

Vahlen • Jura / Lern- und Fallbuch

BGB Allgemeiner Teil

von

Prof. Dr. Georg Bitter, Philipp Maurer, Sebastian Röder

2. Auflage

BGB Allgemeiner Teil – Bitter / Maurer / Röder

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4577 0

Die Erteilung der Außenvollmacht und deren späterer Wegfall decken die beiden 135 ersten beiden Voraussetzungen des allgemeinen Rechtsscheinstatbestandes ab: Es existiert (1) der Schein eines rechtlich relevanten Tatbestandes, hier der (fortbestehenden) Existenz einer Vollmacht, und (2) die Zurechnung dieses Tatbestandes gegenüber derjenigen Person, die die Außenvollmacht erteilt hat.

Das dritte Tatbestandsmerkmal der EntschlieÙung des Dritten im **Vertrauen auf den gesetzten Rechtsschein** liegt regelmäßig vor, weil anzunehmen ist, dass der Dritte im Vertrauen auf die ihm gegenüber erteilte Außenvollmacht gehandelt hat. Vertrauen setzt allerdings grundsätzlich die Kenntnis des vertrauensbegründenden Sachverhalts, sprich der Außenvollmacht voraus. Allein der Zugang der Vollmachts-erklärung (z.B. der Einwurf in den Hausbriefkasten⁵³¹) genügt daher nicht. Der Dritte muss sie zusätzlich auch zur Kenntnis genommen haben.⁵³²

Den Rechtsschein und damit auch das Vertrauen des Dritten kann der Vollmacht- 137 geber zerstören, indem er dem Dritten das Erlöschen der Vollmacht anzeigt. Die **Erlöschensanzeige** ist eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung.⁵³³ Es gelten die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend. Die Anzeige muss daher „wirksam“ sein. Im Unterschied zur Vertrauensbegründung genügt zur Vertrauenszerstörung der Zugang der Anzeige.⁵³⁴

Schließlich ist die vierte Voraussetzung des allgemeinen Rechtsscheinstatbestandes 138 zu prüfen: Nur ein **gutgläubiger Dritter** kann auf den Fortbestand der Vollmacht vertrauen. Nach § 173 BGB ist Vertrauensschutz daher ausgeschlossen, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss. Im Zivilrecht reicht danach einfache Fahrlässigkeit des Dritten (vgl. die Legaldefinition in § 122 II BGB), während im Handelsrecht umstritten ist, ob der Maßstab im Hinblick auf den dort stärker gewichteten Verkehrsschutz auf grobe Fahrlässigkeit anzuheben ist.⁵³⁵

Die **Rechtsfolge** des § 170 BGB besteht nach h. M. darin, dass sich der Vertreter 139 dem Dritten gegenüber nicht auf das Erlöschen der Vollmacht berufen kann. Er muss sich so behandeln lassen, *als ob* die Vollmacht noch fortbestehen würde.⁵³⁶

bbb) Nach außen kundgetane Innenvollmacht (§ 171 BGB)

Teilt der Vollmachtgeber einem Dritten oder der Öffentlichkeit mit, dass er intern 140 eine Person bevollmächtigt hat, muss er sich bis zur Mitteilung des Gegenteils an dieser Aussage festhalten lassen, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- „wirksame“ Mitteilung einer Innenvollmacht
- Erlöschen bzw. Unwirksamkeit der Vollmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäfts
- keine Zerstörung des Rechtsscheins (*actus contrarius*)
- Gutgläubigkeit des Dritten

Unter Vertrauensschutzgesichtspunkten ist es gleichgültig, ob der gutgläubige 141 Dritte Adressat einer Außenvollmacht ist oder ob ihm eine Innenvollmacht mitgeteilt wird. Zwar fehlt es bei der Mitteilung regelmäßig an einem Rechtsfolgewillen,

⁵³¹ Zum Zugang der Willenserklärung in diesen Fällen siehe oben § 5 Rn. 49.

⁵³² MünchKomm-BGB/Schramm, § 170 Rn. 5.

⁵³³ Palandt/Ellenberger, § 170 Rn. 2.

⁵³⁴ Erman/Maier-Reimer, § 170 Rn. 3.

⁵³⁵ In dem gesetzlich geregelten Fall des § 15 HGB schadet sogar nur die Kenntnis des Dritten von der Unrichtigkeit des Handelsregisters; dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR, § 4 Rn. 17.

⁵³⁶ Nach der Gegenansicht besteht tatsächlich Vollmacht, weil kein gegenläufiges Rechtsgeschäft vorgenommen wurde. Zur dogmatischen Einordnung siehe unten Rn. 153.

weshalb sie nicht als erneute Erteilung einer (Außen-)vollmacht verstanden werden kann. Sie bestätigt lediglich einen zuvor geäußerten Rechtsfolgewillen. Gleichwohl wird der Dritte in beiden Fällen an die Vertretungsbefugnis des Vertreters aufgrund des vom Vertretenen zurechenbar gesetzten Rechtsscheins glauben. Im Unterschied zur Außenvollmacht erklärt der Vollmachtgeber im Rahmen des § 171 BGB aber, dass er eine Vollmacht erteilt *hat*. Rechtsgeschäftlicher und vertrauensstiftender Tatbestand fallen bei § 171 BGB also auseinander. Deshalb **greift § 171 BGB auch dann, wenn eine Vollmacht nicht bzw. nicht wirksam erteilt wurde.**⁵³⁷

- 142 Wo die Innenvollmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäfts (noch) besteht, bedarf es keines Vertrauensschutzes. § 171 BGB setzt demnach voraus, dass der Vertreter zu diesem Zeitpunkt keine Vertretungsmacht (mehr) hat. Nur dann gibt es den Rechtsschein eines in Wahrheit nicht existenten, rechtlich erheblichen Tatbestandes.
- 143 Als rechtsgeschäftsähnliche Handlung muss die Mitteilung analog den allgemeinen Vorschriften wirksam sein.⁵³⁸ Ansonsten würde der Vollmachtgeber durch eine kundgegebene Innenvollmacht stärker belastet als durch eine Außenvollmacht.⁵³⁹ Wie eine Willenserklärung muss also auch die Mitteilung abgegeben, d. h. zielgerichtet in Richtung des Empfängers auf den Weg gebracht werden, um die Zurechnung des Rechtsscheins zum Vertretenen zu erlauben. Die zufällige Kenntnisnahme durch einen Dritten genügt insoweit nicht.⁵⁴⁰
- 144 Vertrauensschutz nach § 171 BGB wird nur ausgelöst, wenn der Dritte bzw. die Öffentlichkeit von der Mitteilung (= Rechtsscheintatbestand) tatsächlich Kenntnis erlangt hat. Nur in diesem Fall kann der Dritte im **Vertrauen auf den gesetzten Rechtsschein** gehandelt haben. Der Vollmachtgeber beseitigt die Rechtsscheinwirkung der Mitteilung, wenn er dem Dritten gegenüber einen der Mitteilung entsprechenden Widerruf (*actus contrarius*) erklärt (§ 171 II BGB).
- 145 Wie bereits bei § 170 BGB schadet dem Dritten/der Öffentlichkeit Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis vom Fortfall der Vollmacht (§ 173 BGB). Obwohl § 173 BGB nur auf § 171 II BGB („...bleibt bestehen...“) verweist, ist allgemein anerkannt, dass Vertrauensschutz auch dort zu versagen ist, wo der Dritte weiß bzw. wissen musste, dass eine Vollmacht nicht (wirksam) erteilt wurde.⁵⁴¹ § 173 BGB gilt demzufolge für § 171 I BGB analog.
- 146 Sind die Voraussetzungen von § 171 BGB erfüllt, ist dem Vertretenen auch hier der Einwand der fehlenden Vertretungsmacht abgeschnitten (h.M.).

ccc) Aushändigung einer Vollmachtsurkunde (§ 172 BGB)

- 147 Legt der Vertreter bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts eine Vollmachtsurkunde vor, scheint es aus Sicht des Dritten regelmäßig so, als sei der Vertreter in dem Umfang, der sich aus der Urkunde ergibt, tatsächlich zur Vertretung befugt. Unter folgenden Voraussetzungen wird der Vertretene gebunden:
- Aushändigung einer Vollmachtsurkunde
 - Vorlage der Urkunde beim Dritten
 - Erlöschen bzw. Unwirksamkeit der Vollmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäfts

⁵³⁷ Jauernig/Jauernig, § 171 Rn. 6; Bamberger/Roth/Valentini, § 171 Rn. 3.

⁵³⁸ So kann die Mitteilung z. B. auch wegen Irrtums angefochten werden. Ein Irrtum über die Rechtsscheinwirkung der Mitteilung scheidet dabei natürlich als Anfechtungsgrund aus. Ansonsten würde der Schutzzweck des § 171 BGB konterkariert (vgl. dazu auch unten Rn. 169).

⁵³⁹ Bork, BGB AT, Rn. 1524.

⁵⁴⁰ MünchKomm-BGB/Schramm, § 171 Rn. 3 a.

⁵⁴¹ Vgl. nur Medicus, BGB AT, Rn. 946 m. w. N.

- keine Zerstörung des Rechtsscheins (Rückgabe oder Kraftloserklärung)
- Gutgläubigkeit des Dritten

Der mit der Vollmachtsurkunde verbundene Rechtsschein muss dem Vertretenen 148 zurechenbar sein. Dazu muss er dem Vertreter die **Urkunde** ausgehändigt, d.h. **wil-
lentlich übergeben** haben. Ist der Vertreter ohne/gegen den Willen in den Besitz der
Urkunde gelangt, wirkt der Rechtsschein nicht zu Lasten des Vertretenen. Das gilt
auch, wenn der Vertretene das Abhandenkommen hätte verhindern können.⁵⁴² Wie
die Mitteilung nach § 171 BGB ist auch die Aushändigung rechtsgeschäftsähnliche
Handlung.⁵⁴³

Hinsichtlich der **Vollmachtsurkunde** ist zu beachten, dass sie **echt** sein und dem 149
Dritten **im Original vorgelegt** werden muss.⁵⁴⁴ Nach der Rechtsprechung genügt bei
Unterzeichnung eines Durchschreibesatzes auch die Vorlage einer Durchschrift,
nicht aber einer Abschrift (Fotokopie), selbst wenn sie (notariell) beglaubigt ist.⁵⁴⁵
Die Urkunde ist dem Dritten vorgelegt, wenn sie seiner sinnlichen Wahrnehmung
vor oder bei Vornahme des Rechtsgeschäfts unmittelbar zugänglich gemacht wird.
Auf eine tatsächliche Einsichtnahme, also die konkrete Kausalität der Urkundenvor-
lage für den Geschäftsabschluss, soll es hingegen bei § 172 BGB nicht ankom-
men.⁵⁴⁶

Ebenso wie im Rahmen des § 171 BGB wird der Dritte nicht nur vor dem Erlö- 150
schen der Vollmacht geschützt, sondern auch davor, dass eine Vollmacht nicht
(wirksam) erteilt worden ist. Der Vollmachtgeber kann den Rechtsschein und das
Vertrauen zerstören, indem er sich die Urkunde zurückgeben oder sie für kraftlos
erklären lässt (§ 172 II BGB). Zur Rückgabe der Urkunde ist der vollmachtlose Ver-
treter nach § 175 BGB verpflichtet. Die Kraftloserklärung richtet sich nach § 176
BGB.

Wie bei allen Rechtsscheinsvollmachten muss der Dritte zudem auch gutgläubig 151
sein (§ 173 BGB).

Hinsichtlich der Rechtsfolge gilt das zu §§ 170, 171 BGB Gesagte: Der Vertretene 152
kann sich auf die fehlende Vollmacht nicht berufen. Der Umfang der Vertretungsbe-
fugnis ist allerdings durch den sich aus der Urkunde ergebenden Inhalt begrenzt.

ddd) Dogmatische Einordnung der §§ 170–173 BGB

Zuletzt sei noch kurz erwähnt, dass die dogmatische Einordnung der dargestell- 153
ten Vorschriften nicht unumstritten ist. Die Auseinandersetzung hat aber auf die
Falllösung i. d. R. keinen Einfluss. In der Klausur sollte diese Auseinandersetzung
daher – sofern man überhaupt Stellung zu ihr bezieht – sehr knapp gehalten wer-
den. Nach teilweise vertretener Ansicht besteht rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht,
die durch ein gegenläufiges Rechtsgeschäft (*actus contrarius*) beseitigt werden muss

⁵⁴² Interessanterweise ist dies – anders als beim Parallelproblem abhandengekommener Wil-
lenserklärungen (vgl. dazu § 5 Rn. 44 ff.) – unumstritten. Der Dritte ist auf den Anspruch
gegen den Vertreter aus § 179 BGB sowie u. U. auf einen Anspruch aus *c. i. c.* gegen den Ver-
tretenen verwiesen. Letzterer hat den Vorteil, dass keine „Deckelung“ durch das positive Inte-
resse erfolgt.

⁵⁴³ *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 50 Rn. 79.

⁵⁴⁴ Es genügt auch die Vorlage einer durch den Vertretenen autorisierten Ausfertigung, vgl.
Wolf/Neuner, BGB AT, § 50 Rn. 77.

⁵⁴⁵ Näher *BGH NJW* 2006, 1957 = *ZIP* 2006, 1088 (Rn. 23 ff.); *BGH WM* 2008, 1211
(Rn. 14).

⁵⁴⁶ *BGHZ* 102, 60, 63 = *NJW* 1988, 697, 698; *BGH NJW* 2006, 1957 = *ZIP* 2006, 1088
(Rn. 30).

(*Rechtsgeschäftstheorie*).⁵⁴⁷ Die ganz h.M. geht hingegen davon aus, dass sich der Vertretene nur so behandeln lassen muss, als habe er Vollmacht erteilt (*Rechtsscheintheorie*).⁵⁴⁸ Für die h.M. spricht zum einen, dass weder die Erteilung einer Außenvollmacht noch die Mitteilung der Innenvollmacht im Sinne des § 171 BGB noch schließlich die Übergabe einer Vollmachtsurkunde den Widerruf der Vollmacht im Innenverhältnis hindert (§§ 168 S. 3, 167 I BGB). Zum zweiten ist die in § 173 BGB geforderte Gutgläubigkeit typische Voraussetzung einer Rechtsscheinhaftung.

⇒ Fall Nr. 61 – Unerwünschte Computer

⇒ Fall Nr. 62 – Schein oder Sein?

bb) Ungeschriebene Rechtsscheinsvollmachten

- 154 Wie eingangs erläutert, handelt es sich bei der Haftung aus einem zurechenbar veranlassten Rechtsschein um ein allgemeines Rechtsprinzip, das deshalb auch auf andere im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Fälle anwendbar ist. Rechtsprechung und Literatur haben insoweit zwei weitere Tatbestände der Rechtsscheinsvollmacht entwickelt, die Schutzlücken im Bereich der §§ 170–173 BGB schließen sollen. Unterschieden wird zwischen der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht, wobei für die erstere umstritten ist, ob es sich überhaupt um einen Rechtsscheinbestand handelt oder nicht vielmehr um eine konkludent bzw. stillschweigend erteilte Vollmacht.

aaa) Die Duldungsvollmacht

- 155 Der Vertretene, der weiß, dass jemand in seinem Namen als Vertreter auftritt, ohne dass er ihn hierzu ermächtigt hat, muss sich dessen rechtsgeschäftliches Handeln unter den eingangs angeführten vier Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung zurechnen lassen, die hier für die Duldungsvollmacht konkretisiert werden:

- Handeln im fremden Namen, das auf Bevollmächtigung schließen lässt (Rechtsschein)
- Kenntnis des Geschäftsherrn und fehlendes Einschreiten trotz bestehender Möglichkeit (Zurechnungsgrund)
- Kenntnis des Dritten vom Rechtsscheinbestand zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts (Kausalität)
- Gutgläubigkeit des Dritten

- 156 Im Hinblick auf die erste Voraussetzung, den **Rechtsschein einer Bevollmächtigung**, ist wichtig, dass die bloße Behauptung des Vertreters, Vertreter zu sein, zwar notwendig ist, für sich genommen aber keinen ausreichenden Vertrauenstatbestand bildet. Allein auf dieser Grundlage kann und darf der Dritte also nicht davon ausgehen, dass der Vertretene mit dem Vertreterverhalten einverstanden ist. Die von der Rechtsprechung häufig benutzte Formel, wonach eine Duldungsvollmacht nur gegeben ist, wenn der Vertretene es – in der Regel über einen **längeren Zeitraum** – wesentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn ohne eine Bevollmächtigung als Vertreter auftritt und der Vertragspartner dieses bewusste Dulden dahin versteht und nach Treu und Glauben auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist⁵⁴⁹, muss deshalb sehr genau genommen werden: Dass eine Person wiederholt und über eine gewisse Dauer als Vertreter auftritt, reicht allein noch

⁵⁴⁷ So v. a. *Flume*, AT II, § 49 2 c (S. 825 ff.).

⁵⁴⁸ *Bamberger/Roth/Valentbin*, § 170 Rn. 2; *Bork*, BGB AT, Rn. 1522; *Leipold*, BGB AT, § 24 Rn. 28.

⁵⁴⁹ *BGH NJW* 2011, 2421, 2422 (Rn. 15); 2003, 2091, 2092; 2002, 2325, 2327.

nicht aus, weil allein aus dem „Gerede“ des Vertreters noch nicht die Annahme einer Duldung seines Verhaltens durch den Vertretenen folgt. Vielmehr müssen objektive Umstände hinzutreten, die das Dulden des Vertretenen für den Dritten erkennbar machen, z.B. die spätere Durchführung von Verträgen, die der Vertreter im Namen des Vertretenen abgeschlossen hat. Diese den Rechtsschein der Bevollmächtigung begründenden Umstände sind es dann, die i.d.R. von gewisser Dauer und Häufigkeit sein und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen müssen. In besonderen Einzelfällen mag auch einmal das erstmalige Vertreterhandeln einen vertrauensbegründenden Tatbestand schaffen, wenn der Vertreter mit dem Willen des Vertretenen aufgetreten ist⁵⁵⁰, der Vertretene dem Vertreter insbesondere sein Briefpapier überlassen hat.⁵⁵¹

Der entstandene Rechtsschein muss dem Vertretenen **zurechenbar** sein. Das ist 157
der Fall, wenn er das rechtsscheinsbegründende Verhalten des Vertreters kennt und es nicht verhindert, obwohl ihm das möglich gewesen wäre. Die Zurechnung setzt ferner voraus, dass der Vertretene geschäftsfähig ist: Nur ein Geschäftsfähiger kann für den durch ihn erzeugten Rechtsschein verantwortlich gemacht werden.⁵⁵² Hätte ein nicht voll Geschäftsfähiger eine Vollmacht erteilt, wäre sie (schwebend) unwirksam. Der Rechtsschein einer Vollmacht kann ihn nicht stärker binden.

Ist eine Person als Vertreter über längere Zeit aufgetreten und hat der Vertretene 158
dies geduldet, etwa weil die vom (zunächst vermeintlichen) Vertreter für ihn abgeschlossenen Geschäfte nützlich waren, liegt darin nach teilweise vertretener Ansicht eine stillschweigende bzw. richtigerweise konkludente (= durch schlüssiges Verhalten erteilte) Bevollmächtigung.⁵⁵³ Die h.M. will demgegenüber die Duldungsvollmacht von der konkludent erteilten Vollmacht abgrenzen, da Letztere ein nach außen gerichtetes Verhalten des Vertretenen erfordert und dieses nicht immer vorliegen wird.⁵⁵⁴ Die Unterschiede sind letztlich marginal, weil das Rechtsgeschäft nach beiden Ansichten für und gegen den Vertretenen wirkt. Noch weiter nivelliert werden sie, wenn man die Rechtsscheinsvollmacht für anfechtbar hält (dazu Rn. 169).

Die **Kausalität** muss in zweierlei Hinsicht bestehen: Erstens muss der Dritte wegen 159
des Rechtsscheinstatbestands an eine Vollmacht geglaubt haben. Dazu muss er die rechtsscheinsbegründenden objektiven Umstände kennen, die zur Annahme einer Duldung durch den Vertretenen berechtigen. Zweitens muss er in Folge des gefassten Vertrauens eine rechtsgeschäftliche Disposition getroffen haben.

Nach dem Rechtsgedanken des § 173 BGB darf der Dritte die fehlende Vertretungs- 160
befugnis weder positiv gekannt haben, noch darf sie ihm aufgrund von Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein. Nur der **gutgläubige Geschäftspartner** ist schutzwürdig.

Die Rechtsfolge besteht, soweit man in der Duldungsvollmacht eine Rechts- 161
scheinsvollmacht erblickt, darin, dass sich der Vertretene auf die fehlende Vollmacht nicht berufen kann. Hat der Vertretene durch ein schlüssiges Verhalten sogar (echte) Vollmacht erteilt, ergibt sich die Bindung des Vertretenen unmittelbar aus § 164 I BGB. Da dies in den meisten Fällen der Duldungsvollmacht der Fall sein wird, stellt

⁵⁵⁰ OLG Karlsruhe WM 2004, 1135, 1137.

⁵⁵¹ Vgl. auch Rütters/Stadler, BGB AT, § 30 Rn. 43.

⁵⁵² Das gilt auch für jede andere Rechtsscheinhaftung.

⁵⁵³ Flume, AT II, § 49 3 (S. 828 ff.); Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 8 benutzt beide Begriffe nebeneinander, obwohl stillschweigend nicht mit konkludent gleichzusetzen ist und Stillschweigen (= Nichthandeln) im Rechtsverkehr – anders als schlüssiges Verhalten (dazu § 7 Rn. 7) – grundsätzlich keinen Erklärungswert hat.

⁵⁵⁴ So die h.M., vgl. Leipold, BGB AT, § 24 Rn. 34; Bork, BGB AT, Rn. 1556; Wolf/Neumer, BGB AT, § 50 Rn. 86; Brox/Walker, BGB AT, Rn. 565.

sich dort die nachfolgend im Hinblick auf die Anscheinsvollmacht diskutierte Frage, ob auch der Vertreter im Hinblick auf eine tatsächlich fehlende Vertretungsmacht gemäß § 179 I BGB haftet, in aller Regel nicht.

bbb) Die Anscheinsvollmacht

- 162 Bei der Anscheinsvollmacht kennt der Vertretene das Verhalten des (angeblichen) Vertreters zwar nicht, jedoch hätte er es erkennen und sodann auch verhindern können, dass der Dritte auf eine Bevollmächtigung schließt.⁵⁵⁵ Nur der **Zurechnungsgrund** ist bei der Anscheinsvollmacht ein anderer als bei der Duldungsvollmacht.⁵⁵⁶ Das verdeutlicht nachfolgendes Prüfungsschema:
- Handeln im fremden Namen, das auf Bevollmächtigung schließen lässt (Rechtsschein)
 - Erkennbarkeit des Handelns für den Vertretenen und Möglichkeit der Verhinderung bei pflichtgemäßer Sorgfalt (Zurechnungsgrund)
 - Kenntnis des Dritten vom Rechtsscheinstatbestand zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts (Kausalität)
 - Gutgläubigkeit des Dritten
- 163 Auch hier muss das Vertrauen des Dritten wieder auf besonderen objektiven Umständen basieren, die den Schluss auf eine Bevollmächtigung zulassen. Allein das „Gerede“ des Vertreters genügt nicht.⁵⁵⁷
- 164 Soweit es die **Zurechnung** betrifft, erfordert die Anscheinsvollmacht weniger als die Duldungsvollmacht. Der Vertretene haftet bereits dann für den Rechtsschein, wenn er die Entstehung des Rechtsscheins bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können. Die einzuhaltende Sorgfalt richtet sich nach dem jeweiligen Verkehrskreis (§ 276 II BGB).
- 165 Hinsichtlich Kausalität, Gutgläubigkeit und Rechtsfolge ergeben sich keine Abweichungen zur Duldungsvollmacht, so dass insoweit nach oben verwiesen wird. Die Anscheinsvollmacht ist allerdings unstreitig ein Rechtsscheinstatbestand, weil eine konkludente Vollmachtserteilung bei fehlender Kenntnis vom Handeln des Vertreters nicht in Betracht kommt.
- 166 **Teilweise wird die Anscheinsvollmacht jedoch nicht anerkannt.**⁵⁵⁸ Die Nichtbeachtung von Sorgfaltsanforderungen könne keine rechtsgeschäftliche Bindung und damit eine Primärhaftung begründen, sondern allenfalls eine Schadensersatzhaftung aus *c. i. c.*⁵⁵⁹ nach sich ziehen. Ersatzfähig ist dabei der Schaden, den der Dritte wegen des Vertrauens auf die Vertretungsmacht erleidet (negatives Interesse). Nur durch ein selbstbestimmtes, privatautonomes Verhalten könne ein Rechtsgeschäft zustande kommen.
- 167 Richtigerweise wird das von der **ganz h.M.** aber abgelehnt.⁵⁶⁰ Die Lehre vom potentiellen Erklärungsbewusstsein (§ 7 Rn. 14) zeigt, dass die Nichtbeachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sehr wohl zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung führen kann.⁵⁶¹ Gleiches gilt auch in den Fällen der §§ 170 ff. BGB, des § 164 II

⁵⁵⁵ BGH NJW 2011, 2421, 2422 (Rn. 16).

⁵⁵⁶ BGH NJW 2007, 987, 989.

⁵⁵⁷ Vgl. Bork, BGB AT, Rn. 1539 und 1550.

⁵⁵⁸ Flume, AT II, § 49 4 (S. 832 ff.); Medicus, BGB AT, Rn. 971; Wolf/Neuner, BGB AT, § 50 Rn. 95 ff.

⁵⁵⁹ Zur *culpa in contrahendo* siehe die Lehrbücher zum Schuldrecht.

⁵⁶⁰ St. Rspr., vgl. etwa BGH NJW 2011, 2421, 2422 (Rn. 16) m.w.N.; aus der Literatur z. B. Brox/Walker, BGB AT, Rn. 566; Wertenbruch, BGB AT, § 31 Rn. 18.

⁵⁶¹ Köhler, BGB AT, § 11 Rn. 44.

BGB sowie – im Handelsrecht – beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben.⁵⁶² Zudem geht es bei der Rechtsscheinhaftung nicht um einen Akt der Selbstbestimmung, sondern um eine an Risikosphären orientierte Haftung aus Gründen des Verkehrsschutzes.

Geht man mit der h. M. davon aus, dass der Vertretene durch die Anscheinsvollmacht gebunden wird, stellt sich die Frage, ob der Vertragspartner sich alternativ auch auf die tatsächlich fehlende Vertretungsmacht berufen und folglich den Vertreter aus § 179 I BGB in Anspruch nehmen kann. Nach h. M. ist dies **ausgeschlossen**.⁵⁶³ Rechtsscheinsvollmachten sollen den Dritten so stellen, wie er stehen würde, wenn eine Vollmacht bestanden hätte. Eine tatsächlich erteilte Vollmacht schließt die Haftung des Vertreters zweifelsfrei aus. Gleiches muss auch bei den Rechtsscheinvollmachten gelten. Ansonsten könnte sich der Dritte bei Zahlungsunfähigkeit des Vertretenen an den Vertreter wenden, was er bei einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht nicht gekonnt hätte. Soweit es also um die Haftung des Vertreters nach § 179 I BGB geht, ist er als Vertreter mit Vertretungsmacht zu behandeln. Nicht zu verkennen ist freilich, dass sich der Dritte damit in Fällen, in denen das Vorliegen oder die Beweisbarkeit des Rechtsscheinstatbestands zweifelhaft ist, in einer misslichen Situation befindet, weil er ggf. nicht sicher beurteilen kann, ob er nun den Vertretenen oder den Vertreter (gerichtlich) in Anspruch nehmen soll. Doch kann eine solche Situation auch dann auftreten, wenn das Bestehen echter Vollmacht zweifelhaft ist.

⇒ Fall Nr. 62 – Schein oder Sein?

cc) Anfechtbarkeit der Rechtsscheinsvollmachten

Für alle Rechtsscheinsvollmachten gilt: Eine Anfechtung, die auf einen **Irrtum über die Rechtsfolgen des erzeugten Rechtsscheins** gestützt wird, ist **stets ausgeschlossen** (unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum; § 7 Rn. 81 ff.). Ansonsten sollte man eine Anfechtung von Rechtsscheinsvollmachten immer dann zulassen, wenn eine tatsächlich erteilte Vollmacht anfechtbar gewesen wäre.⁵⁶⁴ Rechtsscheinsvollmachten sollen den Dritten auch nicht besser stellen, als wenn der Vertretene tatsächlich Vollmacht erteilt hätte. Dabei darf der Umstand, dass keine Willenserklärung bzw. – wie bei der Anscheinsvollmacht und ggf. der Duldungsvollmacht – auch keine rechtsgeschäftsähnliche Handlung gegeben ist, keine Rolle spielen.⁵⁶⁵

Beispiel: B ist seit einiger Zeit in einem dem A gehörenden Feinkostladen angestellt. Dort ist er ausschließlich für den Einkauf von Speisen zuständig. Eines Tages bemerkt A, dass B, obwohl er dazu nicht bevollmächtigt ist, Wein im Namen des A beim Winzer W bestellt hat. Weil ihm aber C, ein anderer Angestellter des A, versichert, dass B früher als Sommelier in einem großen Hotel gearbeitet hat, lässt er B weiter gewähren. C weiß dabei, dass seine Angabe nicht den Tatsachen entspricht. In der Folge kommt es zu weiteren Vertragsschlüssen, bei denen B jedes Mal im Namen des A auftritt. Die Einkäufe erweisen sich jedoch als völliger Fehlschlag. Für A stellt sich heraus, dass B nicht als Sommelier beschäftigt, sondern in dem Hotel nur für das

⁵⁶² Zu Letzterem § 5 Rn. 28; näher *Bitter/Schumacher*, HandelsR, § 7 Rn. 10.

⁵⁶³ BGHZ 86, 273, 275 ff.; Palandt/*Ellenberger*, § 172 Rn. 17; MünchKomm-BGB/*Schramm*, § 167 Rn. 76; a. A. *Bork*, BGB AT, Rn. 1547 (Wahlrecht, da Verzicht auf Vertrauensschutz möglich).

⁵⁶⁴ *Bork*, BGB AT, Rn. 1559; *Medicus*, BGB AT, Rn. 948; MünchKomm-BGB/*Schramm*, § 167 Rn. 53; *Köhler*, BGB AT, § 11 Rn. 45; a. A. (genereller Anfechtungsausschluss) *Rüthers/Stadler*, BGB AT, § 30 Rn. 43 und 46; für die Irrtumsfälle auch *Leipold*, BGB AT, § 24 Rn. 40 f.

⁵⁶⁵ So aber *Rüthers/Stadler*, BGB AT, § 30 Rn. 43.

Ausladen der Weinlieferungen zuständig war. Sofern man davon ausgeht, dass die Täuschung des C nicht die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins ausschließt, muss eine Anfechtung der Duldungsvollmacht hier möglich sein. Dies gilt unmittelbar, wenn in der Duldung, etwa der Entgegennahme und Verbuchung der Rechnungen für die ersten Bestellungen, ein auf Bevollmächtigung des B gerichtetes konkludentes Verhalten des A gesehen werden kann. Die tatsächlich erteilte Vollmacht wäre zwar nicht wegen einer Täuschung (vgl. § 123 II BGB), wohl aber wegen Eigenschaftsirrums (§ 119 II BGB) anfechtbar. Analog § 119 II BGB muss das dann aber auch für die (echte) Duldungsvollmacht gelten, wenn sich also die Bindung des A nur aus einem Rechtsschein der Bevollmächtigung ergibt. Die Anfechtung ist analog § 143 II BGB gegenüber W zu erklären.

e) Berücksichtigung innerer Umstände (§ 166 BGB)

aa) Grundsatz: Maßgeblichkeit der Person des Vertreters (§ 166 I BGB)

171 Ebenso wie dem Vertretenen die Rechtsfolgen der Vertreterklärung nach § 164 I BGB zugerechnet werden, sind ihm gem. § 166 BGB bestimmte innere Umstände des Vertreters zuzurechnen. Die für das Zustandekommen des Vertretergeschäftes entscheidende unmittelbare Willensbildung und Willenskundgabe erfolgt durch den Vertreter. Daher ist es nur allzu verständlich, dass nach § 166 I BGB allein *seine* Willensmängel die Wirksamkeit des Vertretergeschäftes *unmittelbar* beeinflussen können.⁵⁶⁶ Geht es etwa um die Anfechtung des Vertretergeschäftes, muss der Vertreter einem Irrtum erlegen oder getäuscht worden sein, damit *der Vertretene* – ihn treffen schließlich die Rechtsfolgen, um deren Beseitigung es geht – anfechten kann.

172 Zahlreiche Vorschriften⁵⁶⁷, insbesondere den gutgläubigen Eigentumserwerb betreffende, stellen auf die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen bestimmter Umstände ab. Auch hier kommt es nach § 166 I BGB nur auf die Person des Vertreters an. Sein eigenes Wissen schadet dem Vertretenen daher – von der sogleich noch zu besprechenden Ausnahme des § 166 II BGB abgesehen – nicht.

173 **Beispiel:** A hat B durch Täuschung dazu veranlasst, ihm ein Pferd zu übereignen. Dieses Pferd übereignet A an den D, der sich dabei durch C vertreten lässt. C, nicht aber D weiß, dass sich A das Eigentum an dem Pferd „erschlichen“ hat. Einige Zeit später bemerkt B, dass er getäuscht wurde und ficht die Übereignung an. Wegen der Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 I BGB) war A nie Eigentümer des Pferdes, so dass D vom Nichtberechtigten erworben hat. Bei der Frage des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 929, 932 BGB kommt es nach § 166 I BGB auf die Kenntnis bzw. die grob fahrlässige Unkenntnis des Vertreters C an. Im Zeitpunkt der Übereignungserklärungen kannte C die Umstände, die das Anfechtungsrecht des B begründeten. Nach § 142 II BGB wird C deshalb so behandelt, als ob er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kannte. Folglich ist die Rechtslage so anzusehen, als ob C das fehlende Eigentum des A am Pferd kannte. Diese Kenntnis muss sich D gem. § 166 I BGB zurechnen lassen. D hat deshalb wegen fehlender Gutgläubigkeit nach §§ 929, 932 BGB kein Eigentum erworben.

bb) Ausnahme: Berücksichtigung der Person des Vertretenen

174 Diese Zurechnung birgt auch eine gewisse **Missbrauchsgefahr**, wenn man sich in dem vorgenannten Beispiel einmal den umgekehrten Fall vorstellt: D, nicht aber C weiß, dass sich A das Eigentum am Pferd „erschlichen“ hat. Der bösgläubige Vertretene (D) könnte einfach einen gutgläubigen Vertreter (C) vorschieben und so, wenn es auf dessen (fehlende) Kenntnis ankäme, Rechtsfolgen bewirken, die er selbst

⁵⁶⁶ Zu den *mittelbaren* Auswirkungen der Anfechtung einer bereits ausgeübten Innenvollmacht auf das Vertretergeschäft vgl. oben Rn. 118.

⁵⁶⁷ Vgl. §§ 142 II, 173, 179 II, III, 819 I, 892 I 2, 932 II BGB, im Insolvenzrecht ferner die Anfechtungstatbestände der §§ 129 ff. InsO (vgl. z. B. *BGH NJW* 2013, 611, 614 [Rn. 26 ff.] zu einer Wissenszurechnung im Rahmen von § 133 I InsO).