

Übungsfall: Missglückter Freundschaftsdienst

Von Prof. Dr. Thomas Raab, Trier*

Der vorliegende Sachverhalt beruht auf einer Prüfungsaufgabe, die im März 2010 als erster Teil einer Aufsichtsarbeit in der Staatlichen Pflichtfachprüfung des Landes Rheinland-Pfalz gestellt worden ist. Der Sachverhalt ist jedoch grundlegend verändert worden. Auch die rechtlichen Probleme sind nunmehr in weiten Teilen anders gelagert. Die Lösung stammt daher auch vollständig vom Verf. und stimmt nicht mit den Lösungshinweisen des Landesprüfungsamtes überein. Gleich geblieben ist der tatsächliche Aufhänger, nämlich der Oldtimerkauf durch und von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht. In der nunmehr vorliegenden Form war der Sachverhalt Teil einer Klausur im Klausurenkurs der Universität Trier im Wintersemester 2011/2012.

Sachverhalt

Die E möchte ein Auto kaufen und erzählt dies beiläufig beim Mittagessen ihrem Freund F. Am folgenden Tag besucht F den ihm bekannten Automechaniker A, der für den Oldtimerhändler O, der mit seinem Unternehmen im Handelsregister eingetragen ist, in dessen Werkstatt arbeitet. Die Werkstatt ist von dem Verkaufsraum räumlich getrennt. Als F dem A von dem Kaufwunsch der E erzählt, kommt A, der seinem Chef schon lange beweisen wollte, dass er auch über kaufmännisches Geschick verfügt, die Idee, der E ein Auto zu verkaufen. Er geht mit F von der Werkstatt in den Verkaufsraum, preist ihm das Auto vom Typ Veteran an und sagt, dass dieser Wagen eine besondere Gelegenheit sei. Er, A, könne dem F das Auto zum Preis von 10.000 Euro anbieten. F freut sich über das gute Angebot und nimmt es im Namen der E sofort an. Auf Nachfrage des A versichert F, dass er von E entsprechend bevollmächtigt sei. Daraufhin unterzeichnen beide einen schriftlichen Kaufvertrag.

Anschließend erzählt F der E von dem Glücksgriff. E ist erfreut und erklärt sich gegenüber F mit dem Kauf einverstanden und fragt F, wann und wo sie das Auto abholen könne. A seinerseits erzählt dem O erst drei Tage später, dass er das Auto für 10.000 Euro verkauft habe. O äußert sich zum einen verwundert, da A als Mechaniker keinerlei Vollmacht zum Verkauf hat und auch bisher in den Verkaufsräumen nicht in Erscheinung getreten ist. Als A ihm auch noch eröffnet, dass er zwischenzeitlich Hinweise habe, dass F ohne entsprechende Vollmacht der E gehandelt habe, ruft O direkt bei E an. Er erklärt, dass er an dem von A geschlossenen Vertrag festhalte, und fragt, ob E ebenfalls mit dem Geschäft einverstanden sei. E hat zwischenzeitlich ihre Zustimmung bereut und erklärt, dass sie das Auto nicht wolle. Daraufhin fordert O den F auf, das Auto zu bezahlen und abzuholen. F hingegen sieht dies nicht ein. O solle sich an E halten. Schließlich habe E zunächst zugestimmt. Es könne doch nicht sein, dass sie sich nun kurzerhand anders entscheide.

1. F möchte wissen, ob er dem Verlangen des O nachkommen muss.

2. Für den Fall, dass er dem Verlangen des O nachkommen muss, möchte F wissen, ob und welche Ansprüche er gegenüber E hat.

Lösung

Aufgabe 1

Zu prüfen ist, worauf sich das Verlangen des O auf Zahlung des vereinbarten Preises für das Auto und auf dessen Abholung stützen kann.

I. Anspruch des O gegen F gemäß § 433 Abs. 2 BGB

O könnte gegen F gemäß § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 Euro und Abholung des Wagens haben. Dazu müsste zwischen O und F ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden sein. F hat allerdings den Vertrag ausdrücklich im Namen der E abgeschlossen. F wollte – für A erkennbar – nicht Vertragspartner werden. Damit besteht kein Anspruch gegen F aus § 433 Abs. 2 BGB.

II. Anspruch des O gegen F gemäß § 179 Abs. 1 BGB

O könnte gegen F einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 10.000 Euro und auf Abholung des Autos gemäß § 179 Abs. 1 BGB haben. Dazu müsste F ohne entsprechende Vertretungsmacht als Vertreter der E mit O einen Vertrag geschlossen haben und die E dürfte den Vertrag nicht genehmigt haben.

1. Handeln des F als Vertreter

Zunächst müsste F als Vertreter gehandelt haben. Dies ist der Fall, da F ausdrücklich im Namen der E aufgetreten ist und eine Willenserklärung abgegeben hat (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB).

2. Vertragsschluss mit O

Zudem müsste F als Vertreter einen Vertrag geschlossen haben. Infrage kommt hier ein Kaufvertrag über den Veteran mit O. Ein solcher Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande (§§ 145, 147 BGB).

a) Angebot des O

Zum Abschluss eines solchen Vertrages könnte O ein Angebot abgegeben haben. Da O selbst gar nicht gegenüber F gehandelt hat, könnte eine eigene Willenserklärung des O nur vorliegen, wenn A als Bote gehandelt und (aus Sicht des F als Erklärungsempfänger) eine Willenserklärung des O übermittelt hätte. Dies ist nicht der Fall, da A erkennbar aus eigenem Entschluss das Auto anbietet. A handelt also nicht als Bote des O. Folglich hat O selbst weder unmittelbar noch mittelbar eine Willenserklärung abgegeben.

b) Angebot des A als Vertreter des O

Nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB könnte jedoch die Willenserklärung des A Wirkung für und gegen O entfalten und den Kaufvertrag mit diesem zustande gebracht haben. Der Fall weist

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Universität Trier.

also die Besonderheit auf, dass auf beiden Seiten Vertreter tätig werden. In diesem Fall setzt eine Haftung des Vertreters nach § 179 Abs. 1 BGB voraus, dass der Vertreter des Dritten, hier also A, diesen, nämlich den O, wirksam verpflichten konnte. Ist dies nicht der Fall, fehlt es schon an dem Vertragsschluss. Auf die Frage, ob der in Anspruch genommene Vertreter, hier also F, ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, käme es dann gar nicht mehr an.

aa) Zunächst müsste die Stellvertretung hier zulässig sein. Da sich aus § 164 Abs. 1 BGB die grundsätzliche Zulässigkeit der Stellvertretung ergibt, ist diese nur dann unzulässig, wenn sie durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes ausgeschlossen oder mit der Natur des Rechtsgeschäftes unvereinbar ist. Ein solcher Fall ist hier nicht ersichtlich. Im vorliegenden Fall war also ein Handeln durch einen Vertreter möglich.

bb) A müsste weiter eine eigene Willenserklärung abgeben und nicht bloß – als Bote – eine fremde Willenserklärung übermitteln haben. O selbst hat keine eigene Willenserklärung abgegeben, die A übermitteln konnte. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen einem Handeln als Vertreter oder als Bote ist aber nicht allein das objektive Geschehen, sondern die Frage, wie ein verständiger Empfänger das Auftreten der Mittelsperson verstehen durfte (Empfängerhorizont). Nach dem Sachverhalt machte A das Angebot anlässlich eines Besuches des F in der Werkstatt spontan, nachdem F ihm von dem Kaufwunsch der E berichtet hatte. Für F war daher erkennbar, dass O von dem Vorgang gar nichts wissen konnte. Das Auftreten des A konnte er daher verständigerweise nicht dahin verstehen, dass A lediglich eine Erklärung des O übermitteln wollte. Vielmehr gab A, indem er selbst einen Preis nannte und vorgeblich einen Preisnachlass gewährte, erkennbar eine eigene Willenserklärung ab.

cc) A müsste außerdem in fremdem Namen gehandelt haben. A erklärt zwar nicht ausdrücklich, dass er im Namen des O handle; dies ergibt sich jedoch eindeutig aus den Umständen (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB). A gibt die Erklärung in den Geschäftsräumen des Autohändlers O ab. Für F ist damit ohne weiteres erkennbar, dass A das Geschäft nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des O als Inhaber des Verkaufsgeschäfts abschließen will. A handelte also auch in fremdem Namen.

c) Vertretungsmacht des A

Schließlich müsste A mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Die Vertretungsmacht kann sich entweder aus Gesetz oder aus Rechtsgeschäft ergeben. Eine gesetzliche Vertretungsmacht – etwa kraft Organstellung – scheidet vorliegend aus. In Betracht kommt vielmehr nur eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht.

aa) Vollmacht

Eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht wird regelmäßig durch eine Vollmacht begründet (vgl. § 166 Abs. 2 BGB). Mit der Bevollmächtigung bringt der Vertretene zum Ausdruck, dass der Vertreter die Befugnis haben soll, Willenserklärungen mit Wirkung für und gegen den vertretenen abgeben zu können. Laut Sachverhalt hat O dem A weder aus-

drücklich noch konkludent eine Vollmacht zum Verkauf von Autos im Geschäft des O erteilt. A war vielmehr lediglich als Mechaniker in der Werkstatt angestellt.

bb) Vertretungsmacht als Ladenangestellter nach § 56 HGB

Infrage kommt aber eine Vertretungsmacht gemäß § 56 HGB. Danach gilt derjenige, der in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, zu Verkäufen und Empfangnahmen als ermächtigt, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen.

Vertiefungshinweis: Die dogmatische Bedeutung des § 56 HGB ist umstritten. So ist einmal fraglich, ob der Vertreter bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 56 HGB in jedem Fall Vertretungsmacht hat oder ob § 56 HGB lediglich den guten Glauben an den Anschein des Bestehens einer Vollmacht schützt, so dass die Vorschrift nicht zugunsten desjenigen gilt, der Kenntnis von der fehlenden Vertretungsmacht hat oder dessen Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht. Die h.M. vertritt die zweite Ansicht und steht auf dem Standpunkt, dass § 56 HGB den Verkehrsschutz nicht absolut, sondern nur in der Form des Gutgläubensschutzes verwirklichen will.¹

Zum anderen stellt sich die Frage, wie die angeordnete Rechtsfolge, wonach der Angestellte als ermächtigt „gilt“, einzuordnen ist. Hierzu werden verschiedene Ansätze vertreten:²

Es handle sich letztlich um einen Fall der rechtsgeschäftlichen Vollmacht in Gestalt der Duldungsvollmacht.³ Die Vorschrift begründe zum einen eine (widerlegliche⁴ oder unwiderlegliche⁵) Vermutung⁶ für das Vorliegen einer Vollmacht mit der Folge, dass im Prozess nur die Voraussetzungen des § 56 HGB nachzuweisen seien. Zum anderen stelle § 56 HGB in den Fällen, in denen tatsächlich keine Vollmacht vorliege (also bei Widerlegung der Vermutung) einen Rechtsscheintatbestand dar, so dass sich der Kaufmann zumindest so behandeln lassen müsse, als habe er Vollmacht erteilt.⁷

¹ Stellvertretend *Krebs*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2010, § 56 Rn. 34; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 16 V 3 f.

² Die Systematisierung der verschiedenen Ansichten fällt dabei mitunter sehr unterschiedlich aus. Vgl. hierzu etwa die Überblicke bei *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 14 Rn. 1 ff.; *Krebs* (Fn. 1), § 56 Rn. 3 ff.; *Roth*, in: Koller/Roth/Morck, Kommentar zum HGB, 7. Aufl. 2011, § 56 Rn. 2; *Joost*, in: Staub, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2008, § 56 Rn. 4 ff.

³ *Flume*, Allgemeiner Teil II, 4. Aufl. 1992, § 49 3.

⁴ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 35. Aufl. 2012, § 56 Rn. 4; *Canaris* (Fn. 2), § 14 Rn. 6; *Roth* (Fn. 2), § 56 HGB Rn. 2.

⁵ *Jung*, Handelsrecht, 8. Aufl. 2010, Kap. 7 Rn. 28.

⁶ BGH NJW 1988, 2109 (2110): Rechtsvermutung im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs.

⁷ Zu dieser Differenzierung *K. Schmidt* (Fn. 1), § 16 V. 2.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen werde eine Vollmacht fingiert.⁸ Es handele sich um eine (dispositive) gesetzliche Vertretungsmacht.⁹

Die dogmatische Einordnung wirkt sich zum einen darauf aus, wie man das Erfordernis der Gutgläubigkeit des Dritten begründet. Sieht man in § 56 BGB einen Fall der Rechtscheinvollmacht in Form der Kundgabe der Bevollmächtigung, so bietet es sich an, §§ 171, 173 BGB entsprechend heranzuziehen. Sieht man in § 56 HGB eine eigenständige handelsrechtliche Regelung oder gar einen Fall der gesetzlichen Vertretungsmacht, so lässt die Einschränkung wohl nur über eine entsprechende Anwendung des § 54 Abs. 3 HGB begründen,¹⁰ wobei für eine Analogie spricht, dass der Schutz des Dritten im Falle des Ladenangestellten nicht weiter reichen kann als in den Fällen, in denen sogar eine (Handlungs-)Vollmacht erteilt ist.¹¹

Auswirkungen haben die unterschiedlichen Ansätze auch für die Frage, wie bei der Prüfung im Gutachten zu verfahren ist. Hält man § 56 HGB für einen Fall der echten (Duldungs-)Vollmacht, so sind die Voraussetzungen bei der Frage zu thematisieren, ob der Vertreter tatsächlich Vollmacht hat. Geht man davon aus, dass § 56 HGB lediglich das Fehlen einer Vollmacht überspielen soll, so wäre zunächst zu prüfen, ob eine rechtsgeschäftliche Vollmacht vorliegt.¹² Betont man hingegen, dass § 56 HGB stets, und zwar auch neben einer tatsächlich erteilten Vollmacht Anwendung findet, so kann man dessen Voraussetzungen auch ohne vorherige Prüfung des § 167 BGB ansprechen.¹³

Von den Bearbeitern ist nicht zu erwarten, dass sie auf die dogmatische Bedeutung eingehen, da dies hier (wie meist) für das Ergebnis irrelevant ist. Diejenigen, die sich zu dieser Frage äußern, müssten allerdings hinsichtlich des Aufbaus die notwendigen Konsequenzen ziehen.

(1) Voraussetzung ist zunächst, dass der Vertretene den handelsrechtlichen Vorschriften des HGB unterliegt. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Vertretene, hier O, nach § 1 Abs. 1 HGB Kaufmann ist. Nach dem Sachverhalt unterhält O einen Handel für Oldtimer mit angeschlossener Werkstatt. Er betreibt daher zumindest ein Gewerbe, nämlich eine (er-

laubte) auf Dauer und Gewinnerzielung ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. Da O als Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist, steht nach § 5 HGB auch fest, dass es sich um ein Handelsgewerbe handelt. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB vorliegen, also ob und inwieweit das Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Vertiefender Hinweis: Nach h.M. findet § 56 HGB auf Kleinunternehmen analoge Anwendung.¹⁴ Das Verkehrsschutzbedürfnis knüpft ausschließlich daran, dass der Unternehmer ein Ladengeschäft betreibt und in diesem bestimmte Personen für ihn tätig werden. Dann kann es aber für die Gewährung des Vertrauensschutzes nicht darauf ankommen, welchen Umfang das vom Inhaber des Geschäfts betriebene Gewerbe hat, zumal dies für die Kunden nicht ohne weiteres erkennbar ist.

(2) Darüber hinaus müsste zu dem Unternehmen des O ein „Laden“ gehören. Dies ist der Fall, weil O laut Sachverhalt offenbar nicht nur eine Werkstatt, sondern auch einen Verkaufsraum unterhält, in dem Verkäufe getätigt werden. Zudem ist das Geschäft auch gerade in diesem Verkaufsraum abgeschlossen worden.¹⁵

(3) Zudem müsste A in diesem Laden „angestellt“ sein. Der Begriff „angestellt“ darf dabei – anders als in § 59 HGB – nicht so eng verstanden werden, dass zwingend ein Arbeitsverhältnis zum Unternehmer bestehen müsste. Es genügt vielmehr, dass der Vertreter mit Wissen und Willen des Vertretenen tätig wird. Welches Rechtsverhältnis dem im Innenverhältnis zugrunde liegt, ist demgegenüber gleichgültig.¹⁶

A ist sicherlich bei O angestellt. Es besteht wohl auch ein Arbeitsverhältnis. Allerdings besteht seine Aufgabe darin, in der Werkstatt mitzuarbeiten. Voraussetzung für die Anwendung des § 56 HGB ist aber, dass der Vertreter gerade für das Ladengeschäft angestellt ist, dort also mit Wissen und Willen des Inhabers tätig wird.¹⁷ Nur dann erweckt der Inhaber im Rechtsverkehr den Eindruck, dass die entsprechende Person die typischen Geschäfte vornehmen kann, und nur dann bedarf es eines entsprechenden Schutzes des Rechtsverkehrs.¹⁸ A war aber – für den F erkennbar – gerade nicht im Verkaufsbereich, sondern ausschließlich in der angeschlossenen Werkstatt tätig. Es handelt sich insoweit hinsichtlich der Arbeitsaufgaben um völlig getrennte Bereiche. Hinzu kommt, dass der Verkaufsraum nach dem Sachverhalt auch räumlich von der Werkstatt deutlich getrennt ist. In einem solchen Fall

⁸ Weimar, JR 1979, 103; Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, S. 366 f.

⁹ Krebs (Fn. 1), § 56 Rn. 5.

¹⁰ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 109; K. Schmidt (Fn. 1), § 16 V 3 f.

¹¹ Vielfach werden auch beide Vorschriften nebeneinander genannt; vgl. etwa Jung (Fn. 5), Kap. 7 Rn. 29; Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2011, § 6 Rn. 63.

¹² Vgl. Kindler (Fn. 11), § 6 Rn. 57.

¹³ Dies gilt insbesondere, wenn man von einer gesetzlichen Vollmacht ausgeht, aber auch dann, wenn man § 56 HGB für eine eigenständige handelsrechtliche Verkehrsschutzregelung hält, die auch bei tatsächlich erteilter Vollmacht Bedeutung hat; vgl. K. Schmidt (Fn. 1), § 16 V. 2a.

¹⁴ Canaris (Fn. 2), § 14 Rn. 10; K. Schmidt (Fn. 1), § 16 V. 3a.; Krebs (Fn. 1), § 56 Rn. 9.

¹⁵ Zu dieser Voraussetzung K. Schmidt (Fn. 1), § 16 V. 3c.

¹⁶ Krebs (Fn. 1), § 56 Rn. 16; K. Schmidt (Fn. 1), § 16 V. 3d.

¹⁷ So gilt § 56 HGB etwa nicht für Personen, die als Packer oder Reinigungskräfte beschäftigt werden; vgl. etwa Hopt (Fn. 4), § 56 Rn. 3.

¹⁸ Sieht man in § 56 HGB einen Anwendungsfall der Rechtscheinhaltung, so kann man sagen, dass nur in diesem Fall ein dem Inhaber zurechenbarer Rechtsschein begründet wird; vgl. Canaris (Fn. 2), § 14 Rn. 5, 7.

kann der Rechtsverkehr nicht davon ausgehen, dass Arbeitnehmer, die in der Werkstatt beschäftigt sind, befugt sind, irgendwelche Verkaufsgeschäfte vorzunehmen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Inhaber durch eigenes Verhalten einen anderen Eindruck erweckt, etwa solche Personen gewähren lässt, wenn sie Verkaufsaktivitäten entfalten.¹⁹ Nach dem Sachverhalt war A aber bisher nicht in den Verkaufsräumen in Erscheinung getreten. Somit liegen die Voraussetzungen des § 56 HGB nicht vor. A kann daher auch nach dieser Vorschrift nicht als zum Abschluss des Kaufvertrages bevollmächtigt angesehen werden.

cc) Anscheins- oder Duldungsvollmacht

Erwägen könnte man schließlich noch, ob dem A nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht Vertretungsmacht zukommen könnte. Hierfür fehlt es jedoch – jenseits der Frage, ob eine solche Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht anzuerkennen und wie diese dogmatisch einzuordnen ist²⁰ – an den notwendigen Voraussetzungen. Eine Duldungsvollmacht setzt voraus, dass eine Person bereits zuvor als Vertreter aufgetreten ist und der Vertretene hiervon Kenntnis hatte und das Verhalten geduldet hat.²¹ Nach dem Sachverhalt ist A aber zuvor nicht als Verkäufer in Erscheinung getreten. Aus diesem Grunde konnte auch bei F kein Vertrauen in das Bestehen einer Vollmacht entstehen.

Auch für eine Anscheinsvollmacht fehlt es an Ansatzpunkten. Eine Anscheinsvollmacht wird dann angenommen, wenn der Vertretene das Auftreten des Vertreters nicht kannte (und deshalb auch nicht bewusst duldet), es aber hätte bemerken und verhindern können und der Dritte von dem Bestehen einer Vollmacht ausgehen durfte.²² Ob O das Verhalten des A hätte bemerken können, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Jenseits dieser Frage setzt aber eine Anscheinsvollmacht voraus, dass der Vertretene einen Rechtscheintatbestand gesetzt, also in zurechenbarer Weise dazu beigetragen hat, dass das Vertrauen des Dritten auf das Bestehen der Vertretungsmacht entstehen konnte.²³ Bei der Duldungsvollmacht gründet sich der Rechtsschein auf das vom Vertretenen geduldete Verhalten des Vertreters. Bei der Anscheinsvollmacht bedarf es hingegen – mangels Kenntnis des Vertretenen – anderer Umstände, die den Anschein einer Bevollmächtigung begründen (etwa wenn der Vertretene es ermöglicht oder nicht verhindert hat, dass der Vertreter über Unterlagen wie Firmenbriefkopf oder -stempel verfügt, die ihn als Bevollmächtigten ausweisen).²⁴ A hat sich aber nicht besonders legitimiert. Der Glaube des F an das Bestehen der Vertretungsmacht konnte sich allein darauf stützen, dass A bei O in der Werkstatt beschäftigt war. Dass dies keinen hin-

reichenden Rechtsschein einer Vollmacht begründet, macht nicht zuletzt die Regelung des § 56 HGB deutlich (vor allem wenn man hierin einen Fall der Rechtsscheinvollmacht sieht). Auch eine Rechtsscheinvollmacht lässt sich daher im vorliegenden Fall nicht begründen. A handelte somit bei Abschluss des Vertrages mit F ohne Vertretungsmacht.

d) Genehmigung durch O

Handelt der Vertreter des Dritten (hier: des O) bei Abschluss des Vertrages ohne die erforderliche Vertretungsmacht, so fragt sich, ob damit eine Haftung des auf Seiten des (vermeintlichen) Vertragspartners des Dritten (hier: der E) handelnden Vertreters nach § 179 Abs. 1 BGB ausscheidet. Dies ist jedoch zu verneinen. Die Vorschrift soll demjenigen einen Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz gegen den Vertreter geben, der sich selbst wirksam verpflichtet, also von seiner Seite aus alles getan hat, um den Vertrag mit dem Vertretenen zustande zu bringen, und sich damit rechtsgeschäftlich gebunden hat. Dies ist einmal dann der Fall, wenn anstelle des Dritten ein Vertreter mit Vertretungsmacht handelt. Dasselbe muss aber auch gelten, wenn und soweit der Dritte das Handeln seines eigenen Vertreters gem. §§ 177 Abs. 1, 184, 182 BGB nachträglich genehmigt. Auch in diesem Fall ist der Dritte gebunden, wie sich daran zeigt, dass der Vertretene den Vertrag durch seine Genehmigung zustande bringen kann. Dann muss der Dritte den Vertreter aber auch in Anspruch nehmen können, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert.

Daher ist zu prüfen, ob O das Geschäft genehmigt hat. Dazu müsste O dem Rechtsgeschäft gemäß § 184 Abs. 1 BGB nachträglich zugestimmt haben. Die Genehmigung kann gemäß § 182 Abs. 1 BGB sowohl gegenüber dem anderen Teil als auch gegenüber dem Vertreter erklärt werden.²⁵ Gegenüber A gibt O weder ausdrücklich noch konkludent zu erkennen, dass er mit dem Vertragsschluss einverstanden ist und sich entsprechend binden will. Vielmehr äußert er sich „verwundert“. Hieran kann sicherlich keine Genehmigung gesehen werden. Ein Wille zur Genehmigung des Rechtsgeschäfts lässt sich der Erklärung entnehmen, die O gegenüber E abgibt. Dort gibt er zu erkennen, dass er mit dem Anruf nicht nur das Einverständnis der E erfragen, sondern zugleich das Geschäft von seiner Seite aus bestätigen will. Hierin ist eine (ausdrückliche) Genehmigung zu sehen. Damit wirkt die von A abgegebene Erklärung gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB für und gegen den vertretenen O. F ist also so zu behandeln, als habe er gegenüber O selbst gehandelt.

e) Annahme durch F als Vertreter der E

Eine Haftung gegenüber O käme folglich dann in Betracht, wenn F als Vertreter der E das im Namen des O abgegebene

¹⁹ Hopt (Fn. 4), § 56 Rn. 3.

²⁰ Hierzu etwa Ackermann, in: NomosKommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 167 Rn. 74 ff. m.w.N.

²¹ BGH NJW 2004, 2745 (2747).

²² Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, Rn. 1560; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 48 Rn. 25.

²³ Bork (Fn. 22), Rn. 1560.

²⁴ Vgl. etwa Ackermann (Fn. 20), § 167 Rn. 84.

²⁵ Dies wird durch § 177 Abs. 2 BGB indirekt bestätigt, wonach die Genehmigung nur noch gegenüber dem anderen Teil erklärt werden kann, wenn dieser den Vertretenen zur Genehmigung aufgefordert hat. Dies impliziert, dass vor einer solchen Aufforderung die Erklärung auch gegenüber dem Vertreter möglich ist.

Angebot des A angenommen hätte. Dies ist der Fall, da F laut Sachverhalt über das Angebot erfreut ist und dieses im Namen der E annimmt.

3. Fehlende Vertragsbindung der E

Eine Haftung des F als Vertreter setzt schließlich voraus, dass der Vertrag mit E als Vertretener nicht wirksam zustande kommt. Das Gesetz formuliert dies so, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt und der Vertretene die Genehmigung verweigert haben müsse. Fehlt es an einer der beiden Voraussetzungen, so entfaltet der Vertrag nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB Wirkung für und gegen den Vertretenen. Einer Haftung des Vertreters bedarf es dann nicht, weil der Dritte einen Erfüllungsanspruch gegen den Vertretenen hat.

a) Bindung infolge Vertretungsmacht des F

Zunächst ist demnach zu untersuchen, ob F Vertretungsmacht hatte. Infrage kommt nur eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht in Gestalt einer Vollmacht (§ 167 BGB). Für eine solche Vollmacht ist jedoch im Sachverhalt nichts erkennbar. Vor Abschluss des Vertrages hatte E dem F lediglich beiläufig von ihrem Wunsch erzählt, ein Auto zu kaufen. Damit erteilt sie dem F aber keine Vollmacht zum Kauf eines Autos. F handelte deshalb ohne Vertretungsmacht.

b) Bindung infolge der Genehmigung des Vertragsschlusses

Fraglich ist, ob E den Vertrag genehmigt hat. Die Genehmigung kann gemäß § 182 Abs. 1 BGB sowohl gegenüber dem anderen Teil (also gegenüber O) als auch gegenüber dem Vertreter erklärt werden. Nachdem F der E von seinem Geschäft erzählt hat, erklärt sie ausdrücklich, dass sie mit dem Kauf einverstanden sei. Hierin ist zweifellos eine Genehmigung gegenüber dem F als Vertreter zu sehen.

Eine gegenüber dem Vertreter erteilte Genehmigung wird jedoch gemäß § 177 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB unwirksam, wenn der andere Teil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung des Vertrags auffordert. Im vorliegenden Fall ruft O bei E an, nachdem diese ihre Zustimmung gegenüber F erklärt hat, und fragt sie, ob sie mit dem Geschäft einverstanden sei. Hierin ist eine solche Aufforderung zur Erteilung der Genehmigung zu sehen. Damit war E wieder frei darin, ob sie dem Vertragsschluss zustimmt oder nicht. Gegenüber O erklärt E, dass sie das Auto nicht kaufen wolle. Darin liegt eindeutig eine Verweigerung der Genehmigung. Damit hat E den Kaufvertrag gegenüber O nicht genehmigt.

Fraglich ist, ob die Verweigerung der Genehmigung im Verhältnis zu F treuwidrig und aus diesem Grunde wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB unwirksam ist. Es könnte sich dabei um einen Fall des *venire contra factum proprium* handeln, weil E sich durch die Verweigerung in Widerspruch zur gegenüber F erklärten Genehmigung setzt. Hiergegen spricht zunächst, dass das Gesetz dem Vertretenen die Möglichkeit gibt, die Genehmigung gegenüber dem Dritten zu verweigern. Es fingiert sogar die Verweigerung der Genehmigung, wenn sich der Vertretene nicht innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist äußert. Hielte man eine Verweigerung für treuwidrig, müsste

man folglich konsequenterweise aus § 242 BGB sogar einen Anspruch des Vertreters auf Erteilung der Genehmigung ableiten, weil sich nur so der Eintritt der Fiktion vermeiden lässt.

Gegen eine Anwendung des § 242 BGB sprechen zudem auch systematische und teleologische Gründe. Das Verbot des *venire contra factum proprium* dient dem Vertrauensschutz. Es soll denjenigen, der sich im Vertrauen auf ein bestimmtes Verhalten des anderen darauf eingestellt hat, davor bewahren, dass dieses Vertrauen enttäuscht wird. Regelmäßig setzt ein solcher Vertrauenstatbestand aber voraus, dass der Betroffene im Vertrauen darauf, dass der andere sich konsequent verhalten wird, konkrete Dispositionen getroffen hat. Dies ist hier nicht der Fall. Der Vertreter hat zum Zeitpunkt der Genehmigung die von ihm ausgehenden Handlungen schon vollständig vorgenommen. Es gibt nichts, was er im Vertrauen auf den Bestand der Genehmigung noch unternehmen hätte oder noch hätte unternehmen können.

Gegen eine Unwirksamkeit der Verweigerung der Genehmigung aus § 242 BGB im Hinblick einen Vertrauensschutz zugunsten des Vertreters spricht schließlich auch, dass es bei § 177 Abs. 2 BGB ausschließlich um die Regelung des (Außen-)Verhältnisses zwischen dem Vertretenen und dem Dritten geht. Dass das Gesetz eine vom Vertretenen erklärte Genehmigung für unwirksam erklärt und ihm damit die Möglichkeit gibt, dem Dritten gegenüber noch einmal frei darüber entscheiden zu können, ob er den Vertrag erfüllen will oder nicht, dient dabei nicht etwa dem Schutz des Vertretenen. Es geht nicht darum, den Vertretenen aus einer – vielleicht unbedacht eingegangenen – Vertragsbindung zu befreien. Vielmehr soll der Dritte, der über die Wirksamkeit des Vertragsschlusses im Unklaren ist, mit der Aufforderung zur Genehmigung des Vertrages den Schwebezustand beenden können. Diese Zwecksetzung drückt sich auch darin aus, dass § 177 Abs. 2 BGB nur Anwendung findet, wenn der Dritte keine Kenntnis von einer vorherigen Genehmigung oder deren Verweigerung hat.²⁶ Klarheit und Rechtssicherheit wird für den Dritten durch die Aufforderung an den Vertretenen zur Genehmigung des Vertrages nur dann geschaffen, wenn er sicher sein kann, dass die anschließend ihm gegenüber abgegebene Erklärung gilt. Dies setzt aber zwingend voraus, dass eine zuvor abgegebene Erklärung ihre Wirksamkeit verliert.

Geht es somit dem Gesetz bei der Regelung des § 177 Abs. 2 BGB um das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten, so wäre es systemwidrig, die Regelung mit Rücksicht auf die Interessen des Vertreters einzuschränken. Der Vertrauensschutz für den Vertreter würde dann zu Lasten des Dritten gehen. Etwaigen Schutzinteressen des Vertreters muss daher im Innenverhältnis zum Vertretenen Rechnung getragen werden.

Somit stellt die Verweigerung der Genehmigung durch E keinen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB dar. Die Verweigerung der Genehmigung durch E war damit wirksam, so dass keine Genehmigung des Kaufvertrages durch E vorliegt.

²⁶ Bork (Fn. 22), Rn. 1611.

Zwischenergebnis: F hat also als Vertreter der E mit dem – durch A wirksam vertretenen – O einen Vertrag abgeschlossen. Da er weder die hierzu erforderliche Vertretungsmacht hatte noch der Vertrag durch E wirksam genehmigt worden ist, haftet er dem O als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB.

4. Haftungsausschluss gemäß § 179 Abs. 3 S. 1 BGB

Die Haftung des F gemäß § 179 Abs. 1 BGB könnte jedoch gemäß § 179 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Dies wäre der Fall, wenn der Vertragspartner, hier O, das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Fraglich ist dabei zum einen, auf wessen Kenntnis es ankommt, zum anderen, welcher Zeitpunkt maßgeblich ist. Die Antwort auf die erste Frage scheint § 166 Abs. 1 BGB zu geben. Danach käme es auf die Kenntnis des Vertreters, hier also des A, an. Dies soll nach h.M. auch dann gelten, wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, sofern der Vertretene das Geschäft genehmigt.²⁷ Hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunktes stellt die h.M. auf den Vertragsschluss ab. Sei der Dritte zu diesem Zeitpunkt gutgläubig im Hinblick auf die Vertretungsmacht, so schade ihm auch eine spätere Kenntnisnahme nicht.²⁸

Legt man dies zugrunde, scheint die Sachlage zunächst eindeutig. A hatte bei Abschluss des Vertrages mit F keine Kenntnis davon, dass F nicht von E bevollmächtigt war. Ihm kann insofern auch nicht der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet lediglich, bei Zweifeln an der Vertretungsmacht nachzuforschen. Allenfalls kann man verlangen, dass der Dritte den Vertreter nach dem Bestehen der Vertretungsmacht fragt. Behauptet dieser aber das Vorliegen einer Vollmacht, so darf der Dritte grds. hierauf vertrauen.²⁹ Hier hat F aber auf Nachfrage des A ausdrücklich versichert, von E bevollmächtigt zu sein. A war also in Bezug auf die Vertretungsmacht gutgläubig. Dies ändert sich zwar später, weil A Hinweise auf das Fehlen der Vertretungsmacht erhält. Zum Zeitpunkt der Genehmigung durch O waren also weder dieser selbst noch A gutgläubig, weil sie Anlass zu Zweifeln an der Vertretungsmacht des F hatten. Nach dem Gesagten würde es aus Sicht der h.M. hierauf aber nicht mehr ankommen.

Bei genauer Betrachtung ergeben sich jedoch Zweifel an diesem Ergebnis. Soweit die h.M. für den Zeitpunkt der Gutgläubigkeit des Dritten auf den Vertragsschluss abstellt, soll damit klargestellt werden, dass dem Dritten eine nachträgliche Kenntnis in dem Zeitraum zwischen dem Vertragsschluss mit dem Vertreter und der Verweigerung der Genehmigung durch den Vertretenen nicht schadet. Er kann also den Vertre-

ter auch dann in Anspruch nehmen, wenn er vor der Verweigerung der Genehmigung von der fehlenden Vertretungsmacht erfährt. Der Grund hierfür ist, dass § 179 Abs. 1 BGB den Dritten schützen soll, der sich im Vertrauen auf das Bestehen der Vertretungsmacht vertraglich gebunden hat. Handelt aber auf Seiten des Dritten ebenfalls ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, so liegt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, also bei Austausch der Willenserklärungen der beiden Vertreter, eine dem Dritten zuzurechnende Willenserklärung noch gar nicht vor. Vielmehr hängt auch die Bindung des Dritten davon ab, dass er das Handeln des Vertreters genehmigt. Soweit gesagt wird, dass es in den Fällen, in denen auch für den Dritten ein Vertreter handelt, auch bei nachträglicher Genehmigung gemäß § 166 Abs. 1 BGB auf die Kenntnis des Vertreters ankomme, betraf dies ausschließlich Fälle, in denen der Vertreter von bestimmten Umständen Kenntnis hatte.³⁰ Es ging also vor allem darum, zum Schutz der Interessen des Geschäftspartners sicherzustellen, dass sich der Dritte nicht auf die eigene Unkenntnis der maßgeblichen Umstände berufen kann. Hier geht es aber um die Frage, ob sich der genehmigende Dritte auf die Unkenntnis seines Vertreters auch dann berufen kann, wenn er bei Genehmigung Kenntnis davon hatte, dass der für den Geschäftspartner handelnde Vertreter keine Vertretungsmacht hat.

Dass es auch in diesem Fall nach § 166 Abs. 1 BGB auf die Kenntnis des Vertreters bei Abschluss des Vertrages ankommen soll, lässt sich kaum rechtfertigen. Erfährt der Dritte vor der Genehmigung des Vertrages davon, dass der Vertreter des anderen Teils keine Vertretungsmacht hatte oder dass zumindest erhebliche Zweifel an der Vertretungsmacht bestehen, so besteht kein Grund, ihn durch die Gewährung von Ansprüchen gegenüber dem Vertreter in seinem Vertrauen auf das Bestehen der Vertretungsmacht zu schützen. Er befindet sich vielmehr in derselben Situation wie derjenige, der persönlich mit dem Vertreter verhandelt und bereits vor Vertragsabschluss von der fehlenden Vertretungsmacht Kenntnis erlangt. In diesen Fällen versagt das Gesetz dem Dritten aber nach § 179 Abs. 3 BGB den Vertrauensschutz. Dies findet seine Rechtfertigung in der Erwägung, dass sich der Dritte selbst dadurch schützen kann, dass er den Vertrag mit dem Vertreter bei Zweifeln an dessen Vertretungsmacht erst gar nicht abschließt. Dasselbe gilt aber, wenn der ebenfalls von einem vollmachtlosen Vertreter vertretene Dritte vor der Genehmigung von dem Fehlen der Vertretungsmacht des Vertreters des Geschäftspartners erfährt. Er kann sich ebenfalls selbst dadurch schützen, dass er seinerseits die Genehmigung des Handelns seines Vertreters verweigert. Wird also der Dritte, d.h. „der andere Teil“ i.S.d. § 179 Abs. 3 BGB, ebenfalls von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten, so kommt es im Rahmen des § 179 Abs. 3 BGB für die Frage, ob der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste, nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, also den Zeitpunkt von Angebot und Annahme, sondern auf den Zeitpunkt der Genehmigung durch den Dritten an. Folgt man dem, so ist die Haf-

²⁷ BGH NJW 1992, 899 (900); BGH NJW 2000, 2272 (2273); *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 166 Rn. 3; *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 166 Rn. 39.

²⁸ *Schilken* (Fn. 27), § 179 Rn. 19; *Schramm* (Fn. 27), § 179 Rn. 43.

²⁹ BGH NJW 2000, 1407 (1408); *Schramm* (Fn. 27), § 179 Rn. 41.

³⁰ Vgl. BGH NJW 1992, 899 (900); BGH NJW 2000, 2272 (2273).

tung des F im konkreten Fall nach § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, weil O zum Zeitpunkt der Genehmigung Hinweise dafür hatte, dass F von E nicht bevollmächtigt war, mithin den Mangel der Vertretungsmacht zumindest kennen musste.

5. Ergebnis

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so ist die Haftung des F nach § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. O hat gegen F keinen Anspruch gemäß § 179 Abs. 1 BGB. Auf der Basis der h.M., die ohne die hier vorgenommenen Differenzierungen für den guten Glauben des vertretenen Dritten stets gemäß § 166 Abs. 1 BGB auf die Kenntnis des Vertreters bei Vertragsschluss abstellt, gelangt man hingegen zu einer Haftung des F nach § 179 Abs. 1 BGB. Die Ansprüche des O wären daher begründet.

Korrekturhinweis: Die Frage der Auslegung des § 179 Abs. 3 BGB in den Fällen, in denen auch auf Seiten des Dritten ein Vertreter ohne Vertretungsmacht agiert und der Dritte vor der Erklärung über die Genehmigung von der fehlenden Vertretungsmacht auf Seiten des Vertretenen erfährt, wird in der Literatur – soweit erkennbar – nirgends thematisiert. Nicht nur, aber vor allem deshalb wurden Ausführungen hierzu von den Bearbeitern nicht erwartet werden. Es wurde daher nicht als Fehler bewertet, wenn Bearbeiter einen Anspruch unter Hinweis auf § 166 Abs. 1 BGB und die fehlende Kenntnis des A behauptet haben.

III. Anspruch des O gegen F gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB

O könnte gegen F wegen dessen Handelns ohne Vertretungsmacht ein Anspruch aus culpa in contrahendo gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB haben.

1. Vorvertragliches Schuldverhältnis

Hierzu müsste zunächst zwischen O und F ein (vorvertragliches) Schuldverhältnis entstanden sein. Dies erscheint zum einen fraglich, weil F gar nicht mit O, sondern mit A in Vertragsverhandlungen eingetreten ist. A ist allerdings ebenfalls nur als Vertreter des O aufgetreten. Zumindest wenn der Vertreter Vertretungsmacht hatte oder – wie im vorliegenden Fall – der Vertragsschluss genehmigt worden ist, wird nicht der Vertreter, sondern der Vertretene Partner des Schuldverhältnisses. Das Handeln des Vertreters ist in diesem Falle dem Vertretenen zuzurechnen.

Dasselbe muss dann allerdings auch auf der anderen Seite gelten. Auch F führte die Vertragsverhandlungen im Namen der E. Somit kommt grds. ein vorvertragliches Schuldverhältnis nicht zwischen F und O, sondern nur zwischen E und O zustande. F und A sind dabei im Rahmen dieses vorvertraglichen Schuldverhältnisses allenfalls Erfüllungsgehilfen. Eine Eigenhaftung dieser Gehilfen kommt nur unter den Voraussetzungen des § 311 Abs. 3 BGB in Betracht, also wenn sie in besonderer Weise Vertrauen für sich in Anspruch

genommen haben.³¹ Dies ist auf Seiten des F nicht der Fall. Er hat keineswegs das Vertrauen des A in seine besondere Sachkunde in Anspruch genommen. Dies traf allenfalls umgekehrt auf A zu.

Lediglich in Bezug auf das Bestehen der Vertretungsmacht hat F durch seine Behauptungen einen besonderen Vertrauenstatbestand gesetzt. Dies genügt jedoch nicht, um eine Haftung aus culpa in contrahendo zu begründen. Vielmehr muss § 179 Abs. 1 BGB insoweit als abschließende Regelung angesehen werden.³² Diese erfasst gerade die Fälle, in denen der Vertreter zu Unrecht das Bestehen der Vertretungsmacht behauptet und der Dritte darauf vertraut, dass der Vertreter wirksam für den Vertretenen handeln kann. Würde man daneben die Vorschriften der §§ 280, 311 Abs. 2 BGB anwenden, so könnten damit die besonderen Wertungen des § 179 BGB überspielt werden. So käme etwa eine Haftung auf Schadensersatz auch dann in Betracht, wenn der Dritte die fehlende Vertretungsmacht kennen musste, der Vertreter aber ebenfalls schuldhaft gehandelt hat. Der Schadensersatzanspruch wäre dann nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern lediglich nach § 254 BGB zu mindern. Dies widerspräche der (rechtspolitisch durchaus diskutablen) Wertentscheidung des § 179 Abs. 3 BGB, dem Dritten bei schuldhafter Unkenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht jeglichen Ausgleichsanspruch gegenüber dem Vertreter zu versagen. Die besseren Gründe sprechen daher dafür, in Fällen wie dem vorliegenden § 311 Abs. 2 BGB nicht neben § 179 BGB anzuwenden.

2. Pflichtverletzung des F

Hält man die soeben vorgebrachten Bedenken nicht für berechtigt und einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 und 3 BGB grds. für möglich, so lässt sich sicher annehmen, dass F in besonderer Weise Vertrauen in Anspruch genommen und damit seine vorvertraglichen Pflichten verletzt hat. Er hat auf Nachfrage des A wider besseres Wissen eine Bevollmächtigung durch E behauptet und damit seine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Auskunft vorsätzlich verletzt.

3. Schaden des O

Fraglich erscheint jedoch, ob dem O ein im Rahmen des § 311 Abs. 2 BGB ersatzfähiger Schaden entstanden ist. Nach § 249 Abs. 1 BGB hätte F den Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde. Hätte F wahrheitsgemäß angegeben, dass er ohne entsprechende Vollmacht handelt, wäre der Vertrag aber wohl kaum zustande gekommen. Folglich kann O nur Ersatz des Schadens verlangen, der dadurch entstanden ist, dass er auf das Bestehen der Vollmacht vertraut hat, also das negative Interesse. Für einen solchen Schaden ist nichts erkennbar. Der einzige Nachteil, der O entsteht, ist, dass er keinen Erfüllungsanspruch gegenüber E geltend machen kann. Diesen Nichterfüllungsschaden

³¹ Bork (Fn. 22), Rn. 1636, 1682.

³² OLG Hamm MDR 1993, 515; Bork (Fn. 22), Rn. 1636; Schramm (Fn. 27), § 179 Rn. 45; Leptien, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 23; a.M. Schilken (Fn. 27), § 179 Rn. 20.

kann er aber nicht im Rahmen der culpa in contrahendo geltend machen.

4. Ergebnis

O hat gegen F keinen Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB.

IV. Gesamtergebnis zu Aufgabe 1

Die Beantwortung der Frage 1 hängt davon ab, ob man O im Rahmen des § 179 Abs. 3 BGB als gutgläubig ansieht oder nicht. Stellt man auf den Kenntnisstand des O zum Zeitpunkt der Genehmigung ab, so steht ihm gegen F kein Anspruch auf Zahlung und Abholung des Veteran zu. Meint man hingegen, dass es auf den Kenntnisstand des Vertreters A bei Vertragsschluss ankommt, so kann O den F nach § 179 Abs. 1 BGB auf Erfüllung in Anspruch nehmen, mithin Zahlung und Abnahme verlangen.

Aufgabe 2

Gefragt ist danach, ob F für den Fall, dass er dem Verlangen des O nach Abnahme und Bezahlung des Autos nachkommen muss, seinerseits Ausgleichsansprüche gegenüber E hat. Für diesen Teil ist also davon auszugehen, dass F dem O aus § 179 Abs. 1 BGB auf Erfüllung haftet. Zu untersuchen ist, wie das Innenverhältnis zwischen F und E in diesem Fall rechtlich einzuordnen ist. Vertragliche Ansprüche scheiden dabei aus. Solche wären denkbar, wenn E dem F den Auftrag zum Erwerb des PKW erteilt hätte (§ 662 BGB). E hat dem F aber nur „beiläufig“ beim Essen von ihrem Wunsch erzählt. Ein Auftrag kann hierin nicht gesehen werden. Auch vertragsähnliche Ansprüche kommen nicht in Betracht. Gleiches gilt offensichtlich für Ansprüche aus EBV oder Delikt. Selbst ein Anspruch aus Bereicherungsrecht kommt nicht in Betracht, weil auf Seiten der E kein Vermögensvorteil feststellbar ist, sie also durch das Tätigwerden des F nichts „erlangt“ hat. Folglich könnte sich ein Anspruch nur aus den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) ergeben, und zwar auf Ersatz der dem F entstandenen Aufwendungen aus §§ 683, 670 BGB.

I. Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag

Voraussetzung für eine GoA ist zunächst, dass jemand ein Geschäft für einen anderen besorgt. Unter einer Geschäftsbesorgung versteht man jede Tätigkeit, die in irgendeiner Weise regelnd und gestaltend auf den Rechtskreis einer Person einwirkt, sei sie nun rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art. Für einen anderen erfolgt die Geschäftsbesorgung, wenn der Geschäftsführer im Rechts- und Interessenkreis eines anderen tätig wird. Dann handelt es sich um ein für ihn fremdes Geschäft. Im vorliegenden Fall geht es darum, dass F im Namen der E einen Vertrag schließt. Dies ist sicher eine Geschäftsbesorgung, weil F damit Rechtsfolgen mit Wirkung für und gegen die E begründen und diese vertraglich binden will. Verträge lassen sich freilich vor ihrem Zustandekommen objektiv keinem konkreten Rechtskreis zuordnen. Erst nach Vertragsabschluss lässt sich sagen, dass der Vertrag dem Rechtskreis der Vertragsparteien angehört. Vor Vertrags-

schluss ergibt sich die Zuordnung allein subjektiv aus der Willensrichtung des rechtsgeschäftlich Handelnden. Schließt jemand einen Vertrag als Vertreter eines anderen, so gibt er aber zu erkennen, dass er nicht für sich selbst, sondern für den Vertretenen handeln will. Es handelt sich folglich um ein „subjektiv-fremdes“ Geschäft. Damit steht zugleich fest, dass F mit dem erforderlichen Fremdgeschäftswilligen handelte. Die Anwendung der §§ 677 ff. BGB scheidet also nicht etwa deshalb aus, weil F glaubt, auf eigene Rechnung zu handeln (§ 687 Abs. 1 BGB).

Schließlich handelt F – wie bereits festgestellt – „ohne Auftrag“. E hat ihn zu keiner Zeit gebeten, das Auto für sie zu kaufen. Auch eine andere Rechtsgrundlage, aufgrund der er berechtigt oder verpflichtet wäre, den Kauf für E zu tätigen, existiert nicht.

II. Berechtigung der Geschäftsführung

Ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen besteht nur im Falle der „berechtigten“ Geschäftsführung ohne Auftrag. Gem. § 683 BGB ist dies dann der Fall, wenn die Geschäftsführung dem Interesse und dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Dabei ist zunächst danach zu forschen, ob der „wirkliche Wille“ des Geschäftsherrn in irgendeiner Weise seinen Ausdruck gefunden hat. Nur wenn es hierfür keinerlei Anhaltspunkte gibt, ist auf den mutmaßlichen Willen abzustellen.³³

Im vorliegenden Fall lässt sich nicht erkennen, ob E zum Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsführung den Vertragsschluss gewollt hat oder ob dieser zumindest ihrem mutmaßlichen Willen und Interesse entsprach. Doch hat sie sich zumindest nachträglich mit dem Vertrag einverstanden erklärt. Hierin könnte eine Genehmigung nach § 684 S. 2 BGB zu sehen sein. Mit der Genehmigung wird die Geschäftsführung zu einer berechtigten i.S.d. § 683 BGB. Auf die zuvor bestehende Willens- und Interessenslage kommt es nicht mehr an. Zutreffend formuliert der BGH wie folgt: „Der Geschäftsherr, der das Geschäft nach § 684 S. 2 BGB genehmigt, ersetzt dadurch die Voraussetzungen des § 683 BGB, nämlich sein Interesse an der Übernahme der Geschäftsführung und seinen hiermit übereinstimmenden wirklichen oder mutmaßlichen Willen. Die Beteiligten erlangen mit der Genehmigung die Rechte und Pflichten, wie sie zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer bestehen, der das Geschäft berechtigterweise übernimmt.“³⁴

Geht es um die Genehmigung des Handelns eines Vertreters ohne Vertretungsmacht, so ist zwischen der Genehmigung des Vertrages nach § 177 Abs. 1 BGB und der Genehmigung der Geschäftsführung nach § 684 S. 2 BGB zu unterscheiden. Beides kann, muss aber nicht zwingend zusammenfallen.³⁵ So ist insbesondere denkbar, dass der Vertretene zwar im Grundsatz das Handeln des Vertreters billigt, also mit der Geschäftsführung einverstanden ist, sich aber noch die Entscheidung vorbehalten will, ob er an den geschlosse-

³³ Schwab, in: NomosKommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 683 Rn. 3 ff.

³⁴ BGHZ 128, 210 (213).

³⁵ Bork (Fn. 22), Rn. 1638.

nen Vertrag gebunden sein möchte. Dagegen dürfte die Zustimmung zu dem vom Vertreter vorgenommenen Geschäft regelmäßig zugleich als Billigung der Geschäftsführung zu verstehen sein.³⁶ Hier hat E ausdrücklich gegenüber F ihr Einverständnis mit dem Vertrag erklärt. Da sich die Geschäftsbesorgung des F hierauf beschränkte, wird man dies folglich als Genehmigung i.S.d. § 684 S. 2 BGB zu werten haben. Diese wird, da sie unter Anwesenden abgegeben wurde, in dem Moment wirksam, in dem sie F als Empfänger der Erklärung vernommen hat (sog. Vernehmungstheorie).³⁷

Fraglich ist nun, ob E es sich noch einmal anders überlegen kann. Schließlich hat sie gegenüber O die Genehmigung verweigert. Dass die Verweigerung der Genehmigung gem. § 177 Abs. 2 BGB im Verhältnis zu O wirksam ist und dazu führt, dass der Vertrag nicht mit der E zustande kommt (s.o. Aufgabe 1 unter B. III. 2.), besagt für die vorliegende Frage nichts. Wie gezeigt, dient die Regelung des § 177 Abs. 2 BGB dem Schutz des Dritten. Für das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen lässt sich hieraus nichts ableiten. Wäre eine Verweigerung der Genehmigung auch mit Wirkung für das Innenverhältnis zum Vertreter möglich, so müsste dies in konsequenter Fortführung der eben zu § 684 S. 2 BGB angestellten Überlegungen als Widerruf der Genehmigung anzusehen sein. Nach ganz h.M. ist aber ein Widerruf der Genehmigung ausgeschlossen, wenn diese dem Geschäftsführer gegenüber wirksam erklärt worden ist.³⁸ Mit der Erklärung gestaltet der Geschäftsherr die Rechtslage im Verhältnis zum Geschäftsführer um und legitimiert die Geschäftsführung mit allen hieraus folgenden Konsequenzen. Die hiermit verbundenen Vorteile kann er dem Geschäftsherrn anschließend nicht mehr einseitig entziehen.

Folglich ändert die Verweigerung der Genehmigung des Vertrages gegenüber dem O nichts mehr an der Wirksamkeit der Genehmigung nach § 684 S. 2 BGB. Zwar führt die Verweigerung der Genehmigung dazu, dass E sich die von F abgegebene Willenserklärung nicht zurechnen lassen muss, der Vertrag zwischen E und O also nicht wirksam zustande kommt. Dies hat seinen Grund aber darin, dass das Gesetz die erste, dem F gegenüber erklärte Genehmigung in § 177 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB ausdrücklich für unwirksam erklärt. Diese Regelung wiederum hat – wie oben gesehen – nur Bedeutung für das Außenverhältnis zwischen E und O. Im Innenverhältnis bleibt E an die Genehmigung gebunden, so dass nach § 684 S. 2 BGB die Geschäftsführung als berechtigte anzusehen ist.

III. Aufwändungsersatz

Gefragt ist danach, welche Ansprüche dem F gegen die E zustehen könnten. Ein Interesse könnte F daran haben, die Kosten, die ihm dadurch entstehen, dass O ihn als Vertreter

ohne Vertretungsmacht in Anspruch nimmt, von E ersetzt zu verlangen. Da O von F Erfüllung verlangt, ist dies in erster Linie der von ihm an O zu zahlende Kaufpreis.

Fraglich ist, ob es sich dabei um „Aufwendungen“ handelt. Aufwendungen werden üblicherweise als „freiwillige Vermögensopfer“ definiert. Nun setzt sich F alles andere als freiwillig den Ansprüchen des O aus. Eigentlich war sein Wille darauf gerichtet, den Vertrag mit Wirkung für und gegen E abzuschließen. Dann wäre E zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet gewesen. Andererseits werden zu den Aufwendungen auch solche Kosten gezahlt, die die typische Folge der Geschäftsführung sind, die also aufgrund der Handlungen, die sich im Rahmen der Geschäftsführung bewegen, zumindest entstehen können. In der Vermögensminderung muss sich also ein typisches, mit der Geschäftsführung verbundenes Risiko niederschlagen.³⁹ Hauptanwendungsfall sind die sog. risikotypischen Begleitschäden.⁴⁰

Gleiches muss aber auch für die Kosten gelten, die einem Vertreter dadurch entstehen, dass er von dem Geschäftspartner in Anspruch genommen wird. Die Geschäftsbesorgung besteht darin, dass der Vertreter für den Vertretenen einen Vertrag schließt, also die maßgeblichen Willenserklärungen im Namen des Vertretenen abgibt. Die den Vertreter treffende Erfüllungspflicht nach § 179 Abs. 1 BGB ist aber gerade die Folge der Tatsache, dass er den Vertrag geschlossen hat. Dem lässt sich nicht entgegen halten, dass der Anspruch nur entsteht, wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, der Vertreter aber ein Handeln ohne die erforderliche Legitimation niemals „für erforderlich halten darf“. Richtig ist zwar, dass ein Ausgleichsanspruch bei einem Handeln ohne Vertretungsmacht regelmäßig ausscheidet. Denn entweder genehmigt der Vertretene den Vertragsschluss. Dann entstehen dem Vertreter diese Aufwendungen gar nicht, weil er nicht nach § 179 Abs. 1 und 2 BGB haftet. Oder der Vertretene verweigert die Genehmigung. Dann fehlt es aber meist an einer Rechtfertigung der Geschäftsführung, so dass der Vertreter auch keinen Anspruch auf Aufwändungsersatz hat. Die Frage stellt sich also nur in der – hier gegebenen – speziellen Konstellation, dass einerseits der Vertragsschluss eine berechtigte Geschäftsbesorgung darstellt, andererseits der Vertrag mangels Genehmigung nicht zustande kommt. In einem solchen Fall stellt aber die Haftung des Vertreters ein typisches Risiko des Vertreterhandelns dar, so dass der Vertretene im Innenverhältnis verpflichtet ist, dem Vertreter die hierdurch entstehenden Kosten nach § 670 BGB zu ersetzen.⁴¹ Soweit F bereits gezahlt hat, hat er folglich einen Zahlungsanspruch gegen E in der gleichen Höhe. Hat er noch nicht erfüllt, kann er von E nach § 257 BGB Freistellung von seiner Verbindlichkeit verlangen.⁴² E ist dann verpflichtet, den

³⁶ Bork (Fn. 22), Rn. 1638; Schilken (Fn. 27), § 177 Rn. 17.

³⁷ Vgl. stellvertretend Bork (Fn. 22), Rn. 631 f. (der selbst für eine „eingeschränkte Vernehmungstheorie“ plädiert).

³⁸ BGH NJW 1989, 1672 (1673); Schwab (Fn. 33), § 684 Rn. 13; Bergmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 684 Rn. 22.

³⁹ Martinek, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 670 Rn. 25.

⁴⁰ Schwab (Fn. 33), § 670 Rn. 11; Martinek (Fn. 39), § 670 Rn. 17 ff.

⁴¹ Bork (Fn. 22), Rn. 1638; Leptien (Fn. 32), § 177 Rn. 9; Schilken (Fn. 27), § 177 Rn. 17.

⁴² Bork (Fn. 22), Rn. 1638.

Betrag an O zu zahlen, um F von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

Ergänzender Hinweis: Es versteht sich von selbst, dass F im Gegenzug der E das, was er durch die Geschäftsbesorgung erlangt, herausgeben muss (§§ 681, 667 BGB). Hat der Dritte dem Vertreter gegenüber bereits erfüllt, hier also das Eigentum am Auto übertragen, so muss F der E seinerseits Eigentum und Besitz an dem Auto verschaffen. Ist noch nicht erfüllt, muss er ihr den Anspruch auf Übertragung des Eigentums abtreten. Letztlich ergeben sich für E damit dieselben Folgen, als ob der Kaufvertrag mit ihr zustande gekommen wäre. Der Grund hierfür ist allerdings im Innenverhältnis zu F zu suchen. Im Außenverhältnis zu O haftet allein F.

IV. Ergebnis zu Aufgabe 2

Bei Inanspruchnahme durch O hat F einen Anspruch gegen E auf Ersatz der hierdurch entstehenden Kosten gegen E aus §§ 683, 670 BGB.