. die Rechtsgeschäfte, die Minderjährige abschließen, nur sofort wirksam, wenn die gesetzlichen Vertreter dazu die vorherige Zustimmung (= Einwilligung) erteilt haben. Verträge, die ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter geschlossen worden sind, sind schwebend unwirksam; sie werden rückwirkend wirksam, wenn die gesetzlichen Vertreter die nachträgliche Zustimmung (= Genehmigung) erteilen.<sup>131</sup> Verträge, die Vertreter ohne Vertretungsmacht schließen, sind gemäß § 177 schwebend unwirksam; sie können durch die nachträgliche Zustimmung (= Genehmigung) des Vertretenen wirksam werden.

Rechtsgeschäfte, die kraft Gesetzes zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung eines Dritten bedürfen, d.h. einer Person, die selbst das Rechtsgeschäft nicht vorgenommen hat, nennt man **zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte**.

*Zustimmung* ist der Oberbegriff für

- *Einwilligung* (= vorherige Zustimmung, § 183)

und

- *Genehmigung* (= nachträgliche Zustimmung, § 184).

Die Zustimmung ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**, auf die die allgemeinen Regeln für Willenserklärungen, wie z.B. §§ 119 ff. und § 130 Anwendung finden.

Der Zustimmungsberechtigte (der Dritte) kann die Zustimmung "sowohl dem einen als dem anderen Teil gegenüber" erklären (§ 182 Abs. 1). Die die Zustimmungserklärung bedarf nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist (§ 182 Abs. 2). Auch die Verweigerung der Zustimmung ist nach herrschender Meinung<sup>132</sup> ein Rechtsgeschäft. Das bedeutet u.a., dass die Verweigerung gemäß §§ 119 ff. mit ex tunc-Wirkung angefochten werden kann. Nach der anderen Auffassung sind die Regelungen über Willenserklärungen aber entsprechend anzuwenden. Insofern hat der Meinungsstreit keine praktische Bedeutung.

<sup>131</sup> Siehe zur Genehmigung bei beschränkt Geschäftsfähigen KE 5, § 11 II Nr. 3, Nr. 6.

<sup>132</sup> BGHZ 13, 179, [187](#); a.A. STAUDINGER/GURSKY, § 182 Rn. [86](#); zum Streitstand: HEIDEL/HÜBTEGE/MANSEL/NOACK, BGB Allgemeiner Teil / EGBGB, BGB § 182 Rn. [9](#).

## II. Die Wirkung der Genehmigung

Gemäß § 184 Abs. 1 wirkt die Genehmigung grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vornahme des genehmigten Rechtsgeschäfts zurück. Das hat zur Folge, dass das genehmigte Geschäft so behandelt wird, als sei seine Wirksamkeit schon zur Zeit seiner Vornahme eingetreten.<sup>133</sup>

**Beispiel:** Am 1.7.2024 schließt V als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen des Eigentümers E mit K einen Kaufvertrag über einen im Eigentum des E stehenden Schreibtisch ab. Wenn E am 1.9.2024 das Rechtsgeschäft genehmigt, dann wird der Kaufvertrag rückwirkend am 1.7.2024 wirksam.

Gemäß § 184 Abs. 2 werden allerdings solche Verfügungen nicht unwirksam, die der *Genehmigende* vor der Genehmigung über den Gegenstand des Hauptgeschäfts getroffen hat (sog. **Zwischenverfügungen**). § 184 Abs. 2 schützt also denjenigen, zu dessen Gunsten der Genehmigende die Zwischenverfügung vorgenommen hat.

**Beispiel:** Am 1.7.2024 wird nicht nur der Kaufvertrag abgeschlossen, V übereignet auch als vollmachtloser Vertreter an diesem Tag den Schreibtisch an K durch Einigung und Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses gemäß §§ 929, 930; E bleibt im Besitz des Schreibtischs. Am 1.8.2024 verpfändet E den Schreibtisch an D nach § 1205. Wenn E am 1.9.2024 Kaufvertrag und Übereignung genehmigt, werden diese Rechtsgeschäfte rückwirkend zum 1.7.2024 wirksam. Obwohl E am 1.8.2024 nicht mehr Eigentümer war, bleibt die Bestellung des Pfandrechts gemäß § 184 Abs. 2 wirksam. K erwirbt das Eigentum an dem Schreibtisch, belastet mit einem Pfandrecht des D.<sup>134</sup>

## III. Die Verfügung eines Nichtberechtigten und die Zustimmung (§ 185)

### 1. Überblick

§ 185 behandelt solche Fälle, in denen ein Nichtberechtigter *im eigenen Namen* Verfügungen trifft. Tritt der Verfügende in fremdem Namen auf, liegt Stellvertretung (§ 164) vor; unter Umständen handelt es sich um Vertretung ohne Vertretungsmacht (§ 177 ff.). § 185 ist dann jedenfalls unanwendbar.

**Def.:** Ein Verfügungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht unmittelbar aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich geändert wird (Eselsbrücke: A-U-B-I).

<sup>135</sup>

Verfügungen sind z.B. die **Übertragung des Eigentums** an beweglichen und unbeweglichen Sachen (als häufigste Form einer Verfügung) und die Abtretung einer Forderung. Eine Verfügung ist aber auch die Belastung eines Rechts mit einem anderen Recht, wie z.B. einem Pfandrecht. So ist z.B. die Belastung eines Grundstücks mit einem Grundpfandrecht (z.B. einer Hypothek oder Grundschuld) eine Verfügung.

<sup>133</sup> RGZ 134, 185, [187](#); 142, 59, [62 f.](#); STAUDINGER/GURSKY, § 184 Rn. [21](#).

<sup>134</sup> Näheres in Modul Modul Sachenrecht 55108.

<sup>135</sup> Siehe zum Verfügungsgeschäft auch KE 5, § 10 I. Nr. 3.

**Nichtberechtigter** i.S. des § 185 ist u.a.

- derjenige, dem der von der Verfügung betroffene Gegenstand materiellrechtlich nicht zusteht;
- derjenige, der über ein Recht verfügt, das zugunsten eines Dritten belastet ist, und der den Eindruck erweckt, als sei es unbelastet;
- auch der Eigentümer des von der Verfügung betroffenen Gegenstandes, wenn ihm die Verfügungsmacht fehlt, wie z.B. der Erbe bei der Testamentsvollstreckung<sup>136</sup>.
- auch derjenige, der vom Berechtigten in einem gewissen Rahmen ermächtigt ist, die Grenzen der Ermächtigung mit der getroffenen Verfügung aber überschritten hat.

Berechtigter ist hingegen der, dem der betroffene Gegenstand materiellrechtlich zusteht.

## 2. **Wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten mit Zustimmung des Berechtigten**

Der Nichtberechtigte kann im eigenen Namen eine wirksame Verfügung über einen fremden Gegenstand (Recht oder Sache; vgl. § 90 BGB) treffen, wenn der Berechtigte dazu vorher seine **Zustimmung** erteilt hat.

**Beispiel:** A ist Eigentümerin des Surfboards „Schnell und Wendig“ und hat es dem B geliehen. Der B gibt sich gegenüber dem Käufer K als Eigentümer aus und übereignet das Surfboard an den K gem. § 929 S. 1. Der B war zu der Übereignung als Verfügung nicht berechtigt. Eine Eigentumsübertragung gem. § 929 S. 1 durch Einigung und Übergabe könnte deshalb an der Berechtigung scheitern. Hatte die A schon vorher den B zur Eigentumsübertragung ermächtigt, ist die dingliche Verfügung des B gem. § 185 I wirksam. Folglich konnte der K bereits durch § 929 S. 1 Eigentum erwerben.

Verfügt der Nichtberechtigte ohne Einwilligung des Berechtigten über den Gegenstand, so kann diese Verfügung durch die Genehmigung des Berechtigten (§ 184) rückwirkend wirksam werden (§ 185 Abs. 2 S. 1). Bis zur Genehmigung oder deren Verweigerung ist die Verfügung schwebend unwirksam<sup>137</sup>. Allerdings muss derjenige, der die Verfügung eines Nichtberechtigten genehmigt, im Zeitpunkt der Genehmigung die Verfügungsmacht hierfür haben. Andernfalls würde mit der Genehmigung in das Recht eines anderen eingegriffen<sup>138</sup>.

**Beispiel:** Der Berechtigte hat aufgrund der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen zwischenzeitlich die Verfügungsmacht (zugunsten des Insolvenzverwalters, § 80 Abs. 1 InsO) verloren und kann die Verfügung nicht mehr genehmigen.

<sup>136</sup> Siehe zu alledem STAUDINGER/GURSKY, § 185 Rn. [2 ff.](#)

<sup>137</sup> Vgl. MünchKomm/BAYREUTHER, § 184 Rn. [3.](#)

<sup>138</sup> Vgl. BGHZ 107, 340, [341.](#)

### 3. Wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten ohne Zustimmung des Berechtigten

Es kommt vor, dass ein Nichtberechtigter im eigenen Namen über einen Gegenstand verfügt und der Erwerber in dem Glauben handelt, der Veräußerer sei der Berechtigte.

**Beispiel:** A hat zur Übereignung des Surfboards dem B vorher keine Zustimmung erteilt und genehmigt die Verfügung auch nicht später.

Grundsätzlich handelt es sich um die Verfügung eines Nichtberechtigten (den B), die der Zustimmung des Berechtigten (hier: der Eigentümerin A) bedarf. Manchmal aber bedarf es dieser Zustimmung des Berechtigten nicht, um den gutgläubigen Erwerber Rechtsinhaber werden zu lassen und auf diese Weise den "Rechtsverkehr" zu schützen.

**Beispiel** (im Anschluss an das vorhergehende **Beispiel**): K ist gutgläubig, dass der B selbst Eigentümer des Surfboards und damit Verfügungsberechtigt ist. Die Sache ist der A nicht abhanden gekommen (sie hat den Besitz freiwillig an B übertragen). In diesem Fall erwirbt K Eigentum gemäß §§ 929, 932.<sup>139</sup>

Die Verfügung des Nichtberechtigten kann auch ohne die Zustimmung des Berechtigten, allerdings nicht rückwirkend, sondern nur mit ex nunc-Wirkung wirksam werden,

- wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt und damit selbst Berechtigter wird (§ 185 Abs. 2 S. 1 2. Alt.);
- wenn der Berechtigte den Verfügenden beerbt und für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 185 Abs. 2 S. 1 3. Alt.).

Diese beiden Fälle werden auch als "Konvaleszenz" bezeichnet, weil der Verfügende (nachträglich) die materielle Berechtigung an dem Gegenstand erwirbt.<sup>140</sup>

## IV. Die Ermächtigung

Der Begriff der Ermächtigung ist in Anlehnung an die Einwilligung (§ 182) entwickelt worden. Ermächtigung bedeutet die Möglichkeit, "dass der Rechtsinhaber einem anderen die Macht erteilen kann, im eigenen Namen auf den Rechtskreis des Ermächtigenden durch Rechtsgeschäft einzuwirken".<sup>141</sup>

Die *Verfügungsermächtigung* ist in § 185 Abs. 1 geregelt und damit gesetzlich anerkannt. Die Verfügungsermächtigung begründet nach § 185 Abs. 1 die aus dem Recht des Ermächtigenden abgeleitete Zuständigkeit des Ermächtigten, über ein subjektives Recht des Ermächtigenden im eigenen Namen zu verfügen (BGHZ 106, 1, 4).

**Beispiel:** Der Verkäufer V, der Waren unter Eigentumsvorbehalt an den Käufer K veräußert, ermächtigt diesen gemäß § 185, über das Eigentum an den gekauften Sachen zu verfügen. Damit ist K berechtigt, das Eigentum an Sachen, die noch im Eigentum des V stehen, auf Dritte zu übertragen.

<sup>139</sup> Einzelheiten zur Eigentumsübertragung und dem gutgläubigen Erwerb im Modul Sachenrecht 55108.

<sup>140</sup> Insofern vergleichbar mit § 108 III, wenn der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig wird und seine eigene Willenserklärung genehmigen kann.

<sup>141</sup> So HÜBNER, Rn. 1358.

Der Ermächtigende kann die Verfügungsbefugnis – wie eine Vollmacht – beliebig begrenzen und dadurch das "Können" des Ermächtigten dem "Dürfen" (nach Maßgabe der schuldrechtlichen Absprachen) anpassen. Überschreitet der Ermächtigte seine Ermächtigung, wird der Verfügungsempfänger lediglich im Rahmen der Vorschriften über den gutgläubigen Rechtserwerb geschützt (so BGHZ 106, 1, 4).

Unzulässig ist auch die sogenannte Verpflichtungsermächtigung, also die Ermächtigung, durch ein im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft den Ermächtigenden unmittelbar zu verpflichten, weil sie gegen das Offenkundigkeitsprinzip<sup>142</sup>, das dem Schutz des Geschäftsgegners dient, verstößt.<sup>143</sup>

**Beispiel:** E, der sich auf einer längeren Urlaubsreise befindet, überlässt dem B während dieser Zeit seinen PKW. Bei einem Unfall, den B grob fahrlässig verursacht hat, entsteht an dem PKW ein Schaden. E ermächtigt daraufhin den B, den Wagen im eigenen Namen zur Reparatur in die Werkstatt des W zu geben, wobei aus dem Vertrag E unmittelbar verpflichtet werden soll. Verlangt nun der Werkunternehmer W von B die Zahlung der Reparaturkosten, kann sich dieser nicht darauf berufen, dass aufgrund der Ermächtigung der Werklohn nur von E verlangt werden kann. Da eine derartige Verpflichtungsermächtigung nicht wirksam ist, muss B an den W zahlen.

### Wichtige Entscheidungen:

Zur Verfügungsermächtigung: BGHZ 106, 1, 5

**Fall:** Der 17 Jahre alte S hat durch Zufall im Schreibtisch seiner Mutter M einen Bestellschein entdeckt, der folgenden Wortlaut hat: "Ich bestelle hiermit für meinen Sohn ein Fahrrad. Gezeichnet M" " Er ist mit der Unterschrift der Mutter versehen. S nimmt den Bestellschein ohne Wissen seiner Mutter an sich und sucht den Fahrradhändler F auf. Er lässt sich mehrere Fahrräder von F vorführen und kauft schließlich unter Vorlage des Bestellscheins ein Rennrad für € 3.750,--. Als M von F aufgefordert wird, den Kaufpreis zu zahlen, stellt sich alles heraus. M lehnt jede Zahlung ab. Kann F die Zahlung der € 3.750,-- stattdessen von S verlangen?

### Aufgabe 3:

*Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser [Kurseinheit](#)!*

<sup>142</sup> Zum Offenkundigkeitsprinzip KE 6, § 16 III Nr. 2.

<sup>143</sup> BeckOGK/REGENFUS, § 185 Rn. [159 ff.](#); MünchKomm/BAYEREUTHER, § 185 Rn. [31 ff.](#)

## § 18 Die Bedingung

**Schrifttum:** PETERSEN, ZR Bedingung und Befristung, JURA 2011, [275](#).

### I. Der Begriff und die Wirkung der Bedingung

#### 1. Überblick

Häufig besteht das Bedürfnis, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von dem Eintritt oder Nichteintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig zu machen.

**Beispiel<sub>1</sub>:** E möchte auf einem in seinem Eigentum stehenden Grundstück ein Haus bauen. Er hat bei der zuständigen Bauordnungsbehörde einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung gestellt. Bevor die Baugenehmigung erteilt wird, erhält E die Gelegenheit, bei L zu einem besonders günstigen Preis einen Sonderposten Ziegelsteine zu erwerben. E möchte mit L einen Kaufvertrag abschließen, gleichzeitig aber sicher sein, dass der Kaufvertrag über die Ziegelsteine für ihn nur bindend ist, wenn die Baugenehmigung (ein Verwaltungsakt) erteilt wird. Hier besteht das Bedürfnis, die Wirksamkeit des Kaufvertrages von der Erteilung der Baugenehmigung abhängig zu machen.

Die Möglichkeit, die Wirksamkeit eines Vertrages von dem Eintritt bzw. Nichteintritt eines ungewissen, in der Zukunft liegenden Ereignisses abhängig zu machen, bietet die Bedingung.

**Def.:** Die **Bedingung** i.S. der §§ 158 ff. ist die einer Willenserklärung beigelegte Beschränkung, durch die die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von dem Eintritt oder Nichteintritt eines **ungewissen**, in der Zukunft liegenden Ereignisses abhängig gemacht wird.

Auch durch eine *Befristung* kann das Wirksamwerden eines Rechtsgeschäfts aufgeschoben werden.

**Def.:** Bei einer **Befristung** wird die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts im Gegensatz zur Bedingung nicht von dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses, sondern von dem Eintritt eines zukünftigen **gewissen** Ereignisses, nämlich einem bestimmten Zeitpunkt, abhängig gemacht.

**Beispiel<sub>2</sub>:** Vereinbaren M und K, dass der zwischen ihnen am 1.9.2023 abgeschlossene Pachtvertrag erst am 1.11.2023 in Kraft treten soll, so wird der Pachtvertrag erst mit Wirkung vom 1.11.2023 an wirksam. Die Wirksamkeit des Pachtvertrages wird hier von einem in der Zukunft liegenden gewissen Ereignis, nämlich dem Eintritt des 1.11.2023 abhängig gemacht. Es handelt sich deshalb nicht um eine Bedingung, sondern um eine Befristung, die in das Rechtsgeschäft, den Pachtvertrag, integriert ist.

Für die Befristung gelten im Wesentlichen die Regeln über die Bedingung entsprechend (§ 163). Die Ungewissheit des Eintritts des Ereignisses fehlt bei sog. notwendigen Bedingungen. A verspricht das in seinem Eigentum stehende Haus zu verkaufen, sofern sein dort wohnender Vater verstirbt. Hierbei ist nur fraglich, wann der Tod eintritt, dass der Vater aber irgendwann sterben wird ist gewiss. Es handelt sich deshalb um eine Befristung.

Wird einem Rechtsgeschäft eine Bedingung hinzugefügt, entsteht dadurch ein Schwebezustand. Das Rechtsgeschäft ist nicht bzw. noch nicht endgültig wirksam. Dieser Schwebezustand ist nicht gleichzusetzen mit schwebender Unwirksamkeit, da es auch auflösende Bedingungen oder Befristungen gibt (s.u.).

## 2. Die Potestativbedingung

Eine besondere Form stellt die Potestativbedingung dar. Hierbei wird die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von dem Willen einer am Geschäft beteiligten Personen abhängig gemacht.

Beim Kauf auf Probe gemäß § 454 Abs. 1 wird ausdrücklich bestimmt, dass "das Belieben des Käufers" als aufschiebende Bedingung vorgesehen werden kann.<sup>144</sup>

Über § 454 hinaus werden Potestativbedingungen bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen, bei denen beide Partner zugleich Gläubiger und Schuldner sind, für zulässig erachtet. Der Bedingungscharakter muss allerdings deutlich hervorgehoben werden, indem nicht die Entstehung des Rechts, sondern seine rechtliche Wirkung, also die Durchführung des Rechtsgeschäfts, vom Willen einer Vertragspartei abhängig gemacht wird.<sup>145</sup>

**Beispiel:** A und B schließen einen Mietvertrag über eine im Hause des A gelegene Wohnung ab. Sie vereinbaren dabei, dass der Mietvertrag nur bestehen bleiben soll, wenn A innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsschluss sämtliche Räume renovieren lässt.

**Beachte:** Nicht zulässig sind Potestativbedingungen jedenfalls im Bereich der Verfügungsgeschäfte (wie z.B. Übereignung von Sachen, Abtretung von Forderungen), weil sonst die Zuordnung der Verfügungsgegenstände von subjektiven, nicht nachvollziehbaren Voraussetzungen abhängig gemacht und damit die Rechtssicherheit gefährdet würde.<sup>146</sup>

Manche Autoren<sup>147</sup> unterscheiden von der "echten" Potestativbedingung noch die "Wollensbedingung". Darunter wird jene Bestimmung verstanden, durch die es in das freie Belieben einer Partei gestellt wird, ob sie an eine von ihr abgegebene Erklärung gebunden sein soll oder nicht. Nach richtiger Auffassung handelt es sich bei einer so verstandenen "Wollensbedingung" nicht um eine Bedingung i.S. des § 158; denn mit einer echten Bedingung wird nicht das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts, sondern nur die sich daraus ergebenden Rechtswirkungen in Frage gestellt.<sup>148</sup> Wer sich lediglich für den Fall verpflichtet, dass er wollen wird, verpflichtet sich in der Regel eben nicht.<sup>149</sup> Es handelt sich deshalb noch nicht um eine bindende rechtsgeschäftliche Erklärung. Der Inhalt einer solchen Erklärung, die ja gerade *nicht* besagt, dass ihr Inhalt verbindlich sein soll, ist lediglich vorbereitender Natur.<sup>150</sup>

<sup>144</sup> Vgl. STAUDINGER/BORK, Vorbem. zu §§ 158 ff. Rn. [15](#).

<sup>145</sup> Vgl. STAUDINGER/BORK, Vorbem. zu §§ 158 ff. Rn. [17](#) mit Nachw.

<sup>146</sup> So zutreffend HÜBNER, Rn. 1128; STAUDINGER/BORK, Vorbem. zu §§ 158 ff. Rn. [18](#).

<sup>147</sup> BeckOGK/REYMAN, § 158 Rn. [31 ff.](#)

<sup>148</sup> BeckOGK/REYMAN, § 158 Rn. [31 ff.](#)

<sup>149</sup> BGHZ 151, 119, [122](#).

<sup>150</sup> Vgl. WOLF/NEUNER, § 52, Rn. 15 f.

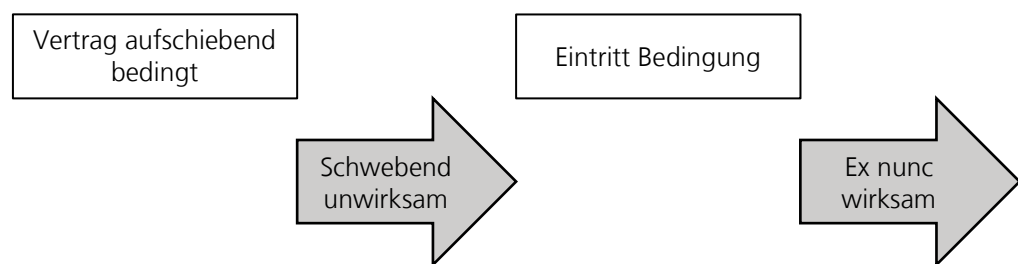
**Beispiel:** A bietet B schriftlich sein gebrauchtes Smartphone zum Preis von € 100,— an. In dem Schreiben heißt es weiter: "Wenn Sie mit diesem Angebot einverstanden sind, teilen Sie es mir bitte mit. Die Wirksamkeit des Vertrages hängt dann allerdings noch von meiner Bestätigung ab." Wenn B zustimmt, stellt sich die Frage, ob bereits ein Vertrag geschlossen worden ist. Das wäre nur dann der Fall, wenn A ein wirksames Angebot abgegeben hätte. A hat zu erkennen gegeben, dass er noch entscheiden will, ob er an sein Angebot gebunden sein will oder nicht. Hier liegt eine "Wollensbedingung" vor mit der Folge, dass A kein wirksames Angebot abgegeben hat. In diesem Fall ist die Erklärung des B als Angebot zu sehen. Erst dann, wenn der A dieses Angebot des B angenommen hat, ist ein Vertrag geschlossen worden.

## II. Arten der Bedingung

### 1. Die aufschiebende Bedingung

Ist ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden, wird es erst mit dem Eintritt der Bedingung wirksam (§ 158 Abs. 1).

Bis zum Eintritt der Bedingung ist das Rechtsgeschäft in einem Schwebezustand. Es ist noch nicht wirksam. Tritt die Bedingung ein, wird das Rechtsgeschäft ex nunc wirksam. Tritt die Bedingung nicht ein, besteht das Rechtsgeschäft nicht.



**Beispiel** (im Anschluss an das [Beispiel](#)<sup>151</sup>): Im Interesse von E kann in den Kaufvertrag, den er mit L abschließen möchte, durch folgende Klausel eine aufschiebende Bedingung eingefügt werden: "Der Vertrag wird erst wirksam, wenn E die beantragte Genehmigung für den Bau eines Einfamilienhauses erhält." Die Erteilung der Baugenehmigung ist eine Bedingung i.S. des § 158 Abs. 1, denn ihre zukünftige Erteilung ist ungewiss. Die Erteilung einer Baugenehmigung ist also ein ungewisses, in der Zukunft liegendes Ereignis.

Auch ein Verfügungsgeschäft kann unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden. Ein typisches Beispiel dafür ist der Eigentumsvorbehalt. Der Kaufvertrag wird ohne eine Bedingung abgeschlossen. Bei der Übereignung gibt der Verkäufer und bisherige Eigentümer seine Einigungserklärung i.S. des § 929 unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung ab.

Im Hinblick auf das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft (hier: die Übereignung) gilt: Das Rechtsgeschäft ist vollendet, allerdings treten seine **Rechtsfolgen erst später**, nämlich mit Eintritt der Bedingung ein. Daraus folgt u.a.: Eine bei Vornahme des Rechtsgeschäfts bestehende Willenseinigung, die zum Entstehen des Rechtsgeschäfts geführt hat, muss bei Eintritt der Bedingung nicht notwendigerweise noch vorhanden

<sup>151</sup> Siehe aktuelle KE, § 19 I Nr.1.

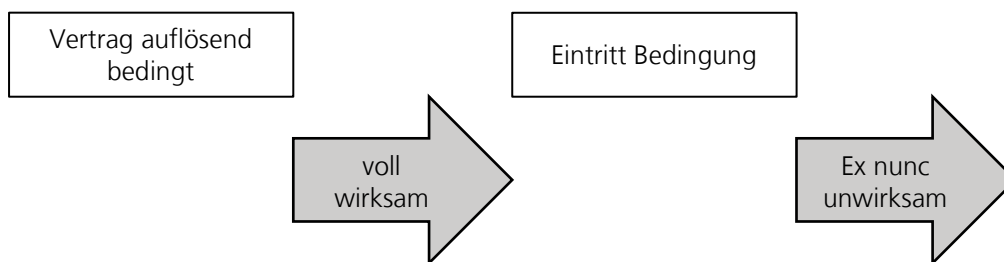


sein. Die herrschende Meinung hat der BGH <sup>152</sup> in dem folgenden Satz zusammengefasst:

"Aus dem Wesen der Bedingung und dem Wortlaut des § 158 Abs. 1 BGB folgt, dass das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft tatbestandlich mit seiner Vornahme vollendet ist – die Parteien daher fortan bindet – und seine Wirksamkeit mit dem Bedingungsfall ipso iure eintritt, ohne dass die Willenseinigung der Parteien noch bis dahin Bestand haben müsste... Wäre dies anders, so stünde es im Belieben jeder Vertragspartei, sich in der Zeit zwischen Abgabe der Erklärungen und Eintritt der aufschiebenden Bedingung durch einseitige Erklärung von der Vereinbarung zu lösen; dass dies allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre zuwiderliefe, bedarf keiner näheren Begründung".

## 2. Die auflösende Bedingung

Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen, wird es zunächst voll wirksam. Dennoch bleibt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts in der Schwebe, weil das Rechtsgeschäft in dem Moment seine Wirksamkeit verliert, in dem das als Bedingung vereinbarte zukünftige Ereignis eintritt (§ 158 Abs. 2). Tritt das Ereignis ein, wird das zunächst wirksam entstandene Rechtsgeschäft unwirksam. Tritt das Ereignis nicht ein, bleibt das Rechtsgeschäft endgültig wirksam.



**Beispiel** (im Anschluss an das [Beispiel<sub>1</sub>](#)): E kann mit L auch eine auflösende Bedingung vereinbaren. Es könnte dann folgende Klausel in den Vertrag aufgenommen werden: "Der Kaufvertrag soll unwirksam werden, wenn die Baugenehmigung nicht erteilt wird." Der Kaufvertrag ist dann zunächst wirksam; er verliert allerdings seine Wirksamkeit, wenn die auflösende Bedingung eintritt.

## 3. Echte und unechte Bedingungen

Eine Bedingung i.S. des § 158 ist nur vereinbart, wenn das Ereignis, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängen soll, aus objektiver Sicht noch ungewiss ist.

Bei einer **unechten Bedingung** liegt eine objektive Ungewissheit nicht, wenn der Umstand, der über die Wirksamkeit entscheiden soll, bereits feststeht und nur die Vertragsparteien subjektiv noch keine Kenntnis davon haben.

**Beispiel:** Antragsgemäß ist der Unternehmerin B eine Baugenehmigung zur Errichtung einer Werkshalle erteilt worden. Hiervon hat sie aber noch keine Kenntnis genommen, obwohl der Verwaltungsakt bereits im Posteingang lag. Beim Kauf von drei Werkzeugmaschinen, die in der Halle aufgestellt werden sollen, wird auf die Anregung der B deshalb in den Vertrag mit der Kölner Maschinenfabrik AG

<sup>152</sup> BGHZ 127, 129, [134](#).

folgende Klausel eingefügt: "Der Kaufvertrag soll nur wirksam werden, wenn der Käuferin die Baugenehmigung für die neu zu errichtenden Werkshallen erteilt wird." Von den vertragsschließenden Parteien ist die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung gewollt. Das bedeutet: Der Kaufvertrag soll erst in dem Moment wirksam werden, in dem die Baugenehmigung erteilt ist. Eine Bedingung liegt allerdings nur vor, wenn die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von einem ungewissen, in der Zukunft liegenden Ereignis abhängig gemacht wird. Hier ist das Ereignis, von dem die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht werden soll, nicht ungewiss; die Erteilung der Baugenehmigung ist aus objektiver Sicht bereits tatsächlich erfolgt. Infolgedessen ist keine Bedingung i.S. des § 158 vereinbart worden. Der Kaufvertrag über die drei Werkzeugmaschinen ist ohne jede Bedingung sofort wirksam.

Zu den unechten Bedingungen sind auch die sogenannten **Rechtsbedingungen** zu zählen. Dabei handelt es sich um die Aufnahme ohnehin vorhandener gesetzlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen (Gültigkeitsvoraussetzungen) in einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand. Zwar wird dadurch auch ein gewisser Schwebezustand erreicht, eine Abhängigkeit der Rechtswirkungen von einem ungewissen, in der Zukunft liegenden Ereignis wird indes nicht begründet.<sup>153</sup> Über die Wirksamkeit des Geschäftes entscheidet letztlich das Gesetz. Rechtsbedingungen sind deshalb keine Bedingungen i.S. der §§ 158 ff.

**Beispiel:** Der minderjährige M schließt mit der Verkäuferin V einen Kaufvertrag über ein Fahrrad unter der Bedingung ab, dass seine Eltern zustimmen. Hier handelt es sich lediglich um eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung und nicht um eine Bedingung i.S. des § 158.

#### 4. Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte

Es gibt eine Reihe von Rechtsgeschäften, bei denen die Beifügung einer Bedingung nicht zulässig ist, weil der Empfänger der Erklärung vor einer nicht zumutbaren Unsicherheit geschützt werden muss. Das betrifft insbesondere die Ausübung von Gestaltungsrechten ("Gestaltungsrechtsgeschäfte": Anfechtung, Rücktritt, Kündigung), weil sie in einen fremden Rechtsbereich eingreifen.<sup>154</sup>

**Beispiel** (in Anlehnung an RGZ 66, 153): K tritt unter der Bedingung von dem mit V abgeschlossenen Kaufvertrag zurück, dass er einen Dritten findet, der die Leistung, die V erbringen sollte, übernimmt. Auch wenn dem K – was hier unterstellt wird – ein Rücktrittsrecht zusteht, kann er den Rücktritt nicht unter der genannten Bedingung erklären. Es ist dem V nicht zuzumuten, sich auf eine Rücktrittserklärung einzulassen, die nur wirksam sein soll, wenn K jemanden findet, der die Leistung, die V erbringen sollte, übernimmt; die Rechtsunsicherheit wäre für V zu groß.

Die Bedingungsfeindlichkeit der Aufrechnungserklärung ist gesetzlich verankert (§ 388 S. 2).

<sup>153</sup> STAUDINGER/BORK, Vorbem. zu §§ 158 ff. Rn. [22 ff.](#)

<sup>154</sup> Vgl. STAUDINGER/BORK, Vorbem. zu §§ 158 ff. Rn. [38.](#)

Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) kann ebenfalls nicht unter einer Bedingung abgegeben werden. Geschieht dies dennoch, ist die Auflassung unwirksam (§ 925 Abs. 2)

### III. Die Rechtslage während der Schwebezeit

Wie bereits dargestellt, führt die Vereinbarung einer Bedingung einen Schwebezustand herbei, der in der Regel erst mit dem Eintritt der Bedingung beendet wird. Während dieser Schwebezeit ist der Inhaber eines Rechts, das Gegenstand des bedingt abgeschlossenen Vertrages ist, noch Vollrechtsinhaber und als solcher verfügungsbefugt.

**Beispiel:** Hat sich der Verkäufer einer Sache bei der Übereignung derselben das Eigentum an der Sache bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so handelt es sich um die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes (§ 449). Die Übereignung wird erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung (= Zahlung des vollständigen Kaufpreises) wirksam. Solange der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, bleibt der Verkäufer also Eigentümer, so dass er grundsätzlich die Sache noch an eine dritte Person übereignen (= darüber verfügen) könnte.

Um weitere Verfügungen während der Schwebezeit zu erschweren, bestimmt **§ 161**, dass in der Schwebezeit Verfügungen, die die Rechtsstellung desjenigen berühren, der bei Eintritt der Bedingung den Gegenstand erwerben würde, **unwirksam** sind, soweit sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würden.

Derjenige, dessen Erwerb eines Gegenstandes nur noch von dem Eintritt einer Bedingung abhängt, hat bereits eine durch § 161 rechtlich geschützte Position, die als **Anwartschaft** bezeichnet wird. Die Person, die die Anwartschaft erworben hat, wird auch Anwartschaftsberechtigter genannt. Der BGH<sup>155</sup> sieht das Anwartschaftsrecht als eine "bloße Vorstufe des Eigentums" an; es sei allerdings "im Vergleich zum Eigentum kein aliud, sondern ein wesensgleiches minus". Das Anwartschaftsrecht ist demnach ein subjektives Recht, das auch übertragbar ist. Auf die Übertragung des Anwartschaftsrechts im Hinblick auf das Eigentum an beweglichen Sachen sind dieselben Regeln anwendbar wie bei der Übereignung beweglicher Sachen.<sup>156</sup> In seinem Bestand bleibt das Anwartschaftsrecht allerdings von dem schuldrechtlichen Grundgeschäft (dem Kaufvertrag) abhängig.<sup>157</sup> Das Anwartschaftsrecht wird z.B. dann hinfällig, wenn der Verkäufer gemäß § 449 Abs. 2 wirksam vom Vertrage zurücktritt.<sup>158</sup>

Zu dem vorhergehenden **Beispiel:** Der Käufer hat während der Schwebezeit ein sog. Anwartschaftsrecht, einem sog. „wesensgleichem Minus zum Eigentum“. Zahlt der Käufer den Kaufpreis, wird er Eigentümer der gekauften Sache, da nun die aufschiebende Bedingung eingetreten ist, auch wenn der Verkäufer die Sache zwischenzeitlich einem anderen Dritten übereignet hat. Der Dritte kann das Eigentum nicht erwerben bzw. behalten.

<sup>155</sup> BGHZ 28, 16, [21](#) u. 35, 85, [89](#).

<sup>156</sup> BGHZ 28, 16, [21](#); 75, 221, [225](#).

<sup>157</sup> BGHZ 75, 221, [225 f.](#)

<sup>158</sup> BGHZ 35, 85, [94](#).

Allerdings wäre es unbillig, dass der Dritte auch dann kein Eigentum erwerben kann, wenn er den Erstverkauf unter Eigentumsvorbehalt nicht kannte oder kennen musste. Er hielt den Eigentümer als Verfügungsberechtigt, das Eigentum auf den Dritten zu übertragen. Unter Umständen kommt deshalb ein gutgläubiger lastenfreier Eigentumserwerb gem. § 936 in Betracht, auf den der § 161 Abs. 3 insbesondere verweist. In den meisten Fällen wird allerdings der Anwartschaftsberechtigte im Besitz der Sache sein, sodass mangels Besitzerlangung durch den Dritten ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb ausscheidet, vgl. §§ 931, 936 III.<sup>159</sup>

#### IV. Die treuwidrige Einflussnahme auf Eintritt oder Ausfall der Bedingung (§ 162)

Die Partner eines unter einer Bedingung geschlossenen Rechtsgeschäfts sind nicht verpflichtet, sich um den Eintritt der Bedingung zu bemühen.<sup>160</sup> Gemäß § 162 sind die an dem Rechtsgeschäft Beteiligten allerdings gehalten, während des Schwebezustandes nichts zu unternehmen, was gegen Treu und Glauben verstößt und geeignet ist, den Eintritt der Bedingung zu verhindern.

**Beispiel** (nach RGZ 122, 247 ff.): H schließt mit L einen Vertrag, in dem es u.a. heißt: "H überlässt dem L am Giebel des ihm gehörenden Gasthofes einen Platz zur Ausnutzung für Lichtreklame gegen eine Vergütung von € 2.500,— jährlich. Der Vertrag wird zunächst für vier Jahre abgeschlossen. Die Wirksamkeit des Vertrages hängt von der Erteilung der behördlichen Genehmigung für die Lichtreklame ab, deren Kosten L zu tragen hat." Nach Abschluss des Vertrages befürchtet L, dass die hohen Kosten der Anbringung der Anlage ihn in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen würden. Wenn L daraufhin der Genehmigungsbehörde lediglich Entwürfe einreicht, von denen er weiß, dass sie nicht genehmigt werden können, so verhindert er damit wider Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung, so dass diese gemäß § 162 Abs. 1 als eingetreten gilt.

Nach herrschender Meinung enthält § 162 einen *allgemeinen Grundsatz*, der entsprechend auf andere Sachverhalte anwendbar ist, die eine vergleichbare Interessenlage aufweisen<sup>161</sup>: Aus einem von ihm treuwidrig herbeigeführten Ereignis darf niemand eine für sich günstige Rechtsfolge herleiten.

#### Wichtige Entscheidungen:

Zur Vollendung des Rechtsgeschäfts und Eintritt der Bedingung:

BGHZ 127, 129, [134](#)

<sup>159</sup> Details und tiefergehende Erläuterungen dazu im Modul Sachenrecht 55108.

<sup>160</sup> STAUDINGER/BORK, § 162 Rn. [1](#).

<sup>161</sup> GRUENEBERG/ELLENBERGER, § 162 Rn. 6.

## § 19 Die Veräußerungsverbote (§§ 135 ff.)

### I. Überblick

Veräußerungsverbote haben den Zweck, Verfügungen zu verhindern.<sup>162</sup> Es gibt gesetzliche (§ 135), behördliche (§ 136) und rechtsgeschäftliche (§ 137) Veräußerungsverbote.

### II. Gesetzliche und behördliche Veräußerungsverbote

Der Verstoß gegen ein gesetzliches oder behördliches Veräußerungsverbot i.S. der §§ 135 und 136 führt zu einer **lediglich relativen Unwirksamkeit** der Verfügung. Das bedeutet: Die Verfügung ist nur denjenigen Personen gegenüber unwirksam, die durch das Veräußerungsverbot **geschützt** werden sollen. Allen anderen Personen gegenüber ist die Verfügung wirksam.

Relative Veräußerungsverbote dieser Art sind selten. Ein wichtiger Fall für die relative Unwirksamkeit ist die Verfügung über ein Grundstück trotz Bestehen einer Auflassungsvormerkung (§ 883; vgl. § 888 Abs. 1).<sup>163</sup>

**Beispiel:** V verkauft dem K in notariellem Kaufvertrag sein Hausgrundstück. Es wird eine Auflassungsvormerkung zugunsten des K in das Grundbuch eingetragen. K wurde jedoch noch nicht als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. In der Zwischenzeit verkauft V das Grundstück erneut in notarieller Form an den D. Die Auflassung zugunsten des D (§ 925) erfolgt ebenfalls. Gemäß § 883 ist die Eigentumsübertragung durch Auflassung von V an D (einzig und allein) dem K als Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam (relative Unwirksamkeit; schwieriges Beispiel – bitte die Vorschriften lesen!). Der K kann deshalb von D die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 888 I verlangen.

**Beispiel:** V schließt mit K1 einen Kaufvertrag über den Verkauf eines Baggers. Noch bevor K1 den Bagger abholen kann, schließt V mit K2 ebenfalls einen Kaufvertrag über den Bagger. Da die K2 hiervon erfährt und fürchtet, dass der K2 mit Übergabe an ihn Eigentümer wird, erwirkt sie beim Amtsgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung (vgl. §§ 935, 938 II ZPO). Durch die einstweilige Verfügung wird dem V verboten, über das Bild zum Nachteil der K1 zu verfügen. Überreignet V das Bild trotzdem an K2, so wird dieser Eigentümer (nur eine „relative“ Unwirksamkeit §§ 136, 135 I 1). Er kann das Eigentum allen gegenüber geltend machen, nur nicht K1 gegenüber. K1 ist so zu stellen, als hätte die Übereignung V an K2 niemals stattgefunden, der V wäre also noch Eigentümer des Baggers.<sup>164</sup>

Sofern der K2 allerdings gutgläubig hinsichtlich des Verfügungsverbotes über den Bagger war, kommt ein gutgläubiger Erwerb i.S.d. §§ 136, 135 II, 932 in Betracht. Damit kann ein behördliches ebenso wie das gesetzliche Veräußerungsverbot gegenüber dem gutgläubigen Dritten nicht geltend gemacht werden.

<sup>162</sup> Zum Begriff der Verfügung siehe oben.

<sup>163</sup> Details zur Auflassungsvormerkung im Modul Sachenrecht 55108.

<sup>164</sup> Zu den Ansprüchen des K1 gegen den V bzw. des V gegen den K2 siehe auch BROX/WALKER, § 14 Rn. 14.

Häufig stellt sich heraus, dass ein Veräußerungsverbot dem Schutz allgemeiner Interessen dient. Es handelt sich dann um ein *absolutes Veräußerungsverbot* (bspw. Das unerlaubte Anbauen von Betäubungsmitteln nach § 29 Nr. 1 BtMG). Ein Verstoß dagegen ist nach § 134 zu beurteilen. Ein entsprechendes Rechtsgeschäft ist nichtig, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt.

### III. Rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote

Nach § 137 S. 1 ist es nicht möglich, die Verfügungsbefugnis über veräußerliche Rechte, wie z.B. das Eigentum an Sachen und Forderungsrechte, auszuschließen oder zu beschränken. Auch wenn ein Verfügungsverbot rechtsgeschäftlich zwischen zwei Personen vereinbart worden ist, ist dies **gegenüber Dritten nicht wirksam**. Diese gesetzliche Regelung dient dazu zu verhindern, dass durch rechtsgeschäftlich vereinbarte Verbote Gegenstände dem Rechtsverkehr entzogen werden.

§ 137 S. 2 lässt allerdings die Möglichkeit offen, dass **eine lediglich schuldrechtliche Verpflichtung**, die ein Veräußerungsverbot und damit ein Verbot einer Verfügung über ein Recht zum Gegenstand hat, zwischen zwei Personen vereinbart wird. Diese Verpflichtung wirkt allerdings nur zwischen den Personen, die an dieser Vereinbarung beteiligt sind.

Verletzt eine Person, die sich einer anderen Person gegenüber verpflichtet hat, über ein bestimmtes Recht nicht zu verfügen, diese Verpflichtung, so kann sie dem Vertragspartner gegenüber zum **Schadensersatz** verpflichtet sein. Der Schadensersatzanspruch kann sich insbesondere aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 ergeben (früher "positive Vertragsverletzung"). Für den Fall der Verletzung eines schuldrechtlich wirkenden Verfügungsverbotes kann auch eine Vertragsstrafe versprochen werden, vgl. §§ 339 ff.<sup>165</sup>

**Beispiel:** H verleiht der E seine goldene Uhr, die einen Wert von € 3.000,-- hat. Da es sich um ein wertvolles Familienstück handelt, vereinbaren beide Folgendes:  
 "§ 1: Verfügungen, die E über die Uhr trifft, sind unwirksam."  
 „§ 2: Verfügt E dennoch über die Uhr und ist die Verfügung aus irgendeinem Grunde wirksam, so ist sie verpflichtet, eine Vertragsstrafe von € 4.000,-- zu entrichten."

Veräußert E die Uhr an den gutgläubigen G, so erwirbt dieser trotz § 1 des Vertrages das Eigentum an der Uhr gemäß §§ 929, 932. Der Vertrag enthält aber zugleich eine (durch Auslegung zu ermittelnde) schuldrechtliche Verpflichtung mit, die Uhr nicht zu veräußern. Diese Verpflichtung wird durch ein Vertragsstrafenversprechen flankiert. H kann daher nicht nur nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 S. 1 den objektiven Wert (3.000 €) der Uhr ersetzt verlangen, sondern nach § 339 die (höhere) Vertragsstrafe (4.000 €) geltend machen, sofern letztere nicht unverhältnismäßig hoch ist (vgl. § 343).

<sup>165</sup> Münchkomm/ARMBRÜSTER, BGB § 137 Rn. [35](#).

## Lösungen zu den Selbsttestaufgaben

### Lösung zu Aufgabe 1:

Zwischen A und F könnte ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen sein, wenn sie sich wirksam darüber geeinigt haben, dass der F das Fernsehgerät von A kauft.

Da A selbst die notwendige Einigungserklärung nicht abgegeben hat, müsste sie bei Vertragsschluss gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam von F vertreten worden sein.

Eine wirksame Vertretung nach dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt.

Es ist davon auszugehen, dass F die auf den Vertragsschluss gerichtete Erklärung als eigene Willenserklärung im Namen von A abgegeben hat.

Fraglich ist allerdings, ob F mit Vertretungsmacht gehandelt hat.

A hat der F für die Dauer ihrer Abwesenheit Generalvollmacht erteilt. Die Vollmacht bezog sich also ohne Einschränkung auf alle Geschäfte, die zum Rechtskreis der A gehören, also auch auf den Verkauf des Fernsehgerätes.

Dennoch könnte nach § 181 BGB wegen eines Inlichgeschäfts keine Vertretungsmacht bestanden haben, weil der F bei Vertragsschluss auf der Verkäuferseite als Vertreter und auf der Gegenseite – vertreten durch B – als Käufer aufgetreten ist. Ein solches Inlichgeschäft liegt grundsätzlich vor, wenn ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst ein Rechtsgeschäft vornimmt (sog. **Selbstkontrahieren**). Hier hat sich F allerdings durch B vertreten lassen, sodass die von § 181 BGB geforderte Personenidentität der die Vertragserklärungen abgebenden Personen nicht direkt vorliegt. Die für und gegen F wirksame Willenserklärung des B ist eine eigene Willenserklärung des B gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB in der Funktion als Vertreter des F. Man könnte daher zu dem Ergebnis gelangen, dass hier kein Fall des Selbstkontrahierens vorliegt.

Allerdings wird nach überwiegender Ansicht § 181 BGB nicht als formale Ordnungsvorschrift, sondern als eine gesetzliche Regelung verstanden, die das Ziel verfolgt, die Gefahren einer Interessenkollision vom Vertretenen abzuwenden. Deshalb darf § 181 BGB nicht nur auf die Art des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts bezogen werden, sondern muss sich auch darauf beziehen, für wen das Rechtsgeschäft Wirkung entfaltet. Nach § 164 Abs. 1 BGB, der die Wirkung des Rechtsgeschäfts in der Person des Vertretenen eintreten lässt, bleibt der durch B vertretene F genauso am Kaufvertrag beteiligt, als habe er ihn selbst, d.h. ohne Vertreter als Käufer abgeschlossen. Zudem unterliegt B wegen seiner Vertreterstellung den Weisungen des von ihm vertretenen F, so dass die Gefahr eines Interessenkonflikts zum Nachteil der A ebenso groß ist wie bei einem Vertragsschluss ohne Vertreter des F auf Käuferseite. § 181 BGB ist mithin auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden, so dass der F gemäß § 181 BGB grundsätzlich keine Vertretungsmacht gehabt hat.

Etwas anderes gilt nur, wenn eine der in § 181 genannten Ausnahmen eingreift.

Eine Ausnahme würde vorliegen, wenn A dem F den Abschluss des Kaufvertrages gestattet hätte. Ausdrücklich hat A eine solche Erklärung nicht abgegeben. Auch die Erteilung einer Generalvollmacht ist keine konkludente Zustimmung zu derartigen Vorteilsgeschäften zu Ungunsten der A. Die Gestattung einer Ausnahme zum Regelfall des § 181 muss vielmehr ausdrücklich erklärt werden oder unzweifelhaft aus zusätzlichen Umständen hervorgehen, die die Gestattung einer Selbstkontraktion gem. § 181 BGB zwingend nahelegen. Solche Umstände sind hier nicht erkennbar.

Der F hat also gemäß § 181 BGB ohne Vertretungsmacht gehandelt, sodass der Kaufvertrag gemäß § 177 Abs. 1 BGB zunächst einmal schwebend unwirksam ist.

Mangels Genehmigung des zunächst schwebend unwirksamen Kaufvertrags durch A nach § 177 Abs. 1 ist dieser auch endgültig unwirksam geworden.

Somit ist kein wirksamer Kaufvertrag zwischen der A und dem F gem. § 433 BGB hinsichtlich des Fernsehgeräts zustande gekommen.

### **Lösung zur Aufgabe 2:**

E könnte von O die Zahlung der € 1.000,— gemäß § 433 Abs. 2 BGB verlangen, wenn zwischen E und O ein wirksamer Kaufvertrag über die Soundbar zu einem Preis von € 1.000,— zustande gekommen ist.

Der Abschluss eines Kaufvertrages nach § 433 BGB setzt das Vorliegen von zwei inhaltlich übereinstimmenden, mit Bezug aufeinander abgegebenen Willenserklärungen voraus.

Da O persönlich bei dem Vertragsabschluss nicht mitgewirkt hat, könnte M als Vertreter von O gem. §§ 164 ff. BGB den Kaufvertrag mit E abgeschlossen haben. Dann müsste er gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB eine eigene Willenserklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des O gegenüber E abgegeben haben.

Es ist davon auszugehen, dass M die auf den Kaufvertragsabschluss gerichtete eigene Willenserklärung im Namen von O abgegeben hat. Fraglich ist allerdings, ob er hierfür die nötige Vertretungsmacht gehabt hat. O hat ihm weder ausdrücklich noch konkludent die Vollmacht erteilt, für ihn eine Soundbar bei E zu kaufen.

Eine Vertretungsmacht könnte sich indes aus dem Tatbestand der **Duldungsvollmacht** ergeben. Eine Duldungsvollmacht ist zu bejahen, wenn der zum Handeln im fremden Namen nicht befugte M während einer gewissen Dauer und zum wiederholten Male für O als Stellvertreter aufgetreten ist, O dies wusste und duldete, obwohl er die Möglichkeit hatte, einzuschreiten. M ist bei den Käufen des Schallplattenspielers, des Verstärkers und der beiden Lautsprecherboxen stets im Namen des O gegenüber E und damit mehrfach als O's Stellvertreter aufgetreten. Da er diese Gegenstände von 2019-2023 der Reihe nach gekauft hat, hat sich sein Auftreten als Bevollmächtigter von O über einen längeren Zeitraum erstreckt. O hat auch davon gewusst, dass M hin und wieder in seinem Namen aufgetreten ist. Er hat dies zwar nicht gebilligt, ist allerdings auch trotz vorhandener Möglichkeit dazu nicht gegen das Verhalten des M eingeschritten. E als Geschäftsgegnerin des M wusste zwar *nicht*, dass O von dem Verhalten des M Kenntnis hatte; dies ist aber auch keine Voraussetzung für die Zurechnung einer Willenserklärung aufgrund einer "Duldungsvollmacht", die nach der hier vertretenen Ansicht keine Rechtsscheinsvollmacht ist. Hier von abgesehen sind die Anforderungen an eine Duldungsvollmacht erfüllt.



Fraglich ist jedoch, ob von einem Tatbestand der **Anscheinsvollmacht** als weitere Möglichkeit einer Rechtsscheinhaftung des O auszugehen ist. Eine Anscheinsvollmacht liegt abweichend zur Duldungsvollmacht vor, wenn der Vertretene das mehrmalige und auf Dauer angelegte Auftreten eines anderen als sein Vertreter zwar nicht kennt, es aber bei entsprechender Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können.

M ist wiederholt und über einen längeren Zeitraum für O als dessen Stellvertreter aufgetreten. Das Auftreten des M in seinem Namen am 31.10.2023 kannte O zwar nicht, er hätte dies aber, wenn er dem M die Peinlichkeit nicht hätte ersparen wollen, verhindern können, indem er den M zumindest davon abzuhalten versucht hätte. Da M zum wiederholten Male bei E im Namen des O aufgetreten ist, durfte E nach Treu und Glauben darauf vertrauen, dass O als der angeblich Vertretene dies dulde und billige.

Der Tatbestand einer Anscheinsvollmacht liegt deshalb vor. Die Voraussetzung eines Verschuldens des Vertretenen als Zurechnungsgrund kann den gesetzlich geregelten Rechtsscheintatbeständen nicht entnommen werden, sodass es dessen auch nicht bedarf. Gleichwohl können Verschuldensaspekte eine gewisse Rolle spielen, wenn es um die Beurteilung der Frage geht, ob der gesetzte Rechtsschein dem Vertretenen zurechenbar ist. Für eine solche Zurechnung kann insbesondere sprechen, wenn der Vertretene das Auftreten des angeblichen Vertreters hätte erkennen und verhindern können und wenn der Dritte (der Vertragspartner) das Dulden des Vertretenen nach Treu und Glauben so verstehen musste, dass der als Vertreter Handelnde tatsächlich bevollmächtigt sei. Die Wirkung der Anscheinsvollmacht ist die gleiche wie die einer rechtsgeschäftlich erteilten. In entsprechender Anwendung des § 164 BGB werden E und O also Vertragspartner, so dass E gemäß § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises erworben hat.

### **Lösung zu Aufgabe 3:**

1. Kaufvertrag mit S: Der Kaufvertrag über das Fahrrad sollte laut Bestellschein mit M und nicht mit S als Käufer zustande kommen. Eine Pflicht des S zur Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 Abs. 2 BGB besteht daher nicht.
2. S als falsus procurator: F könnte aber einen Zahlungsanspruch i.H.v. € 3.750,— gegen S gemäß § 179 Abs. 1 BGB haben.

Dieser Anspruch setzt voraus, dass S einen Vertrag als Vertreter ohne Vertretungsmacht (falsus procurator) geschlossen hat, seine Vertretungsmacht nicht nachweisen kann und der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert.

Indem S den von M stammenden und unterschriebenen Bestellschein dem F vorgelegt hat, könnte S als Vertreter der M mit Wirkung für diesen den Kaufvertrag über das Fahrrad abgeschlossen haben (§ 164 Abs. 1 BGB).

Dann müsste S eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. Eine eigene Willenserklärung des Vertreters liegt vor, wenn ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum zusteht. Insoweit ist der Stellvertreter vom Boten, der nur eine fremde Willenserklärung überbringt, abzugrenzen.

Gegen eine Stellvertretung könnte hier sprechen, dass der Bestellschein eine vorformulierte Erklärung der M enthält, die S lediglich als Bote überbracht haben könnte. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese schriftliche Erklärung keine bereits fertige, d.h. abschließende Willenserklärung der M darstellt, sondern ledig-

lich den Kauf „eines Fahrrads“ bestimmt. Dem S verbleibt noch genügend Entscheidungsspielraum hinsichtlich der konkreten Marke, des Typs und des Kaufpreises des Fahrrads.<sup>166</sup>

S hat also eine eigene Willenserklärung abgegeben. Sie wird gem. § 165 BGB auch nicht dadurch unwirksam, dass S als 17jähriger nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig ist. Mit Vorlage des Bestellscheines hat S bei Vertragsschluss auch im Namen der M gehandelt und ist mithin als Vertreter der M gemäß § 164 Abs. 1 aufgetreten.

S hat ohne Wissen der M mit Hilfe des Bestellscheins das Fahrrad gekauft. Er kann deshalb seine Vertretungsmacht nicht nachweisen. Wegen der Ablehnung der Kaufpreiszahlung der M gegenüber F ist nicht davon auszugehen, dass V die für die Wirksamkeit des Kaufvertrages gemäß § 177 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB) erteilen wird.

S hat einmalig eine solche Handlung vorgenommen, es ist nicht ersichtlich, dass er das gleiche erneut tun wird. Auch wurde ihm keine Vollmachtsurkunde gemäß § 172 Abs. 1 ausgestellt; daher ist eine Anscheinsvollmacht abzulehnen.

Insoweit liegen also die Voraussetzungen von § 179 Abs. 1 BGB vor, S hat als Vertreter ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*) gehandelt.

Zu prüfen bleibt indes ein **Haftungsausschluss nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB**, wenn der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Voraussetzung dafür ist die Kenntnis des F, dass S nicht zur Vornahme des Rechtsgeschäfts bevollmächtigt gewesen ist. Es liegen aber keine Anhaltspunkte vor, die für F die Verpflichtung begründen konnten, Erkundigungen darüber einzuziehen, ob S mit Vertretungsmacht ausgestattet gewesen ist oder nicht. Selbst wenn man die Ansicht vertreten sollte, dass die Minderjährigkeit des Vertreters bereits ausreicht, um für den Geschäftsgegner eine Nachforschungspflicht zu begründen, muss mangels Kenntnis des F von der Minderjährigkeit des S vorliegend eine derartige Verpflichtung des F abgelehnt werden.

Möglicherweise ist aber die **Haftung des S gemäß § 179 Abs. 3 S. 2 BGB** ausgeschlossen, wenn S in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt gewesen ist und nicht mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

Der 17 Jahre alte S ist nach §§ 2, 106 BGB beschränkt geschäftsfähig und hat ohne Zustimmung (§§ 182 ff. BGB) seiner Eltern als seine gesetzlichen Vertreter (§ 1629 Abs. 1 BGB) gehandelt.

Somit liegen die Voraussetzungen von § 179 Abs. 3 S. 2 BGB vor.

F hat demnach auch keinen Anspruch gegen S auf Zahlung der € 3.750,— aus § 179 Abs. 1 BGB.

<sup>166</sup> Zur Abgrenzung zum Boten siehe KE 6, § 16 I Nr. 3.



**2001627**  
**(04/25)**

**55101-07-S#1**



Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 FernUniversität in Hagen  
Rechtswissenschaftliche Fakultät