

Repetitorium ZR

Prof. Dr. Jens Prütting, LL.M.oec. (Köln)* und Dipl. iur. Paul Schirmmacher

Vertragsnahe gesetzliche Schuldverhältnisse: § 179 BGB

DOI 10.1515/jura-2016-0229

I. Einführung

Ein häufig im Staatsexamen geprüfter Bereich ist die Haftung des falsus procurator. Für diesen Fall bestimmt § 177 Abs. 1 BGB, dass das von ihm geschlossene Rechtsgeschäft schwebend unwirksam ist und die Wirksamkeit von der Genehmigung (§§ 182 ff. BGB) des Vertretenen abhängt.¹ Um zu verhindern, dass der Geschäftsgegner im Falle der Verweigerung der Genehmigung völlig schutzlos steht, ordnet § 179 BGB eine besondere Haftung an.

II. Die Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB

Gemäß § 179 Abs. 1 BGB ist derjenige, der einen Vertrag als Vertreter ohne Nachweis seiner Vertretungsmacht geschlossen hat, dem anderen Teil, also dem Geschäftspartner des Vertretenen, nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die ihm nach § 177 Abs. 1 BGB zustehende Möglichkeit der Genehmigung verweigert. Dabei handelt es sich um eine gesetzlich angeordnete Vertrauenshaftung, die primär dem Schutz des Rechtsgeschäftsverkehrs dienen soll.² Als

¹ Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 177 Rn. 8; Rütters/Stadler, BGB AT, 18. Aufl. 2014, S. 479 Rn. 3.

² BGHZ 39, 45 (51) = NJW 1963, 759; BGHZ 32, 250 (254) = NJW 1960, 1565; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 2; Bitter, BGB AT, 2. Aufl. 2013, § 10 Rn. 250; aA Litterer, Vertragsfolgen ohne Vertrag, 1979, 48 f; zur Vertiefung van Venrooy, ACP 181 (1981), 220.

***Kontaktperson: Jens Prütting**, ist Juniorprofessor an der Bucerius Law School, gestiftet von Gebr. Heinemann SE & Co. KG, und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Heidelberg (Prof. Dr. Marc-Philippe Weller).

Paul Schirmmacher, ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Promovend am Institut von Prof. Prütting.

solche ist sie verschuldensunabhängig und beruht auf der Erwägung, dass es für den Vertreter grundsätzlich leichter zu erkennen ist, ob und inwieweit seine Vertretungsmacht besteht und das Fehlen der Vertretungsmacht daher seinem Risikobereich zuzuordnen ist.³

1. Die Voraussetzungen des Anspruchs

Die in § 179 Abs. 1 BGB angeordnete Haftung setzt voraus, dass (1) der Anspruchsgegner einen Vertrag als Vertreter geschlossen hat, (2) ohne dass er Vertretungsmacht hatte, (3) eine Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB nicht erfolgt ist oder diese gemäß § 177 Abs. 2 BGB als verweigert gilt und (4) dass der Vertreter von der fehlenden Vertretungsmacht positive Kenntnis hatte.⁴ Letztere Tatbestandsvoraussetzung folgt aus der systematischen Stellung und dem Gegenschluss zu § 179 Abs. 2 BGB, der die Haftung des Vertreters bei dessen Unkenntnis von der fehlenden Vertretungsmacht auf den Vertrauensschaden (negatives Interesse) beschränkt.⁵

Fall 1: Partykönig Paul (P) erzählt dem sparsamen Sebastian (S), dass er eine große Geburtstagsparty plane. Als S bei seiner täglichen Angebotsrecherche auf das Angebot des exquisiten Ernst (E) stößt, wonach dieser zwei Kisten Bier zum Preis von einer offeriert, entschließt er sich in der Erwartung, P werde damit schon einverstanden sein, 10 Kisten bei E »für P« zu ordern. Als P davon später erfährt, teilt er E mit, dass er davon nichts wissen wolle, da er nur »hartes Zeug« möge und auf diese »Brühe« gerne verzichte. Daraufhin wendet sich E an den völlig überraschten S und verlangt »Kaufpreiszahlung«. Zu Recht?

Ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung des E gegen S aus § 433 Abs. 2 BGB auf Basis eines zwischen beiden geschlossenen Kaufvertrages scheidet aus, da S durch das Handeln im Namen des P (Wahrung des Offenkundig-

³ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 2; Mock JuS 2008, 486 (489); krit Fehrenbach NJW 2009, 2173, 2175 f.

⁴ Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 68 f.; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 985.

⁵ Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 985.

keitsprinzips iSd § 164 Abs. 2 BGB) erkennbar zum Ausdruck gebracht hat, dass er nicht selbst Vertragspartei werden soll. Ein Zahlungsanspruch ergibt sich hier jedoch aus § 179 Abs. 1 BGB, wenn E »Erfüllung« wählt. S ist hier als Vertreter des P aufgetreten, ohne dazu von diesem ermächtigt zu sein. P erklärte sodann von dem Vertrag »nichts wissen zu wollen«, sodass er damit die nach § 177 Abs. 1 BGB mögliche Genehmigung verweigerte. Schließlich hatte S Kenntnis seiner fehlenden Vertretungsmacht. Unerheblich ist, dass S in der Erwartung handelte, P werde damit einverstanden sein. § 179 Abs. 1 BGB setzt gerade nicht voraus, dass der Vertreter in betrügerischer Absicht handelt und erfasst daher auch einen solchen Vertreter, der eine Genehmigung für nahezu sicher halten durfte.⁶

2. Besondere Fallkonstellationen

a) Die Haftung des Untervertreeters

Bei der Konstruktion der Untervertretung agiert der Hauptvertreter nicht selbst, sondern handelt durch eine weitere Person. Nach Ansicht des BGH kann der Hauptvertreter dem Untervertreter auf zwei Arten Untervollmacht erteilen.⁷ Einerseits besteht die Möglichkeit, dass er den Untervertreter zu seinem eigenen Vertreter (als sog. Vertreter des Vertreters)⁸ bestimmt, andererseits sei es aber auch möglich, dass der Untervertreter den Hauptvollmachtgeber unmittelbar selbst vertreten könne.⁹ Nach beiden Varianten treten die aus dem Handeln des Untervertreeters folgenden Wirkungen unmittelbar in der Person des Geschäftsherrn ein, wenn sowohl der Hauptvertreter als auch der Untervertreter im Rahmen ihrer Vertretungsmacht gehandelt haben.¹⁰ Diese Konstellation wird als mehrstufige Vertretung bezeichnet.¹¹ Unstreitig ist, dass der Untervertreter gemäß § 179 BGB haftet, wenn sein Handeln nicht von einer bestehenden Untervollmacht gedeckt war.¹²

⁶ *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 985.

⁷ BGHZ 32, 250 ff.; *Petersen*, JURA 1999, 401; *Siebenhaar*, AcP 162 (1962), 354.

⁸ *Siebenhaar*, AcP 162 (1962), 354.

⁹ BGHZ 32, 250 ff.; *Petersen*, JURA 1999, 401.

¹⁰ BGHZ 68, 391 = BGH NJW 1977, 1535; *Petersen*, JURA 1999, 401; *Mertens*, JuS 1961, 315; *Leipold*, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 22; *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 950; kritisch: *Siebenhaar*, AcP 162 (1962), 354, 369 ff.; *Flume*, BGB AT, 4. Aufl. 1992, 837.

¹¹ *Leipold*, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 22; *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 950.

¹² BGHZ, 68, 391 = NJW 1977, 1535; BGHZ 32, 250 = NJW 1960, 1565; *Petersen*, JURA 1999, 402; *Wolff/Neuner*, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 34; *Köhler*, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 73.

Zweifelhaft wird die Frage nach der Haftung des Untervertreeters, wenn der Untervertreter zwar im Rahmen seiner (Unter-)Vertretungsmacht gehandelt, der Hauptvertreter seinerseits aber ohne Vertretungsmacht agiert hat:

Fall 2: Der verhandlungstüchtige Volker (V) ist Staubsaugervertreter der »Staubi«-GmbH (S) und als solcher auf ein KFZ angewiesen. Eines Tages steht das ihm überlassene KFZ aufgrund eines Defekts nicht zur Verfügung. Daher bittet er seinen flinken Freund (F), er möge im Namen der S ein geeignetes Fahrzeug bei »Saxt« (SX) mieten. Beim späteren Abschluss des Mietvertrages handelt F im Namen der S; er erwähnt dabei, dass er von V darum gebeten worden sei. Daraufhin wendet sich SX zur Begleichung des Mietpreises an S. Diese lehnt die Zahlung mit dem Hinweis ab, dass – was zutrifft – weder V noch F Vertretungsmacht seitens der S eingeräumt worden war. Daraufhin wendet sich SX an F. Mit Erfolg?¹³

Hier handelte F als Untervertreter. Es bestehen keine Bedenken an der Wirksamkeit der durch V dem F eingeräumten (Unter-)Vollmacht. Darüber hinaus war es erwiesen, dass V als Hauptvertreter keine Vertretungsmacht hatte und der Abschluss des Mietvertrages auch nicht im Nachhinein von der S genehmigt wurde. Unproblematisch ist daher, dass V gemäß § 179 BGB in Anspruch genommen werden kann. Fraglich ist aber, ob daneben auch der Untervertreter F gemäß § 179 BGB haftet. Teile des Schrifttums vertreten die Auffassung, dass der Untervertreter in jedem Fall auch für die fehlende Hauptvertretungsmacht haften müsse, da es allein Sache des Untervertreeters sei, die Wirksamkeit der Vertretungsmacht nachzuprüfen.¹⁴ Hält man diese Auffassung für richtig, wäre auch F gemäß § 179 BGB zahlungs- oder ersatzpflichtig. Der BGH geht demgegenüber davon aus, dass ein Untervertreter nur dann gemäß § 179 BGB haften solle, wenn er die Untervertretung nicht offengelegt hat.¹⁵ Begründet wird die vorgenommene Differenzierung zum einen damit, dass bei Offenlegung nur der Hauptvertreter, nicht aber auch der Untervertreter, das Vertrauen in die (Haupt-)Bevollmächtigung in Anspruch nehmen könne.¹⁶ Zum anderen argumentiert der BGH, dass der Untervertreter dem Geschäftsherrn nicht näher stünde als der Geschäftspartner und ebenso nur in Vertrauen auf die Vertretungsmacht des vermeintlich Hauptbevollmächtigten handle.¹⁷ Dieser nehme

¹³ Fall angelehnt an BGHZ 68, 391 = NJW 1977, 1535; s.a.: *Leipold*, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 21.

¹⁴ So *Gerlach*, Die Untervollmacht, 78 ff.; s.a.: *Leipold*, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 27.

¹⁵ BGHZ 68, 391 = NJW 1977, 1535; BGHZ 32, 250; so auch *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 60 Rn. 996.

¹⁶ BGHZ, 68, 391 = NJW 1977, 1535; *Petersen*, JURA 1999, 402.

¹⁷ BGHZ, 32, 250 = NJW 1960, 1565; *Mertens*, JuS 1961, 315.

daher grundsätzlich nur das Vertrauen in Anspruch, dass die ihm gegenüber erteilte Bevollmächtigung tatsächlich besteht.¹⁸ Bei offengelegter Untervertretung und mangelnder Hauptvertretungsmacht haftete folglich nur der Hauptvertreter analog § 179 BGB für das vom Unterbevollmächtigten getätigte Geschäft.¹⁹ Folgt man im Beispielfall dem BGH, so ist F nicht nach § 179 BGB ersatzpflichtig, da er die Untervertretung offengelegt hat, indem er SX erklärte, er sei von V darum gebeten worden, den Mietvertrag im Namen der S abzuschließen. Wäre diese Erklärung seitens des F nicht erfolgt, so hätte auch er gemäß § 179 BGB gehaftet. In diesem Fall kann der Untervertreter den Hauptvertreter allerdings in Regress nehmen.²⁰

b) Der Vertreter ohne Vertretungsmacht im Anwendungsbereich von Rechtsscheinvollmachten

Vertretungsmacht kann grundsätzlich auf Rechtsgeschäft (z. B. als Vollmacht, § 167 BGB), auf Organschaft (z. B. § 35 GmbHG)²¹ oder auf Gesetz (so z. B. in § 1629 BGB) beruhen. Darüber hinaus gibt es aber auch Fälle, in denen die Vertretungsmacht mittels Rechtsschein fingiert wird. Kodifiziert ist die Wirkung eines solchen Rechtsscheins u. a. in den §§ 170 – 173 BGB.²² Diese Regelungen sind jedoch nicht als abschließend zu verstehen.²³ So erkennt die h. M. z. B. auch die Anscheins- und Duldungsvollmacht an.²⁴ Sind deren Voraussetzungen²⁵ erfüllt, so führt dies der Rechtsprechung zur Folge dazu, dass (zumindest auch) der Ver-

tretene an das Vertretergeschäft gebunden wird.²⁶ Daran anknüpfend stellt sich regelmäßig die Frage, ob neben dem Vertretenen auch der Vertreter in Anspruch genommen werden kann.

Fall 3: Der nützliche Norbert (N) arbeitet als Lagerarbeiter in dem Elektro-Markt »Mars«(M). Immer, wenn sich das Lager leert, bestellt er, ohne dazu ermächtigt zu sein, neue Ware bei dem Lieferanten (L). In der Vergangenheit hat M diese Ware stets abgenommen und sodann bezahlt, obwohl er keine Kenntnis vom Handeln des N hatte. Allerdings hätte er das Auftreten des N erkennen und auch verhindern können. Nach erneuter Bestellung durch N verweigert der Elektro-Markt jede Zahlung. Daraufhin wendet sich der Lieferant L an N und verlangt von ihm Bezahlung der Ware. Zu Recht?²⁷

Hier liegen die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht vor, sodass der Vertretene an das Rechtsgeschäft gebunden wird (h. M.).²⁸ Ein Zahlungsanspruch gemäß § 433 Abs. 2 BGB gegen N scheidet aus, da der Kaufvertrag alleine mit M geschlossen wurde.²⁹ Ein Anspruch könnte sich aber aus § 179 BGB ergeben. Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass der Vertreter, der den Vertretenen aufgrund einer Rechtsscheinvollmacht wirksam nach § 164 Abs. 1 BGB vertreten hat, mit diesem kumulativ (dann gemäß § 179 BGB) haften solle.³⁰ Dagegen lässt sich jedoch anführen, dass eine solche Sichtweise der Systematik der §§ 164 ff. BGB widerspricht.³¹ Das Stellvertretungsrecht geht davon aus, dass die Folgen entweder den Vertretenen oder den Vertreter treffen sollen, nicht aber beide kumulativ.³² Andere gehen davon aus, dass der durch die Rechtsscheinvoll-

¹⁸ Jauernig/Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, § 179 BGB Rn. 3.

¹⁹ HK/Dörner, BGB, 8. Aufl. 2014, § 179 BGB Rn. 3; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 60 Rn. 996; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 73; Leipold, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 26.

²⁰ Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 36.

²¹ Wobei der Fall der organschaftlichen Vertretungsmacht als besonderer Fall gesetzlicher Vertretungsmacht einzustufen sein dürfte, die lediglich im Rahmen der Organbestellung ein Rechtsgeschäft darstellt.

²² Nach hM stellt § 171 BGB eine normierte Rechtsscheinvollmacht dar, die Ausgangspunkt für das allg Institut der Rechtsscheinvollmacht sein soll, vgl. Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 171 Rn. 1; MünchKomm/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 170 Rn. 2; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 939.

²³ Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 50 Rn. 84.

²⁴ MünchKomm/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 170 Rn. 2. Die Duldungsvollmacht gehört allerdings genau genommen nicht hierher, da diese auf einem konkludenten Verhalten, dessen Erklärungswert der Vertretene gemäß §§ 133, 157 BGB gegen sich gelten lassen muss, beruht. Somit wird bei der Duldungsvollmacht konkludent Vollmacht erteilt, a. A. vertretbar.

²⁵ Siehe zu den Voraussetzungen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht MünchKomm/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 167 Rn. 102 ff. und 108.

²⁶ BGHZ 86, 273 = BGH NJW 1983, 1308 f.; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 167 Rn. 24; Brox/Walker, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 25 Rn. 566; aA MünchKomm/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 167 Rn. 134, wonach teilweise die Auffassung vertreten wird, dass die Rechtsscheinvollmacht nicht zu einem Vertragsschluss, sondern nur zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Vertretenen aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB oder § 122 BGB (analog) führt und der Vertreter stets nach § 179 BGB haften soll; dazu auch Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 971.

²⁷ Fall angelehnt an Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 50 Rn. 85.

²⁸ BGHZ 86, 273 = BGH NJW 1983, 1308 f.; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 167 Rn. 24; Brox/Walker, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 25 Rn. 566.

²⁹ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 167 Rn. 133; Hübner, BGB AT, 2. Aufl. 1996, § 47 Rn. 1225.

³⁰ Schmidt in FS Gernhuber, 438 für die Anscheinsvollmacht.

³¹ Schmidt in FS Gernhuber, 435 ff., 443 ff.; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 167 Rn. 44.

³² Schmidt in FS Gernhuber, 435 ff., 443 ff.; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 167 Rn. 44. Darin liegt auch ein bedeutsamer Unterschied zur Wirkung des § 1357 BGB, der die im Recht grundsätzlich ungewollte Versionsklage zulässt und dem Gläubiger einen »Gott gegebenen« zweiten Schuldner zur Verfügung stellt.

macht geschützte Gläubiger nach seiner Wahl auf den Rechtsschein verzichten könne, sodass bei Verzicht auch ein Anspruch nach § 179 BGB gegen den Vertreter in Betracht kommen würde.³³ Diese Auffassung wird als *Lehre vom Wahlrecht* bezeichnet.³⁴ Für dieses Wahlrecht spreche, dass die Wirkungen des Rechtsscheins nur zugunsten des Vertrauenden eintreten können, da der Vertrauensschutz auch ausschließlich in seinem Interesse bestehe.³⁵ Dementsprechend sei es auch mit der Schutzfunktion der Rechtsscheinhaftung unvereinbar, ihn zu zwingen, zunächst den Weg der Rechtsscheinhaftung zu beschreiten.³⁶ Darüber hinaus biete das Wahlrecht den Vorteil, dass sich der Vertrauende bei Verzicht auf den Rechtsschein nicht dem Prozessrisiko ausgesetzt sieht, das Bestehen der Rechtsscheinvollmacht beweisen zu müssen.³⁷ Der BGH steht auf dem Standpunkt, dass eine Haftung des Vertreters nach § 179 BGB ausscheidet, »wenn der Vertretene aufgrund einer Anscheinsvollmacht in Anspruch genommen werden kann.«³⁸ Ausgangspunkt der Begründung des BGH ist der Schutzzweck der Norm. Der Geschäftsgegner soll vor enttäuschten Erwartungen in eine tatsächlich nicht bestehende Vertretungsmacht geschützt werden. Eine Haftung nach § 179 BGB kann daher auch nur dort in Betracht kommen, wo der Geschäftsgegner in seinem Vertrauen enttäuscht wird. Liegen die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht vor, so hat dies zur Folge, dass der Vertretene an das Vertretergeschäft gebunden wird, da die Anscheinsvollmacht in ihrer Wirkung einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht gleichsteht. Der Geschäftsgegner erlangt also einen eigenen rechtsgeschäftlichen Anspruch gegen den Vertretenen. Er schließt dann aber genau das Rechtsgeschäft ab, in das er seine Erwartung gesetzt hat. Das hat zur Folge, dass er in seinem Vertrauen gerade nicht enttäuscht und der Schutzzweck der Norm dementsprechend nicht tangiert wird.³⁹ Außerdem könnte der Geschäftsgegner seine Wahl ansons-

ten von der Solvenz der möglichen Anspruchsgegner abhängig machen und wäre so wesentlich weiter geschützt, als er es bei Abschluss des Vertretergeschäftes selbst erwartet hätte.⁴⁰ Im Ergebnis dürften die Erwägungen der h. M. überzeugend sein, sofern man die Anscheinsvollmacht trotz bloßer Rechtsscheinhaftung als vollwertige Vertretungsmacht behandelt.⁴¹ Folgt man dieser Ansicht, so kann L den N nicht nach § 179 BGB in Anspruch nehmen.

3. Analoge Anwendung der Vorschrift

Über den Wortlaut hinaus findet § 179 BGB oftmals analoge Anwendung.⁴² Für die Examensklausur sind dabei insbesondere die Fälle der Rechtsscheinhaftung, der Identitätstäuschung und der Haftung des Boten ohne Botenmacht von Bedeutung.

a) Die Rechtsscheinhaftung

In den Fällen der Rechtsscheinhaftung geht es um Fallgestaltungen, in denen der Anspruchsgegner einen Rechtsschein erzeugt, auf den der Anspruchsteller vertraut, er in diesem Vertrauen aber enttäuscht wird.

Fall 4:⁴³ Die im Handelsregister eingetragene G-Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) bietet unter der Bezeichnung »H-GmbH u.G. (i.G.)« (im Folgenden: G-UG) Fassadenarbeiten an. Alleiniger Geschäftsführer ist der gerissene Gustav (G). Besteller (B) möchte seine Hausfassade sanieren. Daher nimmt er ein darauf gerichtetes Angebot der »H-GmbH u.G. (i.G.)« an. Dabei geht B davon aus, dass es sich bei seinem Gegenüber um eine vollwertige GmbH handelt. Anderenfalls hätte er sich ein anderes Unternehmen gesucht. Die Arbeiten werden zwar begonnen, aber nie zu Ende geführt, weshalb B den Werkvertrag nach erfolgloser Fristsetzung wirksam kündigt und einen anderen (teureren Anbieter) mit der Sanierung beauftragt. Die G-UG ist derweilen mittellos, weshalb B den Geschäftsführer G auf Ersatz der Mehrkosten in Anspruch nehmen möchte. Hier stellt sich die Frage, ob dem B gegenüber G ein darauf gerichteter Anspruch zusteht, wenn unterstellt wird, dass ein solcher des B gegen die G-UG entstanden ist.

³³ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 519f.; *Staudinger/Schilken*, BGB, 2014, § 179 Rn. 6; *Schmidt* in FS Gernhuber, 437f. für die Anscheinsvollmacht.

³⁴ *Schmidt* in FS Gernhuber, 441; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 520, *ders.*, NJW 1974, 455f.

³⁵ *Schmidt* in FS Gernhuber, 441; *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1647; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 518; so auch für den Fall des Scheinkaufmanns, *EBJS/Joost*, HGB, 3. Aufl. 2015, § 343 Rn. 8.

³⁶ *Canaris*, NJW 1974, 455f.

³⁷ *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1647.

³⁸ BGHZ 86, 273 = BGH NJW 1983, 1308 f, dem folgend: *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 4.

³⁹ BGHZ 86, 273 = BGH NJW 1983, 1308f.; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 3, 24; *Staudinger/Schilken*, BGB, 2014, § 167 Rn. 44; *Brox/Walker*, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 25 Rn. 566; *MünchKomm/Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 167 Rn. 133.

⁴⁰ *Köhler*, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 72.

⁴¹ AA mit dem Hinweis vertretbar, dass die Anscheinsvollmacht gerade keine Vertretungsmacherteilung aufweist und präzise betrachtet den Prinzipien gesetzlicher Haftung wie etwa der *Culpa in Contrahendo* deutlich näher steht. Die Anscheinsvollmacht könnte durchaus auch als der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis erkannt werden, die zurecht nach allg M abzulehnen ist.

⁴² *MünchKomm/Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 10 ff.

⁴³ Angelehnt an BGH NJW 2012, 2871 ff.

Ein vertraglicher Ersatzanspruch gegen G scheidet aus; allein die G-UG ist Vertragspartner des B geworden. Nach der Lehre vom unternehmensbezogenen Geschäft wird der wahre Unternehmensinhaber auch dann berechtigt und verpflichtet, wenn er durch den Vertreter falsch bezeichnet worden ist.⁴⁴ Ein Anspruch kann sich aber aus § 179 BGB analog ergeben. § 179 BGB enthält den Rechtsgedanken, dass derjenige, der ein Vertrauen hervorruft, das später enttäuscht wird, für das enttäuschte Vertrauen einstehen muss.⁴⁵ Infolgedessen geht die Rechtsprechung davon aus, dass § 179 BGB bei der Rechtsscheinhaftung analog anzuwenden ist.⁴⁶ Danach setzt eine Rechtsscheinhaftung voraus, (1) dass der Anspruchsgegner einen Rechtsschein gesetzt, (2) der Anspruchsteller die wahren Verhältnisse nicht gekannt und (3) sich dieser nur aufgrund des Rechtsscheins auf das Rechtsgeschäft eingelassen hat.⁴⁷ Daher haftete der Handelnde kraft Rechtsscheins analog § 179 BGB beispielsweise, wenn er für eine GmbH im Rechtsverkehr agiert, ohne den in § 4 GmbHG vorgesehenen Firmenzusatz »GmbH« zu führen.⁴⁸ Dabei erweckt der Handelnde beim Geschäftsgegner die Erwartung, dass er mit einer unbeschränkt haftenden Person kontrahiert, obwohl sein Gegenüber tatsächlich lediglich beschränkt haftet.⁴⁹ Als Ausgleich für sein enttäushtes Vertrauen ist dem Geschäftsgegner die Möglichkeit zu geben, den Handelnden analog § 179 BGB als unbeschränkt haftende Person in Anspruch nehmen zu können.⁵⁰ Nicht anders liegt es, wenn der Handelnde eine UG (haftungsbeschränkt) als »GmbH u.G. (i.G.)« bezeichnet.⁵¹ Hier wird der Anschein erweckt, dass mit einer vollwertigen GmbH kontrahiert wird, die zumindest ursprünglich über ein Stammkapital von mindestens 25.000 € (vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG) verfügte und so solventer und insgesamt seriöser erscheint, als eine UG (haftungsbeschränkt), die bereits mit nur 1€ Stamm-

kapital (vgl. § 5 a Abs. 1 GmbHG) gegründet werden kann.⁵² Demzufolge geht die Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums davon aus, dass derjenige, der eine UG (haftungsbeschränkt) im Rechtsverkehr als GmbH bezeichnet, »wegen unzureichender Information der Geschäftspartner über die gesetzlich angeordnete Kapitalausstattung der Gesellschaft« in entsprechender Anwendung des § 179 BGB haftet.⁵³ Der ganz herrschenden Meinung folgend kann der Besteller B auch den Geschäftsführer G analog § 179 BGB in Anspruch nehmen. Dieser haftet mit der G-UG gemeinsam als Gesamtschuldner.⁵⁴ Darüber hinaus findet § 179 BGB in Rahmen der Rechtsscheinhaftung analog Anwendung, wenn der Vertreter für eine (noch) nicht oder nicht mehr existierende (jur.) Person gehandelt hat oder er den Vertretenen in Rahmen eines »Geschäfts für den, den es angeht« nicht namhaft macht.⁵⁵

b) Die Identitätstäuschung am Beispiel einer eBay-Auktion

Des Weiteren kann § 179 BGB analog beim Handeln *unter fremden Namen* anzuwenden sein.⁵⁶ Hier handelt der Vertreter *nicht im Namen* des Vertretenen sondern benutzt dessen Namen als seinen eigenen, sodass es für den Geschäftsgegner nicht ersichtlich ist, dass auf der anderen Seite mehrere, verschiedene Personen stehen.⁵⁷ Dabei lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden. Einerseits ist es möglich, dass der Vertragspartner kein besonderes Interesse daran hat zu erfahren, mit wem er kontrahiert. In diesem Fall handelt es sich um eine sog. Namenstäu-

⁴⁴ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 117 ff.; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 164 Rn. 14; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 164 Rn. 7.

⁴⁵ BGHZ 39, 45 (51) = BGH NJW 1963, 759; BGHZ 32, 250 (254) = BGH NJW 1960, 1565; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 2; Bitter, BGB AT, 2. Aufl. 2013, § 10 Rn. 250.

⁴⁶ BGHZ 64, 11 ff. = BGH NJW 1975, 1166; BGH NJW 2012, 2871 ff.; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 23.

⁴⁷ BGHZ 64, 11 ff. = BGH NJW 1975, 1166; BGH NJW 2012, 2871 ff.

⁴⁸ BGHZ 64, 11 ff. = BGH NJW 1975, 1166, vgl. auch Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 164 Rn. 24; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 23; aA, wonach ein Anspruch aus cic gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 S. 2 BGB vorzugswürdig erscheint, vgl. Altmeyden, NJW 2012, 2833.

⁴⁹ BGHZ 64, 11 ff. = BGH NJW 1975, 1166.

⁵⁰ BGH NJW 2012, 2871 ff.

⁵¹ BGH NJW 2012, 2871 ff.; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 164 Rn. 24.

⁵² BGH NJW 2012, 2871 ff., vgl. zur »Seriositätsschwelle« Begr RegE BT-Drucks 16/6140, S. 31.

⁵³ BGH NJW 2012, 2871 ff.; Roth/Altmeyden/Roth, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 5 a Rn. 11; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 164 Rn. 24; grundsätzlich zustimmend, aber kritisch zur Anwendung von § 179 BGB MünchKomm/Rieder, GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 5 a Rn. 16, MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 17; aA, die hier eine Rechtsscheinhaftung mit dem Hinweis ablehnt, dass alleine die Firmierung als GmbH nicht das Vertrauen rechtfertigt, dass das bei einer GmbH notwendige Mindeststammkapital noch tatsächlich vorhanden ist, Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 780; Römermann, NJW 2010, 905, 907; Veil, GmbHR 2007, 1080, 1082.

⁵⁴ BGH NJW 2012, 2871 ff.; vgl. Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 23.

⁵⁵ BGHZ 63, 45 = BGH WM 1974, 973; BGH NJW 1995, 1739; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 10; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 22.

⁵⁶ Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 25; Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 26 Rn. 49.

⁵⁷ Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 164 BGB Rn. 11; Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 25 Rn. 6.

schung.⁵⁸ Diese führt dazu, dass ein Eigengeschäft des unter dem fremden Namen Handelnden vorliegt und die §§ 177 ff. BGB dementsprechend nicht (auch nicht analog) anzuwenden sind.⁵⁹ Andererseits gibt es Fälle, in denen die Identität des Gegenübers von entscheidender Bedeutung für den Vertragspartner ist.⁶⁰ Agiert der Handelnde hier unter fremden Namen, so liegt eine Identitätstäuschung vor.⁶¹ Zur Erläuterungen der Rechtsfolgen einer Identitätstäuschung ein äußerst examensrelevanter Fall:

Fall 5: Die akkurate Auktionatorin (A) unterhält bei eBay ein passwortgeschütztes Mitgliedschaftskonto mit über 1.000 positiven Bewertungen. Ihr verschlagener Verlobter (V) bietet über das Konto der A ein Auto zu einem Eingangsgebot von 1 Euro an, da er aufgrund der vielen positiven Bewertungen der A hofft, einen höheren Preis erzielen zu können. A hat dem weder zugestimmt noch weiß sie, dass V Zugang zu ihrem eBay-Konto hat. Ihre Zugangsdaten hat sie »sicher« in der Schreibtischschublade aufbewahrt.

Kurze Zeit später endet die Auktion durch Zeitablauf. Zuvor hat der bescheidene Bieter (B) ein Maximalgebot von 1.000 € abgegeben. Andere Bieter gibt es nicht. B zahlt der A daraufhin den Kaufpreis in Höhe von 1 Euro und verlangt von dieser, Übergabe und Übereignung des PKW. A weigert sich und verweist den B an V. Kann B von A oder V Übergabe und Übereignung des PKW verlangen?⁶²

B könnte ein solcher Anspruch gegen A gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Maßgeblich für das Entstehen eines solchen Anspruchs ist, dass B und A einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben.⁶³ Das wiederum setzt voraus, dass sie darauf gerichtete Willenserklärungen abgegeben haben. Im vorliegenden Fall hat A nicht gehandelt und damit auch keine Erklärung abgegeben. Das Auto wurde alleine von V bei eBay eingestellt, sodass auch nur er eine Willenserklärung abgegeben hat. Daher können A und B nur dann einen Kaufvertrag geschlossen haben, wenn sich A das Verhalten des V zurechnen lassen muss. Eine Zurechnung in direkter Anwendung des § 164 Abs. 1 BGB scheidet aus, da A gerade nicht vertreten worden ist, sondern vielmehr aus der Sicht des objektiven Empfängers des Angebots, d. h. des potentiellen Bieters, nach §§ 133,

157 BGB das Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages selbst abgegeben hat, was tatsächlich jedoch nicht der Fall war.⁶⁴ Vielmehr hat V durch die Benutzung des fremden eBay-Kontos *unter* fremden Namen gehandelt, da der objektive Empfänger aufgrund der fehlenden Offenlegung durch V und aufgrund des obligatorischen Passwortschutzes davon ausgehen musste, dass das Angebot vom angegebenen Kontoinhaber stammt.⁶⁵ Es handelt sich in den sog. eBay-Fällen grundsätzlich nicht um eine bloße Namens-, sondern um eine Identitätstäuschung, da der Rechtsverkehr aufgrund der Benutzerbewertungen und der damit verknüpften Erwartung an die Zuverlässigkeit des Offerierenden gerade mit diesem kontrahieren möchte und die Identität des Geschäftspartners somit von entscheidender Bedeutung ist.⁶⁶ Im Rahmen einer solchen Identitätstäuschung müssen sowohl der Erklärungsempfänger, d. h. hier der Bieter, als auch der Namensträger geschützt werden, um zu verhindern, dass das Vertrauen des Geschäftsgegners enttäuscht oder der wahre Namenssträger ohne Weiteres verpflichtet wird.⁶⁷ Aus diesem Grund führt eine Identitätstäuschung keineswegs zu einem Eigengeschäft des Handelnden, sondern zu einem (ggf. schwebend unwirksamen) Fremdgeschäft des wahren Namensträgers.⁶⁸ Die daran anknüpfende Frage, ob der Namensträger aus diesem Fremdgeschäft berechtigt und verpflichtet wird, beurteilt sich nach h. M. nach den Regeln über die Stellvertretung, sodass die §§ 164 ff. BGB, sowie die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht *entsprechend* anzuwenden sind.⁶⁹ Daher wird der wahre Namensträger nur dann verpflichtet, wenn ihm die Willenserklärung zurechenbar und er somit nicht schutzwürdig ist.⁷⁰ Eine untrennbar mit der Identitätstäuschung einhergehende Verletzung des Offenkundigkeitsprinzips steht der Anwendung nicht entgegen, da der Geschäftsgegner seinen Gegenüber aufgrund seiner Vorstellung kennt; dass er von der Einschaltung eines »Vertreters« nichts weiß, schadet nicht.⁷¹ Im vorliegenden Fall hatte V weder Vertretungsmacht noch hat A das Geschäft analog

⁵⁸ Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 25 Rn. 7.

⁵⁹ Staudinger/Schilken, BGB, 2014, Vorb zu den §§ 164 ff., Rn. 92; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 56 Rn. 907.

⁶⁰ So zB wenn mit dem Namen ein gewisse Bonität verbunden ist, vgl. Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 49 Rn. 53.

⁶¹ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 144; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 684.

⁶² Fall angelehnt an BGHZ 189, 346 = BGH NJW 2011, 2421.

⁶³ Der Abschluss eines Kaufvertrages richtet sich auch bei eBay-Auktionen nach den Bestimmungen der §§ 145 ff. BGB, vgl. BGHZ 149, 129 = BGH NJW 2002, 363.

⁶⁴ Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 26 Rn. 49.

⁶⁵ Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 26 Rn. 50.

⁶⁶ BGHZ 189, 346 = BGH NJW 2011, 2421; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 23; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 685.

⁶⁷ Brox/Walker, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 24 Rn. 530.

⁶⁸ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 142.

⁶⁹ BGHZ 189, 346 = BGH NJW 2011, 2421; BGHZ 45, 193 = BGH NJW 1966, 1069; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 142; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 23; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 56 Rn. 908; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 684; Faust, JuS 2011, 1027.

⁷⁰ Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 684.

⁷¹ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 142.

§ 177 Abs. 1 BGB genehmigt. Insbesondere greifen hier auch nicht die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht ein, da A das Auftreten des V weder kannte noch kennen musste.⁷² Für die Annahme einer Anscheinsvollmacht genügt es beispielsweise nicht, dass der Kontoinhaber die Zugangsdaten ggf. unzureichend vor dem Zugriff des Handelnden geschützt hat.⁷³ Darüber hinaus kann sich ein Anspruch gegen den Namensträger auch nicht aus einer etwaigen von eBay gestellten Formulklausel ergeben, wonach Mitglieder für sämtliche über ihr Konto durchgeführten Aktivitäten haften, da diese Klausel zum einen nicht unmittelbar zwischen Anbieter und Bieter Geltung entfacht und eine solche Klausel zum anderen wegen der unbegrenzten Haftungsverpflichtung jedenfalls gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam wäre.⁷⁴ Wird der wahre Namensträger danach nicht verpflichtet, kann sich der Geschäftsgegner jedoch in analoger Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB an den Handelnden halten.⁷⁵

c) Der Bote

Darüber hinaus gibt es verschiedene Konstellationen, in denen § 179 BGB analog anzuwenden ist, wenn ein Bote in das Geschehen involviert ist. Exemplarisch wird hier auf den vorsätzlich falsch handelnden Erklärungsboten und auf den als Boten auftretenden Vertreter eingegangen.

aa) der vorsätzlich falsch handelnde Erklärungsbote

Auch wenn der Bote im Gesetz nicht geregelt ist, so ist seine Existenz doch anerkannt; es lassen sich der Erklärungs- und der Empfangsbote unterscheiden.⁷⁶ Empfangsbote ist, wer entweder vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt worden ist oder wer nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen ist, Willenserklärungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen.⁷⁷ Als solcher ist er dem Risikobereich des Empfängers zugewiesen.⁷⁸ Das hat zur Folge, dass ausschließlich der Empfänger das Risiko des Verlustes oder der falschen Weiterübermittlung durch den Empfangsboten trägt.⁷⁹ Daher ist der Geschäftsgegner mit Übergabe der Erklärung an den Empfangsboten von seinem Risiko der Falschübermittlung befreit, sodass kein Bedürfnis für die Haftung des Empfangsboten analog § 179 BGB ihm gegenüber besteht.⁸⁰ Hier bleibt eine Haftung des Boten gegenüber seinem Geschäftsherrn alleine aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnis möglich.⁸¹ Eine Haftung analog § 179 BGB kommt aber für den Erklärungsboten in Betracht. Erklärungsbote ist derjenige, der vom Erklärenden als Übermittler der Willenserklärung eingesetzt wird und daher dessen Risikobereich zugeordnet ist.⁸² Für den Fall, dass dieser eine Erklärung unbewusst falsch übermittelt, gewährt § 120 BGB dem durch den Boten Erklärenden ein Anfechtungsrecht. Folglich bleibt die vom Boten übermittelte Erklärung bis zur Ausübung des Anfechtungsrechts wirksam. Der Geschäftsgegner ist aufgrund des Vertrages bzw. aufgrund des in § 122 BGB geregelten Schadensersatzanspruches umfassend geschützt, sodass kein Bedürfnis für eine Haftung des Erklärungsboten analog § 179 BGB besteht. Ausgehend davon wird teilweise vertreten, dass sogar die vorsätzlich falsche Übermittlung von § 120 BGB erfasst sei, sodass auch dann eine Haftung des Erklärungsboten analog § 179 BGB nicht in Betracht kommen könne.⁸³ Dafür spreche, dass die bewusst falsche Übermittlung durch den Boten dem Erklärenden noch zuzurechnen sei, da er durch die Einschaltung des Boten erst die Gefahr einer absichtlichen Falschübermittlung geschaffen habe und diese besser beherrsche als der Erklärungsempfänger.⁸⁴ Dem steht jedoch entgegen, dass bei der bewusst falschen Übermittlung schon keine »Übermittlung« im Sinne der Vorschrift gegeben und § 120 BGB somit gar nicht erst anwendbar sei, da

ger entgegenzunehmen.⁷⁷ Als solcher ist er dem Risikobereich des Empfängers zugewiesen.⁷⁸ Das hat zur Folge, dass ausschließlich der Empfänger das Risiko des Verlustes oder der falschen Weiterübermittlung durch den Empfangsboten trägt.⁷⁹ Daher ist der Geschäftsgegner mit Übergabe der Erklärung an den Empfangsboten von seinem Risiko der Falschübermittlung befreit, sodass kein Bedürfnis für die Haftung des Empfangsboten analog § 179 BGB ihm gegenüber besteht.⁸⁰ Hier bleibt eine Haftung des Boten gegenüber seinem Geschäftsherrn alleine aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnis möglich.⁸¹ Eine Haftung analog § 179 BGB kommt aber für den Erklärungsboten in Betracht. Erklärungsbote ist derjenige, der vom Erklärenden als Übermittler der Willenserklärung eingesetzt wird und daher dessen Risikobereich zugeordnet ist.⁸² Für den Fall, dass dieser eine Erklärung unbewusst falsch übermittelt, gewährt § 120 BGB dem durch den Boten Erklärenden ein Anfechtungsrecht. Folglich bleibt die vom Boten übermittelte Erklärung bis zur Ausübung des Anfechtungsrechts wirksam. Der Geschäftsgegner ist aufgrund des Vertrages bzw. aufgrund des in § 122 BGB geregelten Schadensersatzanspruches umfassend geschützt, sodass kein Bedürfnis für eine Haftung des Erklärungsboten analog § 179 BGB besteht. Ausgehend davon wird teilweise vertreten, dass sogar die vorsätzlich falsche Übermittlung von § 120 BGB erfasst sei, sodass auch dann eine Haftung des Erklärungsboten analog § 179 BGB nicht in Betracht kommen könne.⁸³ Dafür spreche, dass die bewusst falsche Übermittlung durch den Boten dem Erklärenden noch zuzurechnen sei, da er durch die Einschaltung des Boten erst die Gefahr einer absichtlichen Falschübermittlung geschaffen habe und diese besser beherrsche als der Erklärungsempfänger.⁸⁴ Dem steht jedoch entgegen, dass bei der bewusst falschen Übermittlung schon keine »Übermittlung« im Sinne der Vorschrift gegeben und § 120 BGB somit gar nicht erst anwendbar sei, da

⁷² BGHZ 189, 346 = BGH NJW 2011, 2421; aA *Borges*, NJW 2011, 2400, 2403 wonach die Tatsache, dass eine Erklärung über ein registriertes und passwortgeschütztes Internetkonto abgegeben wird, bereits einen für eine Anscheinsvollmacht ausreichenden Rechtsschein erzeugt.

⁷³ BGHZ 189, 346 = BGH NJW 2011, 2421; *Faust*, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 26 Rn. 50.

⁷⁴ BGHZ 189, 346 = BGH NJW 2011, 2421; BGHZ 45, 195 = BGH NJW 1966, 1069 f; *Schmidt*, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 685.

⁷⁵ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 143; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 23; *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 56 Rn. 908; *Schmidt*, BGB AT, 14. Aufl. 2016 Rn. 685.

⁷⁶ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 70 ff.; *Faust*, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 10.

⁷⁷ BGH NJW 2002, 1565; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 81.

⁷⁸ Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 6 Rn. 15.

⁷⁹ OLG Hamm VersR 1980, 1164; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 83; Palandt/ Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 130 Rn. 9; *Faust*, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 10; *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 32, Rn. 1362.

⁸⁰ Palandt/ Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 120 Rn. 1 f.

⁸¹ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 82.

⁸² *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 22 Rn. 284.

⁸³ *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 48 Rn. 748, *Faust*, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 16 und *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 32 Rn. 1361; *Wolf/Neuner*, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 41 Rn. 40.

⁸⁴ *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 48 Rn. 748, *Faust*, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 16 und *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 32 Rn. 1361.

der »Bote« in diesem Fall *keine fremde*, sondern eine *eigene* Erklärung abgebe, die dem Erklärenden gerade nicht mehr zugerechnet werden könne.⁸⁵ Um den »Erklärenden« nicht schutzlos zu stellen, müsse die Erklärung des Boten für ihn analog § 177 Abs. 1 BGB unverbindlich sein.⁸⁶ In diesem Fall steht der Geschäftsgegner aber genauso, wie wenn er auf die Erklärung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht vertraut hätte, da das Geschäft auch in diesem Fall für den Vertretenen zunächst gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam, d.h. ihm gegenüber unverbindlich wäre und der Geschäftsgegner sodann weder einen Vertragspartner hätte noch über § 122 BGB geschützt wäre. Um diese Schutzlücke zu schließen und um einen effektiven Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs zu gewährleisten, muss der vorsätzlich falsch übermittelnde Erklärungsbote wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht behandelt werden, sodass die §§ 177 ff. BGB analog anzuwenden sind und der Bote dem Geschäftsgegner gegenüber bei versagter Genehmigung des Geschäftsherrn analog § 179 BGB haftet.⁸⁷

bb) Der als Bote auftretende Vertreter

Weiterhin ist es denkbar, dass ein Vertreter als Bote oder ein Bote als Vertreter auftritt, da zur Einordnung nicht der Wille des Handelnden, sondern zum Schutz des Rechtsverkehrs gemäß §§ 133, 157 BGB das äußere Erscheinungsbild des Auftretens entscheidend ist.⁸⁸ Maßgeblich ist also, wie ein objektiver Geschäftsgegner das Auftreten verstehen durfte.⁸⁹ Tritt der ursprüngliche Bote danach als Vertreter auf und agiert er dabei im Rahmen seiner Botenmacht, wird der »Vertretene« an diese Erklärung gebunden.⁹⁰ Handelt er stattdessen aber als Vertreter ohne oder nicht im Rahmen seiner ursprünglichen Botenmacht, sind die §§ 177 ff. BGB (jedenfalls analog) anzuwenden, sodass

auch der als Vertreter auftretende Bote gemäß § 179 BGB haftet.⁹¹ Gleichermaßen besteht aber die Möglichkeit, dass ein Vertreter als Bote auftritt. Handelt dieser im Rahmen seiner Vertretungsmacht, so wird der Geschäftsherr ebenso durch die Erklärung des »Boten« verpflichtet.⁹² Dies ist deshalb besonders hervorzuheben, weil in tatsächlicher Hinsicht weder der als Bote auftretende »Vertreter« (der Bote übermittelt nur eine fremde Erklärung) noch der Geschäftsherr eine Willenserklärung abgegeben haben, sondern lediglich der Anschein erweckt wurde, der Geschäftsherr habe eine solche abgegeben, die sodann übermittelt worden sei.⁹³ Handelt der als Bote auftretende Vertreter dagegen nicht im Rahmen seiner ursprünglichen Vertretungsmacht, so muss hinsichtlich der Rechtsfolgen unterschieden werden. Weicht er unbewusst von dieser ab, bleibt das Rechtsgeschäft wirksam.⁹⁴ Dann kann der Geschäftsherr das Geschäft analog § 120 BGB anfechten, muss aber gemäß § 122 BGB Schadensersatz leisten.⁹⁵ Weicht er dagegen bewusst von seiner Vertretungsmacht ab oder fehlt eine solche von Anfang an, so findet § 120 BGB keine Anwendung.⁹⁶ Vielmehr sind die §§ 177 ff. BGB analog anzuwenden, sodass der als Bote auftretende Vertreter analog § 179 BGB haftet.⁹⁷

III. Rechtsfolge des § 179 Abs. 1 BGB

Auf Rechtsfolgenseite statuiert § 179 Abs. 1 BGB, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht »dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet ist.« Auch wenn dieser Satz noch so harmlos erscheint, folgen aus ihm doch viele problematische Konstellationen.

⁸⁵ BGH WM 1963, 165 ff.; Erman/*Arnold*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 120 Rn. 5; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 120 Rn. 4; Brox/*Walker*, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 607; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 651a.

⁸⁶ Palandt/*Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 120 Rn. 3; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 651a.

⁸⁷ OLG Oldenburg NJW 1978, 951 f.; Brox/*Walker*, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 607; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 651a.

⁸⁸ BGHZ 12, 327 = BGH NJW 1954, 797; Staudinger/*Schilken*, BGB, 2014, Vorb zu §§ 164 ff., Rn. 74; Hirsch, BGB AT, 8. Aufl. 2015, § 33 Rn. 841.

⁸⁹ Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 3.

⁹⁰ Palandt/*Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, Einf v § 164 Rn. 11; MünchKomm/*Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 76; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 659; Giesen/*Hegemann*, JURA 1991, 357, 359; aA Hueck AcP 152 (1952), 432, 437.

⁹¹ MünchKomm/*Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 78; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 662; Giesen/*Hegemann*, JURA 1991, 357, 359.

⁹² Palandt/*Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, Einf v § 164 Rn. 11; MünchKomm/*Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 77; Giesen/*Hegemann*, JURA 1991, 357, 359.

⁹³ MünchKomm/*Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 77; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 660, Fn 507; Giesen/*Hegemann*, JURA 1991, 357, 359.

⁹⁴ Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 664; Giesen/*Hegemann*, JURA 1991, 357, 359.

⁹⁵ Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 664; Giesen/*Hegemann*, JURA 1991, 357, 359.

⁹⁶ Siehe dazu: II.3.c) aa).

⁹⁷ Vgl. OLG Oldenburg NJW 1978, 951 f.; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 663; Brox/*Walker*, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 607.

1. Das Verhältnis von »Erfüllung« zu Schadensersatz

Zunächst stellt sich die Frage, welches Verhältnis zwischen Erfüllung und Schadensersatz besteht. Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass Erfüllung und Schadensersatz in einem Verhältnis elektiver Konkurrenz zueinander stünden, sodass der Anspruchsberechtigte nicht an seine Wahl gebunden wird.⁹⁸ Die wohl h. M. geht demgegenüber davon aus, dass eine gesetzliche Wahlschuld bestehe, auf die die §§ 262 ff. BGB anwendbar seien.⁹⁹ Diese Streitfrage wirkt sich dann aus, wenn der Anspruchsberechtigte entweder bereits Schadensersatz verlangt hat, sich im Nachhinein aber ein zuvor angenommener Schaden nicht darlegen lässt, oder er bereits Erfüllung gewählt hat und erst danach ein vom Anspruchsverpflichteten nicht zu vertretendes Leistungshindernis eintritt.¹⁰⁰ Nimmt man eine Wahlschuld an, so ist der Anspruchsberechtigte gemäß § 263 Abs. 2 BGB an seine Wahl gebunden, sodass er diese nicht mehr ändern kann und daher ggf. leer ausgeht.¹⁰¹ Stimmt man aber der in der tvA einer elektiven Konkurrenz zu, so kann der Anspruchsberechtigte zwischen Erfüllung und Schadensersatz bis zur Herbeiführung des gewählten Verlangens durch den Schuldner frei wählen, da eine vorgenommene Wahl in diesem Fall keine Bindungswirkung entfaltet.¹⁰² Die h. M. begründet die Annahme einer Wahlschuld iSd §§ 262 ff. BGB mit dem Wortlaut und der Historie. Zum einen weist die Formulierung »nach dessen Wahl« augenscheinlich auf die §§ 262 ff. BGB hin.¹⁰³ Zum anderen wurde eben diese Formulierung bei anderen Normen, wie beispielsweise den §§ 292, 294, 1237 BGB a. F. in der Vergangenheit geändert, um klarzustellen, dass dort gerade keine Wahlschuld vorliegen sollte, sodass es nahe gelegen hätte, auch § 179 BGB zu ändern.¹⁰⁴ Wenn der Gesetzgeber ersichtlich von einer Änderung des § 179

BGB abgesehen hat, lässt sich daraus der Schluss ziehen, dass die Wahlschuld wohl dem gesetzgeberischen Willen entsprechen müsse.¹⁰⁵ Die Befürworter einer elektiven Konkurrenz halten der Annahme einer Wahlschuld jedoch entgegen, dass eine solche gar nicht vorliegen könne, da diese voraussetze, dass bei der Wahl bereits ein Schuldverhältnis bestehe.¹⁰⁶ Das sei aber im Rahmen des § 179 BGB vor der Erklärung des Geschäftsgenossen nicht der Fall, da das Schuldverhältnis erst mit der Erklärung begründet werde.¹⁰⁷ Außerdem sei es für die dogmatische Einordnung der Rechtsfolgen des § 179 Abs. 1 BGB in ein Wahlschuldverhältnis oder in ein Verhältnis elektiver Konkurrenz alleine maßgeblich, wer vorrangig in seiner Dispositionsbefugnis geschützt werden solle.¹⁰⁸ Befürwortet man beispielsweise ein Verhältnis elektiver Konkurrenz, so wird nicht der Schuldner in seinen Dispositionen, die er im Hinblick auf die zunächst vom Gläubiger geäußerte Wahl trifft, sondern der Gläubiger geschützt.¹⁰⁹ Die Frage, wessen Schutz sich danach als vorrangig erweist, ist durch Auslegung des Gesetzes zu beantworten.¹¹⁰ Im Rahmen des § 179 BGB kann diese Auslegung aber nur dazu führen, dass der Anspruchsberechtigte zu schützen ist, da § 179 BGB gerade dessen Schutz bezweckt und dieser Schutz eingeschränkt würde, wenn er die Gefahr einer »falschen Wahl« tragen müsste. Darüber hinaus hat es der Vertreter ohne Vertretungsmacht durch schnelle Befriedigung des gewählten Begehrens selbst in der Hand, ein Umspringen des Gläubigers durch Erfüllung zu verhindern.¹¹¹ Daher erscheint die Lösung der elektiven Konkurrenz vorzuzugungswürdig.¹¹²

⁹⁸ Erman/*Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 8; MünchKomm/*Krüger*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 262 Rn. 12; *Hilger*, NJW 1986, 2237; *Kress*, Allg. SchuldR, 1929, 246 f.

⁹⁹ RGZ 154, 58; Erman/*Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 8; *Wolf/Neuner*, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 28; *Brox/Walker*, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 602; *Faust*, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 27 Rn. 10; *Larenz/Wolf*, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 22; *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1630.

¹⁰⁰ Erman/*Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 8; *Hilger*, NJW 1986, 2237.

¹⁰¹ *Hilger*, NJW 1986, 2237; insbesondere kann § 265 BGB auch nicht in der Weise herangezogen werden, dass der Anspruchsberechtigte wieder Erfüllung verlangen kann, wenn sich ein Schaden nach Wahl von Schadensersatz nicht beweisen lässt, vgl. RGZ 154, 58; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 15.

¹⁰² *Palandt/Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 262 Rn. 5.

¹⁰³ RGZ 154, 58.

¹⁰⁴ RGZ 154, 58; die §§ 340, 342, 1345 BGB sind an die Stelle der 292, 294, 1237 BGB a. F. getreten.

¹⁰⁵ RGZ 154, 58.

¹⁰⁶ *Kress*, Allg. SchuldR, 1929, 247; zur Wahlschuld MünchKomm/*Krüger*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 262 Rn. 2.

¹⁰⁷ *Kress*, Allg. SchuldR, 1929, 247; vgl. auch *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34, Rn. 1627, wonach erst bei Wahl des Geschäftsgenossen ein gesetzliches Schuldverhältnis entsteht. Beachte: Nach überwiegender Ansicht entsteht der Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB mit Verweigerung der Genehmigung des Vertretenen, vgl. BGHZ 73, 266 = BGH NJW 1979, 1161; MünchKomm/*Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 51.

¹⁰⁸ *Hilger*, NJW 1986, 2237.

¹⁰⁹ *Hilger*, NJW 1986, 2237.

¹¹⁰ *Palandt/Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 262 Rn. 6.

¹¹¹ *Hilger*, NJW 1986, 2237.

¹¹² Beachte: Die Rechtsprechung geht seit RGZ 154, 58 von einer Wahlschuld aus.

2. Rechtsfolge bei der Wahl der »Erfüllung«?

Daran anschließend stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen mit der Wahl der Erfüllung verbunden sind. Anerkannt ist, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht nicht selbst Vertragspartei wird, sich aber als solche behandeln lassen muss.¹¹³ § 179 BGB begründet ein *gesetzliches* Schuldverhältnis, dessen Inhalt sich nach dem vom Vertreter geschlossenen, aber unwirksamen Vertrag richtet.¹¹⁴

Fall 6: Autoliebhaber A hat bei Händler H im Namen seines Freundes F ein neues »Sterne-Cabriolet« zu einem Kaufpreis von 50.000 € gekauft, da dieser dem A offenbarte, dass er den Fahrtwind gerne einmal direkt spüren wolle. Dabei war A bewusst, dass er keine Vertretungsmacht hatte. F hat die Genehmigung des Vertrages verweigert. H verlangt von A Erfüllung.

Hier liegen die Anspruchsvoraussetzungen des § 179 Abs. 1 BGB vor. Daher steht H gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 50.000 € gemäß § 179 Abs. 1 BGB (wegen § 433 Abs. 2 BGB) zu. Darüber hinaus kann er, weil sich der Vertreter als Vertragspartei behandeln lassen muss, von diesem Abnahme des Cabriolet (§ 433 Abs. 1 BGB) verlangen. Hier stellt sich regelmäßig die Frage, ob bereits die Wahl der Erfüllung dazu führt, dass auch der Vertreter einen eigenen Erfüllungsanspruch erhält. Vereinzelte Stimmen im Schrifttum bejahen dies.¹¹⁵ Für den Vertreter bestehe unter Umständen ein erhebliches Interesse daran, zu erfahren, ob er Leistung des Geschäftsgegners erhält.¹¹⁶ Darüber hinaus sei es, nur weil der Vertreter nicht Vertragspartei wird, nicht ausgeschlossen, dass das Gesetz eine entsprechende Rechtsfolge an die Erfüllungswahl knüpft.¹¹⁷ Überwiegend wird ein eigener Erfüllungsanspruch des Vertreters jedoch mit dem Hinweis abgelehnt, dass gerade kein Vertrag zwischen beiden bestehe, aus dem sich ein solcher Anspruch ergeben könnte und dass auch § 179 BGB keine entsprechende Rechtsfolge vorsehe, zumal andernfalls dem Wahlrecht

des Geschäftsgegners vorgegriffen werden könnte.¹¹⁸ Dadurch wird dem Geschäftsgegner zugleich einseitig die Möglichkeit gegeben, auch für die Nichtdurchführung des Vertrages noch nach Wahl der Erfüllung entscheiden zu können.¹¹⁹ Daraus folgt aber, dass der Vertreter mangels eigenen Erfüllungsanspruchs leisten müsste, ohne die Gegenleistung zu erhalten. Um dieses unbillig erscheinende Ergebnis zu verhindern, wird dem Vertreter unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben die Möglichkeit gewährt, die Rechte aus den §§ 320 ff. BGB gegenüber dem Geschäftsgegner geltend zu machen, sodass er nicht leisten muss, ohne auch die Gegenleistung zu erhalten.¹²⁰ Hat er ohne Geltendmachung der §§ 320 ff. BGB bereits geleistet, ohne die Gegenleistung erhalten zu haben, so ist ihm dann nach § 242 BGB ein Anspruch auf die Gegenleistung zuzubilligen, da der Geschäftsgegner sonst ohne sachlichen Grund besser stünde als bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung mit dem Vertretenen.¹²¹ Folglich ist im Fall 6 der Anspruch des H auf Zahlung gemäß § 179 Abs. 1 BGB gegen A nur Zug um Zug (§§ 320, 322 BGB) gegen Übergabe und Übereignung (§ 433 Abs. 1 BGB) des Cabriolet durchsetzbar (a. A. vertretbar). Darüber hinaus soll der Vertreter ohne Vertretungsmacht auch etwaige Mängelgewährleistung geltend machen können.¹²² Dahinter verbirgt sich der Gedanke, dass der Geschäftsgegner nicht besser stehen darf, als er bei wirksamen Vertrag stünde.¹²³ Aus diesem Grund wird dem Vertreter auch zugestanden, etwaige Gestaltungsrechte, wie ein Anfechtungs- oder ein Widerrufsrecht, die an sich dem Vertretenen zugestanden hätten, selbstständig gel-

¹¹³ RGZ 120, 126; BGH NJW 2004, 774; BGH NJW 1971, 429; BGH NJW 1970, 240; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 36; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 16; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 12; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 9; Brox/Walker, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 602; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 20.

¹¹⁴ Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 16; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1627; Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 104; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 19.

¹¹⁵ Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 5.; Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 105.

¹¹⁶ Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 5.; Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 105.

¹¹⁷ Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 105.

¹¹⁸ RGZ 120, 126; BGH NJW 1971, 429; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 15; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 16; Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 105; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 20.

¹¹⁹ Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 986.

¹²⁰ RGZ 120, 126; BGH NJW 1971, 429; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 15; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 16; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 5.; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 20; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1627.

¹²¹ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 38; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 10; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 16; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 15; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 986; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1627.

¹²² HK/Dörner, BGB, 8. Aufl. 2014, § 179 Rn. 6; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 5; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 986; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 20; Leipold, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 11; Prölss, JuS 1986, 169, 171.

¹²³ Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 11; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 986; Leipold, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 11.

tend zu machen, um so einer Haftung nach § 179 BGB ggf. entgehen zu können.¹²⁴ Hierbei ist aber zu beachten, dass für die Frage der Entstehung des Widerrufsrecht anders als beim Anfechtungsrecht (dort ist wegen § 166 Abs. 1 BGB die Person des Vertreters maßgeblich)¹²⁵ die Person des Vertretenen maßgeblich sein muss, da der Geschäftsgegner sonst schlechter stehen würde, als im Vergleich dazu, wenn der vom Vertreter geschlossene Vertrag wirksam wäre.¹²⁶ Folglich würde der Verbraucherschutz für den Vertreter selbst dann nicht ausgelöst, wenn in seiner Person die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Widerrufsrechts vorlägen.¹²⁷

3. Die Berechnung des Schadensersatzes

Anstelle der Erfüllung kann der Geschäftsgegner nach § 179 Abs. 1 BGB aber auch Schadensersatz verlangen. In diesem Fall ist der Anspruch auf das positive Interesse (das Erfüllungsinteresse) gerichtet, sodass es sich bei dem Schadensersatzanspruch dogmatisch um Schadensersatz statt der Leistung handelt.¹²⁸ Danach ist der Geschäftsgegner so zu stellen, wie er stünde, wenn der vom Vertreter geschlossene Vertrag wirksam wäre.¹²⁹ Naturalrestitution iSd § 249 Abs. 1 BGB ist aber nicht möglich, weil ansonsten keine Alternative zum Erfüllungsanspruch gegeben wäre.¹³⁰ Folglich ist der Anspruch stets nur auf Geld gerichtet.¹³¹ Bei gegenseitigen Verträgen soll der Schaden nach der Differenztheorie berechnet werden.¹³² In diesem Fall

kann der Geschäftsgegner die von ihm versprochene Leistung behalten und der Vertreter ist lediglich dazu verpflichtet, die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung auszugleichen.¹³³

Fall 7: Es besteht die gleiche Ausgangssituation wie bei Fall 6. Hier entspricht der Kaufpreis für das »Sterne Cabriolet« aber nicht dessen objektiven Wert von 50.000 €, sondern ist nur in Höhe von 40.000 € vereinbart.

Verlangt H nun Schadensersatz, so muss A ihn so stellen, wie er stünde, wenn der von A als Vertreter geschlossene Vertrag wirksam gewesen wäre. In diesem Fall hätte H einen Gewinn in Höhe von 10.000 € erwirtschaftet. Daher muss A Schadensersatz in Höhe von 10.000 € leisten, um das Erfüllungsinteresse des H zu befriedigen. Nimmt H zunächst den von A vertretenen F in Anspruch und verliert dabei vor Gericht, so sind auch die daraus resultierenden vergeblichen Prozesskosten von dem nach § 179 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Schaden erfasst, da der Geschäftsgegner auch Ersatz für solche Schäden fordern kann, die bei Wirksamkeit des Vertretergeschäfts nicht entstanden wären.¹³⁴ Hätte H dagegen keinen Schaden erlitten, sondern stattdessen Aufwendungen gehabt, die sich aufgrund der fehlenden Vertretungsmacht als nutzlos erwiesen haben, so hätte er *anstelle* des Schadensersatzanspruchs auch analog § 284 BGB Ersatz der vergeblichen Aufwendungen verlangen können.¹³⁵

IV. Die Beschränkung der Haftung nach § 179 Abs. 2 BGB

§ 179 Abs. 2 BGB bestimmt für den Fall, dass der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, dass er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet ist, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut hat, nicht jedoch über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat. Bei § 179 Abs. 2 BGB handelt es sich dogmatisch nicht um eine eigene Anspruchsgrund-

¹²⁴ BGH NJW 2002, 1867; BGH NJW-RR 1991, 1074; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 10; Leipold, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 11; Prölss, JuS 1986, 169, 171.

¹²⁵ Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 106.

¹²⁶ BGH NJW-RR 1991, 1074.

¹²⁷ AG Arnsberg, Urt. v. 22.04.2015 – 3 C 490/14.

¹²⁸ Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 988.

¹²⁹ Leipold, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 12; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 21; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1628; Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 27 Rn. 12.

¹³⁰ Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 16; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 17; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 21; Leipold, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 12.

¹³¹ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 44; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 16; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 17; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 21; Leipold, BGB I, 8. Aufl. 2015, § 26 Rn. 12.

¹³² Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 6; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 988; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 20.; streitig ist, ob die Berechnung des Schadens im Einzelfall auch nach der Surrogationstheorie möglich ist, da dies dem Erfüllungsanspruch gleichkommen würde, vgl. dazu Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 12; die Anwendbarkeit der

Surrogationstheorie bejahend MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 44.

¹³³ Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 988.

¹³⁴ OLG Düsseldorf NJW 1992, 1176 f.; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 45; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 6; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 12; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 17.

¹³⁵ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 44.

lage, sondern lediglich um eine Beschränkung des Anspruchs aus § 179 Abs. 1 BGB.¹³⁶

1. Anwendungsbereich der Beschränkung nach § 179 Abs. 2 BGB

Die durch Abs. 2 vorgenommene Beschränkung auf das negative Interesse setzt lediglich voraus, dass der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht positiv gekannt hat.¹³⁷ Diese Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn der Vertreter den Mangel hätte kennen müssen, d. h. fahrlässig nicht kannte (§ 122 Abs. 2 BGB), sodass die Haftung auch dann beschränkt ist, wenn er das Vorliegen seiner Vertretungsmacht grob fahrlässig annimmt.¹³⁸ Dagegen soll § 179 Abs. 2 BGB aber dann nicht anwendbar sein, wenn der Vertreter überhaupt keinen Grund hatte, bestehende Vertretungsmacht anzunehmen, sodass der Vertreter dann weiterhin auf das Erfüllungsinteresse haftet.¹³⁹ Darüber hinaus ist die dispositive Vorschrift des § 179 Abs. 2 BGB unabhängig vom Kenntnisstand des Vertreters auch dann nicht anwendbar, wenn er ausdrücklich die Gewähr für das Bestehen der Vertretungsmacht übernommen hat.¹⁴⁰ Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass dem Vertreter eine über § 179 Abs. 2 BGB hinausgehende Haftung nur individualvertraglich, nicht aber auch durch AGB auferlegt werden kann (§§ 309 Nr. 11 b und 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB).¹⁴¹

136 OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 675 ff.; *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1632; aA (wohl) *Brox/Walker*, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 604 (vgl. »Anspruch aus § 179 Abs. 2 BGB«)

137 *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 989.

138 OLGZ 1989, 234 = OLG Saarbrücken 1 U 16/87; RG JW 1933, 2641; *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 14; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 18; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 7; *Hübner*, BGB AT, 2. Aufl. 1996, § 49 Rn. 1315.

139 OLG Saarbrücken Urt. v. 21.09.1981 – 1 U 16/87 = OLGZ 1989, 234; *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 14; *JurisPK/Gehrelein/Weinland*; BGB, 7. Aufl. 2014, § 179 Rn. 16; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 7; *Willems*, JuS 2015, 586.

140 *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 17; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 18; *MünchKomm/Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 52; *Hübner*, BGB AT, 2. Aufl. 1996, § 49 Rn. 1315.

141 *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 17; *MünchKomm/Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 52.

2. Rechtsfolge der Beschränkung

Kannte der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht danach nicht und gab es zumindest Anhaltspunkte für ihn, eine bestehende Vertretungsmacht anzunehmen, so ist er aufgrund von § 179 Abs. 2 BGB lediglich zum Ersatz des Vertrauensschadens (d. h. des negativen Interesses) verpflichtet.¹⁴² Dementsprechend fällt auch die Wahlmöglichkeit des Geschäftsgegners weg, sodass er nur Schadensersatz, nicht aber auch Erfüllung verlangen kann.¹⁴³ Der Geschäftsgegner ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht auf die Wirksamkeit des Vertrages vertraut hätte.¹⁴⁴ Daher sind auch ggf. entstehende Rechtsverfolgungskosten gegen den angeblich Vertretenen vom negativen Interesse umfasst.¹⁴⁵ Jedoch ist die Höhe des Anspruchs in jedem Fall durch das positive Interesse begrenzt, sodass der Geschäftsgegner keinesfalls mehr erhält, als er auch bei Wirksamkeit des Vertrages erhalten hätte.¹⁴⁶ Infolgedessen lässt sich sagen, dass die Rechtsfolge des § 179 Abs. 2 BGB weitgehend der des § 122 Abs. 1 BGB entspricht.¹⁴⁷

Fall 8: A kauft bei Uhrenmacher U als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen des C eine seltene Uhr zu einem Kaufpreis von 5.000 €. U hat diese Uhr zuvor selbst anderweitig zu einem Kaufpreis von nur 4.000 € erworben. Später bietet der D dem U 7.000 € für diese Uhr. Dies lehnt U ab, da er sich gegenüber C im Wort fühlt. Später teilt C mit, dass A keine Vertretungsmacht gehabt habe und er den Vertrag auch nicht genehmige. Für A war die fehlende Vertretungsmacht indes nicht ersichtlich. Nun verlangt U von A Schadensersatz.¹⁴⁸

Hier liegen die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach § 179 Abs. 1 BGB mit Ausnahme der Kenntnis des Vertreters vom Mangel der Vertretungsmacht vor. Für diesen Fall bestimmt § 179 Abs. 2 BGB, dass der Vertreter dem Geschäftsgegner nur zum Ersatz des durch das positive Interesse begrenzten negativen Interesses verpflichtet ist. Wäre U nicht davon ausgegangen, mit C einen Kaufvertrag geschlossen zu haben, so hätte er die Uhr mit

142 *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 14.

143 *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1631.

144 OLG Düsseldorf NJW 1992, 1176; *Staudinger/Schilken*, BGB, 2014, § 179 Rn. 15; *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 15; *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1631; *Willems*, JuS 2015, S. 587.

145 OLG Düsseldorf NJW 1992, 1176; *MünchKomm/Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 50; aA, wonach entgangener Gewinn hier nicht erfasst sein soll: *Hirsch*, BGB AT, 8. Aufl. 2014, § 45 Rn. 1074.

146 *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 989.

147 *MünchKomm/Schubert*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 50; *Brox/Walker*, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 604.

148 Fall angelegt an *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1633.

einem Gewinn in Höhe von 3.000 € an D weiterveräußert, sodass das negative Interesse hier 3.000 € beträgt. Allerdings hätte er bei Wirksamkeit des Vertrages nur einen Gewinn in Höhe von 1.000 € erwirtschaftet, weshalb das positive Interesse 1.000 € beträgt. In diesem Fall kann U von A dann aber aufgrund der durch § 179 Abs. 2 BGB vorgenommenen Begrenzung auf das positive Interesse auch nur 1.000 € ersetzt verlangen.

V. Ausschluss der Haftung

Die Haftung des Vertreters nach § 179 Abs. 1 BGB kann aber nicht nur beschränkt, sondern sogar vollständig ausgeschlossen sein. Einen Ausschluss der Haftung de lege lata enthalten etwa § 179 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB. Diese sind jedoch keineswegs als abschließend zu verstehen.

1. § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB

a) Anwendungsbereich

Gemäß § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB ist die Haftung ausgeschlossen, wenn der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder zumindest kennen musste.¹⁴⁹ Dahinter verbirgt sich der Gedanke, dass der Geschäftsgegner in diesem Fall weder schutzbedürftig noch schutzwürdig ist.¹⁵⁰ Entscheidender Zeitpunkt für die Frage, ob der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder jedenfalls kennen musste, ist der Zeitpunkt der Vornahme des Vertretergeschäfts.¹⁵¹ Eine spätere Kenntnis oder späteres »Kennenmüssen« kann sich allenfalls nach § 254 BGB im Rahmen eines etwaigen Schadensersatzanspruchs gegen den Vertreter auswirken.¹⁵² § 179 Abs. 3 S. 1 BGB findet sogar dann Anwendung, wenn der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht positiv kannte und infolgedessen kaum schutzwürdig er-

scheint.¹⁵³ Dementsprechend ist § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB selbst dann anwendbar, wenn der Vertreter vorsätzlich gehandelt hat und dem Geschäftsgegner allenfalls Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.¹⁵⁴ Allerdings soll der Ausschluss des § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB gemäß § 242 BGB nicht anwendbar sein, wenn der Geschäftsgegner aufgrund besonderer Umstände auf das Wirksamwerden des Vertrages vertrauen durfte.¹⁵⁵ Dagegen schadet es nicht, wenn der Vertreter ausdrücklich als »Vertreter ohne Vertretungsmacht« für einen nicht existierenden Vertretenen gehandelt hat, da die Gründe, auf denen die fehlende Vertretungsmacht beruht, für den Haftungsausschluss nicht von Bedeutung sind.¹⁵⁶

b) Zur Konkretisierung des Begriffs »kennen müssen«

Nach der Legaldefinition in § 122 Abs. 2 BGB liegt »kennen müssen« vor, wenn der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretungsmacht »infolge von Fahrlässigkeit, d. h. unter außer Acht lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB), nicht kannte«. Teilweise wird vertreten, dass »kennen müssen« sogar schon dann zu bejahen sei, wenn sich der Geschäftsgegner vom Fehlen der Vertretungsmacht leichter Kenntnis verschaffen kann als der Vertreter.¹⁵⁷ Dem wird jedoch überwiegend entgegen gehalten, dass es sich bei § 179 Abs. 1 BGB um eine gesetzlich vorgesehene Garantenhaftung handele und der Geschäftsgegner daher grundsätzlich auf die Aussage des Vertreters, dass er Vertretungsmacht habe, vertrauen dürfe.¹⁵⁸ Aus

¹⁴⁹ Dagegen ist es nicht erforderlich, dass der Geschäftsgegner auch die Gründe für den Mangel der Vertretungsmacht kennt, vgl. BGHZ 178, 307 = BGH NJW 2009, 215; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1634.

¹⁵⁰ BGHZ 178, 307 = BGH NJW 2009, 215; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 53; HK/Dörner, BGB, 8. Aufl. 2014, § 179 Rn. 9; Brox/Walker, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 605; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 71; Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 110; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1634; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 30; Prölss JuS 1986, 169, 171.

¹⁵¹ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 57; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 19.

¹⁵² Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 27 Rn. 9.

¹⁵³ BGHZ 178, 307 = BGH NJW 2009, 215; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 19; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 19; Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 27 Rn. 9; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 71.

¹⁵⁴ OLG Celle 8 U 171/04; LG Bochum NJW-RR 1989, 1365; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 4; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 71; Prölss JuS 1986, 169, 171.

¹⁵⁵ BGHZ 178, 307 = BGH NJW 2009, 215; HK/Dörner, BGB, 8. Aufl. 2014, § 179 Rn. 9.

¹⁵⁶ BGHZ 178, 307 = BGH NJW 2009, 215; Fehrenbach, NJW 2009, 2173; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 19; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 56; Brox/Walker, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 605; aA noch BGH NJW 1974, 1905, wonach eine Berufung auf § 179 Abs. 3 S. 1 BGB hier generell ausgeschlossen sei.

¹⁵⁷ NK/Ackermann, BGB, 2. Aufl. 2012, § 179 Rn. 24; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 54; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 19.

¹⁵⁸ BGHZ 147, 381 = BGH NJW 2001, 2626; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 113; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 53; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 19; Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 27 Rn. 9; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 71.

diesem Grund seien hohe Anforderungen an die Annahme fahrlässigen Verhaltens zu stellen, sodass es nicht darauf ankommen könne, ob sich der Geschäftsgegner lediglich leichter Kenntnis von der Vertretungsmacht verschaffen kann als der Vertreter.¹⁵⁹ Nach h.M. soll den Geschäftsgegner bzgl. der Vertretungsmacht des Vertreters grundsätzlich nicht einmal eine Nachprüfungs- und Erkundungspflicht treffen.¹⁶⁰ Fahrlässige Unkenntnis und damit »kennen müssen« sei daher nur anzunehmen, wenn sich dem Geschäftsgegner aufgrund besonderer Anhaltspunkte Bedenken an der Vertretungsmacht aufdrängen mussten und er diesen nicht nachgegangen ist.¹⁶¹ Davon kann aber nicht schon dann ausgegangen werden, wenn der Vertreter lediglich erklärt, er werde die Vollmacht nachreichen, da dies grundsätzlich nicht bedeute, dass der Vertreter noch keine Vollmacht habe, sondern lediglich, dass diese bisher nur mündlich erteilt sei.¹⁶² Demgegenüber liegt »kennen müssen« aber stets vor, wenn der Vertreter auf seine fehlende Vertretungsmacht hinweist, dabei gleichzeitig aber eine Genehmigung durch den Vertretenen als sicher in Aussicht stellt.¹⁶³ Schließlich ist von »kennen müssen« auszugehen, wenn der Vertreter offenlegt, dass er nicht weiß, ob er im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelt, da es dann alleine Sache am Geschäftsgegners ist, zu entscheiden, ob er sich auf ein solches Vertretergeschäft einlassen will.¹⁶⁴

2. Nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB

Weiterhin ist die Haftung des Vertreters gemäß § 179 Abs. 3 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn er bei Vornahme

¹⁵⁹ Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 19; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 19.

¹⁶⁰ BGHZ 147, 381 = BGH NJW 2001, 2626; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 113; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 53; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 19; Faust, BGB AT, 5. Aufl. 2016, § 27 Rn. 9; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 30.

¹⁶¹ BGHZ 147, 381 = BGH NJW 2001, 2626; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 18; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 19; Hirsch, BGB AT, 8. Aufl. 2014, § 45 Rn. 1071; Brox/Walker, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 27 Rn. 605, vgl. als Beispielsfall, in dem kennen müssen bejaht wurde, LG Düsseldorf NJW 1995, 3062; Hirsch, BGB AT, 8. Aufl. 2014, § 45 Rn. 1071.

¹⁶² BGH NJW 2000, 1407; OLG Celle DNotZ 1977, 33; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 19; NK/Ackermann, BGB, 2. Aufl. 2012, § 179 Rn. 23; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 53; anders wenn der Vertreter erklärt, ggf. »Genehmigungserklärungen« nachzureichen, vgl. OLG Celle NotBZ 2005, 294.

¹⁶³ Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 19.

¹⁶⁴ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 53.

der Vertreterhandlung in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt war.¹⁶⁵ Das gilt jedoch nicht, wenn der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung erteilt hat. Mit dieser Regelung soll der Minderjährigenschutz der §§ 107 ff. BGB ergänzt und der beschränkt geschäftsfähige Vertreter vor einer möglichen unkontrollierten Haftung bewahrt werden.¹⁶⁶ Gleichzeitig kommt damit zum Ausdruck, dass der Minderjährigenschutz Vorrang vor dem Vertrauensschutz genießt.¹⁶⁷ Für die erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genügt es, dass sich diese nur ganz allgemein auf das Vertreterhandeln bezieht, sodass es eine Zustimmung im Sinne der Norm auch dann vorliegt, wenn der gesetzliche Vertreter von dem Mangel der Vertretungsmacht keine Kenntnis hatte.¹⁶⁸ Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann nach überwiegender Ansicht auch als rückwirkende Genehmigung nach Vornahme des Vertretergeschäfts erteilt werden, da die §§ 182 ff. BGB und damit insbesondere auch § 184 Abs. 1 BGB für die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters anwendbar seien.¹⁶⁹

3. Ausschluss aus sonstigen Gründen

a) Mangel der Vertretungsmacht außerhalb jeder Erkenntnis- oder Beurteilungsmöglichkeit des Vertreters

Es wird vertreten, dass die Haftung des Vertreters im Wege einer teleologischen Reduktion des § 179 Abs. 1 BGB aus-

¹⁶⁵ Für den Geschäftsunfähigen ist eine vergleichbare Regelung nicht erforderlich, da er nach § 165 BGB schon nicht als Vertreter agieren und ihn dementsprechend die Haftung aus § 179 Abs. 1 BGB auch nicht treffen kann, vgl. MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 58; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 19; § 165 Rn. 5; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 993.

¹⁶⁶ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 58; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 19.

¹⁶⁷ HK/Dörner, BGB, 8. Aufl. 2014, § 179 Rn. 10; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 31; Chiussi, JURA 2005, 532, 535.

¹⁶⁸ Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 19a; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 59; NK/Ackermann, BGB, 2. Aufl. 2012, § 179 Rn. 25; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 4; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 20; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 31; Chiussi, JURA 2005, 532, 536; aA van Venrooy, AcP 181 (1981), 220, 227, wonach sich die Zustimmung gerade auf das Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht beziehen müsse.

¹⁶⁹ Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 19a; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 59; NK/Ackermann, BGB, 2. Aufl. 2012, § 179 Rn. 25; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 20; aA Prölss JuS 1986, 169, 172, wonach eine nachträgliche Zustimmung stets ausscheiden müsse, da sie nur den Sinn hätte, den beschränkt Geschäftsfähigen nach § 179 BGB haften zu lassen.

geschlossen sein müsse, wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht bei Anwendung der ihm zumutbaren Sorgfalt überhaupt nicht erkennen konnte, d. h. wenn er außerhalb jeder Erkenntnis- oder Beurteilungsmöglichkeit lag.¹⁷⁰ Das sei beispielsweise für Fälle einer tatsächlich nicht bestehenden Außenvollmacht anzunehmen, da diese ein Rechtsgeschäft mit dem Geschäftsgegner darstelle und dieser daher »genauso nah dran« sei wie der Vertreter.¹⁷¹ Außerdem komme hinzu, dass sich das Vertrauen des Geschäftsgegners wohl kaum auf die ggf. konkludente Behauptung des Vertreters von seiner Vollmacht richte, sondern vielmehr allein auf die Erteilung der Außenvollmacht durch den Vertretenen, sodass die Voraussetzungen einer (Vertrauens-)Haftung¹⁷² nach § 179 Abs. 1, 2 BGB auch nur ihm, nicht aber dem Vertreter gegenüber vorliegen könnten.¹⁷³ Dem wird jedoch entgegengehalten, dass eine solche Reduktion dazu führe, dass sich die Vertrauenshaftung des § 179 Abs. 1 BGB einer verschuldensabhängigen Haftung annähere, was der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers zuwiderlaufe.¹⁷⁴ Nicht das Ob, sondern alleine der Umfang der Haftung hänge nach dem Wortlaut und der Systematik des § 179 BGB von der Kenntnis des Vertreters ab.¹⁷⁵

b) Weitere Ausschlussgründe

Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Vertrag des Geschäftsgegners mit dem Vertretenen nicht nur aufgrund fehlender Vertretungsmacht, sondern bereits aufgrund anderer Gründe (z. B. wegen §§ 125 S. 1, 134, 138, 142 Abs. 1 BGB oder wegen der Geschäftsunfähigkeit des Vertreters, nicht der des Vertretenen) unwirksam ist, da es dann an der Kausalität zwischen Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht und an einem schwebend unwirksamen

Vertrag fehlt.¹⁷⁶ Die bloße Anfechtbarkeit des Vertretergeschäfts steht dem Anspruch aus § 179 Abs. 1, 2 BGB aber nicht entgegen.¹⁷⁷ Der Vertreter ist vielmehr gehalten, das dem Vertretenen zustehende Anfechtungsrecht, ggf. mit der Folge des § 122 BGB, auszuüben.¹⁷⁸ Der Geschäftsgegner soll nach dem Normzweck des § 179 BGB weder schlechter noch besser gestellt werden, als er auch bei wirksamer Vertretung stünde.¹⁷⁹ Aus diesem Grund wird das Entfallen der Haftung auch dann vertreten, wenn der Vertretene vermögenslos ist und er daher den bei hypothetisch wirksamer Vertretung bestehenden Anspruch des Geschäftsgegners nicht hätte erfüllen können (str.).¹⁸⁰ Auch ein Widerruf nach § 178 BGB soll die Haftung entfallen lassen, da dem Vertretenen dadurch jegliche Möglichkeit genommen wird, den Vertrag zu genehmigen und die endgültige Unwirksamkeit des Vertretergeschäfts nicht auf dem Handeln des Vertreters, sondern auf einer eigenen Handlung beruht.¹⁸¹

¹⁷⁰ Vgl. Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 18; vgl. MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 49; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 535 Fn 53; Hübner, BGB AT, 2. Aufl. 1996, § 49 Rn. 1315; Ostheim, AcP, 169 (1969), 203 ff.; Prölss JuS 1986, 169, 170.

¹⁷¹ Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 535 Fn 53; Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 110.

¹⁷² Vgl. zur dogmatischen Einordnung als Vertrauenshaftung Fn 2.

¹⁷³ Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 535 Fn 53; Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 110.

¹⁷⁴ MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 49; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1632.

¹⁷⁵ BGH WM 1977, 478; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 49; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 20; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1632; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 994.

¹⁷⁶ BGH WM 1977, 478; RGZ 145, 40, 43; BeckOK/Valenthin, 37. Ed 2013, § 179 Rn. 10, 11; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 9, 21; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 6; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, § 179 Rn. 4; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 21; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 69.

¹⁷⁷ RGZ 104, 191, 193; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 10; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 6; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 6.

¹⁷⁸ Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 10; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 6;.

¹⁷⁹ Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 9; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 6, 11.

¹⁸⁰ OLG Hamm MDR 1993, 515; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 40; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 16; Bornemann, AcP 207 (2007), 102, 110f; Prölss, JuS 1986, 169, 171; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 179 Rn. 15; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 11; aA Hilger, NJW 1986, 2237, 2238; Medicus, BGB AT, 10. Aufl. 2010, § 59 Rn. 987, ein Ausschluss des Anspruchs bei Vermögenslosigkeit des Vertretenen führe zu einer unzulässigen Verdoppelung des Insolvenzrisikos für den Geschäftsgegner, da dieser danach immer leer ausgehe, wenn entweder der Vertretene oder der Vertreter vermögenslos seien.

¹⁸¹ Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 4; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, § 179 Rn. 4; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 21; BeckOK/Valenthin, 37. Ed 2013, § 179 Rn. 9; Boemke/Ulrici, BGB AT, 2009, § 13 Rn. 110; aA Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 69, mit dem Hinweis, dass der Widerruf geradezu Voraussetzung dafür sei, sogleich und ohne Aufforderung zur Genehmigung nach § 179 BGB vorgehen zu können, sodass ein Anspruchsausschluss wegen erklärten Widerrufs dazu führe, dass dem Geschäftsgegner das Widerrufsrecht faktisch genommen werde, wenn er seinen Anspruch aus § 179 BGB behalten wolle, obwohl § 178 und § 179 BGB nach der Systematik des Gesetzes nebeneinander stünden.

VI. Verjährung des Anspruchs

Ist der Anspruch danach nicht ausgeschlossen, so kann seiner Durchsetzbarkeit aber dennoch die Einrede der Verjährung gemäß § 214 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Der Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB, sei er auch nach Abs. 2 beschränkt, verjährt in der Frist, die auch für den Erfüllungsanspruch des Geschäftsgegners gegen den Vertretenen gegolten hätte, da die Ansprüche gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht lediglich ein »Ersatzwert des ursprünglich Bedungenen« seien.¹⁸² Aus diesem Grund verjähren beispielsweise auch Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen der Mietsache gegen den vollmachtlosen Vertreter des Mieters aus § 179 Abs. 1 BGB in der kurzen Verjährungsfrist des 548 Abs. 1 BGB.¹⁸³ Maßgeblicher Zeitpunkt für den Fristbeginn ist die Verweigerung der Genehmigung durch den Vertretenen respektive deren Fiktion nach § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB.¹⁸⁴

VII. Regressmöglichkeit des Vertreters ohne Vertretungsmacht

Haftet der Vertreter als Vertreter ohne Vertretungsmacht stellt sich die Frage, ob und ggf. wie er bei dem Vertretenen regressieren kann. Maßgeblich dafür ist das Innenverhältnis von Vertreter und Vertretenem.¹⁸⁵ Dabei kann es sich um einen Dienstvertrag (§ 611 BGB), einen Auftrag (§ 662 BGB), eine Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) oder um eine

Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) handeln.¹⁸⁶ In allen Fällen findet § 670 BGB zumindest kraft Verweisung Anwendung. Liegen beispielsweise danach die Voraussetzungen einer echten berechtigten GoA vor, so kann der vom Geschäftsgegner nach § 179 BGB in Anspruch genommene Vertreter vom Vertretenen gemäß §§ 683 S. 1, 670 BGB verlangen, dass dieser ihn entweder von der Haftung freistellt (§ 257 BGB) oder aber ihm die an den Geschäftsgegner bereits erfolgten Zahlungen erstattet.¹⁸⁷ Ferner kommt auch ein Schadensersatzanspruch des Vertreters gegen den Vertretenen aus § 280 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn zwischen beiden bei Vornahme der Vertreterhandlung ein Auftrag oder ein ähnliches Verhältnis bestand und der Vertretene es schuldhaft versäumt hat, den Vertreter über den Mangel an Vertretungsmacht zu informieren, obwohl er ihn kannte oder er ihn zumindest hätte erkennen können.¹⁸⁸ Schließlich kann sich ein Schadensersatzanspruch des Vertreters auch aus § 122 BGB ergeben, wenn der Vertretene eine zunächst wirksam erteilte Vollmacht angefochten hat und der Vertreter aufgrund dessen als Vertreter ohne Vertretungsmacht agiert hat.¹⁸⁹ Eine Abwicklung bei der Anfechtung der ausgeübten Innenvollmacht führt jedoch dann nicht zur Regressproblematik, wenn mit guten Argumenten davon ausgegangen wird, dass diese Anfechtung nur zu einem Direktanspruch des Dritten gegen den Vertretenen führen darf oder eine Anfechtung insgesamt unzulässig ist.¹⁹⁰

¹⁸² BGHZ 73, 266 = BGH NJW 1979, 1161; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 46, 51; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. 2016, § 179 Rn. 8; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 16; HK/Dörner, BGB, 8. Aufl. 2014, § 179 Rn. 11; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 21; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 38; Prölss JuS 1986, 169, 172; aA noch RGZ 145, 40, wonach die Verjährungsfrist stets 30 Jahre betrage.

¹⁸³ BGH NJW 2004, 774; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 47.

¹⁸⁴ BGHZ 73, 266 = BGH NJW 1979, 1161; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 46; Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 179 Rn. 14; HK-BGB/Dörner, BGB, 8. Aufl. 2014, § 179 Rn. 11; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 38; Prölss JuS 1986, 169, 172.

¹⁸⁵ Vgl. MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 179 Rn. 49.

¹⁸⁶ Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1638; § 35 Rn. 1688.

¹⁸⁷ Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1638; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 74; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 912.

¹⁸⁸ BGH NJW 2001, 3184 ff.; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 39; Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1639; Schmidt, BGB AT, 14. Aufl. 2016, Rn. 912; Bornemann, AcP, 207 (2007), 105 ff.

¹⁸⁹ Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, § 34 Rn. 1639; Köhler, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 11 Rn. 74.

¹⁹⁰ Übersicht zum Streitstand bei MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 167 Rn. 46 ff. m. w. N.