

# Die vorzugswürdige Definition der Kollusion

Von Wiss. Mitarbeiter **Jonas David Brinkmann**, Bielefeld\*

Bei der Kollusion handelt es sich um eine der examensrelevanten Ausnahmen, bei denen der Vertretene das Risiko des Vollmachtmissbrauchs nicht zu tragen hat.<sup>1</sup> Eine einheitliche Definition der Kollusion existiert in der Literatur jedoch nicht. Das kann Studierende zuweilen vor Probleme stellen. Zunächst können die verschiedenen Definitionen zu Verwirrungen führen – es stellt sich die Frage, ob die verschiedenen Definitionen auch unterschiedliche Ergebnisse zur Folge haben. Da dies nach entsprechender Interpretation der Fall sein kann, stellt sich als nächstes die Frage, welche Definition denn dann die „bessere“ sei. Dieser Beitrag soll zum einen die Unterschiede zwischen den verschiedenen Definitionen der Kollusion aufzeigen und zum anderen bestimmen, welche der Definitionen vorzugswürdig ist.

## I. Überblick über das Stellvertretungsrecht

Nach § 164 Abs. 1 BGB wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen eines anderen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Bezüglich der Vertretungsmacht wird zwischen solcher gesetzlichen Ursprungs und solcher rechtsgeschäftlichen Ursprungs unterschieden. Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, die nach § 166 Abs. 2 S. 1 BGB als Vollmacht bezeichnet wird, kann entweder gegenüber dem Vertreter erklärt werden (sog. Innenvollmacht) oder gegenüber dem Dritten (sog. Außenvollmacht).<sup>2</sup> In Hinblick auf die Frage, ob der Vertreter eine Erklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgibt, ist zwischen rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen zu unterscheiden.<sup>3</sup>

Das rechtliche Können wird durch die Reichweite der erteilten Vollmacht bestimmt.<sup>4</sup> Bei der Erteilung der Vollmacht steht es dem Vertretenen grundsätzlich frei, die Reichweite

der Vollmacht zu bestimmen.<sup>5</sup> Er kann z.B. festzulegen, welche Arten von Geschäften der Vertreter schließen oder nicht schließen kann. Ebenso kann er Beschränkungen etwa bezüglich des Preises oder der übrigen Vertragsmodalitäten treffen. Ist die Reichweite der Vollmacht derart bestimmt, so wird der Vertretene durch die Erklärung des Vertreters, welche über den Rahmen der Vollmacht hinausgeht, nicht gebunden.<sup>6</sup> Etwas anderes ist die Frage nach dem rechtlichen Dürfen. Das rechtliche Dürfen bestimmt sich nach dem Innenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten.<sup>7</sup> Zwischen dem was der Bevollmächtigte kann (also inwieweit seine Erklärung mit Wirkung für und gegen den Vertretenen wirkt) und dem was der Bevollmächtigte im Innenverhältnis darf, kann eine Diskrepanz bestehen.<sup>8</sup> Dies lässt sich gut an der Außenvollmacht erkennen.<sup>9</sup> Hier wird die Erklärung der Vollmacht (und damit die Bestimmung ihrer Reichweite) gegenüber dem Dritten vorgenommen. Mit dem Vertreter können aber zusätzliche, engere Absprachen bestehen.<sup>10</sup> Auch wenn der Vertreter diese Absprachen nicht einhält, seine Vertretungsmacht also missbraucht, wirkt die Erklärung des Vertreters in der Regel für und gegen den Vertretenen.<sup>11</sup> Das Problem der Überschreitung des rechtlichen Dürfens ist also in der Regel nur im Verhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen relevant und hat keine Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten.<sup>12</sup> Dem Vertretenen wird also grundsätzlich das Risiko des Missbrauchs der Vertretungsmacht zugewiesen.<sup>13</sup> Von der Regel,

<sup>5</sup> *Leenen* (Fn. 3), § 9 Rn. 99; *Medicus* (Fn. 2), Rn. 932; *Wertenbruch* (Fn. 2), § 29 Rn. 6; *Wolf/Neuner* (Fn. 2); § 49 Rn. 36; *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 167 Rn. 79; *Schilken*, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2014, § 167 Rn. 8.

<sup>6</sup> *Boemke/Ulrici*, BGB Allgemeiner Teil, 2009, § 13, Rn. 14; *Bork* (Fn. 2), Rn. 1566; *Leipold* (Fn. 2), § 26 Rn. 1; *Rüthers/Stadler* (Fn. 2), § 30 Rn. 63.

<sup>7</sup> *Bork* (Fn. 2), Rn. 1493; *Köhler* (Fn. 2), § 11 Rn. 25; *Wolf/Neuner* (Fn. 2), § 49 Rn. 100.

<sup>8</sup> *Bitter* (Fn. 2), § 10 Rn. 222; *Bork* (Fn. 2), Rn. 1573; *Faust* (Fn. 2), § 28 Rn. 23; *Köhler* (Fn. 2), § 11 Rn. 57.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu auch das Beispiel von *Bork* (Fn. 2), Rn. 1495.

<sup>10</sup> Hierbei kann es dem Vertretenen z.B. darum gehen, die Verhandlungsposition des Vertreters nicht dadurch zu schwächen, dass dessen Verhandlungsgegner der Preisspielraum des Vertreters genannt wird.

<sup>11</sup> Vgl. *Bitter* (Fn. 2), § 10 Rn. 221; *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 551 und 579; *Rüthers/Stadler* (Fn. 2), § 30 Rn. 63; *Wertenbruch* (Fn. 2), § 28 Rn. 28; *Wolf/Neuner* (Fn. 2), § 49 Rn. 100.

<sup>12</sup> *Bork* (Fn. 2), Rn. 1574; *Köhler* (Fn. 2), § 11 Rn. 63; *Wolf/Neuner* (Fn. 2), § 49 Rn. 100.

<sup>13</sup> BGH NJW 1966, 1911; Hier manifestiert sich der Grundsatz „in dubio contra dominum“ wonach derjenige, der die Vorteile aus der Einschaltung einer Hilfsperson zieht, im Regelfall auch die damit verbundenen Nachteile zu tragen hat, vgl. *Schreindorfer*, Verbraucherschutz und Stellvertretung, 2011, S. 261 ff.

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld.

<sup>1</sup> *Lieder*, JuS 2014, 681.

<sup>2</sup> *Bitter*, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2013, § 10 Rn. 72; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2011, Rn. 1459; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl. 2014, Rn. 541 f.; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, § 26 Rn. 6; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 36. Aufl. 2012, § 11 Rn. 24; *Leipold*, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2010, § 24 Rn. 1; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 927; *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 17. Aufl. 2011, § 30 Rn. 11; *Wertenbruch*, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 1; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2012, § 49 Rn. 28.

<sup>3</sup> *Bitter* (Fn. 2), § 10 Rn. 221; *Bork* (Fn. 2), Rn. 1493; *Köhler* (Fn. 2), § 11 Rn. 25; *Leenen*, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 9 Rn. 104.

<sup>4</sup> *Faust* (Fn. 2), § 28 Rn. 23; *Leenen* (Fn. 3), § 9, Rn. 99; *Wolf/Neuner* (Fn. 2), § 49 Rn. 36.

dass die Überschreitung des rechtlichen Dürfens das Verhältnis zwischen Vertretenen und Dritten nicht betrifft, werden jedoch zwei Ausnahmen gemacht:<sup>14</sup> Diese werden als Evidenz und die Kollusion bezeichnet.

## II. Die unterschiedlichen Definitionen der Kollusion

Die Kollusion wird in der Literatur nicht einheitlich definiert. Zum einen finden sich Definitionen, die eine Kollusion annehmen, wenn der Vertreter und der Dritte beim Rechtsgeschäft einverständlich zum Schaden bzw. zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken.<sup>15</sup> Andere Definitionen setzen vielmehr ein Zusammenwirken mit Schädigungsabsicht voraus.<sup>16</sup> Wieder andere sprechen auch von einem „dolosen Zusammenwirken“ zwischen Vertreter und Dritten zulasten des Vertretenen.<sup>17</sup> Die unterschiedlichen Definitionen kommen – je nach Interpretation – auch zu verschiedenen Ergebnissen im Hinblick auf die Frage, ob eine Kollusion vorliegt oder nicht. Um das deutlich zu machen, soll der nachfolgende Beispielfall dienen:

*Beispielfall:* A bittet B, für ihn die Vorbereitungen der Feier seines 60. Geburtstags zu übernehmen. Hierzu wird B bevollmächtigt alle im Rahmen der Geburtstagsvorbereitungen anfallenden Geschäfte zu tätigen. B holt daraufhin Angebote für entsprechende Lokalitäten ein. B erhält neben einem günstigen Angebot des C auch ein überteuertes Angebot des D. D stellt B für den Fall der Annahme des Angebots jedoch persönliche Vorteile in Aussicht. Seinen persönlichen Vorteil im Blick, mietet B die Räumlichkeiten bei D.

Der Abschluss Mietvertrags über die Räumlichkeiten ist ein im Rahmen der Geburtstagsfeierlichkeiten anfallendes Geschäft und somit grds. von der Vertretungsmacht des B gedeckt. Der Vertrag lag also zunächst im Rahmen des rechtlichen Könnens des B. B hat jedoch gegen die aus dem Auftragsverhältnis nach § 662 BGB stammende Interessenwahrungspflicht<sup>18</sup> verstoßen, indem er im eigenen Interesse einen Vertrag geschlossen hat, der für A nachteilig war. B hat damit das rechtliche Dürfen überschritten. In der Regel trifft das Risiko des Missbrauchs der Vertretungsmacht den Vertretenen, sodass er trotzdem durch die Erklärung seines Vertreters gebunden wird. Hier könnte jedoch eine Ausnahme von dieser

Regel gegeben sein, sofern es sich um einen Fall der Kollusion handelt. Die Antwort auf die Frage, ob im konkreten Fall eine Kollusion vorliegt, hängt unter Umständen aber von der zugrunde gelegten Definition ab.

### 1. Die „doloses Zusammenwirken“-Definition

Die Reichweite des „dolosen Zusammenwirkens“ zulasten des Vertretenen ist am einfachsten umrissen. Dolus bezeichnet den Vorsatz.<sup>19</sup> Demnach wäre nach dieser Definition eine Kollusion gegeben, wenn der Vertreter und der Dritte vorsätzlich – also mit Wissen und Wollen<sup>20</sup> – zulasten des Vertretenen zusammengewirkt haben. Zum einen müssen der Vertreter und der Dritte also gewusst haben, dass sie zusammenwirken und dass ihr Verhalten zu Lasten des Vertretenen geht. Zum anderen müssen sie den Erfolg – also den Schaden beim Vertretenen – auch gewollt haben. Hierbei reicht es allerdings aus, wenn der Schaden nicht erstrebt wird, sondern als sichere Folge angesehen wird (sog. *dolus directus* 2. Grades<sup>21</sup>), ja sogar, wenn der Schaden für möglich gehalten wird und dies bei der Handlung in Kauf genommen wurde (sog. *dolus eventualis*<sup>22</sup>). Im oben gebildeten Fall hatten B und D Kenntnis in Hinblick auf ihr Zusammenwirken und die Tatsache, dass sie A durch ihr Handeln schaden. Den Schaden des A – einen Vertragsschluss zu überteuerten Preisen – haben A und B als sichere Folge ihres Handelns erkannt. Dementsprechend liegt nach dieser Definition im oben gebildeten Fall eine Kollusion vor.

### 2. Die „Schädigungsabsicht“-Definition

Die Voraussetzung einer Schädigungsabsicht könnte dahingehend verstanden werden, dass der Schaden beim Vertretenen erstrebt werden muss – die Schädigung also das wesentliche Handlungsmotiv sein muss. Dies würde der „Absicht“ im Zivilrecht die gleiche Bedeutung zumessen, wie sie es im Strafrecht hat – Absicht wäre also im Sinne des sog. *dolus directus* 1. Grades zu verstehen.<sup>23</sup> In diesem Sinne wäre eine Kollusion nur dann zu bejahen, wenn es den Parteien primär darum ginge den Vertretenen zu schädigen. Keine Kollusion wäre es hingegen, wenn es den Parteien vornehmlich um den eigenen Vorteil ginge. Im oben gebildeten Fall geht es sowohl dem B als auch dem D nicht primär darum dem A zu schaden, sondern vornehmlich um den eigenen Vorteil. Dementsprechend wäre hier Absicht im Sinne von *dolus directus* 1. Grades und damit auch eine Kollusion zu verneinen.

<sup>14</sup> Bitter (Fn. 2), § 10 Rn. 225.

<sup>15</sup> So z.B. BGH NJW 1989, 26; Köhler (Fn. 2), § 11 Rn. 63; Leipold (Fn. 2), § 24 Rn. 20; Medicus (Fn. 2), Rn. 966; Rütters/Stadler (Fn. 2), § 30 Rn. 65; Wertenbruch (Fn. 2), § 28 Rn. 32; Brox/Walker (Fn. 2), Rn. 580; Boemke/Ulrici (Fn. 6), § 13 Rn. 93; Valentin, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 32, Stand: 1.11.2013, § 167 Rn. 47; Schilken (Fn. 5), § 167 Rn. 93; Schramm (Fn. 5), § 164 Rn. 107.

<sup>16</sup> Bork (Fn. 2), Rn. 1575; Faust (Fn. 2), § 28 Rn. 24; Wolf/Neuner (Fn. 2), § 49 Rn. 107; Lieder, NJW 2014, 681 (685).

<sup>17</sup> Schmoeckel, in: Historisch kritischer Kommentar zum BGB, 2007, §§ 164-181 Rn. 25.

<sup>18</sup> Vgl. Seiler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 662 Rn. 25 ff.

<sup>19</sup> Köbler, Juristisches Wörterbuch, 14. Aufl. 2007.

<sup>20</sup> Grundmann, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 276, Rn. 154.

<sup>21</sup> Schulze, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 276 Rn. 9.

<sup>22</sup> Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 276 Rn. 17; Schulze (Fn. 21), § 276 Rn. 9.

<sup>23</sup> So wohl generell Stadler (Fn. 22), § 276 Rn. 16; Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2014, § 276 Rn. 22; Schulze (Fn. 21), § 276, Rn. 9; Dauner-Lieb, in: NomosKommentar zum BGB, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2012, § 276 Rn. 10.

Dass die Absicht im Zivilrecht die gleiche Bedeutung hat wie im Strafrecht, wird aber mitunter bezweifelt. Vielmehr erfordere die Absicht im Zivilrecht gerade nicht, dass der Erfolg das Motiv der Handlung sei.<sup>24</sup> Stattdessen sei Absicht im Zivilrecht ein Synonym für Vorsatz.<sup>25</sup> Wäre Absicht im zivilrechtlichen Sinne mit Vorsatz gleichzustellen, würde das für die Definition, die eine Schädigungsabsicht fordert, bedeuten, dass sie sich im Ergebnis nicht von der Definition des „dolosen Zusammenwirkens“ unterscheidet. Wenn man die „Schädigungsabsicht“-Definition in diesem Sinne interpretiert, wäre im oben genannten Fall hingegen eine Kollusion zu bejahen.

In welchem Sinne die Verwender der „Schädigungsabsicht“-Definition die Absicht verstehen, lässt sich häufig nicht direkt aus ihren Ausführungen zur Kollusion entnehmen. Je nach Interpretation der Definition stimmt sie entweder mit der „doloses Zusammenwirken“ Definition überein oder ist enger und beschränkt die Kollusion auf Fälle in denen der Vertreter und der Dritte dolus directus 1. Grades bezüglich der Schädigung des Vertretenen haben.

### 3. Die „zum Nachteil“-Definition

Auch die Definition, nach der Vertreter und Dritter zum Schaden bzw. zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken müssen, lässt sich auf zwei Weisen verstehen. Zunächst könnte man das „zum Nachteil“ im Sinne von „mit der Folge, dass dem Dritten ein Nachteil entsteht“ verstehen.<sup>26</sup> Andererseits lässt sich das „zum Nachteil“ allerdings auch dahingehend verstehen, dass der Nachteil das Ziel des Zusammenwirkens sein muss.<sup>27</sup> Während die erste Interpretation mit der Definition des „dolosen Zusammenwirkens“ übereinstimmt, entspräche die zweite Interpretation der „Schädigungsabsicht“-Definition, sofern man dort Absicht als Motiv versteht. Nach der einen Interpretation wäre also eine Kollusion im *Beispielfall* zu bejahen, nach der anderen Interpretation hingegen nicht.

### 4. Ergebnis

Es lässt sich also festhalten, dass es nach der Definition, die „doloses Zusammenwirken“ fordert, ausreicht, wenn in Bezug auf den Schaden vorsätzlich gehandelt wurde, also auch die billigende Inkaufnahme (dolus eventualis) genügt. Nach der Definition, die eine „Schädigungsabsicht“ fordert, hängt das Ergebnis davon ab, ob man Absicht in einem engen Sinn interpretiert – dann ist in Hinblick auf den Schaden dolus directus 1. Grades erforderlich – oder ob man Absicht in einem weiten Sinn als vorsätzlich interpretiert – dann würde

das Ergebnis mit dem der Definition des „dolosen Zusammenwirkens“ übereinstimmen. Die Definition, die verlangt, dass „zum Nachteil bzw. zum Schaden zusammengewirkt wird“ lässt sich problemlos in beide Richtungen interpretieren.

### III. Welche Definition ist anzuwenden?

Da die Definitionen je nach Interpretation im Ergebnis voneinander abweichen, ist nunmehr zu klären, welche Definition vorzuziehen ist. Während die „doloses Zusammenwirken“-Definition zweifelsfrei auch solche Fälle erfasst, in denen der Vertretene und der Dritte auf irgendeine Weise vorsätzlich gemeinsam einen Nachteil des Vertretenen herbeiführen, lassen sich die „Schädigungsabsicht“-Definition und die „zum Nachteil“-Definition auch dahingehend interpretieren, dass die Kollusion nur auf Fälle beschränkt ist, in denen der Vertreter und der Dritte dolus directus 1. Grades in Hinblick auf den Schaden des Vertretenen hatten. Ob also die Definition, die ein doloses Zusammenwirken“ fordert, oder die beiden anderen Definitionen vorzuziehen sind, hängt davon ab, ob man in Bezug auf die Schädigung auch dolus eventualis ausreichen lassen möchte (dann wäre die „doloses Zusammenwirken“-Definition überzeugender) oder ob die Schädigung mit dolus directus 1. Grades erfolgen muss (dann wären die „doloses Zusammenwirken“-Definition zu weit und dementsprechend abzulehnen).

#### 1. Bestimmung der Anforderungen an die Kollusion unter Betrachtung der Rechtsfolge

##### a) Nichtigkeit des Vertrags nach § 138 Abs. 1 BGB als Rechtsfolge der Kollusion

Welche Vorsatzform in Hinblick auf die Schädigung des Vertretenen bei der Kollusion erforderlich ist, könnte sich unter Betrachtung der Rechtsfolge der Kollusion klären lassen. Die herrschende Meinung nimmt an, dass die Kollusion zur Nichtigkeit der Willenserklärung wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB führt.<sup>28</sup> Hierdurch unterscheidet sich die Rechtsfolge des kollusiven Zusammenwirkens von der Rechtsfolge der Evidenz. Bei der Evidenz, also in den Fällen, in denen der Dritte nur von der Überschreitung der Vertretungsmacht wusste oder hätte wissen müssen,<sup>29</sup> wendet die herrschende Lehre den § 177 BGB an.<sup>30</sup> Dementsprechend hat der

<sup>28</sup> BGH NJW 1989, 26; Bitter (Fn. 2), § 10 Rn. 226; Brox/Walker (Fn. 2), Rn. 580; Faust (Fn. 2), § 28 Rn. 24; Köhler (Fn. 2), § 11 Rn. 63; Leipold (Fn. 2), § 24 Rn. 20; Medicus (Fn. 2), Rn. 966; Rütters/Stadler (Fn. 2), § 30 Rn. 65; Schilken (Fn. 5), § 167 Rn. 93.

<sup>29</sup> Ob und wann die Evidenz auch bei einem Wissenmüssen des Dritten in Hinblick auf den Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt, ist nicht unumstritten, soll hier aber nicht weiter vertieft werden, vgl. hierzu statt vieler Medicus (Fn. 2), Rn. 967.

<sup>30</sup> Umstritten aber im Ergebnis gleich ist diesbezüglich, ob § 177 BGB direkt anzuwenden ist oder lediglich analog. Für die erste Ansicht: Bork (Fn. 2), Rn. 1578; Leenen (Fn. 2), § 9 Rn. 104; Medicus (Fn. 2), Rn. 967; Schilken (Fn. 5), Rn. 103; Lieder, JuS 2014, 681 (684). Für die zweite Ansicht: Rütters/

<sup>24</sup> Vgl. Grundmann (Fn. 20), § 276 Rn. 162.

<sup>25</sup> Vgl. Grundmann (Fn. 20), § 276 Rn. 162; so wohl auch Faust, der zwar absichtliches Zusammenwirken zum Schaden des Vertretenen fordert, die Kollusion allerdings bei einem Fall bejaht, bei dem lediglich dolus directus 2. Grades vorliegt.

<sup>26</sup> So Wertenbruch (Fn. 2), § 28 Rn. 32; in diesem Sinne auch BGH NJW 1989, 26; NJW 2002, 1497.

<sup>27</sup> So wohl Medicus (Fn. 2), Rn. 966, der in Rn. 967 von einer Schädigungsabsicht spricht.

Vertretene in den Fällen der Evidenz ein Wahlrecht, ob er den Vertrag gegen sich gelten lassen möchte oder nicht. Ein entsprechendes Ergebnis erzielt auch die Rechtsprechung, indem sie dem Vertretenen bei der Evidenz ermöglicht gegen den – nach ihrer Ansicht grundsätzlich wirksamen – Vertrag den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu erheben und so die Pflicht zur Erfüllung des Vertrags zu verhindern.<sup>31</sup>

Die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB als Rechtsfolge der Kollusion wird mit Blick auf die oben dargestellten Rechtsfolgen der Evidenz kritisiert.<sup>32</sup> Es sei nicht plausibel, warum der Vertretene bei einem kollusiven Zusammenwirken von Vertreter und Drittem keine Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Geltung des Vertrags haben soll und damit schlechter gestellt wird, als in Fällen der Evidenz, bei denen dem Dritten die Überschreitung der Vertretungsmacht lediglich evident war.<sup>33</sup> Hiergegen lässt sich einwenden, dass der Vertretene in den Fällen, in denen ihm durch das Zusammenwirken von Vertreter und Drittem ein Schaden entstanden ist (und das ist nach allen Definitionen der Kollusion erforderlich) üblicherweise kein Interesse daran hat, das Geschäft gegen sich gelten zu lassen – die Anwendung von § 138 BGB antizipiere somit nur die wahrscheinliche Wahl des Vertretenen. Diese Argumentation greift jedoch zu kurz: Folgt man der Theorie, dass eine Kollusion in Bezug auf den Schaden lediglich Vorsatz erfordert, dann wäre im oben genannten Beispiel eine Kollusion zu bejahen. Unterstellen wir, dass A einen Tag vor der geplanten Feier von der Absprache erfährt, so kurzfristig jedoch keine andere entsprechende Lokalität mehr organisieren kann und sich zudem auch einige Gäste schon auf dem Weg befinden. Hier hätte A zwar einen Schaden (die Kostendifferenz zwischen dem Mietpreis des Lokals des D und dem des Lokals des C) aber unter Umständen trotzdem ein Interesse daran, an dem Vertrag festzuhalten. Eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB würde also nicht unbedingt dem Interesse des A entsprechen.<sup>34</sup> Im umgekehrten Fall hingegen, wenn der Vertretene tatsächlich kein Interesse am Festhalten des Vertrages hat, so würde ihn ein Wahlrecht jedenfalls nicht belasten. Denn auch im Falle der Untätigkeit des Vertretenen würde die Anwendung des § 177 BGB – aufgrund der schwebenden Unwirksamkeit – im Ergebnis eine dem § 138 Abs. 1 BGB entsprechende Situation bestehen.<sup>35</sup>

---

Stadler (Fn. 2), § 30 Rn. 66; Wolf/Neuner (Fn. 2), § 49 Rn. 104; Sack/Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 138 Rn. 446.

<sup>31</sup> BGH NJW 1968, 1379; BGH NJW-RR 2004, 247; so auch Faust (Fn. 2), § 28 Rn. 28.

<sup>32</sup> Bork (Fn. 2), Rn. 1575; Wolf/Neuner (Fn. 2), § 49 Rn. 107; Lieder, JuS 2014, 681 (685).

<sup>33</sup> So z.B. Bork (Fn. 2), Rn. 1575; Sack/Fischinger (Fn. 30), § 138 Rn. 446.

<sup>34</sup> Lieder, NJW 2014, 681 (685), mit weiteren Beispielen, in denen der Vertretene trotz Kollusion ein Interesse am Fortbestand des Vertrags haben kann.

<sup>35</sup> Etwas anderes gilt freilich, wenn man der Ansicht der Rechtsprechung folgt und dem Vertretenen in Fällen der Evidenz lediglich einen Einwand aus § 242 BGB gewährt – hier

Dass der Vertretene in Fällen der verwerflicheren Kollusion schlechter steht als bei der Evidenz, stellt auf den ersten Blick also in der Tat einen Wertungswiderspruch dar. Hieraus schließen einige, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB in Fällen der Kollusion unangebracht ist und stattdessen eine Gleichstellung mit den Rechtsfolgen der Evidenz erfolgen muss.<sup>36</sup> Jedoch kann auch dieses Ergebnis nicht vollends überzeugen. Die Fälle der Kollusion, wenn also der Vertreter und der Dritte je nach Definition „zum Nachteil“ bzw. „mit Schädigungsabsicht“ oder „dolos“ zusammenwirken, sind immer auch Fälle, in denen der Dritte Kenntnis von der Überschreitung der Vertretungsmacht hatte. Die Kollusion stellt demnach lediglich einen speziellen Fall der Evidenz dar. Wenn allerdings auch die Rechtsfolgen dieselben wären, wäre eine Differenzierung zwischen Kollusion und Evidenz obsolet. Wenn der Kollusion als Fallgruppe also eine eigenständige Bedeutung zuerkannt werden soll, muss sich die Rechtsfolge der Kollusion von derjenigen der Evidenz unterscheiden. Auch scheint es zweifelhaft, dass die Unterschiede in den Rechtsfolgen von Kollusion und Evidenz tatsächlich zu einem Wertungswiderspruch führen. Ein Wertungswiderspruch liegt nur dann vor, wenn die verschiedenen Rechtsfolgen von Kollusion und Evidenz unbegründet wären. Es ließe sich jedoch argumentieren, dass die Fälle der Kollusion als so verwerflich anzusehen sind, dass die Rechtsordnung ihr Ergebnis schlechthin nicht tolerieren kann.<sup>37</sup> Nach § 138 BGB wird die Privatautonomie, als Rechtsmacht durch Rechtsgeschäfte Regelungen in Geltung zu setzen, in den Fällen beschränkt, in denen die Rechtsgeschäfte für die Rechtsgemeinschaft unerträglich sind, weil sie von ihren ethischen Grundlagen abweichen.<sup>38</sup> Entsprechendes kann man in den Fällen der (einfachen) Evidenz jedenfalls nicht behaupten.<sup>39</sup> Will man allerdings annehmen, dass die durch kollusives Zusammenwirken entstandenen Verträge – insbesondere mit Blick auf das Wahlrecht des Vertretenen bei der Evidenz – für die Rechtsgemeinschaft unerträglich sind, so muss man in Bezug auf die Anforderungen an die Verwerflichkeit einen besonders hohen Maßstab anlegen.

In Hinblick auf die Verwerflichkeit kann insbesondere die Gesinnung der Beteiligten maßgeblich sein.<sup>40</sup> Eine verwerfliche Gesinnung der Handelnden ist jedenfalls in denjenigen Fällen zu bejahen, in denen ihr einziges Motiv darin liegt, einen anderen zu schädigen. Fälle, in denen die Handelnden

---

müsste der Vertretene tatsächlich tätig werden, um die Situation des § 138 Abs. 1 BGB herzustellen.

<sup>36</sup> Wolf/Neuner (Fn. 2), § 49 Rn. 107; Lieder, JuS 2014, 681 (685).

<sup>37</sup> Dagegen Lieder, JuS 2014, 681 (685), der aber fälschlicher Weise nur die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrags zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit heranzieht. Hier können die besonderen Umstände, die nach Lieder erforderlich sind, sich allerdings aus der Gesinnung von Vertreter und Dritten ergeben, s.u.

<sup>38</sup> Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 1.

<sup>39</sup> So wohl auch Bitter (Fn. 2), § 10 Rn. 229.

<sup>40</sup> Armbrüster (Fn. 38), § 138 Rn. 130.

hingegen nur ihren eigenen Vorteil suchen (was als Motiv alleine eben noch nicht verwerflich ist) und der Schaden lediglich Konsequenz des Handelns ist, lassen weniger auf eine verwerfliche Gesinnung schließen. Daraus folgt, dass die Fälle in denen Vertreter und Dritter mit Schädigungsabsicht im Sinne von *dolus directus* 1. Grades zusammengewirkt haben als verwerflicher einzuordnen sind, als wenn lediglich ein Schädigungsvorsatz im Sinne eines *dolus directus* 2. Grades oder gar *dolus eventualis* gegeben ist.

Verlangt man wegen der Diskrepanz in Bezug auf die Rechtsfolgen von (einfacher) Evidenz und Kollusion also hohe Anforderungen an die Verwerflichkeit, so ist es nur konsequent, wenn man einen einfachen Schädigungsvorsatz von Vertreter und Drittem nicht ausreichen lässt und vielmehr Schädigungsabsicht fordert. Demnach sprechen die Rechtsfolgen der Kollusion – nämlich die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB – gegen die Definition, die ein *doloses Zusammenwirken* von Vertreter und Drittem fordert.

#### b) Einklang mit § 299 StGB

Fraglich scheint, ob das oben gefundene Ergebnis, wonach die Fälle, in denen der Vertreter und der Dritte als wesentliches Handlungsmotiv die Schädigung des Vertretenen hatten, verwerflicher sind als die Fälle, in denen es ihnen hauptsächlich um den eigenen Vorteil ging, nicht der Regelung in § 299 StGB widerspricht. § 299 StGB stellt die Bestechlichkeit und die Bestechung im geschäftlichen Verkehr unter Strafe. Demnach ist, wer im geschäftlichen Verkehr als Vertreter seine Vertretungsmacht zum eigenen Vorteil missbraucht, ebenso strafbar, wie derjenige, der den Vorteil anbietet. In anderen Worten hat der Gesetzgeber in § 299 StGB klargestellt, dass der Missbrauch der Vertretungsmacht beim Streben nach dem eigenen Vorteil für so verwerflich erachtet wird, dass es unter Strafe zu stellen ist. Jedoch ist der Anwendungsbereich auf den geschäftlichen Verkehr begrenzt. Hieraus wird gefolgert, dass der Schutzzweck vornehmlich der freie Wettbewerb ist.<sup>41</sup> Die Verwerflichkeit ergibt sich in den Fällen des § 299 StGB also weniger aus dem Streben nach dem Vorteil, sondern vielmehr in der beabsichtigten Wettbewerbsverfälschung.<sup>42</sup> § 299 StGB steht dem oben gefunden Ergebnis in Bezug auf die Verwerflichkeit demnach nicht entgegen. Auch liegt kein Wertungswiderspruch in der Gestalt vor, dass die Bestechlichkeit und die Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB strafbar sind, jedoch nicht als Kollusion nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein sollen. In den Fällen, in denen der Tatbestand des § 299 StGB erfüllt ist, folgt die Nichtigkeit des Geschäfts

bereits aus dem – dem § 138 Abs. 1 BGB vorrangigen<sup>43</sup> – § 134 BGB.<sup>44</sup>

#### c) Gerechtigkeit im Hinblick auf die Interessen des Vertretenen

Wie oben schon festgestellt, entspricht die Anwendung des § 177 BGB am besten den Interessen des Vertretenen. Dieser kann, wenn er es wünscht, den Vertrag an sich ziehen. Sofern er aber nicht tätig wird, ist das Geschäft unwirksam. Im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB muss das Interesse des Vertretenen jedoch dort zurücktreten, wo das Rechtsgeschäft von der Rechtsordnung schlechthin nicht toleriert werden kann. Im Interesse des Vertretenen sollten die Fälle, in denen § 138 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommt (also eine Kollusion anzunehmen ist) jedoch auf die verwerflichsten Fälle beschränkt werden. Dies sind, wie oben erläutert, die Fälle in denen es dem Vertreter und dem Dritten hauptsächlich um die Schädigung des Vertretenen geht. In diesen Fällen dürfte der Eingriff in die Interessen des Vertretenen auch nicht zu schwer ins Gewicht fallen: Einerseits handelt es sich bei solchen Fällen wohl eher um die Ausnahme, zum anderen dürfte davon auszugehen sein, dass, sofern das wesentliche Motiv von Vertreter und Dritten darin bestand den Vertretenen zu schaden, der Vertretene selten ein Interesse daran haben wird, dass das Geschäft für und gegen ihn gilt. In der Regel liegen wohl eher Fälle vor, in denen Vertreter und Dritter lediglich zum eigenen Vorteil tätig sind und der Schaden beim Vertretenen lediglich eine in Kauf genommene Folge davon darstellt. Wenn man in diesen Fällen eine Kollusion ablehnt und eine (einfache) Evidenz annimmt, wodurch dem Vertretenen ein Wahlrecht nach § 177 BGB zusteht, ist dem Interesse des Vertretenen also ausreichend gedient. Die Beschränkung der Kollusion auf die Fälle, in denen der Vertreter und der Dritte mit Schädigungsabsicht im Sinne von *dolus directus* 1. Grades gehandelt haben, bringt somit einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Anliegen der Rechtsgemeinschaft, solche Verträge nicht gelten zu lassen, die für sie unerträglich sind, und dem Interesse des Vertretenen, einen Vertrag, der unter Missbrauch der Vertretungsmacht geschlossen wurde, ggf. noch an sich zu ziehen.

#### d) Zusammenfassung

Aufgrund der Rechtsfolge der Kollusion, die zutreffend nur die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB sein kann, sollte eine Kollusion nur dann angenommen werden, wenn der Vertreter und der Dritte den Schaden beim Vertretenen mit *dolus directus* 1. Grades verursacht haben. Dementsprechend ist die Definition, nach der lediglich „*doloses Zusammenwirken*“ gefordert wird, abzulehnen.

#### 2. Vorzugswürdigkeit der „Schädigungsabsicht“-Definition gegenüber der „zum Nachteil“-Definition

Sowohl die „zum Nachteil“-Definition als auch die „Schädigungsabsicht“-Definition lassen sich dahingehend interpretieren, dass die Kollusion auf solche Fälle beschränkt ist, in de-

<sup>41</sup> Vgl. Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2; Krick, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2.

<sup>42</sup> Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 14.

<sup>43</sup> Sack/Fischinger (Fn. 30), § 138 Rn. 172.

<sup>44</sup> Dannecker (Fn. 42), § 299 Rn. 10.

nen der Vertreter und der Dritte den Schaden beim Vertretenen mit *dolus directus* 1. Grades verursacht haben. Die Entscheidung zwischen diesen beiden Definitionen sollte danach getroffen werden, in welcher dieses Ergebnis eindeutiger zum Ausdruck kommt.

Auch wenn die Auslegung von einzelnen Paragraphen unter Umständen zu dem Ergebnis kommt, dass dort Absicht im Sinne von Vorsatz zu verstehen ist (so z.B. das RG in Bezug auf § 312 HGB a.F.<sup>45</sup>), lässt sich hieraus nicht schließen, dass eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Vorsatzformen im Zivilrecht ganz generell nicht erfolgt und Absicht immer mit Vorsatz gleichzusetzen ist. Zwar mag es sein, dass der Gesetzgeber nicht immer genau zwischen den Begrifflichkeiten Absicht und Vorsatz unterschieden hat, jedoch gibt es auch im Zivilrecht grds. die Notwendigkeit zwischen den verschiedenen Vorsatzformen zu differenzieren und die Absicht als besondere Form des Vorsatzes anzuerkennen.<sup>46</sup> Dementsprechend spricht einiges dafür auch im Zivilrecht eine sprachlich genaue Trennung zwischen Vorsatz und Absicht vorzunehmen. In diesem Fall kommt die Beschränkung der Kollusion auf Fälle, in denen der Vertreter und der Dritte den Schaden beim Vertretenen mit *dolus directus* 1. Grades herbeigeführt haben, deutlich zum Ausdruck. Der „zum Nachteil“-Definition lassen sich hingegen keine Hinweise entnehmen in welchem Sinne sie zu verstehen ist. Mangels konkreter Aussagekraft scheint die ambivalente „zum Nachteil“-Definition als Definition also weniger geeignet.

#### IV. Zusammenfassung

Für die Kollusion werden im Wesentlichen drei Definitionen verwendet, die sich mitunter auch im Ergebnis voneinander unterscheiden. Nach einer Definition liegt eine Kollusion bei einem „dolose Zusammenwirken“ von Vertreter und Drittem zulasten des Vertreters vor, nach einer anderen Definition kommt es auf die „Schädigungsabsicht“ von Vertreter und Drittem an und nach der dritten Definition soll eine Kollusion vorliegen, wenn Vertreter und Dritter „zum Nachteil“ respektive „zum Schaden“ des Vertretenen zusammengewirkt haben. Während die erste Definition zweifelsfrei alle Vorsatzformen erfasst, lassen sich die beiden übrigen auch dahingehend interpretieren, dass die Kollusion auf Fälle beschränkt ist, in denen die Schädigung des Vertretenen das primäre Motiv von Vertreter und Drittem war. Da mit Blick auf die Rechtsfolgen der Kollusion eine Beschränkung auf die Fälle mit *dolus directus* 1. Grades angemessen erscheint, ist die Definition, nach der es auf das „dolose Zusammenwirken“ ankommt, ungeeignet. Die Definition, die darauf abstellt, dass der Vertreter und der Dritte „zum Schaden“ des Vertretenen zusammenwirken, ist inhaltlich zu unpräzise und aus diesem Grund ebenfalls abzulehnen. Vorzugswürdig ist demnach die Definition, nach der eine Schädigungsabsicht erforderlich ist. Hierbei ist Absicht freilich, wie es auch im Zivilrecht grundsätzlich der

Fall sein sollte, im Sinne von *dolus directus* 1. Grades zu verstehen.

<sup>45</sup> Vgl. RGZ 129, 272 (275).

<sup>46</sup> Vgl. diesbezüglich z.B. *Berger/Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 1375 Rn. 7 zum § 1375 Abs. 2 Nr. 3 BGB; *Grunsky*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 2138 Rn. 5 zu § 2138 Abs. 2 BGB.