

---

Es ist nicht zwingend erforderlich, dass die aus rechtsgeschäftlichen Erklärungen Berechtigten und Verpflichteten die Willenserklärungen selbst abgegeben haben. Wir befassen uns im Folgenden mit der Stellvertretung und den Verträgen zugunsten Dritter.

---

### *I. Stellvertretung*

Kennzeichen der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) ist, dass eine Person, der Vertreter, ein Rechtsgeschäft für eine andere Person, den Vertretenen, vornimmt und die Wirkungen dieses Rechtsgeschäfts den Vertretenen treffen, dieser also unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, obwohl er selbst nicht gehandelt hat. Die Möglichkeit, sich im rechtsgeschäftlichen Bereich vertreten zu lassen, entspricht den praktischen Bedürfnissen des modernen (Wirtschafts-)Lebens. Sie ist eine **Form der Arbeitsteilung** im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Die weitere Form der Arbeitsteilung im rechtsgeschäftlichen Verkehr ist die Botenschaft. Der Bote übermittelt (oder empfängt) lediglich Erklärungen, die inhaltlich nicht von ihm stammen. Der Bote hat keine eigenen Entscheidungsmöglichkeiten mit Blick auf die Willenserklärung, die er übermittelt oder empfängt.

Die Arbeitsteilung allgemein bleibt natürlich nicht auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr beschränkt. Jenseits des rechtsgeschäftlichen Verkehrs spricht man von Gehilfen. Dabei gibt es diejenigen, die in die Erfüllung eigener Verpflichtungen des Geschäftsherrn eingebunden werden, die Erfüllungsgehilfen, und diejenigen, bei denen es an einer solchen Sonderverbindung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten, mit dem der Gehilfe in Kontakt kommt, fehlt, die Verrichtungsgehilfen. Diese Unterscheidung gewinnt namentlich dann an Bedeutung, wenn es um die Schadensersatzpflicht für vom Gehilfen angerichtete Schäden geht. Für Erfüllungsgehilfen haftet der Geschäftsherr gemäß § 278 BGB ohne jede Entschuldigungsmöglichkeit. Insoweit übernimmt er eine Garantie. Für Verrichtungsgehilfen haftet er nach § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB auch. Er kann sich aber nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren. Er haftet mit anderen Worten nur für eigenes (wenn auch vermutetes) Verschulden.

Damit nun die Folgen rechtsgeschäftlichen Handelns nicht den Handelnden selbst treffen, sondern den Vertretenen, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein.

Im Folgenden sollen zunächst diese Voraussetzungen näher untersucht werden. Die genannten Voraussetzungen können zugleich als Prüfungsschema für die Frage dienen, ob jemand wirksam als Vertreter gehandelt hat oder nicht. Dabei werden den einzelnen Voraussetzungen zugleich diejenigen Problempunkte zugeordnet, die dort auftreten können. Im Anschluss daran werden die Rechtsfolgen der Stellvertretung erläutert; zunächst bei bestehender Vertretungsmacht, danach – ausführlicher – die Folgen, die sich ergeben, wenn keine wirksame Vertretungsmacht bestand.

## **1. Voraussetzungen der Stellvertretung**

### *a. Zulässigkeit der Stellvertretung*

Die Vertretung durch einen anderen muss für das in Frage stehende Rechtsgeschäft zulässig sein. Das ist grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften der Fall. Etwas anderes, d.h. hier ist Stellvertretung ausgeschlossen, gilt nur für die höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte, wie z.B. bei der Eheschließung (§ 1311 Satz 1 BGB) und der Testamentserrichtung (§ 2064 BGB).

### *b. Abgabe einer eigenen Willenserklärung*

Wie sich aus § 164 Abs. 1 BGB ergibt, gibt der **Vertreter** eine eigene Willenserklärung ab. Er ist also selbst der rechtsgeschäftlich Handelnde, wenn

auch die Folgen des Rechtsgeschäfts den Vertretenen treffen. Daher muss der Vertreter auch geschäftsfähig sein. Gemäß § 165 BGB reicht aber die **beschränkte Geschäftsfähigkeit** des Vertreters aus, da ihn die Rechtsfolgen aus dem von ihm getätigten Geschäft nicht treffen. Für ihn handelt es sich um ein so genanntes rechtlich neutrales Geschäft, das der beschränkt Geschäftsfähige – entgegen dem Wortlaut des § 107 BGB (teleologische Reduktion, da ihn aus dem Rechtsgeschäft keine rechtlich nachteiligen Folgen treffen) – auch ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vornehmen kann.

Dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, hat noch in anderer Hinsicht Bedeutung: Die Stellvertretung ist zulässig bei Willenserklärungen und bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen (Willensäußerungen, an die das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen knüpft, während diese Rechtsfolgen bei den Willenserklärungen gewollt sein müssen), wie z.B. der Mahnung (vgl. § 286 Abs. 1 BGB) und der Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung bei § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. **Ausgeschlossen ist die Vertretung bei Realakten**, z.B. beim Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1 BGB und bei der Übergabe im Rahmen von § 929 S. 1 BGB. Das wirft die Frage auf, wie denn die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB erfolgt, wenn daran ein Vertreter mitwirkt. Bestandteil der Übereignung nach § 929 S. 1 BGB sind die (dingliche) Einigung und die Übergabe. Bei der dinglichen Einigung handelt es sich um einen Vertrag, damit um Willenserklärungen, bei denen Vertretung unproblematisch möglich ist. Demgegenüber ist die Übergabe ein Realakt, bei dem Vertretung nicht möglich ist. Dennoch kann der Vertretene durch das Handeln des Vertreters Eigentum erlangen: Auf Seiten des Erwerbers erfordert die Übergabe, dass der Erwerber irgendeinen Besitz erwirbt. Das kann dadurch geschehen, dass sein Vertreter zugleich **Besitzdiener** (§ 855 BGB) ist und der Vertretene dadurch unmittelbaren Besitz erhält. Denkbar ist auch, dass zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter vor der Übergabe ein (antizipiertes) **Besitzmittlungsverhältnis** (§ 868 BGB) vereinbart wurde, wodurch der Vertretene bei der Übergabe mittelbarer Besitzer der Sache wird, was für die Übergabe ausreicht. Auf diese Weise kann der Vertretene durch das Handeln des Vertreters Eigentum nach § 929 S. 1 BGB erlangen.

Zu beachten dabei ist, dass der Vertreter nur im Rahmen der dinglichen Einigung als Vertreter handelt, im Rahmen der Übergabe jedoch als Besitzdiener oder Besitzmittler, was nichts mit seiner Stellung als Vertreter zu tun hat und worauf die §§ 164 ff. BGB keine Anwendung finden.

Die Tatsache, dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, unterscheidet ihn auch vom Boten. Der (Erklärungs-)Bote überbringt lediglich eine fremde Willenserklärung, weshalb man ihn auch als „Brief auf Beinen“ bezeichnen

könnte. Ob jemand als Vertreter oder Bote handelt, entscheidet sich nach dem äußeren Auftreten, wie es für den Vertragspartner erkennbar ist. Dabei spricht die Tatsache, dass die betreffende Person einen eigenen Entscheidungsspielraum hat, für ein Handeln als Vertreter, das Fehlen eines solchen für eine Botenstellung. Zwingend ist dies jedoch nicht, denn der „Vertreter mit gebundener Marschroute“ hat nach dem Umfang der ihm erteilten Vollmacht ebenfalls keinen Entscheidungsspielraum. Entscheidend ist aber, wie er nach den Umständen des Einzelfalls dem Vertragspartner gegenüber auftritt und wie dieser sein Verhalten verstehen durfte.

Schwierig ist auch die **Unterscheidung** zwischen **Empfangsvertreter** (§ 164 Abs. 3 BGB) und dem **Empfangsboten**, da beide dasselbe tun, nämlich eine Willenserklärung entgegennehmen. Bedeutung hat diese Unterscheidung insbesondere für den Zeitpunkt des Zugangs von Willenserklärungen: Hält sich der Empfangsvertreter/-bote im Machtbereich des Empfängers auf und wird die Erklärung zu den üblichen Geschäftszeiten entgegen genommen, so geht die Willenserklärung zu, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers (regelmäßig dessen Wohnung oder Geschäftsräume) gelangt, unabhängig davon, ob sie von einem Vertreter oder Boten entgegen genommen wird. Nimmt die Hilfsperson die Willenserklärung jedoch außerhalb des Machtbereichs des Empfängers oder außerhalb der üblichen Geschäftszeiten entgegen, so wird sie beim Empfangsvertreter sofort wirksam, beim Einschalten eines Empfangsboten jedoch erst in dem Zeitpunkt, in dem nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge mit der Weiterleitung an den Geschäftsherrn zu rechnen ist. Das kann bedeutsam werden, wenn noch ein Widerruf erklärt werden soll, der gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB vor oder gleichzeitig mit der Willenserklärung zugehen muss.

### *c. Handeln in fremdem Namen (Offenkundigkeitsgrundsatz)*

Eine wirksame Vertretung setzt weiterhin voraus, dass die Willenserklärung erkennbar **„im Namen des Vertretenen“** (§ 164 Abs. 1 BGB) abgegeben wird. Dazu bedarf es keiner ausdrücklichen Erklärung des Vertreters; es genügt, wenn sich das Handeln für einen anderen aus den Umständen ergibt (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sinn und Zweck dieses **Offenkundigkeitsgrundsatzes** ist der Schutz des Geschäftspartners des Vertretenen: Dieser soll wissen, dass er nicht mit demjenigen den Vertrag schließt, der ihm gegenüber handelt (Vertreter), sondern mit einer anderen Person. Denn andernfalls würde er möglicherweise im Vertrauen darauf, dass der Vertrag mit dem zahlungsfähigen Vertreter zustande kommt, einen Vertrag mit dem zahlungsunfähigen Vertretenen schließen.

Dieser Schutzzweck des Offenkundigkeitsgrundsatzes bestimmt auch Reichweite und Ausnahmen des Prinzips.

Unbestritten erfordert das Offenkundigkeitsprinzip das erkennbare Auftreten als Vertreter, d.h. es muss deutlich werden, dass durch die Handlung nicht der Vertreter, sondern ein anderer berechtigt und verpflichtet wird. Umstritten ist, ob darüber hinaus auch erkennbar sein muss, für wen der Vertreter auftritt. Zu diesem Streit ist zu sagen: Für dieses weitergehende Erfordernis, auch die Person des Vertretenen zu benennen, spricht der Wortlaut des § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB, der fordert, dass die Willenserklärung „im Namen des Vertretenen“ (und eben nicht nur „im Namen eines anderen“) abzugeben ist. Zu fragen ist jedoch, ob diese Auslegung auch vor dem Hintergrund des Schutzzwecks zwingend ist. Sicherlich dient es dem Schutz des Vertragspartners, wenn der Vertretene zumindest konkludent benannt werden muss. Seinem Schutzinteresse ist aber schon dann genügt, wenn er weiß, dass der Vertrag nicht mit dem Vertreter zustande kommt. Dann ist es an ihm, den Vertretenen (z.B. durch Nachfrage beim Vertreter) ausfindig zu machen oder den Vertrag zu schließen, ohne dies getan zu haben. Er geht dann eben ein Risiko ein, das ihm bewusst ist, vor dem er folglich auch nicht mehr geschützt zu werden braucht. Deshalb ist eine Nennung des Namens des Vertretenen nicht erforderlich. Zu fordern und ausreichend ist, dass der Vertreter deutlich macht, dass er als Vertreter handelt.

*i. § 164 Abs. 2 BGB*

Häufig wird das Offenkundigkeitsprinzip auch an § 164 Abs. 2 BGB festgemacht. Diese schwer verständliche Norm könnte man so verstehen, dass sie zwei Aussagen enthalte:

Die erste beträfe die Fälle, in denen zweifelhaft ist, ob in eigenem oder fremdem Namen gehandelt wurde. Wenn bei Abgabe der Willenserklärung der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht für den Geschäftspartner erkennbar hervortritt, dann „kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht.“ Danach ist in Zweifelsfällen, wenn der Handelnde seinen Vertreterwillen nicht erkennbar gemacht hat, der Handelnde selbst aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet. Dies ergibt sich aber bereits aus Absatz 1 bzw. dem hier mit angesprochenen Grundgedanken, dass jegliches rechtsgeschäftliche Handeln dem Handelnden zugerechnet wird, wenn er nicht zu erkennen gibt, dass er für einen anderen handelt. Mit dieser Aussage erwiese sich Absatz 2 als überflüssig. Seine wahre Funktion kommt auch in der zweiten Aussage zum Ausdruck. Das ist die allein zutreffende Aussage: § 164 Abs. 2 BGB schließt die Irrtumsanfechtung aus.

Es kann vorkommen, dass jemand in fremdem Namen, d.h. als Vertreter, auftreten will, dies aber dem Geschäftspartner nicht hinreichend deutlich macht, also irrtümlich im eigenen Namen auftritt. Dann hat er im eigenen Namen gehandelt und wird selbst Vertragspartner. Er könnte diese Erklärung aber an sich nach § 119 Abs. 1 Fall 1 (Inhaltsirrtum) anfechten. Diese Anfechtungsmöglichkeit ist ihm jedoch durch § 164 Abs. 2 BGB genommen: Der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, kommt nicht in Betracht.

### *ii. Handeln unter fremdem Namen*

Ein weiteres Problem im Rahmen des Offenkundigkeitsprinzips sind die Fälle, die gemeinhin als „Handeln unter fremdem Namen“ bezeichnet werden.

Um deutlich zu machen, wo das Problem dieser Fälle liegt, zunächst ein kleines Beispiel.

**Beispiel:** Klein möge sich für das Auto des Groß interessieren. Er besichtigt dieses. Klein und Groß kannten sich bis dato nicht und stellten sich auch nicht namentlich vor. Als es zum Kaufvertrag kommt, unterschreibt Groß als Verkäufer. Auf Käuferseite unterschreibt Klein mit dem Namen „Becker“.

Zwischen wem ist der Kaufvertrag zustande gekommen?

Die **Lösung** dieses unscheinbaren Falles sieht wie folgt aus:

Der Kaufvertrag ist zwischen Groß und Becker zustande gekommen, wenn Klein den Becker beim Kaufvertragsschluss wirksam vertreten hat. Es sind also die Voraussetzungen der Stellvertretung zu prüfen.

Klein hat eine eigene Willenserklärung abgegeben. Zu prüfen ist, ob er in fremdem Namen gehandelt hat. Man könnte auf den Gedanken kommen, dass ein Handeln in fremdem Namen vorliegt, da Klein ja mit „Becker“ unterschrieben hat. Das ist aber falsch (und darin liegt zugleich die größte Gefahr dieser Fälle). Denn Offenkundigkeit („Handeln in fremdem Namen“) bedeutet, dass Klein bei seiner Erklärung – zumindest konkludent – deutlich macht, „ich bin zwar nicht Becker, handle aber für ihn“. Nur dann ist dem Sinn und Zweck des Offenkundigkeitsprinzips (dem Geschäftspartner deutlich zu machen, dass nicht die vor ihm stehende Person sein Vertragspartner ist) genüge getan. Das hat Klein hier aber nicht getan, denn Groß wird denken, dass die vor ihm stehende Person „Becker“ ist und diese sein Vertragspartner wird. Es fehlt also an der Offenkundigkeit der Vertretung, so dass als Zwischenergebnis festzuhalten bleibt, dass keine wirksame Vertretung erfolgte, Becker also nicht Vertragspartner des Groß wurde.

Man sagt, Klein hat unter fremdem Namen gehandelt, nicht aber in fremdem Namen, wie in § 164 Abs. 1 BGB verlangt.

§ 164 Abs. 1 BGB könnte jedoch auf das Handeln unter fremdem Namen analog anwendbar sein.

Das hängt davon ab, ob der Sinn des Offenkundigkeitsprinzips (der Schutz des Vertragspartners, hier des Groß) diese Analogie zulässt. Dabei ist zu differenzieren:

Kommt es dem Groß nicht darauf an, welchen Namen sein Vertragspartner in Wirklichkeit trägt, sondern will er den Vertrag nur mit der tatsächlich vor ihm stehenden Person schließen, dann besteht keine Veranlassung, § 164 Abs. 1 BGB analog anzuwenden. Es kommt dann kein Vertrag zwischen Groß und Becker zustande, sondern ein Kaufvertrag zwischen Groß und dem vor ihm stehenden Klein (sog. Namenstäuschung).

Anders ist es, wenn Groß den Vertrag gerade mit dem Namensträger „Becker“ abschließen will (etwa weil dieser sehr bekannt ist und Groß die Tatsache, dass „Becker“ ein Auto von Groß fährt, zu Werbezwecken nutzen will). Dann ist es geboten, die §§ 164 ff. BGB entsprechend anzuwenden (sog. Identitätstäuschung). Das bedeutet allerdings noch nicht, dass zwischen Groß und Becker ein wirksamer Vertrag geschlossen wurde. Dazu müsste Klein auch mit Vertretungsmacht (zu dieser Voraussetzung später) gehandelt haben, woran es in diesen Fällen regelmäßig fehlen wird. Dann gelten die §§ 177 ff. BGB (auch dazu Genaueres später), so dass bei fehlender Genehmigung des Becker der Klein nach § 179 Abs. 1 BGB haftet.

### *d. Durchbrechungen des Offenkundigkeitsprinzips*

Ausgehend vom Schutzzweck des Offenkundigkeitsprinzips können schließlich auch diejenigen Fälle bestimmt werden, in denen es ausnahmsweise keine Anwendung findet: eben in den Fällen, in denen es dem Vertragspartner gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schließt.

#### *i. Geschäft für den, den es angeht*

Als erste Ausnahme wird gemeinhin das Geschäft für den, den es angeht, genannt. Dabei geht es um Folgendes: Schickt der Vater seinen Sohn zum Brötchenkauf, dann wird der Sohn weder ausdrücklich noch konkludent die Brötchen „für den Vater“ kaufen. Er wird vielmehr „vier Brötchen und zwei Croissants“ kaufen. Damit ist aber dem Offenkundigkeitsprinzip nicht Genüge getan, so dass der Vertrag mit dem Sohn zustande kommen würde. Bei diesen **Bargeschäften des alltäglichen Lebens** ist es den Beteiligten aber regelmäßig egal, mit wem sie den

Vertrag schließen, da dieser sofort erfüllt wird. Da dem Verkäufer sein Vertragspartner gleichgültig ist, schließt er den Vertrag mit dem, den es angeht, eben dem Vater. Dies gilt sowohl für den schuldrechtlichen Kaufvertrag als auch für die dingliche Einigung.

### *ii. Unternehmensbezogene Erklärungen*

Als zweite Ausnahme wird häufig das **Geschäft für den Inhaber eines Gewerbebetriebs** genannt. In diesen Fällen wird beim Handeln des Angestellten für den Betrieb der Betriebsinhaber berechtigt und verpflichtet, auch ohne dass der Angestellte beim Vertragsschluss dies ausdrücklich klarstellen müsste. Das ist insoweit unstrittig. Genau genommen handelt es sich dabei jedoch nicht um eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip, sondern gerade um dessen Anwendung: Denn es genügt, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Angestellte für den Betriebsinhaber handelt (§ 164 I 2 BGB). Diese Umstände sind z.B. die Bestellung auf Geschäftspapier, die Art oder Menge der bestellten Artikel usw.. Dann ergeben die Umstände, dass die Willenserklärung im Namen des Vertretenen erfolgt. Ergeben die Umstände dies jedoch nicht oder bleibt zweifelhaft, ob es sich um ein sog. unternehmensbezogenes Geschäft handelt, dann wird der Angestellte Vertragspartner. Nur wenn es sich erkennbar um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelt und nur unklar bleibt, ob der Handelnde Vertreter oder selbst Betriebsinhaber ist, kommt das Geschäft mit dem wirklichen Inhaber zustande. Diese Fallgruppe ist also keine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip, sondern gerade dessen strikte Anwendung.

### *e. Vertretungsmacht*

Letzte Voraussetzung einer wirksamen Stellvertretung ist das **Handeln mit Vertretungsmacht**, d.h. mit der Rechtsmacht einen anderen zu berechtigen und zu verpflichten.

Die Vertretungsmacht ergibt sich entweder **aus dem Gesetz** (gesetzliche Vertretungsmacht) **oder aus einem Rechtsgeschäft** (rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht oder Vollmacht, § 166 Abs. 2 BGB). Die Vertretungsmacht als Organ einer juristischen Person ist eine gesetzliche. Die Vertretungsmacht kraft Rechtscheins knüpft an äußere Merkmale einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht an, die als rechtsgeschäftliche aber nicht besteht.

### *i. Gesetzliche Vertretungsmacht*

Die Vertretungsmacht kann auch auf gesetzlicher Anordnung beruhen.

**Organe juristischer Personen.** Juristische Personen können als solche nicht selbst handeln, sondern müssen sich durch ihre Organe vertreten lassen. So wird z.B. die GmbH durch ihren Geschäftsführer vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbHG).

**Gesetzliche Vertreter bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit.** Die Eltern vertreten gemäß § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB ihr Kind gemeinschaftlich, sog. Gesamtvertretung. Das bedeutet aber nicht, dass die Eltern immer gemeinsam handeln müssten. Es genügt, dass einer das Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen vornimmt und der andere diesem intern zustimmt.

*ii. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, Vollmacht*

*(1) Form der Vollmacht*

Die Vollmacht wird durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die sog. Bevollmächtigung, begründet. Ihre **Erteilung** ist **grundsätzlich formfrei** (vgl. § 167 Abs. 2 BGB). Eine möglicherweise bestehende Formvorschrift betrifft eben nicht die Vollmachtserteilung, sondern nur das vom Vertreter getätigte Geschäft, obwohl daraus der Vertretene berechtigt und verpflichtet wird.

Daraus wird deutlich, dass die Bestimmung des § 167 Abs. 2 BGB in Widerspruch zum Schutzzweck vieler Formvorschriften geraten kann. So wird der durch § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bezweckte Übereilungsschutz verfehlt, wenn der Grundstückseigentümer die Vollmacht mündlich erteilen kann und lediglich der Vertreter die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erfüllen muss. Verständlich wird dies nur dann, wenn man berücksichtigt, dass die Vollmacht gemäß § 168 Satz 2 BGB grundsätzlich frei widerruflich ist und der Vertretene seine vertragliche Bindung auf diese Weise vermeiden kann.

Damit ist aber schon angedeutet, dass es **Fälle** geben kann, in denen § 167 Abs. 2 BGB einschränkend anzuwenden ist, d.h. in denen die Vollmachtserteilung **formbedürftig** ist.

Das ist z.B. der Fall, wenn die Erteilung einer Vollmacht zum Grundstücksverkauf unwiderruflich erfolgt. Denn dann ist der Vertretene bereits durch die Bevollmächtigung unmittelbar gebunden und der Schutzzweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB erfordert die entsprechende Form auch für die Vollmacht.

Auch die Erteilung einer (widerruflichen) Vollmacht zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung bedarf nach neuerer Rechtsprechung (BGHZ 132, 119 ff. =

BGH NJW 1996, 1467 ff. lesen!) der Form des § 766 S. 1 BGB. Dabei ist auf den ersten Blick nicht ersichtlich, warum nun auch eine widerrufliche Vollmachtserteilung den Formerfordernissen des § 766 S. 1 BGB unterworfen wird. Denn an sich kann der Vertretene die Vollmacht jederzeit widerrufen. Jedoch gilt es zu berücksichtigen, dass § 766 S. 1 BGB allein dem Schutz vor übereilter Übernahme der Bürgenverpflichtung dient. Dieser Schutz würde aber ausgehöhlt, wollte man die Erteilung der Vollmacht formlos gültig sein lassen. Denn die Vollmacht zur Erteilung der Bürgschaftserklärung wird in der Regel dem Hauptschuldner oder dem Gläubiger erteilt, deren Interessen sie auch ausschließlich dient und die davon häufig unmittelbar Gebrauch machen. Diese Konstellation macht es notwendig, in diesem Fall auch die widerrufliche Vollmachtserteilung der Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB zu unterwerfen.

### *(2) Arten der Vollmacht*

Hinsichtlich des Umfangs der erteilten Vollmacht unterscheidet man in Spezialvollmacht, Gattungsvollmacht und Generalvollmacht.

Die Spezialvollmacht gilt nur für ein bestimmtes Geschäft, die Gattungsvollmacht für eine Gattung von Rechtsgeschäften (so enthält z.B. die Einstellung als Fernfahrer die konkludente Gattungsvollmacht zu allen Geschäften, die auf Fernfahrten regelmäßig erledigt werden müssen, wie z.B. Tanken, kleinere Reparaturen etc.) und die Generalvollmacht für Vertretungen aller Art. Bei der Prokura (§§ 49, 50 HGB) ist der Umfang der Vollmacht zwingend gesetzlich festgelegt. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Prokura eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ist, die aber nur ausdrücklich erteilt werden kann (§ 48 Abs. 1 HGB).

Hinsichtlich der **Erteilung** der Vollmacht unterscheidet man zwischen der **Innenvollmacht** und der **Außenvollmacht**. Bei der Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Fall 1 BGB) wird die Bevollmächtigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung vom Vertretenen gegenüber dem Vertreter erklärt. Bei der Außenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Fall 2 BGB) wird die Bevollmächtigung des Vertreters vom Vertretenen gegenüber dem Geschäftspartner erklärt. Mit dieser Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner ist die Bevollmächtigung des Vertreters wirksam, ohne dass dieser daran mitwirkt. Nicht um eine Außenvollmacht handelt es sich, wenn der Vertretene dem Geschäftspartner mitteilt, dass er einen Vertreter bevollmächtigt hat. Die Bevollmächtigung erfolgte dann als Innenvollmacht; die Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner ist lediglich eine Wissenserklärung über die bestehende Bevollmächtigung eines Vertreters, keine Willenserklärung.

Für die Frage, ob die Vollmacht wirksam erteilt wurde und in welchem Umfang sie besteht, macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine Innen- oder Außenvollmacht handelt. Lediglich wenn der Vollmachtserteilung Willensmängel zugrunde liegen, erlangt die Unterscheidung Bedeutung für die Frage, wie die Anfechtung erfolgen muss (dazu später).

Sehr wichtig (und häufige Fehlerquelle) ist dagegen der Unterschied zwischen der Innenvollmacht und dem Innenverhältnis.

### *(3) Innenverhältnis und Außenverhältnis*

Während die Vollmacht die Rechtsbeziehungen zwischen Vertretenem und Geschäftspartner betrifft, versteht man unter dem Innenverhältnis das Rechtsverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter. Dabei handelt es sich häufig um einen Dienst-/Arbeitsvertrag (§§ 611 ff. BGB) oder um einen Auftrag (§§ 662 ff. BGB). In diesem Innenverhältnis sind die Rechte und Pflichten von Vertretenem und Vertreter zueinander geregelt. Die Bevollmächtigung ist von dem ihr zugrunde liegenden Innenverhältnis (z.B. einem Auftrag) streng zu trennen. Diese Trennung wird als Abstraktionsprinzip bezeichnet. Es ist in seiner Wirkung mit dem bereits kennen gelernten Trennungs- und Abstraktionsprinzip zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft vergleichbar, darf jedoch damit nicht verwechselt werden. Die Trennung bewirkt, dass die Vollmacht sowohl in ihrer Gültigkeit als auch in ihrem Umfang von dem Innenverhältnis unabhängig ist. Ist etwa der Auftrag nichtig, so ändert dies nichts an der Wirksamkeit der Vertretungsmacht und dem vom Vertreter für den Vertretenen vorgenommenen Geschäft. Grund für diese Trennung zwischen Vollmacht und Innenverhältnis ist der Gedanke des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit: Der Geschäftspartner soll nicht gezwungen sein, das Innenverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter zu erforschen.

Das **Abstraktionsprinzip** gilt auch hinsichtlich des Umfangs der Vollmacht.

So möge A den P in seinem Handelsgeschäft beschäftigen und ihm Prokura erteilen. Im Arbeitsvertrag ist vereinbart, dass P nur Geschäfte im Umfang bis 100.000,00 Euro tätigen darf. Erwirbt P nun entgegen dieser Vereinbarung von D Rohstoffe für 250.000,00 € so ist der Vertrag zwischen A und D wirksam zustande gekommen, da der Umfang der Prokura in § 49 Abs. 1 HGB zwingend festgelegt ist und die Beschränkung im Innenverhältnis auf die Vollmacht keinen Einfluss hat. P hat dann mit Vertretungsmacht gehandelt, jedoch gegen seine Verpflichtungen aus dem Innenverhältnis verstoßen und sich damit gegenüber A ersatzpflichtig gemacht. (sog. Missbrauch der Vertretungsmacht).

A möge einen weiteren Mitarbeiter, nennen wir ihn B, beschäftigt haben, dem er als Chefeinkäufer eine (Innen-)Vollmacht für den Erwerb der für die Produktion benötigten Rohstoffe erteilt hat. In seinem Arbeitsvertrag findet sich die Klausel, keine Rohstoffe zu erwerben, deren Preis über 50,00 €Tonne liegt. Kauft B nun einen Rohstoff zu 55,00 €Tonne, dann ist A an diesen Vertrag gebunden, denn B hatte eine unbeschränkte (Innen-)vollmacht für den Erwerb von Rohstoffen; die Klausel im Arbeitsvertrag wirkt nur im Innenverhältnis zwischen A und B.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass A dem B eine (Innen-)Vollmacht für den Erwerb von Produktionsrohstoffen erteilt, diese Vollmacht (!) aber auf den Erwerb von Rohstoffen zum Preis von 50,00 €Tonne beschränkt. In diesem Fall wurde die Vollmacht als solche beschränkt. Erwirbt B nun Rohstoffe zum Preis von 55,00 €Tonne, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*) - und eben nicht, wie oben, mit Vertretungsmacht, aber unter Missbrauch dieser. Er konnte dann den A nicht vertreten, und es kommt kein Vertrag zwischen A und D zustande, vielmehr greift § 179 BGB (dazu später).

Es ist also jeweils genau zu prüfen, ob die Vertretungsmacht selbst beschränkt wurde oder ob es sich lediglich um eine Abrede im Innenverhältnis handelte. Je nachdem handelt der „Vertreter“ als vollmachtloser Vertreter (*falsus procurator*) oder als Vertreter mit Vertretungsmacht, die er lediglich missbraucht, was grundsätzlich im Außenverhältnis zum Geschäftspartner ohne Auswirkungen bleibt.

#### *(4) Untervollmacht*

Die Fälle der Untervollmacht sind dadurch gekennzeichnet, dass sich der Vertreter eines weiteren Vertreters bedient. Dann müssen die Vertretungsvoraussetzungen sowohl im **Verhältnis Hauptvollmachtgeber – Vertreter** als auch im **Verhältnis Vertreter – Untervertreter** gegeben sein, wobei im Verhältnis Vertreter – Untervertreter zu prüfen ist, ob die Vertretung zulässig ist oder ob die Untervertretung durch den Hauptvollmachtgeber ausgeschlossen wurde, weil er eben gerade durch diesen Vertreter und keinen anderen vertreten werden wollte.

Sind sowohl Haupt- als auch Untervollmacht wirksam, so treffen die Rechtsfolgen des Geschäfts den Hauptvollmachtgeber.

Treten **Mängel** auf, so ist zu unterscheiden:

Der Untervertreter hat offen gelegt, dass er als Vertreter des Vertreters handelt und auf diese Weise Rechtsfolgen für den Hauptvollmachtgeber herbeiführen will.

Ist die Untervollmacht unwirksam, so haftet der Untervertreter nach § 179 BGB, denn „seine“ Vertretung ist ja fehlerhaft.

Ist die Hauptvollmacht unwirksam, dann haftet der (Haupt-)Vertreter, denn der Untervertreter hat ja deutlich gemacht, dass seine Vertretungsmacht nur vom Hauptvertreter abgeleitet ist, und diese ist nicht fehlerhaft.

Der Untervertreter hat nicht offen gelegt, dass er als Vertreter des Vertreters handelt, er ist im Namen des Hauptvollmachtgebers aufgetreten. Für den Geschäftspartner entsteht in diesem Fall der Anschein, dass nur eine einfache Stellvertretung vorliegt.

Ist die Untervollmacht unwirksam, dann haftet auch in diesem Fall der Untervertreter nach § 179 BGB

Ist die Hauptvollmacht unwirksam, dann haftet der Untervertreter nach § 179, denn er hat es durch die Nicht-Offenlegung der Untervertretung versäumt, dem Geschäftspartner das Risiko einer doppelten Vertretung deutlich zu machen. Dann muss er sich ihm gegenüber auch so behandeln lassen, als sei er der einzige Vertreter (ohne Vertretungsmacht) des Geschäftsherrn. Der Untervertreter kann aber seinerseits den Hauptvertreter nach § 179 BGB in Anspruch nehmen.

### *iii. Erlöschen der Vollmacht*

**Erlöschen des Grundverhältnisses.** Oben haben wir gesehen, dass Vollmacht und Grund-/Innenverhältnis voneinander unabhängig sind. Eine Vollmacht kann also auch dann bestehen, wenn das Grundverhältnis unwirksam ist (sog. isolierte Vollmacht). Dieser Grundsatz wird durch § 168 S.1 BGB jedoch für das Ende der Vollmacht durchbrochen: Das Ende des Grundgeschäfts führt zum Erlöschen der Vollmacht, so z.B. das Ende des Arbeitsvertrags zum Erlöschen der Vollmacht des Einkäufers. Dabei ist im Falle des Auftrags zu beachten, dass der Auftrag im Zweifel nicht mit dem Tod des Auftraggebers (und Vollmachtgebers) endet (§§ 672 S.1, 675 BGB). Dann besteht auch die Vollmacht fort (sog. postmortale Vollmacht). Der Vertreter vertritt dann die Erben des Auftraggebers, denen aber die Möglichkeit des Widerrufs bleibt.

**Widerruf der Vollmacht.** Gemäß § 168 S. 2, 3 BGB ist die Vollmacht frei widerruflich, es sei denn, sie wurde unwiderruflich erteilt. Diese freie Widerrufsmöglichkeit hat ihren Grund in dem Vertrauensverhältnis, das regelmäßig zwischen Vertretenem und Vertreter besteht.

Der **Widerruf** ist eine **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung**. Erfolgt er gegenüber dem Geschäftspartner, so kommt es darauf an, ob er vor oder zumindest gleichzeitig mit der Willenserklärung des Vertreters zugegangen ist. § 168 S. 3 BGB erklärt § 167 Abs. 1 BGB für entsprechend anwendbar. Das bedeutet aber nicht, dass eine Innenvollmacht nur dem Vertreter gegenüber und eine Außenvollmacht nur dem Geschäftspartner gegenüber widerrufen werden kann. Es steht dem Vollmachtgeber frei, wem gegenüber er widerruft. Das führt zu Problemen, wenn er eine als Außenvollmacht erteilte oder dem Dritten bekannt gemachte Innenvollmacht allein dem Vertreter gegenüber widerruft. Denn der Dritte vertraut ja auf den Fortbestand der Vollmacht. Die Lösung dieses Problems findet sich in den §§ 170 bis 173 BGB: Danach bleibt die Außenvollmacht in Kraft, bis ihr Widerruf dem Dritten mitgeteilt worden ist (§ 170 BGB), die nach außen kundgemachte Innenvollmacht bleibt solange in Kraft, bis ihre Kundgabe widerrufen wurde (§§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 BGB). Geschützt wird dadurch der gutgläubige Dritte (§ 173 BGB), der für das Bestehen der Vollmacht das Wort des Vertretenen hat.

Ob in diesen Fällen die Vollmacht fortbesteht oder ob sie erloschen ist, die Vertretungswirkungen aber kraft Rechtsschein eintreten, ist umstritten. In den Fällen der §§ 170 ff. BGB ist dieser Streit aber bedeutungslos, da die Folgen in den §§ 170 bis 173 BGB ausdrücklich geregelt sind.

#### *iv. Anfechtung der Vollmacht*

Da die Bevollmächtigung eine Willenserklärung ist, müssten für sie auch die „normalen“ Anfechtungsgründe gelten.

Solange von der Vollmacht kein Gebrauch gemacht wurde, bedarf es der Anfechtung gar nicht; dann kann die Vollmacht mit sofortiger Wirkung durch den Widerruf beseitigt werden.

Wurde jedoch von einer Innenvollmacht bereits Gebrauch gemacht, dann stellt sich folgendes **Problem**:

Angenommen A hat dem B Vollmacht erteilt, woraufhin B im Namen des A ein entsprechendes Geschäft mit C abgeschlossen hat. Ficht nun A die Bevollmächtigung des B an, so hat dies wegen der ex tunc-Wirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) zur Folge, dass B als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte. Als solcher ist er dem C gegenüber zum Schadensersatz aus § 179 Abs. 1 und 2 BGB verpflichtet. B kann jedoch seinerseits von A aus § 122 Freistellung von dieser Verbindlichkeit oder – wenn er bereits geleistet hat – Schadensersatz in Höhe des an C geleisteten Schadensersatzes

verlangen. Auf diese Weise trägt letztlich A den Schaden seines Vertragspartners C; das ist auch richtig, denn dessen Schaden beruht ja auf dem Irrtum und der Anfechtung des A.

Zu Problemen kommt es jedoch, wenn A oder B vermögenslos sind. Ist A vermögenslos, so geht der Ersatzanspruch des B ins Leere und B bleibt auf dem Schaden sitzen. Ist B vermögenslos, so geht der Schadensersatzanspruch des C ins Leere, da ihm keine unmittelbaren Ansprüche gegen A zustehen.

Aufgrund dieser Problematik wurde vorgeschlagen, die Anfechtung der Vollmacht ganz auszuschließen. Das ist jedoch nicht notwendig, wenn man die Anfechtung in diesen Fällen leicht modifiziert: Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit der Anfechtung der Bevollmächtigung materiell das Vertretergeschäft angegriffen wird. Daher ist Anfechtungsgegner bei der betätigten Innenvollmacht entgegen § 143 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht der Vertreter, sondern der Geschäftspartner. Dieser hat dann unmittelbar gegen den Vertretenen den Anspruch aus § 122 BGB. Auf diese Weise wird das Insolvenzrisiko angemessen verteilt. Entsprechendes gilt für die Anfechtung der nach außen kundgemachten Innenvollmacht. Der Anfechtung der Mitteilung gegenüber dem Geschäftspartner scheint zunächst entgegenzustehen, dass es sich bei dieser Mitteilung um eine Wissenserklärung, nicht aber um eine Willenserklärung handelt und Wissenserklärungen gerade nicht anfechtbar sind. Dann stünde der Geschäftspartner bei der nach außen kundgemachten Innenvollmacht aber besser als bei der Außenvollmacht, wofür es keinen Grund gibt. Deshalb kann hier die Mitteilung angefochten werden, mit der Folge, dass sich der Vertretene gegenüber dem Geschäftspartner aus § 122 BGB schadensersatzpflichtig macht.

### *v. Duldungs- und Anscheinsvollmacht*

Oben (im Rahmen der Erörterungen zum Widerruf der Vollmacht) haben wir die Fälle kennen gelernt, in denen der gute Glaube des Dritten an den Fortbestand einer einmal wirksam erteilten, inzwischen (z.B. durch Widerruf) aber erloschenen Vollmacht, geschützt wird. Dieser Schutz ist in den §§ 170 ff. BGB gesetzlich niedergelegt.

Darüber hinaus gibt es aber auch Fälle, in denen eine Vollmacht nie bestanden hat, der Dritte aber aufgrund des Erscheinungsbildes annehmen darf, dass eine Vollmacht erteilt worden sei. Hat der Vertretene seinerseits dazu beigetragen, dass sich dem Dritten der Schein einer Vollmacht bietet, dann ist der Dritte schutzwürdiger als der „Vertretene“. Jener wird dann im Interesse des Dritten unter bestimmten Voraussetzungen so behandelt, als hätte er den „Vertreter“ tatsächlich bevollmächtigt.

Dies sind die Fälle der Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Sie basieren auf dem in den §§ 170 ff. BGB enthaltenen Rechtsgedanken, dass derjenige, der den **Rechtsschein einer Vollmacht** gesetzt hat, das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen muss. Im Einzelnen müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine rechtsgeschäftliche Bindung des Vertretenen nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht eintritt:

- Es darf keine Vollmacht erteilt worden sein. Hier ist insbesondere zu prüfen, ob nicht eine Vollmacht konkludent erteilt wurde. Denn eine erteilte Vollmacht geht den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht vor und schließt deren Anwendung aus.
- Das Handeln des „Vertreters“ muss den Rechtsschein einer Bevollmächtigung setzen. Das bedeutet, dass sich für den Dritten (nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) das äußere Geschehen so darstellen muss, als habe der „Vertretene“ den „Vertreter“ bevollmächtigt.
- Dieser Rechtsschein einer Bevollmächtigung muss vom „Vertretenen“ in zurechenbarer Weise gesetzt worden sein.

Dabei ist zwischen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu unterscheiden:

Bei der Duldungsvollmacht muss der „Vertretene“ das Auftreten des „Vertreters“ als Vertreter kennen und es dulden, d.h. nicht dagegen einschreiten, obwohl er dagegen einschreiten könnte. Dabei ist vorrangig zu prüfen, ob in dem Gewährenlassen nicht eine konkludente Bevollmächtigung liegt. Das ist aber nur anzunehmen, wenn dem Gewährenlassen der objektive Erklärungswert einer Vollmacht beigelegt werden kann.

Bei der Anscheinsvollmacht weiß der „Vertretene“ nichts vom Auftreten des „Vertreters“ als Vertreter, er hätte davon aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt Kenntnis haben und es auch verhindern können.

- Der Geschäftspartner muss bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln auf den Rechtsschein vertraut haben. Er muss also von den Rechtsschein begründenden Tatsachen Kenntnis gehabt haben und sein Vertrauen muss für den Geschäftsabschluss ursächlich gewesen sein.
- Schließlich muss der Dritte – entsprechend § 173 BGB – gutgläubig gewesen sein, d.h. er durfte vom Fehlen der Vollmacht weder Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis haben.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann werden diese Fälle behandelt, als ob der „Vertretene“ eine wirksame Vollmacht erteilt hätte. Das bedeutet, dass der Vertretene aus dem vom Vertreter geschlossenen Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird.

Das ist für die Duldungsvollmacht unbestritten.

Für die Anscheinsvollmacht wird diese Lösung von der Rechtsprechung vertreten und dürfte inzwischen auch richterrechtliche Geltung beanspruchen. Dem lässt sich – dogmatisch überzeugend – entgegenhalten, dass die Nichtbeachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nach der Konzeption des BGB nicht das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts bewirken kann, sondern lediglich schadensersatzpflichtig macht. Folgt man dem, so begründet die Anscheinsvollmacht keine wirksame Vollmacht. Der „Vertretene“ wird also nicht vertraglich verpflichtet, sondern macht sich schadensersatzpflichtig nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Daneben können Ansprüche gegen den – nach dieser Auffassung – vollmachtlosen Vertreter aus § 179 BGB bestehen. Nach der Lösung der Rechtsprechung bestehen gegen den Vertreter keine Ansprüche aus § 179 BGB, da sie auch die Anscheinsvollmacht wie eine wirksam erteilte Vollmacht behandelt.

## **2. Rechtsfolgen der Stellvertretung**

### *a. Wirksame Vertretungsmacht*

Handelt der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht – wozu auch die Fälle der Duldungs- und Anscheinsvollmacht (für letztere umstritten, s.o.) gehören -, so kommt das Rechtsgeschäft zwischen dem Geschäftspartner und dem Vertretenen zustande. **Berechtigt und verpflichtet wird nur der Vertretene;** Rechtsfolgen für den Vertreter ergeben sich nicht. Dem entspricht es, dass die Verpflichtungen aus der Anbahnung von Vertragsverhandlungen regelmäßig den Vertretenen treffen; dieser haftet demzufolge auch aus culpa in contrahendo, wenn der Vertreter eine solche Verhaltenspflicht verletzt

### *b. Eigenhaftung des Vertreters*

Nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen kommt daneben eine Eigenhaftung des Vertreters in Betracht. Die Fälle, die sich dazu in der Rechtsprechung ausgebildet haben, sind die **Fälle, in denen der Vertreter ein besonderes wirtschaftliches Interesse am Vertragsschluss hat oder wenn er in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat.** Seit dem 1.1.2002 gibt es für diese Haftung auch eine gesetzliche Grundlage: § 311 Abs. 3 BGB. Zur ersten Fallgruppe ist anzumerken, dass für die Annahme eines besonderen wirtschaftlichen Interesses des Vertreters ein nur mittelbares Interesse, wie z.B. das Provisionsinteresse des Vertreters, nicht ausreicht. Der Vertreter muss vielmehr wie in eigener Sache beteiligt sein.

Im Rahmen der zweiten Fallgruppe ist ebenfalls Zurückhaltung geboten. Denn das für die Eigenhaftung des Vertreters erforderliche Vertrauen muss über das normale Verhandlungstrauen, dass der Vertretene einen sachkundigen Vertreter einsetzt, hinausgehen. Ein solches besonderes persönliches Vertrauen kann sich aus der besonderen Sachkunde des Vertreters für den Vertragsgegenstand oder aus der Tatsache ergeben, dass der Vertreter den Eindruck besonderer persönlicher Zuverlässigkeit erweckt hat. Angenommen wurde dies für einen KFZ-Händler, der für einen Kunden einen Gebrauchtwagen verkauft.

*c. Die Wissenszurechnung*

Von Interesse ist im Zusammenhang mit einer wirksamen Vertretungsmacht noch § 166 BGB. Ausgangspunkt für die Regelung in § 166 Abs. 1 BGB ist die Tatsache, dass der **Vertreter eine eigene Willenserklärung** abgibt. Deshalb kommt es darauf an, ob in seiner Person Willensmängel vorliegen oder ob er Kenntnis von bestimmten Umständen hat oder hätte haben müssen. Das bedeutet, dass der Vertretene (bzw. der Vertreter, sofern er dafür Vertretungsmacht besitzt) zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB nur berechtigt ist, wenn der **Vertreter sich geirrt hat**; ob er sich selbst geirrt hat, ist nach § 166 Abs. 1 BGB ohne Belang. Kommt es im Rahmen des Erwerbs vom Nichtberechtigten auf den guten Glauben des Erwerbers an und wurde dieser beim dinglichen Einigungsvertrag vertreten, so ist nach der Regelung des § 166 Abs. 1 BGB die Gut-/Bösgläubigkeit („Kenntnis oder Kennenmüssen gewisser Umstände) des Vertreters, nicht des Vertretenen, entscheidend.

Dass diese Regelung leicht missbraucht werden könnte, ist offensichtlich: Der Erwerber, der darum weiß, dass die Sache nicht im Eigentum des Veräußerers steht, müsste sich nur eines gutgläubigen Vertreters bedienen und könnte so Eigentum erwerben.

Diesem Missbrauch beugt § 166 Abs. 2 BGB vor:

Handelt der Vertreter „nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers“, d.h. würde der Vertretene den Vertreter losschicken, um eine bestimmte Sache für ihn zu erwerben, so kommt es entgegen § 166 Abs. 1 nicht auf die Person des Vertreters, sondern auf die des Vertretenen an (§ 166 Abs. 2 BGB). § 166 Abs. 2 BGB bestimmt das ausdrücklich nur für die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen bestimmter Umstände.

**Umstritten** ist deshalb, ob das auch für **Willensmängel des Vertretenen** gilt. Denn nach der Regelung des § 166 Abs. 1 BGB kommt es nur auf die

Willensmängel des Vertreters an und § 166 Abs. 2 BGB bestimmt auch bei einem Handeln „nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers“ – zumindest ausdrücklich – nichts anderes.

Zur Lösung dieser Frage sollte der hinter § 166 Abs. 1 und 2 BGB stehende Grundgedanke herangezogen werden: Danach kommt es eben nicht darauf an, um wessen Willenserklärung es sich rein formal handelt (denn dann käme es immer – auch bei einem Handeln nach bestimmten Weisungen – auf den Vertreter an), sondern abzustellen ist auf diejenige Person, auf deren Entschließung der Geschäftsabschluss beruht. Das ist im Fall des § 166 Abs. 1 BGB (selbständiges Handeln des Vertreters) der Vertreter. Dagegen ist es im Fall des § 166 Abs. 2 BGB der Vollmachtgeber, da er hier über seine Weisung die Willenserklärung des Vertreters entscheidend bestimmt.

Deshalb ist § 166 Abs. 2 BGB analog auf Willensmängel des Vertretenen anzuwenden. Handelt der Vertreter also nach bestimmten Weisungen des Vertretenen und wurde diese Weisung durch Willensmängel des Vertretenen (z.B. Irrtum oder Täuschung) beeinflusst, so kann der Vertretene anfechten, auch wenn der Vertreter nicht irrte.

### *d. Fehlende Vertretungsmacht*

Bevor wir uns näher mit den Rechtsfolgen bei fehlender Vertretungsmacht befassen, sollen zunächst die verschiedenen Gründe erörtert werden, aus denen die Vertretungsmacht fehlen kann.

- Das Fehlen der Vertretungsmacht kann darauf zurückzuführen sein, dass die Bevollmächtigung unwirksam ist (etwa weil der Vertretene geschäftsunfähig ist) oder nur eine beschränkte Vertretungsmacht erteilt wurde und der Vertreter Geschäfte außerhalb dieser Vertretungsmacht abgeschlossen hat.

Hier ist nochmals darauf hinzuweisen, dass in den Fällen der beschränkten Vertretungsmacht genau zu prüfen ist, ob lediglich eine Abrede im Innenverhältnis vorliegt (die die Vertretungsmacht im Außenverhältnis unberührt lässt), oder ob die Vollmacht beschränkt wurde (was zu einem Fehlen der Vertretungsmacht führt).

- Die Vertretungsmacht fehlt auch, wenn sie wirksam widerrufen oder angefochten wurde.
- Die Vertretungsmacht ist für sog. „Insichgeschäfte“ kraft Gesetzes gemäß § 181 BGB ausgeschlossen.

*i. Insihgeschäfte*

§ 181 BGB kennt **zwei Arten von „Insihgeschäften“**:

Das **Selbstkontrahieren** („im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen“), bei dem auf der einen Seite der Vertretene, vertreten durch den Vertreter, steht, auf der anderen Seite der Vertreter, handelnd für sich selbst.

Die **Mehrfachvertretung** („im Namen des Vertretenen mit sich ... als Vertreter eines Dritten“), bei der auf der einen Seite der Vertretene, vertreten durch den Vertreter, steht, auf der anderen Seite ein anderer Vertretener, vertreten durch denselben Vertreter.

Gemeinsam ist diesen gesetzlich geregelten Fällen des § 181 BGB, dass der Vertreter zwar formal für verschiedene Personen handelt, er jedoch beim Vertragsschluss beide Parteien vertritt (im untechnischen Sinne).

Für diese Fälle ordnet § 181 BGB an, dass „der Vertreter ... ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen [kann]“. Das spräche dafür, dass ein unter § 181 BGB fallendes Rechtsgeschäft des Vertreters (unheilbar) nichtig ist.

Es besteht jedoch Einigkeit, dass § 181 BGB nur die Vertretungsmacht ausschließt. Demzufolge handelt ein Vertreter, der ein unter § 181 BGB fallendes Rechtsgeschäft vornimmt, als Vertreter ohne Vertretungsmacht; das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft ist nicht nichtig, sondern es finden die §§ 177 ff. BGB entsprechende Anwendung (dazu später).

Jedoch kennt § 181 BGB selbst **zwei Ausnahmen**, in denen das „Insihgeschäft“ zulässig ist:

Sofern dem Vertreter das „Insihgeschäft“ gestattet ist oder sofern es ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Insoweit scheinen Anwendungsbereich und Ausnahmen des § 181 BGB klar.

**Strittig** ist, ob und auf welche Fälle § 181 BGB darüber hinaus Anwendung finden soll.

Die Lösung dieser Streitfrage kann nur vom Normzweck des § 181 BGB her erfolgen. Dieser ist ein zweifacher: Einmal handelt es sich um eine formale Ordnungsvorschrift, die jede Personenidentität bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts vermeiden will, zum anderen dient § 181 BGB der Vermeidung

von Interessenkollisionen, die typischerweise – aber nicht zwangsläufig – mit der Personenidentität einhergehen.

Problematisch (und strittig) sind die Fälle, in denen eine **Personenidentität** vorliegt, ohne dass es zu einer Interessenkollision kommt, oder umgekehrt zwar eine Interessenkollision auftritt, ohne dass aber Personenidentität vorliegt.

Zunächst zu der Konstellation der **Personenidentität ohne Interessenkollision**: Da § 181 BGB die Interessenkollision nicht zum Tatbestandsmerkmal gemacht hat, unterfielen diese Fälle bei wörtlicher Auslegung der Vorschrift. Das Bedürfnis nach einer teleologischen Reduktion der Norm wird aber deutlich, wenn man die Schenkung der Eltern an ihr sechsjähriges Kind betrachtet: Dieses Rechtsgeschäft fiel unter die Fallgruppe „Selbstkontrahieren“ und damit unter § 181 BGB. Um dies zu vermeiden, wendet man § 181 BGB nicht an, wenn das Geschäft nicht zum Nachteil des Vertretenen ausfallen kann. Dabei darf die Unbedenklichkeit bzw. das Fehlen eines Interessenkonflikts aber nicht für den jeweiligen Einzelfall beurteilt werden; vielmehr gebietet die Rechtssicherheit, dass ein Rechtsgeschäft nur dann nicht unter § 181 BGB fällt, wenn es bei abstrakter Betrachtung zu keinem Nachteil für den Vertretenen führen kann. Das ist dann der Fall, wenn das Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, was mit der Wertung in § 107 BGB übereinstimmt.

In der umgekehrten Konstellation – **Interessenkonflikt ohne Personenidentität** – stellt sich die Frage, ob § 181 BGB auch auf diese Fälle anwendbar ist, obwohl der Anwendungsbereich der Vorschrift nach ihrem Wortlaut nicht eröffnet ist. Das ist aber abzulehnen: Interessenkonflikte können in vielfältigen Situationen und sehr versteckt auftreten. Wollte man hier jeweils § 181 BGB anwenden, so führte dies zu einer nicht zu vertretenden Rechtsunsicherheit.

*ii. Ganzheitliche Betrachtungsweise oder teleologische Reduktion des § 181 BGB*

Im Zusammenhang mit dem Minderjährigenrecht und dem Recht der Eltern, ihre Kinder zu vertreten, kann es bei Geschenken der Eltern an ihre Kinder zu Problemen kommen. Betrachten wir zunächst den Normalfall der Geschenke der Eltern an die Kinder unter dem Weihnachtsbaum. Hier gibt es regelmäßig keine formwirksamen Schenkungsversprechen, da niemand vor Weihnachten mit seinen Kindern zum Notar zu gehen pflegt. Da könnte es ja auch zu Verwechslungen des Notars mit dem Weihnachtsmann kommen. Die Wirksamkeit der Rechtsübertragung (und der Schenkung) hängen allein von der Eigentumsübertragung ab.

Gegenüber den Kindern, die schon sieben Jahre alt sind, bereitet die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen kein Problem. Diese Kinder können die erforderliche Einigungserklärung allein abgeben, weil der Erwerb des Eigentums ihnen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt und deshalb nach § 107 BGB ohne Einwilligung der Eltern möglich ist. Die noch nicht sieben Jahre alten Kinder aber sind geschäftsunfähig und können gar keine wirksame rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben. Sie müssen vertreten werden. Ihre gesetzlichen Vertreter sind die Eltern, die nun auf beiden Seiten der Einigungserklärung auftreten müssen und daran unter Umständen durch § 181 BGB gehindert sind. Wären sie wirklich gehindert, bliebe für die Weihnachtsgeschenke an die Kleinsten nur der Weg zum Gericht und zur Bestellung eines Pflegers nach § 1909 BGB. Das ergibt wenig Sinn. Man muss § 181 BGB in seinem Anwendungsbereich einschränken. Den Kindern drohen ja aus Rechtsgeschäften, die ihnen lediglich rechtliche Vorteile bringen, keinerlei Gefahren. Die gesetzlichen Vertreter können auch in keinen Interessenkonflikt kommen, dessen Vermeidung das Ziel des § 181 BGB ist. Dieser findet im Wege der teleologischen Reduktion keine Anwendung auf Rechtsgeschäfte, die dem Vertretenen lediglich rechtliche Vorteile bringen.

Ein wenig anders verläuft die Argumentation, wenn die Eigentumsübertragung rechtliche Nachteile mit sich bringt. Das ist etwa bei Grundstücken der Fall, auf denen sich Wohnungen befinden, die der Eigentümer vermietet hat (siehe § 566 BGB). Hier können schon Kinder, die sieben Jahre und älter sind, die Einigungserklärung (Auflassung) nicht mehr allein (ohne Beteiligung der gesetzlichen Vertreter) wirksam abgeben. Und die Eltern als gesetzliche Vertreter sehen sich wieder dem Verbot des Inlichgeschäfts aus § 181 BGB ausgesetzt. Dieses Verbot kann nicht mit der Erwägung überwunden werden, dass es wegen der rechtlichen Vorteile keinen Interessenkonflikt gäbe. Der Eintritt in die Mietverhältnisse bringt rechtliche Nachteile für die Kinder mit sich. Die Bestellung eines Pflegers zur Erklärung der Auflassung für die Kinder erscheint unausweichlich, wenn nicht die in § 181 BGB angeordnete Ausnahme den Beteiligten zuhilfe kommt. Ist die Eigentumsübertragung nicht die bloße Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Schenkungsvertrag? Anders als bei den üblichen Weihnachtsgeschenken geht man für Grundstücksüberlassungsverträge zum Notar. Es liegt mithin ein formwirksames Schenkungsversprechen vor, das dem Minderjährigen nur Vorteile und keine Nachteile bringt. Die Nachteile resultieren erst aus der Eigentumsübertragung. Doch hat der Bundesgerichtshof diesem trickreichen Vorgehen den Erfolg mit einer Gesamtbetrachtung versagt (BGHZ 78, 28, 33 ff.). Dafür wurde er gescholten, denn die Gesamtbetrachtung verletzt den Trennungsgrundsatz. Doch will auch die Literatur den aufgezeigten Weg der Übertragung ohne Beteiligung eines Pflegers nicht gehen. Sie greift abermals zur

teleologischen Reduktion, jetzt nicht des Verbots des Insichgeschäfts, sondern der gesetzlichen Ausnahme vom Verbot des Insichgeschäfts (Nachweise in BGHZ 161, 170, 174).

*e. Beschränkungen der Vertretungsmacht*

In weiteren Vorschriften ist die Vertretungsmacht für bestimmte **Fälle** ausgeschlossen oder beschränkt: § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB iVm § 1795 BGB nimmt den Eltern die Vertretungsmacht für bestimmte Rechtsgeschäfte, § 1643 Abs. 1 BGB iVm §§ 1821, 1822 BGB beschränkt die Vertretungsmacht der Eltern insofern, als sie für bestimmte Rechtsgeschäfte der Genehmigung des Familiengerichts bedürfen.

Ein letzter Grund für das Fehlen der Vertretungsmacht kann schließlich der **Missbrauch der Vertretungsmacht** sein.

Ein Missbrauch der Vertretungsmacht liegt an sich immer dann vor, wenn der Vertreter seinen Beschränkungen im Innenverhältnis zuwider Rechtsgeschäfte im Außenverhältnis vornimmt. Diese Tatsache lässt jedoch aufgrund des Abstraktionsprinzips zwischen Grundgeschäft und Vollmacht die Vertretungsmacht grundsätzlich unberührt, so dass dieses Risiko grundsätzlich der Vertretene trägt. Diese Fälle werden aber – obwohl es sich um Missbrauchsfälle handelt – gemeinhin nicht als solche bezeichnet.

In der juristischen Terminologie werden unter „Missbrauch der Vertretungsmacht“ **zwei Fallgruppen** gefasst, die eine Bindung des Vertretenen ausschließen:

Arbeiten der Vertreter und der Geschäftspartner bewusst zum Zwecke der Schädigung des Vertretenen zusammen (**Kollusion**), so wird der Vertretene nicht gebunden, da das Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB (Verstoß gegen die guten Sitten) unwirksam ist.

Ist der Dritte nicht schutzwürdig, weil der Vertreter in verdächtiger Weise von seiner Vertretungsmacht Gebrauch gemacht hat und musste sich dies dem Geschäftspartner aufdrängen, d.h. war der **Missbrauch evident**, so ist das Rechtsgeschäft zwar nicht nichtig, der Vertretene wird aber nicht gebunden, da in einem solchen Fall des evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht die Vertretungsmacht verneint wird, der Vertreter also als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte.

Vereinzelt wird ein solcher evidenter Missbrauch erst dann bejaht, wenn der Geschäftspartner positive Kenntnis vom Missbrauch hatte. Dagegen spricht aber, dass sich diese positive Kenntnis kaum beweisen lässt.

Andere wollen evidenten Missbrauch schon dann annehmen, wenn die Unkenntnis des Geschäftspartners vom Missbrauch auf einfacher Fahrlässigkeit beruht. Das würde aber zu übergroßer Rechtsunsicherheit führen und auch das Abstraktionsprinzip aus den Angeln heben.

Deswegen liegt evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht immer dann vor, wenn sich dem Geschäftspartner der Missbrauch gewissermaßen aufdrängen musste, also bei grober Fahrlässigkeit des Geschäftspartners. Der Vertreter selbst muss sich des Missbrauchs nicht bewusst sein.

Liegt ein solcher Fall vor, so handelt der Vertreter als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

### *f. Rechtsfolgen*

Die Rechtsfolgen des Handelns des **Vertreters ohne Vertretungsmacht** (*falsus procurator*) sind in den §§ 177 ff. BGB geregelt.

### *i. Rechtsverhältnis Vertretener – Dritter*

Das rechtsgeschäftliche Handeln des **falsus procurator** wirkt nicht für und gegen den Vertretenen; der Vertretene wird also durch das Handeln des Vertreters zunächst nicht vertraglich gebunden.

Im Übrigen ist zwischen Verträgen (§§ 177, 178 BGB) und einseitigen Rechtsgeschäften (§ 180 BGB) zu unterscheiden:

Verträge, die der *falsus procurator* abgeschlossen hat, sind zunächst schwebend unwirksam. Der Vertretene hat das Recht, den Vertrag zu genehmigen (§ 177 Abs. 1 BGB). Genehmigt er, so wird der Vertretene aus dem Vertrag genauso berechtigt und verpflichtet, wie wenn der Vertreter von vornherein Vertretungsmacht gehabt hätte; genehmigt er nicht, ist der Vertrag endgültig unwirksam.

Für die Genehmigung gelten die §§ 182, 184 BGB: Sie kann dem Vertreter oder dem Vertragspartner gegenüber erklärt werden, sie ist grundsätzlich formfrei (§ 182 Abs. 2 BGB), und sie wirkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.

Die Vorgehensweise zur Beendigung des Zustands der schwebenden Unwirksamkeit ist in den §§ 177 Abs. 2, 178 BGB normiert, die den §§ 108 ff. BGB entsprechen.

Für einseitige Rechtsgeschäfte gilt § 180 BGB, der teilweise § 111 BGB entspricht.

Nach § 180 S. 1 BGB ist ein vom falsus procurator vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft unzulässig: Es ist also nicht schwebend unwirksam, sondern nichtig. Demzufolge kann es vom Vertretenen auch nicht genehmigt, sondern allenfalls neu vorgenommen werden.

Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen des § 180 S. 2, 3: Danach ist das einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam („finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung“) und der Vertretene kann genehmigen.

### *ii. Rechtsverhältnis falsus procurator – Dritter*

Wurde das Rechtsgeschäft vom Vertretenen genehmigt, so entstehen vertragliche Beziehungen ausschließlich zwischen dem Vertretenen und dem Dritten und die Rechtslage stellt sich so dar, wie sie sich bei von vornherein wirksamer Vertretungsmacht darstellen würde, d.h. der Vertreter ist am Rechtsgeschäft nicht beteiligt.

Bleibt die Genehmigung aus und ist das Rechtsgeschäft somit endgültig unwirksam, so muss der Dritte, der auf die Gültigkeit des Geschäfts vertraute, geschützt werden. Diesen Schutz gewährleisten die in § 179 BGB geregelten Ansprüche gegen den falsus procurator. Dabei wird nach der Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des falsus procurator sowie nach dem Schutzbedürfnis des Dritten unterschieden.

Nach § 179 Abs. 1 BGB haftet der falsus procurator, der den Mangel seiner Vertretungsmacht gekannt hat (*argumentum e contrario* aus § 179 Abs. 2 BGB), dem Dritten nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz.

Der Erfüllungsanspruch kommt nur dann in Betracht, wenn der falsus procurator persönlich überhaupt erfüllen kann. Das ist insbesondere bei Geldschulden der Fall, z.B. wenn er als Käufer aufgetreten ist. Wählt der Dritte dann Erfüllung, dann kommt zwar zwischen falsus procurator und Drittem kein Vertrag zustande, es entsteht aber zwischen ihnen kraft Gesetzes ein Schuldverhältnis mit dem Inhalt des Erfüllungsanspruchs. Inhalt dieses Schuldverhältnis sind auf Seiten des falsus

procurator weitgehend die Rechte einer Vertragspartei, wie etwa die §§ 275 ff und 320 ff. BGB und beim Kauf die §§ 437 ff. BGB.

Wählt der Dritte Schadensersatz, so schuldet der falsus procurator Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also das positive Interesse.

Nach § 179 Abs. 2 BGB haftet der falsus procurator, der den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt hat, auf den Ersatz des Vertrauensschadens. Dieses negative Interesse ist – wie auch in § 122 BGB – durch das positive Interesse in der Höhe begrenzt.

Schließlich sind die Ansprüche des Dritten aus § 179 Abs. 1 und 2 BGB ausgeschlossen, wenn sein Vertrauen auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts keinen Schutz verdient: Nach § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB ist das der Fall, wenn der Dritte das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Bezüglich des „Kennenmüssen“ ist aber zu beachten, dass die Verantwortung für die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht grundsätzlich bei diesem liegt. Den Dritten trifft keine Nachforschungspflicht, so dass sich „Kennenmüssen“ hier – ähnlich wie beim Missbrauch der Vertretungsmacht – nur auf evidente Mängel beziehen kann.

Nach § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB geht der Schutz des beschränkt geschäftsfähigen falsus procurator dem des Dritten vor: Der Vertreter ohne Vertretungsmacht, der in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, haftet nicht, es sei denn, er handelte mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

### *g. Beweislast*

#### *i. §§ 164 ff. BGB*

Ist strittig, ob es sich um ein Rechtsgeschäft in eigenem oder fremdem Namen (Offenkundigkeitsgrundsatz) handelt, so ist **derjenige beweispflichtig, der ein Handeln in fremdem Namen (Vertretungsgeschäft) behauptet**. Das bedeutet für den Verhandelnden, der als Vertragspartner in Anspruch genommen wird, dass er beweisen muss, dass er entweder ausdrücklich im Namen des Vertretenen aufgetreten ist oder dass sein Vertreterwille aus den Umständen erkennbar war.

Beim unternehmensbezogenen Geschäft besteht jedoch eine tatsächliche Vermutung, dass der Handelnde für das Unternehmen aufgetreten ist. Allerdings muss der Handelnde darlegen und im Streitfall beweisen, dass es sich überhaupt um ein unternehmensbezogenes Geschäft gehandelt hat.

Ist strittig, ob Vertretungsmacht bestand oder nicht, so trägt die Beweislast derjenige, der sich auf ein gültiges Vertretergeschäft beruft.

Bei Klagen gegen den Vertretenen ist das der Dritte, bei Klagen aus § 179 BGB ist das der Vertreter.

*ii. § 179 BGB*

Die Verteilung der Beweislast im Rahmen des § 179 BGB ergibt sich aus der Formulierung der Vorschrift.

Angenommen der Dritte klagt gegen den Vertreter auf Erfüllung oder Schadensersatz. Dann trägt der Dritte die Darlegungs- und Beweislast für das Handeln des Vertreters in fremdem Namen, für den Vertragsschluss und für die Verweigerung der Genehmigung.

Der Vertreter erreicht die Abweisung der Klage, wenn er darlegen und beweisen kann:

- dass er bevollmächtigt war  
( § 179 Abs. 1 BGB: „sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist“).

ODER

- dass er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat (§ 179 Abs. 2 BGB).

Dann ist zwar der Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen, es bleibt aber der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens.

ODER

- dass der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste  
(§ 179 Abs. 3 Satz 1 BGB: „Der Vertreter haftet nicht ...“).

ODER

- dass er beschränkt geschäftsfähig war  
( § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB: „Der Vertreter haftet auch nicht ...“).

### 3. Blanketterklärungen

Blanketterklärungen sind dadurch gekennzeichnet, dass jemand einem anderen ein schon unterschriebenes, aber noch nicht vollständig ausgefülltes Schriftstück überlässt und den anderen ermächtigt, das Schriftstück bei Bedarf auszufüllen.

Das bürgerliche Gesetzbuch kennt keine eigenständige Regelung für Blanketterklärungen, die sich als ein **Zwitter zwischen Eigenerklärungen** (das ist ihr äußerliches Bild) **und Erklärungen eines Stellvertreters** (des zur Ausfüllung Ermächtigten) präsentieren. Lösungen müssen deshalb in den allgemeinen Lehren der Rechtsgeschäftslehre gefunden werden. Dafür kommen, jedenfalls für die offene Blankettsituation, das Recht der Stellvertretung und, falls die vollständige Erklärung nicht so ausfällt, wie der Ermächtigende sich das vorgestellt hatte, die Irrtumsanfechtung in Betracht.

Es mag vielfältige Situationen geben, in denen man mit Blanketten arbeitet. Wir wollen das am **Beispiel einer Blankobürgerschaft** zeigen. Blankobürgerschaften sind dadurch gekennzeichnet, dass der Bürge eine Bürgschaftserklärung unterzeichnet, aus der sich zwar ergibt, dass er sich verbürgen möchte, die aber wenigstens eines der für eine Bürgschaftserklärung wesentlichen Merkmale nicht enthält: die Bezeichnung des Gläubigers, des Schuldners oder der Forderung. Seinen Grund mag das Fehlen wenigstens einer dieser Angaben darin finden, dass der Bürge die für die Angaben erforderlichen Kenntnisse (noch) nicht hat. Der Sohn studiert in einer anderen Stadt, wird für die Wohnungsmiete eine Bürgschaft beibringen müssen und kennt bei der Abreise naturgemäß weder den Vermieter noch die Höhe des Mietzinses. Hier bietet es sich an, den Sohn mit einem Blankoformular auszustatten und ihn zu ermächtigen, die für die Bürgschaft erforderlichen Eintragungen dann vorzunehmen, wenn Vermieter und Mietforderung bekannt sind. Wählen die Eltern diesen Weg, so stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit der so erteilten Bürgschaft, wenn der Vermieter die vervollständigte Bürgenerklärung in Händen hält. Dabei sind verschiedene Fallkonstellationen denkbar. Als Unterscheidungsmerkmale kommen in Betracht: die offene und die verdeckte Blankettlage sowie die berechtigte und die missbräuchliche Ausfüllung des Blanketts.

Die **offene Blankettlage** ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger als Empfänger der Bürgenerklärung erkennt (dass für einen objektiven mit den Verhältnissen vertrauten Dritten in der Position des Empfängers deutlich ist), dass die Bürgenerklärung nicht in Gänze vom Bürgen stammt, sondern durch einen Dritten vervollständigt worden ist. In der verdeckten Blankettlage stellt sich die Bürgenerklärung als in Gänze vom Bürgen stammend dar. Die missbräuchliche

Ausfüllung ist eine Ausfüllung, die die Grenzen der Ermächtigung überschreitet, während die berechnigte Ausfüllung sich in den Grenzen der Ermächtigung bewegt.

*a. Offene Blankettlage und berechnigte Ausfüllung*

**Beispiel:** Der studierende Sohn hat die Wohnung gefunden, die Miete hält sich im Rahmen dessen, was die Eltern zu zahlen bereit sind. Der Sohn füllt die von den Eltern unterschriebene Blanketterklärung im Beisein des Vermieters aus.

Dies scheint nach dem Gesetz der einfachste Fall zu sein. Die Ausfüllungsermächtigung ist nach den Regeln des Stellvertretungsrechts zu beurteilen. Die Erklärung wirkt nach § 164 Abs. 1 BGB insgesamt für und gegen die Eltern, weil der Sohn die Ergänzung der Erklärung im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung vorgenommen hat. Ob die Ermächtigung ihrerseits mündlich oder schriftlich erteilt worden ist, scheint mit Blick auf die Regelung des § 167 Abs. 2 BGB ohne Bedeutung. So sah es denn auch die höchstrichterliche Rechtsprechung bis zum 29. Februar 1996. Dann aber kam der BGH (Entscheidung des BGH vom 29.2.1996) und stellte das bis dahin geltende Recht auf den Kopf. Gegen den Text des § 167 Abs. 2 BGB legte er fest: „Eine formbedürftige Bürgschaft kann nicht in der Weise wirksam erteilt werden, dass der Bürge eine Blankounterschrift leistet und einen anderen mündlich ermächtigt, die Urkunde zu ergänzen.“ Im Ergebnis bedeutet dies, dass mangels formwirksamer Ermächtigung die Ausfüllung des Blanketts nicht zu einer die Eltern bindenden Bürgschaft geführt hat. Genauer: Die Bürgschaft ist nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam und kann mit der Genehmigung durch den Bürgen Wirksamkeit erlangen.

*b. Verdeckte Blankettlage und berechnigte Ausfüllung*

**Beispiel:** Der studierende Sohn hat die Wohnung gefunden, die Miete hält sich im Rahmen dessen, was die Eltern zu zahlen bereit sind. Der Sohn füllt die von den Eltern unterschriebene Blanketterklärung im stillen Kämmerlein aus und präsentiert sie dem Vermieter als die gewünschte Bürgschaft seiner Eltern.

Der eben zitierte Leitsatz ist so formuliert, dass er nicht zwischen offenen und verdeckten Blankettlagen unterscheidet. Damit dürfte sich am Ergebnis eigentlich nichts ändern. Es erscheint indessen nicht richtig, auch dem das Risiko der formunwirksamen Ermächtigung aufzubürden, der die Ermächtigungslage gar nicht erkennen kann, dem vielmehr eine vollständige Bürgschaftserklärung vorgelegt wird, die er als von den Eltern stammend ansehen muss. So sieht es denn auch der BGH (Entscheidung des BGH vom 29.2.1996), wenn er in einem weiteren Leitsatz festlegt: „Gibt der Bürge eine Blankounterschrift ohne formgerechte

Vollmacht oder Ermächtigung aus der Hand, haftet er gegenüber dem Gläubiger, der eine vollständige Urkunde erhält und ihr nicht ansehen kann, dass sie durch einen anderen ergänzt wurde.“

*c. Offene Blankettlage und missbräuchliche Ausfüllung*

**Beispiel:** Der studierende Sohn hat die Wohnung gefunden, die Miete hält sich nicht im Rahmen dessen, was die Eltern zu zahlen bereit sind. Der Sohn füllt die von den Eltern unterschriebene Blanketterklärung im Beisein des Vermieters aus.

Es erscheint überaus fraglich, ob es in dieser Situation nach der Umkehr des BGH in der Beurteilung der Formbedürftigkeit der Ermächtigung noch rechtliche Probleme geben kann. Wenn die Formbedürftigkeit der Ermächtigung die dem § 766 BGB zugeschriebene Warnfunktion erfüllen soll, so muss nun die Ermächtigung die Informationen enthalten, die sonst die Bürgschaft enthält. Es müsste sich die Grenze, bis zu der die Eltern zu bürgen bereit sind, aus der schriftlichen Ermächtigung ergeben. Dann aber wird der Missbrauch offenbar, und die unter Überschreitung der Ermächtigung ausgefüllte Bürgenerklärung entfaltet in Anlehnung an § 173 BGB keine Bindungswirkungen. Wenn indessen eine schriftliche Ermächtigung auch ohne Angabe einer solchen Grenze wirksam sein sollte oder aber wie bei Kaufleuten auf die Form der Ermächtigung verzichtet werden kann, dann stellt sich die Frage nach der Bindung des Bürgen an eine missbräuchlich ausgefüllte Bürgenerklärung. Die Antwort liegt auf der Hand. Das Blankett steht der Vollmachtsurkunde in § 172 BGB gleich. Die missbräuchliche Nutzung der Vollmacht führt zur Bindung des Vertretenen, soweit der Vertragspartner den Missbrauch nicht erkennen kann. Es kommt auch keine Anfechtung der Bürgschaftserklärung wegen eines Irrtums des Bürgen über den Umfang der von ihm eingegangenen Bürgenverpflichtung in Betracht. Dies ergibt sich aus § 166 Abs. 1 BGB, der beim Vertretergeschäft auf die Kenntnis des Vertreters und nicht des Vertretenen abstellt. Der missbräuchlich handelnde Vertreter aber hat sich nicht geirrt.

*d. Verdeckte Blankettlage und missbräuchliche Ausfüllung*

**Beispiel:** Der studierende Sohn hat die Wohnung gefunden, die Miete hält sich nicht im Rahmen dessen, was die Eltern zu zahlen bereit sind. Der Sohn füllt die von den Eltern unterschriebene Blanketterklärung im stillen Kämmerlein aus und präsentiert sie dem Vermieter als die gewünschte Bürgschaft seiner Eltern.

Die Rechtsprechung will auch in diesem Fall denjenigen, der ein Blankett aus der Hand gibt, an die missbräuchliche Ausfüllung des Blanketts binden und ihm die Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums verwehren. Zwar stand eine solche

Situation gar nicht zur Entscheidung durch den BGH an. Doch ist der Leitsatz: „Gibt der Bürge eine Blankounterschrift ohne formgerechte Vollmacht oder Ermächtigung aus der Hand, haftet er gegenüber dem Gläubiger, der eine vollständige Urkunde erhält und ihr nicht ansehen kann, dass sie durch einen anderen ergänzt wurde“, so weit formuliert, dass er auch diesen Fall umfasst. Überdies kann sich der BGH insoweit auf eine (seit BGHZ 40, 65, 68) ständige Rechtsprechung berufen. Auch folgt die Literatur dem BGH in dieser Hinsicht weitgehend (vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 33 III, Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 48 Rdnrn. 36 bis 40 sowie Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 65; anders etwa Pawlowski, JZ 1997, 309, 311 f.). Damit aber schießt man über das Ziel hinaus. Dem Vertragspartner, der die Blankettsituation gar nicht erkennt, müssen auch die Wohltaten des Vertretungsrechts nicht zugute kommen. Wer den Bürgen anfechten lässt, dem seine Schreibkraft die diktierete Bürgschaftserklärung verfälscht, der muss, um Gleiches gleich zu behandeln, auch den Bürgen anfechten lassen, dem der verdeckt agierende Ermächtigte eine Erklärung nicht gewollten Inhalts unterschiebt. Vertrauensschadensersatz nach § 122 BGB ist das Einzige, was man in diesen Fällen von dem Bürgen zu erwarten hat.

---

## *II. Vertraglicher Drittbezug*

Durch einen **Vertragsschluss** werden grundsätzlich **nur die Beteiligten** – also die Vertragspartner - **berechtigt und verpflichtet**. Schuldner und Gläubiger der vertraglichen Pflichten sind somit regelmäßig nur die Vertragsparteien selbst und nicht sonstige am Vertragsschluss unbeteiligte Dritte.

Dieser Grundsatz folgt aus dem schon erörterten Prinzip der Privatautonomie. Dieses Prinzip fordert, dass der Einzelne seine privaten Rechtsverhältnisse selbstbestimmt gestalten kann. Da Verträge, welche Dritte ohne deren Mitwirkung berechtigen oder verpflichten sollen, zur Fremd- und eben nicht zur Selbstbestimmung führen würden, stehen sie im Widerspruch zur Privatautonomie und sind mit dieser nicht ohne weiteres vereinbar.

Einen gesetzlichen Anklang findet der Grundsatz, dass Verträge grundsätzlich nur die Vertragspartner und nicht etwa Dritte berechtigen und verpflichten, in § 311 Abs. 1 BGB, der bestimmt, dass zur Begründung eines nicht auf Gesetz

beruhenden Schuldverhältnisses ein Vertrag „zwischen den Beteiligten“ erforderlich ist.

Wie jeder Grundsatz hat jedoch auch der genannte Grundsatz einige **Ausnahmen**, die unten erläutert werden. Bevor jedoch im Einzelnen darauf eingegangen wird, wann ein vertraglicher Drittbezug ausnahmsweise möglich ist, muss zunächst der Begriff des Dritten eindeutig geklärt werden. **„Dritter“ im Sinne dieser Fragestellung ist jede Person, die nicht Vertragspartner ist.**

Kein vertraglicher Drittbezug liegt demgemäß bei der schon erläuterten Stellvertretung vor. Hier wird zwar nicht der beim Vertragsschluss Handelnde (der Vertreter), sondern ein anderer (der Vertretene) berechtigt und verpflichtet. Der Vertretene ist jedoch im Hinblick auf den Vertrag nicht „Dritter“, denn er ist selbst Vertragspartei.

Im Einzelfall kann die **Abgrenzung zwischen Stellvertretung und vertraglichem Drittbezug** allerdings problematisch sein.

**Beispiel:** Die Eltern rufen für ihr krankes Kind einen Arzt. Hier kann sowohl Stellvertretung wie auch ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegen. Wenn die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes (§ 1629 I 1 BGB) handeln, kommt ein Arztvertrag zwischen dem Kind und dem Arzt zustande. Es ist aber auch denkbar, dass die Eltern selbst Vertragspartner des Arztes werden und mit diesem vereinbaren, dass dieser seine Leistung an das Kind als Dritten erbringt (Vertrag zugunsten Dritter). Die Entscheidung, welche Konstellation im Einzelfall vorliegt, hängt maßgeblich davon ab, ob die Eltern die Absicht, in fremdem Namen handeln zu wollen, deutlich machen. Im Zweifel ist eher vom Handeln im eigenen Namen und damit vom Vertrag zugunsten Dritter auszugehen. Für eine solche Zweifelsregelung spricht insbesondere die Interessenlage des Vertragspartners, denn dieser erhält so einen Anspruch gegen die regelmäßig leistungsfähigeren Eltern, die die Arztbehandlung wiederum dem Kind als Unterhalt schulden, §§ 1601, 1603 Abs. 2 BGB.

### 1. Drittbelastungen

**Verträge zu Lasten Dritter sind mit der Privatautonomie grundsätzlich nicht vereinbar** und im BGB folgerichtig auch nicht vorgesehen. Vertragliche Drittbelastungen ohne Mitwirkung des Dritten sind somit regelmäßig nicht möglich.

Insbesondere ist es nicht möglich, Dritte ohne ihre Mitwirkung zu einer Leistung zu verpflichten. Zwar kann jedermann die Leistung eines Dritten auch ohne dessen

Mitwirkung versprechen. Dieses Versprechen beeinflusst jedoch unmittelbar in keiner Weise die Rechtsstellung des Dritten. Der Versprechende kann allenfalls auf die Kooperation des Dritten bauen und hoffen, dass der Dritte auch ohne Verpflichtung leistet.

Wird ein solcher **Verpflichtungsvertrag zu Lasten Dritter** abgeschlossen, so hat der Dritte allerdings unter den Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 BGB die Möglichkeit, diesen Vertrag als vollmachtsloses Vertreterhandeln zu genehmigen und damit in die Schuldnerstellung einzurücken. Eine weitere Möglichkeit besteht in einer Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB. Beide Möglichkeiten führen jedoch dazu, dass der Dritte Vertragspartei wird. In diesen Fällen kann man also streng genommen nicht mehr von der Belastung eines „Dritten“ sprechen.

Auch **Verfügungsgeschäfte zu Lasten Dritter** sind grundsätzlich nicht möglich. Derartige Verfügungen Nichtberechtigter (Abtretungen fremder Forderungen, Übereignungen fremder Sachen) bedürfen in der Regel der Einwilligung bzw. Genehmigung des Berechtigten nach § 185 BGB (beachtenswert ist in diesem Zusammenhang der konstruktive Unterschied zwischen § 185 BGB und den §§ 164 Abs. 1, 177 Abs. 1 BGB: in den letztgenannten Fällen wird der Dritte selbst Partei des Geschäfts, bei § 185 BGB bleibt er außen vor).

Ausnahmen vom Grundsatz der Unmöglichkeit dritbelastender Verfügungen stellen die Gutgläubensvorschriften (etwa die §§ 891, 932 BGB) dar, die die Privatautonomie zugunsten der Verkehrssicherheit einschränken.

## 2. Drittbegünstigungen

Naturgemäß werden Vereinbarungen, von denen der Dritte unmittelbar profitiert, als weniger problematisch angesehen, als Vereinbarungen, die den Dritten belasten. Zwar führen auch Drittbegünstigungen zu einer Art Bevormundung des Dritten, aber diese Einmischung wirkt sich für den Dritten lediglich vorteilhaft aus und ist daher von der Rechtsordnung leichter zu akzeptieren. Ausnahmen vom Grundsatz, dass vertragliche Vereinbarungen lediglich für und gegen die Vertragsparteien wirken, sind dementsprechend bei Drittbegünstigungen leichter möglich.

An solchen Ausnahmen besteht auch ein erhebliches Interesse im Rechtsverkehr, wie das **Beispiel der Versicherungsverträge zur Absicherung Dritter** zeigt. Sehr häufig werden Angehörige durch Lebensversicherungsverträge für den Fall des Todes des Versicherungsnehmers finanziell abgesichert. Diesen Angehörigen soll ein eigener - unter der aufschiebenden Bedingung des Todes des

Versicherungnehmers stehender - Anspruch aus dem Versicherungsvertrag zustehen, obwohl sie in der Regel nicht dessen Vertragspartei sind. Wäre ein derartiger Vertrag zugunsten Dritter nicht möglich, so wäre eine wichtige und traditionelle Möglichkeit der Absicherung Angehöriger verloren.

Hinsichtlich der möglichen Drittbegünstigungen sind im Wesentlichen die folgenden **zwei Fallgruppen** zu beachten:

- Drittbegünstigungen auf der Leistungsebene – hier soll die Leistung an einen Dritten erfolgen wie im eben genannten Versicherungsbeispiel. Rechtliches Instrument für derartige Konstellationen ist der Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB).
- Drittbegünstigungen auf der Schutzebene – hier stehen Dritte in einer engen Verbundenheit zu einer Vertragspartei und sind deshalb den Gefahren pflichtwidriger Vertragsdurchführung ebenso ausgesetzt wie die Vertragspartei selbst. In solchen Fällen wird Integritätseinbußen des Dritten durch die Konstruktion eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte entgegengewirkt. Eine gesetzliche Grundlage kann man heute in § 311 Abs. 3 BGB finden.

Neben diesen beiden Fallgruppen ist weiterhin noch die Möglichkeit, vertragliche Haftungsbeschränkungen zugunsten Dritter zu vereinbaren, von einiger praktischer Bedeutung.

#### *a. Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328 ff. BGB*

Ein Vertrag zugunsten Dritter liegt vor, wenn die Vertragsparteien vereinbaren, dass die Leistung vom Schuldner nicht an den Vertragspartner, sondern an einen Dritten erbracht werden soll.

**Beispiel:** Eine Tochter kauft für ihre Mutter, die im Krankenhaus liegt, Blumen und vereinbart mit dem Floristen, dass dieser die Blumen direkt an die Mutter liefern soll. Ein weiteres Beispiel bildet der schon erwähnte Lebensversicherungsvertrag zur finanziellen Absicherung von Angehörigen.

Die Beteiligten und ihre Rechtsverhältnisse im Überblick

Die üblichen Bezeichnungen für die Beteiligten ergeben sich schon aus dem BGB selbst:

- „**Versprechender**“ = derjenige, der die Leistung an den Dritten erbringen soll.
- „**Versprechensempfänger**“ = der Vertragspartner des Versprechendem, dem die Leistung von letzterem versprochen wird.

- „**Dritter**“ = der Leistungsempfänger.

Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten haben im BGB keine eigene Bezeichnung. Die folgenden Termini sind allerdings üblich:

- „**Deckungsverhältnis**“ = das Rechtsverhältnis zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger. Der Name ist damit zu erklären, dass die Leistung, die der Versprechende an den Dritten erbringt, im Verhältnis zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger seine „Deckung“ findet. Diese Deckung besteht meist in einem entgeltlichen Vertrag. So findet die Lieferung der Blumen an die Mutter im oben genannten Beispiel ihre Deckung in dem Kaufvertrag zwischen der Tochter und dem Blumenhändler.
- „**Valutaverhältnis**“ = das Rechtsverhältnis zwischen Versprechensempfänger und dem Dritten. Von manchen Autoren wird dieses Verhältnis auch „Zuwendungsverhältnis“ genannt, was sich aber aus sogleich zu erläuternden Gründen nicht anbietet.
- „**Zuwendungs-, Dritt- oder Vollzugsverhältnis**“ = das Verhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Dritten.

Bezüglich der Bezeichnung dieses Verhältnisses besteht leider keine völlige Übereinstimmung. Sinnvoll ist die Bezeichnung „Zuwendungsverhältnis“, da sich dieser Ausdruck für das vergleichbare Verhältnis bei Dreiecksverhältnissen im Bereicherungsrecht allgemein durchgesetzt hat. Leider verwenden viele Autoren aber gerade diese Bezeichnung im Rahmen des echten Vertrags zugunsten Dritter für das Valutaverhältnis. Wenn man auf der sicheren Seite sein möchte, kann man sich im vorliegenden Zusammenhang am besten mit dem Ausdruck „Drittverhältnis“ behelfen.

#### *i. Die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Vertrag zugunsten Dritter*

Man unterscheidet den echten und den unechten Vertrag zugunsten Dritter. Beim **echten Vertrag zugunsten Dritter** erwirbt der Dritte aus dem Vertrag einen eigenen Anspruch gegen den Schuldner (§ 328 Abs. 1 BGB).

Ein **Beispiel** hierfür bildet der schon genannte Lebensversicherungsvertrag zur finanziellen Absicherung Angehöriger, bei dem letztere einen aufschiebend bedingten Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft erhalten sollen.

Beim **unechten Vertrag zugunsten Dritter** ist der Versprechende zwar ebenfalls ermächtigt oder verpflichtet, an einen Dritten leisten, letzterer soll aber keinen eigenen Anspruch auf die Leistung haben. Der Versprechende wird gemäß § 362

Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB durch Leistung an den Dritten von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger befreit.

**Beispiel:** Die Kundin K kauft beim Fachhändler C einen neuen Laptop, den dieser aber gerade nicht vorrätig hat. Deshalb bestellt C bei seinem Großhändler G einen entsprechenden Computer. C und G vereinbaren, dass das Gerät direkt an K geliefert werden soll. In diesem Fall soll G den Leistungsgegenstand zwar an K übergeben, diese hat aber keinen eigenen Anspruch auf die Lieferung des Geräts. Lediglich C kann von G Lieferung an K verlangen.

Ob im Einzelfall ein echter oder ein unechter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Diese Auslegung hat gemäß § 328 Abs. 2 BGB die gesamten Umstände des Vertrages und dabei vor allem dessen Zweck zu berücksichtigen.

**Konkrete Auslegungsregeln** geben die §§ 329, 330 BGB. Nach § 329 BGB ist eine Erfüllungsübernahme im Zweifel ein unechter Vertrag zugunsten Dritter.

**Beispiel:** Der Onkel verspricht seinem Neffen, dessen Schulden zu begleichen. Hier will der Onkel in der Regel dem Neffen helfen, ohne aber zusätzlicher Schuldner der Bank werden zu wollen. Anders in den Fällen des § 330 BGB. Die in dieser Norm genannten Verträge, allen voran der praktisch sehr wichtige Lebensversicherungsvertrag, gewähren dem begünstigten Dritten im Zweifel einen eigenen Anspruch.

### *ii. Der echte Vertrag zugunsten Dritter*

Auch der echte Vertrag zugunsten Dritter ist kein eigener Vertragstyp wie etwa Kauf oder Miete. Vielmehr kann jeder typische und atypische Vertrag als Vertrag zugunsten Dritter geschlossen werden. Dementsprechend ist § 328 Abs. 1 BGB auch keine selbstständige Anspruchsnorm.

**Beispiel:** Kauft der Onkel für seinen Neffen ein Auto und vereinbart mit dem Händler, dass der Neffe selbst einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung haben soll, so ergibt sich der Anspruch des Neffen aus dem Kaufvertrag gemäß §§ 433 Abs. 1, 328 Abs. 1 BGB.

Gegenstand der Drittbegünstigung kann jede zulässige, selbstständig einklagbare Leistung sein.

Bedachter Dritter kann jeder Rechtsträger sein. Aus § 331 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass auch für einen nasciturus oder eine noch nicht gezeugte Person oder eine geplante juristische Person Rechte bedungen werden können. Die Person des

Dritten braucht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch noch nicht bestimmt zu sein. Es reicht vielmehr aus, wenn sie bestimmbar ist.

**Beispiel:** Hersteller und Einzelhändler vereinbaren eine Garantie zugunsten des noch nicht bestimmten Endabnehmers.

*b. Die einzelnen Rechtsbeziehungen beim echten Vertrag zu Gunsten Dritter*

*i. Das Deckungsverhältnis*

Das Deckungsverhältnis bestimmt die Rechtsnatur des Vertrages zugunsten Dritter und damit die Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Anspruch des Dritten.

Für die Form des Vertrags zugunsten Dritter gelten ausschließlich die **Regeln des Deckungsverhältnisses**, d.h. er ist grundsätzlich **formfrei**, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Dies gilt auch dann, wenn er geschlossen wird, um ein formbedürftiges Geschäft im Valutaverhältnis zu decken.

**Beispiel:** Der Onkel kauft das Auto im oben genannten Beispiel für seinen Neffen, weil zwischen ihm und dem Neffen ein Schenkungsversprechen existiert. Das Schenkungsversprechen ist dann zwar gemäß § 518 BGB formbedürftig. Dies ändert jedoch nichts an der Formfreiheit des Kaufvertrages zwischen dem Onkel und dem Kfz-Händler.

Das Deckungsverhältnis bestimmt sodann die **Rechtsstellung des Dritten** gegenüber dem Versprechenden. Aus ihm ergibt sich, ob der Dritte den Anspruch sofort, später oder nur unter bestimmten Voraussetzungen erwerben soll (vgl. §§ 328 Abs. 2, 331 Abs. 1 BGB). Auch die Frage, ob die Vertragsparteien dem Dritten die erlangte Rechtsposition wieder entziehen können, findet ihre Antwort im Deckungsverhältnis (§§ 328 Abs. 2, 332, 331 Abs. 2 BGB).

Wichtig ist in diesem Zusammenhang weiterhin § 334 BGB. Danach kann der Versprechende dem Dritten die **Einwendungen** aus dem Deckungsverhältnis entgegenhalten. Der Versprechende kann sich also gegenüber dem Anspruch des Dritten insbesondere auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen. Beispiel: Der Autohändler hat im oben genannten Fall den Kaufvertrag mit dem Onkel wegen eines Erklärungsirrtums angefochten. Gemäß § 142 Abs. 1 BGB ist der Kaufvertrag deshalb ex tunc nichtig. Diese Nichtigkeit kann der Händler gemäß § 334 BGB auch dem Neffen entgegen halten, wenn dieser zwei Tage später kommt, um den Wagen abzuholen.

Zu beachten ist bezüglich des § 334 BGB, dass mit „Einwendungen“ i.S.d. Norm **auch Einreden** (wie etwa die aus §§ 320, 273 BGB) gemeint sind. So kann beispielsweise der Vermieter V, der mit seiner Vertragspartnerin M einen Wohnungsmietvertrag zugunsten des Sohnes S der P geschlossen hat, dem Sohn, der sein Wohnrecht einfordert, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen halten, wenn die M die Miete nicht zahlt.

Dagegen soll nach **herrschender, wenn auch bestrittener Meinung** der Versprechende dem Dritten gegenüber nicht mit einer Forderung, die er gegen den Versprechensempfänger hat, aufrechnen können, da das keine „Einwendung aus dem Vertrag“ sei.

Nach dem Deckungsverhältnis bestimmt sich weiterhin, ob neben dem Dritten auch der Versprechensempfänger den Anspruch geltend machen kann. Gemäß § 335 BGB ist er hierzu im Zweifel berechtigt, allerdings mit der Einschränkung, dass er nur Leistung an den Dritten fordern kann.

### *ii. Das Valutaverhältnis*

Dieses Verhältnis bestimmt den **Rechtsgrund**, aufgrund dessen der Versprechensempfänger dem Dritten die Leistung durch den Versprechenden zuwendet.

Im Normalfall wird der Versprechensempfänger den Versprechenden zur Leistung veranlassen, weil er hierzu dem Dritten gegenüber verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung kann sowohl auf Vertrag (z.B. Kauf, Schenkung) wie auf Gesetz (z.B. Unterhaltsverpflichtungen) beruhen.

**Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis sind voneinander abstrakt.** Mängel im Valutaverhältnis wirken sich grundsätzlich nur auf den Versprechensempfänger und den Dritten aus. Den Versprechenden hingegen betreffen diese Mängel regelmäßig nicht. So kann beispielsweise der Autohändler, bei welchem der Onkel einen Kaufvertrag über ein Auto zugunsten seines Neffen abschließt, dem Neffen, der das Auto abholen kommt, nicht entgegenhalten, der Schenkungsvertrag zwischen ihm und seinem Onkel sei formnichtig. Nur der Onkel selbst könnte im Falle der Formnichtigkeit des Schenkungsversprechens eventuell den zugewendeten Anspruch vom Neffen nach Bereicherungsrecht herausverlangen. Doch auch er würde mit einem solchen Begehren keinen Erfolg haben. Denn aus dem Formerfordernis des § 518 Abs. 1 BGB ergeben sich keine Probleme, weil schon mit dem wirksamen Abschluss des Vertrages zugunsten Dritter der Dritte einen unmittelbaren Anspruch gegen den Versprechenden zugewendet erhält (§

328 Abs. 1 BGB). Bereits darin und nicht erst in der Erfüllung dieses Anspruchs durch den Versprechenden liegt der Schenkungsvollzug des Versprechensempfängers an den Dritten. Darum ist damit bereits der etwaige Formmangel eines vorher abgegebenen Schenkungsversprechens nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Wird das Schenkungsangebot aber erst mit oder nach Abschluss des Vertrages zugunsten Dritter abgegeben, so liegt eine formfrei eingeleitete Handschekung gemäß § 516 BGB vor (Sefrin in: jurisPK Zivilrecht, § 518 Rdnr. 25).

Hat der Dritte die Leistung vom Versprechenden schon erhalten, ohne dass im Valutaverhältnis eine entsprechende Verpflichtung zur Zuwendung des Anspruchs bestanden hatte, so kann der Versprechensempfänger das Geleistete vom Dritten nach Maßgabe der §§ 812 ff. BGB herausverlangen.

### *iii. Das Dritt- bzw. Vollzugsverhältnis*

Das Drittverhältnis wird **vom Deckungsverhältnis bestimmt**. Besonders zu beachten ist bzgl. des Drittverhältnisses allerdings § 333 BGB. Oben wurde erläutert, dass Drittbegünstigungen - und hier vorweg der Vertrag zugunsten Dritter - vom Gesetzgeber ermöglicht wurden, weil an ihnen ein erhebliches Interesse im Rechtsverkehr besteht, dem auch entsprochen werden kann, da der Dritte lediglich bevorteilt wird. Gleichwohl ist anzuerkennen, dass auch in der Drittbegünstigung eine unerwünschte Bevormundung stecken kann. Dies berücksichtigt § 333 BGB, der dem Dritten die Möglichkeit einräumt, das Recht aus dem Vertrag zurückzuweisen. Nimmt der Dritte diese Möglichkeit wahr, so gilt das Recht rückwirkend als nicht erworben.

### *c. Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter*

Besondere Probleme können sich beim echten Vertrag zugunsten Dritter hinsichtlich der Behandlung von Leistungsstörungen ergeben, da hierbei neben den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern auch der Dritte berücksichtigt werden muss.

Keine besonderen Schwierigkeiten ergeben sich allerdings hinsichtlich der **Leistungsstörungen, die vom Versprechensempfänger ausgehen**. Diese geben dem Versprechenden die allgemeinen Rechte etwa aus §§ 280 ff. BGB, die er sowohl dem Versprechensempfänger wie auch dem Dritten entgegenhalten kann.

Bei **Leistungsstörungen durch den Versprechenden** ist hingegen zu differenzieren.

Soweit der Versprechende wegen der Leistungsstörung zum Schadensersatz verpflichtet ist, können sowohl der geschädigte Dritte wie auch der Versprechensempfänger den Anspruch geltend machen (§ 335 BGB). Zu beachten ist dabei lediglich, dass der Versprechensempfänger nur Schadensersatzleistung an den Dritten verlangen kann.

Strittig ist die Frage, ob der Dritte auch solche Rechte ausüben kann, die sich auf den Vertrag als ganzen auswirken. Solche Rechte stellen etwa die Rücktrittsrechte nach §§ 323, 326 BGB dar. Die herrschende Meinung verneint diese Frage und begründet dies damit, dass der Dritte eben nicht Vertragspartner ist. Die in Frage stehenden Rechte kann also nur der Versprechensempfänger ausüben, wobei er hierfür nach die Zustimmung des Dritten benötigt, wenn dieser bereits eine nicht mehr entziehbare Forderung erworben hat.

Gehen die **Leistungsstörungen vom Dritten** aus, indem er etwa eine Abnahmepflicht verletzt oder die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet, so muss der Versprechensempfänger sich das Verhalten des Dritten anrechnen lassen. Der Versprechende kann die sich aus der Leistungsstörung ergebenden Befugnisse gegenüber dem Versprechensempfänger geltend machen.

### *d. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter war früher anders als der Vertrag zugunsten Dritter im BGB nicht geregelt. Er beruhte auf einer Rechtsfortbildung der Rechtsprechung. Der Grund für diese **Rechtsfortbildung** lässt sich am folgenden **Beispielfall** des Reichsgerichts (RGZ 87, 289) illustrieren:

Im Winter 1914 wurde in einem Kloster ein Arzt benötigt. Der Beklagte schloss mit dem Kloster einen Beförderungsvertrag, nach welchem er verpflichtet war, den klagenden Arzt gegen Entgelt zum Kloster zu befördern. Der Anspruch aus diesem Vertrag stand lediglich dem Kloster, nicht hingegen dem Arzt zu (=unechter Vertrag zugunsten Dritter). Auf der Fahrt wurde der Arzt dann durch ein Verschulden des Knechts des Beklagten verletzt. Der Beklagte konnte sich für diesen Knecht gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren. Daher kamen nur vertragliche Schadensersatzansprüche in Betracht. Solche hatte das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, der Beklagte habe vertragliche Bindungen nur gegenüber dem Kloster gehabt. Der klagende Arzt habe also keinen vertraglichen Leistungsanspruch und folgerichtig auch keinen vertraglichen Schutzanspruch gegen den Beklagten gehabt. Diesen Ausführungen ist das Reichsgericht mit der Argumentation entgegengetreten, dass die Ersatzpflicht des Beklagten nicht davon abhängen dürfte, ob der Kläger einen eigenen Anspruch auf Beförderung gehabt hat.

Der vorgestellte Fall zeigt deutlich, dass der Grundsatz, dass vertragliche Ersatzansprüche nur dem Vertragspartner selbst zustehen, insbesondere dann zu unbilligen Ergebnissen führen kann, wenn die Leistung von vornherein (auch) dritten Personen zugute kommen soll. Würde der genannte Grundsatz in diesen Fällen nicht durchbrochen, so wären die betroffenen Dritten allein auf deliktische Ansprüche verwiesen. Diese bieten dem Dritten jedoch oft nur unzureichenden Schutz (insbesondere im Hinblick auf § 831 Abs. 1 S. 2 BGB).

Hier hilft der heute auch durch den **Gesetzgeber** in § 311 Abs. 3 BGB anerkannte Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Bei diesem erhält der begünstigte Dritte zwar keinen Erfüllungsanspruch auf die vertragliche Leistung; er hat jedoch einen vertraglichen Schadensersatzanspruch, wenn der Schuldner bestimmte Sorgfalts- und Schutzpflichten verletzt.

*i. Die Voraussetzungen des Drittschutzes*

Der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte darf natürlich nicht einfach jedem Dritten gewährt werden, der durch mangelhafte Erfüllung vertraglicher Pflichten beeinträchtigt wird. Andernfalls würde die Grenze zwischen Vertrags- und Deliktshaftung völlig verwischt und der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zum Ersatz für eine deliktische Generalklausel. Das vertragliche Haftungsrisiko würde unkalkulierbare Ausmaße annehmen. Die **Ausweitung der vertraglichen Sorgfaltspflichten** über den Kreis der Vertragsparteien hinaus kommt dementsprechend **nur in engen Grenzen** in Betracht, die die Vertragsparteien natürlich aufgrund der Vertragsfreiheit durch Vereinbarung ausweiten können.

Für den **Regelfall**, in dem die Parteien nichts vereinbart haben, zieht die Rechtsprechung die notwendigen Grenzen, indem sie die Einbeziehung des Dritten an die folgenden **Voraussetzungen** knüpft:

Der **Dritte** muss typischerweise den Gefahren der Schlechtleistung ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger (=“**Leistungsnähe**“). Ein zufälliger Leistungskontakt genügt nicht. In Leistungsnähe des Mietvertrages befinden sich beispielsweise alle Personen, die ständig mit einem Mieter in dessen Wohnung zusammenwohnen, nicht hingegen der eigentlich woanders wohnende Besuch des Mieters. Im oben genannten Klosterfall konnte der Schaden überhaupt nur beim Arzt eintreten, weswegen bei ihm die Leistungsnähe ohne weiteres bejaht werden kann.

Der **Vertragsgläubiger muss ein eigenes, berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten haben**. Zunächst ist die Rechtsprechung von einem solchen Interesse nur

dann ausgegangen, wenn der Gläubiger für das „Wohl und Wehe“ des Dritten mitverantwortlich war, weil ihn diesem gegenüber eine Fürsorge- bzw. Obhutspflicht traf. Paradebeispiel für eine solche Verantwortlichkeit bildeten die Kinder, die in den Schutzbereich der durch ihre Eltern abgeschlossene Schuldverträge einbezogen waren. Heute wird das Interesse auch dann bejaht, wenn der Dritte mit der im Vertrag versprochenen Leistung bestimmungsgemäß in Kontakt kommen soll oder wenn sonstige Anhaltspunkte für einen auf den Schutz des Dritten gerichteten Parteiwillen bestehen. Diese Beurteilung nach der Drittbezogenheit der Leistung berücksichtigt besser, dass Sonderverbindungen auch im rein wirtschaftlichen Bereich für den Dritten einen besonderen sozialen Kontakt und eine besondere Schutzbedürftigkeit begründen können.

**Beispiel:** Schließt der Verkäufer mit einem Sachverständigen einen Vertrag über die Begutachtung des Kaufgegenstandes und soll dieses Gutachten Grundlage der Kaufentscheidung sein, so soll der Käufer bestimmungsgemäß mit dem Gutachten in Kontakt kommen und ist somit in den Schutzbereich einbezogen.

Die Leistungsnähe des Dritten und das berechnigte Gläubigerinteresse am Schutz des Dritten müssen für den Schuldner bei Vertragsschluss erkennbar sein, damit dieser seine Risiken abschätzen kann.

Der **Dritte muss schutzbedürftig** sein. An dieser Schutzbedürftigkeit fehlt es, wenn der Dritte durch eigene vertragliche Ansprüche bereits voll abgedeckt ist. Beispiel: Der Untermieter hat einen eigenen vertraglichen Anspruch gegen den Mieter, denn dieser ist wiederum sein Untervermieter, und muss dementsprechend nicht in den Schutzbereich des Mietvertrages zwischen Mieter und Hauptvermieter einbezogen werden (vgl. zu diesen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, insbesondere zur „Schutzbedürftigkeit“ den „Gasuhr - Fall“)

*ii. Rechtsfolge des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*

Der in den Schutzbereich des Vertrages einbezogene Dritte hat gegen den Schuldner einen eigenen Ersatzanspruch wegen der durch die schuldhaftes Pflichtverletzung entstandenen Schäden. Geschützt sind dabei alle Rechtsgüter des Dritten, die bei einer schuldhaften Verletzung drittbezogener Sorgfaltspflichten verletzt werden können.

*e. Vertraglicher Haftungsausschluss für Dritte*

Eine **begünstigende Drittwirkung** eines Vertrages kann auch **darin** bestehen, **dass die Parteien einen Haftungsausschluss oder eine Haftungsbeschränkung zugunsten Dritter vereinbaren**. Diese Möglichkeit ist allgemein anerkannt, wenn auch die dogmatische Rechtfertigung umstritten ist. Erhebliche praktische Bedeutung hat diese Möglichkeit für die persönliche Haftung von Erfüllungsgehilfen.

**Beispielfall:** In einem Bewachungsvertrag zwischen G und S wird die Haftung des S für bestimmte Schäden an den zu bewachenden Maschinen des G ausgeschlossen. Nachdem ein solcher Schaden entstanden ist, nimmt G den Wachmann W der S auf Schadensersatz aus Delikt in Anspruch. Im diesem Fall hat der BGH (NJW 1962, 388) einen vertraglichen Haftungsausschluss im Wege der ergänzender Vertragsauslegung angenommen, denn der Wortlaut der Freistellungsklausel umfasste zunächst nur die Parteien selbst. Der BGH hat hier aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers S gegenüber seinem Arbeitnehmer W die Verpflichtung des S zur Vereinbarung der Freistellung des W gezogen, und angenommen, dass der S mit der mit G vereinbarten Freistellungsklausel dieser Verpflichtung nachkommen wollte.

*f. Verfügungen zugunsten Dritter*

§ 328 Abs. 1 BGB regelt unmittelbar **nur** die Möglichkeit von **Verpflichtungsgeschäften zugunsten Dritter**. Fraglich und umstritten ist daher, ob analog dieser Norm auch Verfügungsgeschäfte zugunsten Dritter zulässig sind.

Diese Frage stellt sich insbesondere hinsichtlich des im Schuldrecht geregelten Verfügungsgeschäfts der Abtretung (§ 398 BGB) und hinsichtlich sachenrechtlicher Verfügungen wie z.B. Übereignungen gemäß §§ 873, 929 BGB.

*i. Abtretung zugunsten Dritter?*

Die überwiegende Meinung lässt Abtretungen mit unmittelbarer Wirkung zugunsten Dritter nicht zu. Begründet wird diese Auffassung damit, dass § 398 BGB ausdrücklich einen Vertrag zwischen Gläubiger und Erwerber voraussetzt. Weiterhin wird gegen die analoge Anwendung des § 328 BGB auf Abtretungen zugunsten Dritter vorgebracht, dass durch die Möglichkeit des Dritten nach § 333 BGB, die Abtretung rückwirkend wieder zu vernichten, eine unerträgliche Schwebelage herbeigeführt würde.

Diese überwiegende Meinung lässt aber folgende Gestaltungen zu, die zu einer der Abtretung vergleichbaren Wirkung führen: Entweder der Schuldner verpflichtet sich durch ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter, nunmehr mit befreiender Wirkung an den Dritten zu leisten, oder es wird zugunsten des Dritten eine neue Forderung gleichen Inhalts neu begründet und die alte Forderung gleichzeitig erlassen.

*ii. Sachenrechtliche Verfügungen zugunsten Dritter?*

Auch die Möglichkeit der dinglichen Einigung zugunsten Dritter wird von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur abgelehnt.

Begründet wird diese Ablehnung insbesondere damit, dass der zwingende und ausschließliche Charakter der Sachenrechte mit dem im Sachenrecht geltenden Typenzwang den unmittelbaren Rechtserwerb zugunsten eines Dritten ausschließen würde. Zudem könnten andernfalls zwingende erbrechtliche Regeln umgangen werden. Weiterhin würde das Zurückweisungsrecht des Dritten aus § 333 BGB der Rechtsklarheit und Bestimmtheit im Sachenrecht widersprechen, da es zu einer zeitlich nicht begrenzten Schwebelage führen würde.