

BGB Allgemeiner Teil

Bitter / Röder

5., neu bearbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-8006-6308-8
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

verwecheln ist. Der Minderjährige wird aufgrund einer Generaleinwilligung für bestimmte Geschäftsbereiche unbeschränkt geschäftsfähig. Die Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter ruht insoweit. Als gesetzliche Regelungen vorgesehen sind die §§ 112, 113 BGB.

1. Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§ 112 BGB)

Liegen eine „Ermächtigung“ von Seiten des gesetzlichen Vertreters und eine dies- 70
bezügliche Genehmigung durch das Familiengericht vor, so kann der Minderjährige selbstständig ein Erwerbsgeschäft betreiben. Unter einem Erwerbsgeschäft im Sinne des § 112 BGB ist jede erlaubte, selbstständige, berufsmäßig ausgeübte und auf Gewinn gerichtete Tätigkeit zu verstehen.⁶²³ Voraussetzung für die Genehmigung durch das Familiengericht ist, dass der Minderjährige die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse zur Führung eines selbstständigen Betriebs hat. Auch wenn die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen im Bereich seines Erwerbsgeschäfts grundsätzlich unbeschränkt ist, so kann seine Geschäftsfähigkeit durch § 112 I 2 BGB beschränkt sein. Danach sind solche Rechtsgeschäfte ausgenommen, die auch der gesetzliche Vertreter nicht ohne Genehmigung des Familiengerichts vornehmen dürfte. Die „Generaleinwilligung“ soll nicht weiterreichen als die Befugnisse des gesetzlichen Vertreters.

2. Dienst- oder Arbeitsverhältnis (§ 113 BGB)

Bei der Ermächtigung nach § 113 I BGB handelt es sich ebenfalls um eine Einwil- 71
ligung, die den Minderjährigen für einen bestimmten Bereich unbeschränkt geschäftsfähig macht. Der Minderjährige kann, wenn der gesetzliche Vertreter es erlaubt, Arbeitsverhältnisse eingehen, diese aber auch aufheben und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen erfüllen. Alle im Zusammenhang mit der genehmigten Tätigkeit vorzunehmenden Rechtshandlungen werden von Seiten des gesetzlichen Vertreters erlaubt. Im Unterschied zu § 112 BGB muss die Ermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter nicht durch das Familiengericht genehmigt werden. Entsprechend kann der gesetzliche Vertreter selbst die Ermächtigung auch wieder einschränken oder aufheben (§ 113 II BGB) und so seine ruhende Vertretungsmacht wieder an sich ziehen. Im Zweifel gilt die für einen Einzelfall erteilte Ermächtigung auch für die Eingehung von Arbeitsverhältnissen derselben Art (§ 113 IV BGB). Keine Geltung hat § 113 BGB dagegen nach h. M. für Ausbildungsverhältnisse. Dort steht nicht die berufliche Tätigkeit im Vordergrund, sondern die Ausbildung.⁶²⁴

⇒ Fall Nr. 55 – Liebesbekundungen

§ 10. Die Stellvertretung

I. Begriff und Funktion

Stellvertretung ist das rechtsgeschäftliche Handeln des Vertreters im Namen und 1
mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Vertretenen.

⁶²³ Palandt/Ellenberger, BGB, § 112 Rn. 3.

⁶²⁴ MüKoBGB/Schmitt, 7. Aufl. 2015, § 113 Rn. 14; a. A. offenbar BAGE 125, 285, 289 = NJW 2008, 1833 (Rn. 18); offen sodann aber BAG NZA 2012, 495 (Rn. 18) = JuS 2012, 641 (Boemke) m. w. N. zum Streitstand; differenzierend MüKoBGB/Spickhoff, § 113 Rn. 14.

- 2 Grundsätzlich treffen die Rechtsfolgen einer Willenserklärung den Erklärenden. Das BGB macht davon in den §§ 164 ff. BGB eine Ausnahme: Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen (§ 164 I BGB). Unter bestimmten Voraussetzungen werden die Rechtsfolgen einer Willenserklärung also dem Vertretenen zugerechnet. Der Vertreter fungiert dabei als Repräsentant des Vertretenen (*Repräsentationsgrundsatz*). Er nimmt das Rechtsgeschäft an Stelle des Vertretenen vor; daraus verpflichtet und berechtigt wird jedoch allein der Vertretene. Damit wird dem praktischen Bedürfnis Rechnung getragen, dass man nicht alles selbst erledigen kann oder will. Geschäftsunfähigen, beschränkt Geschäftsfähigen und juristischen Personen ermöglicht das Institut der Stellvertretung überhaupt erst die Teilnahme am Rechtsverkehr.

II. Abgrenzung von anderen Hilfspersonen

- 3 Wesensmerkmal der Stellvertretung ist die Abgabe einer *eigenen Willenserklärung* in *fremdem Namen*. Anhand dieser Kriterien ist der Stellvertreter von verschiedenen anderen Hilfspersonen abzugrenzen.
- 4 Der **Bote** i.S.v. § 120 BGB gibt anders als der Stellvertreter *keine eigene Erklärung* ab, sondern übermittelt lediglich eine fremde Erklärung, nämlich die seines Geschäftsherrn (→ § 5 Rn. 52 und § 10 Rn. 20).
- 5 **Abschlussvermittler**, wie es insbesondere Makler (§§ 652 ff. BGB) sind, geben selbst überhaupt *keine Willenserklärung* ab. Sie weisen den Parteien nur die Möglichkeit zum Abschluss eines Vertrags nach und bereiten den Vertrag gegebenenfalls auch schon vor; der Vertragsschluss selbst vollzieht sich sodann aber unmittelbar zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten. Dies gilt z. B. auch für den im Lern- und Fallbuch zum Handelsrecht näher zu besprechenden Handelsmakler (§ 93 HGB) sowie den Handelsvertreter (§ 84 HGB) in der Variante des Vermittlungsvertreterers (im Gegensatz zum Abschlussvertreter).⁶²⁵
- 6 Irreführend, wenngleich allgemein verwendet, ist der Begriff der mittelbaren Stellvertretung (dazu schon → § 7 Rn. 51). Der **mittelbare Stellvertreter** schließt als Auftraggeber oder Geschäftsbesorger für einen Hintermann (Geschäftsherrn) einen Vertrag, dessen *wirtschaftliches* Ergebnis dem Hintermann zukommen soll. Weil er dieses Handeln für fremde Rechnung aber – anders als bei der (echten) Stellvertretung – nicht offenlegt, sondern den Vertrag *im eigenen Namen* schließt, wird er selbst Vertragspartner. Er ist also nur **Interessenvertreter des Geschäftsherrn**, nicht aber rechtsgeschäftlicher Vertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB. Häufigster Anwendungsfall mittelbarer Stellvertretung ist das ebenfalls im Lern- und Fallbuch zum Handelsrecht näher zu besprechende Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff. HGB).⁶²⁶ Die eigene Verpflichtung und Berechtigung des mittelbaren Stellvertreterers (Kommissionärs) wird dort in § 392 I HGB ausdrücklich zugrunde gelegt: Der Hintermann (Kommittent) kann nur dann Rechte aus dem für seine Rechnung, aber nicht in seinem Namen abgeschlossenen Vertrag geltend machen, wenn ihm der mittelbare Stellvertreter seine (!) Ansprüche abtritt.
- 7 Obwohl der mittelbare Stellvertreter im eigenen Namen auftritt und damit im Grundsatz alle Rechte aus den von ihm abgeschlossenen schuldrechtlichen und

⁶²⁵ Vgl. dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR, § 9 Rn. 4 ff.

⁶²⁶ Vgl. dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR, § 9 Rn. 103 ff.

dinglichen Verträgen selbst erwirbt, hält er diese Rechte nur im Interesse des Hintermanns und damit treuhänderisch für diesen. Es entsteht eine **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung**. Diese hat zur Folge, dass der Hintermann, obwohl er nicht formeller, sondern nur wirtschaftlicher Rechtsinhaber ist, doch in vielfacher Hinsicht wie der wahre Rechtsinhaber behandelt wird (vgl. auch § 392 II HGB). Dies gilt im Insolvenz- und Vollstreckungsrecht, im Deliktsrecht (§ 823 I BGB), bei der Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) und nach richtiger Ansicht sogar bei Verfügungen des Treuhänders über das Treugut. Die damit verbundenen, rechtlich äußerst schwierigen Rechtsfragen sollen hier nicht näher behandelt werden.⁶²⁷ Hingewiesen sei allerdings auf das unten behandelte sogenannte Geschäft für den, den es angeht, welches ausnahmsweise sogar einen unmittelbaren Vollrechtserwerb des Hintermanns bei mittelbarer Stellvertretung, also trotz fehlender Offenlegung des Handelns für den Hintermann, ermöglicht (→ Rn. 39 ff.).

III. Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung

Damit die Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen eintreten, müssen stets **fünf 8 Voraussetzungen** erfüllt sein, von denen in der Klausur regelmäßig nur die letzten drei zu prüfen sind, während die ersten beiden nur dann angesprochen werden, wenn der Sachverhalt dazu Anlass bietet:

- Anwendbarkeit der Stellvertretungsregeln
- Zulässigkeit der Stellvertretung
- Abgabe einer eigenen Willenserklärung
- Handeln in fremdem Namen
- Vertretungsmacht

1. Anwendbarkeit der Stellvertretungsregeln

Das Zivilrecht sieht an verschiedenen Stellen vor, dass Handlungen einer Person **9** einer anderen zugerechnet werden. Dabei ist immer exakt zu beachten, was jeweils nach welchen Rechtsvorschriften zugerechnet wird.

Nach den Regeln der Stellvertretung können **nur Willenserklärungen zugerechnet 10** werden. Darüber hinaus sind die §§ 164 ff. BGB analog bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen (z. B. Mahnung; → § 7 Rn. 2) anwendbar.⁶²⁸

Keine Anwendung findet das Stellvertretungsrecht hingegen bei Realakten⁶²⁹ (z. B. **11** der Übergabe i. S. v. § 929 BGB). Bei der Übereignung einer beweglichen Sache muss deshalb sauber zwischen der sachenrechtlichen Einigung, die einen (dinglichen) Vertrag im Sinne der §§ 145 ff. BGB darstellt und bei der deshalb eine Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB zulässig ist, und der Besitzübertragung (= Übergabe) unterschieden werden, die ein rein tatsächliches Geschehen darstellt und bei der deshalb keine Zurechnung über Stellvertretungsregeln in Betracht kommt. Gleichwohl kann man sich auch bei dem Realakt der Übergabe einer Hilfsperson bedienen, doch ist diese „Vertretung im Besitz“ nach ganz anderen Rechtsvorschriften zu beurteilen,

⁶²⁷ Eingehend *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, S. 120 ff. zum Insolvenz- und Vollstreckungsrecht, S. 369 ff. zum Deliktsrecht (Stichwort: Drittschadensliquidation), S. 412 ff. zu Einwendungs- und Aufrechnungskonstellationen, S. 452 ff. zu treuwidrigen Verfügungen.

⁶²⁸ MüKoBGB/*Schubert*, § 164 Rn. 89.

⁶²⁹ Zum Begriff des Realaktes → § 7 Rn. 3.

die im Sachenrecht näher zu behandeln sein werden. Es sind dies die Rechtsfiguren des Besitzdieners (§ 855 BGB) und des mittelbaren Besitzers (§ 868 BGB).

- 12 **Beispiel:** A hat von B dessen Auto gekauft. Die Übereignung soll am nächsten Tag stattfinden. Weil A keine Zeit hat, ermächtigt er seinen Angestellten C, das für ihn zu erledigen. Am nächsten Tag übergibt B an C, der im Namen des A auftritt, das Auto. Im Rahmen der dinglichen Einigung kann sich A durch C nach § 164 I BGB vertreten lassen. Der Eigentumsübergang setzt aber weiterhin eine Übergabe von B an A, also u. a. einen Besitzerwerb (§ 854 BGB) bei A voraus. Die Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft an dem Auto (Realakt) kann A nicht über § 164 I BGB zugerechnet werden. A hat aber gemäß § 855 BGB (unmittelbaren) Besitz erlangt, weil C als weisungsabhängiger Arbeitnehmer sein Besitzdiener war.
- 13 In § 278 BGB (Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte) kennt das Gesetz zudem eine Zurechnung von Verschulden innerhalb bestehender Schuldverhältnisse, insbesondere für sog. Erfüllungsgehilfen. Diese Zurechnung hat ebenfalls nichts mit der Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB zu tun, weil es auch dort nicht um Willenserklärungen geht.
- 14 **Beispiel:** Malermeister M soll bei Besteller B eine Wand streichen. Während der Malerarbeiten zerstört der Lehrling L des M aus Unachtsamkeit eine Vase, für die B Ersatz von M fordert. Für einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Nebenpflichten nach §§ 280 I, 241 II BGB müsste der Vertragspartner M schuldhaft gehandelt haben. Schuldhaft, nämlich fahrlässig (§ 276 BGB), hat aber nur L gehandelt. Die Pflichtverletzung und das Verschulden des L können M zwar nicht nach § 164 BGB, wohl aber nach § 278 BGB zugerechnet werden, weil L Erfüllungsgehilfe des M war.
- 15 Ebenfalls nicht um Willenserklärungen geht es bei der im Haftungsrecht relevanten Zurechnung des deliktischen Handelns von Organmitgliedern eines Vereins (Vorstand) oder einer Gesellschaft (Vorstand, Geschäftsführer, geschäftsführender Gesellschafter) in direkter oder analoger Anwendung des § 31 BGB.
- Hinweis:** Fälle dazu finden sich im Lern- und Fallbuch zum Gesellschaftsrecht.⁶³⁰
- 16 Überhaupt keine Zurechnungsnorm, sondern eine eigenständige Anspruchsgrundlage ist die ebenfalls im Deliktsrecht relevante Vorschrift des § 831 BGB (Haftung für Verrichtungsgehilfen).

2. Zulässigkeit der Stellvertretung

- 17 Im Grundsatz ist Stellvertretung **bei allen Willenserklärungen** zulässig und dies bei der Abgabe einer Erklärung ebenso wie bei deren Zugang. Im ersten Fall spricht man von aktiver (§ 164 I BGB), im zweiten Fall von passiver Stellvertretung (§ 164 III BGB).
- 18 Von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Stellvertretung gibt es geschriebene und ungeschriebene **Ausnahmen**. Man spricht dann von **höchstpersönlichen Rechtsgeschäften**. Gesetzliche Vertretungsverbote finden sich insbesondere im Familien- und Erbrecht. Aufgrund der Bedeutung bzw. des starken Persönlichkeitsbezugs des Rechtsgeschäfts muss der Geschäftsherr die Erklärung selbst abgeben. So muss der Heiratswillige die Ehe selbst schließen und kann sich nicht etwa durch seinen Bruder vertreten lassen (§ 1311 S. 1 BGB).⁶³¹ Auch der Erblasser muss sein Testament persönlich errichten (§ 2064 BGB). In einigen seltenen Fällen ergibt sich die

⁶³⁰ Bitter/Heim, GesR, § 2 Rn. 7 mit Fall Nr. 1 – Bootstransport; ferner Fälle Nr. 24 – Delikt und Nr. 31 – Scherben bringen Glück.

⁶³¹ In anderen Ländern sind solche „Stellvertreterehen“ dagegen durchaus zulässig und werden in Deutschland – vorbehaltlich eines Verstoßes gegen den ordre-public-Grundsatz (Art. 6 EGBGB) – auch anerkannt (vgl. Art. 11 I, 13 I EGBGB).

Höchstpersönlichkeit aus der **Natur des Rechtsgeschäfts**.⁶³² So kann auch die Verlobung (§§ 1297 ff. BGB) nicht in Vertretung vorgenommen werden, obgleich das Gesetz es nicht ausdrücklich verbietet.⁶³³

Zudem können die Parteien die Unzulässigkeit der Stellvertretung rechtsgeschäftlich vereinbaren. In diesem Fall spricht man von *gewillkürter* Höchstpersönlichkeit.⁶³⁴

3. Eigene Willenserklärung

Stellvertreter ist nur, wer einen *eigenen* Rechtsfolgwillen bildet und sodann kundtut. Das Kriterium der eigenen Willenserklärung **grenzt den Vertreter vom Boten ab**, der das fertige Ergebnis der Willensbildung seines Geschäftsherrn lediglich überbringt (→ § 5 Rn. 52).

Die Abgrenzung hat vom objektiven Empfängerhorizont aus zu erfolgen (§§ 133, 157 BGB). Entscheidend ist nicht, wie die Hilfsperson handeln sollte, sondern nur, wie ihr äußeres Verhalten verstanden werden durfte.⁶³⁵ Häufig spricht ein nach außen erkennbarer **Entscheidungsspielraum** für Stellvertretung, ein fehlender dagegen. Das muss aber nicht so sein. Der Kassierer im Supermarkt hat keinen Entscheidungsspielraum bezüglich Vertragsinhalt und Vertragspartner. Gleichwohl ist er ein **Vertreter** und zwar einer **mit gebundener Marschroute**, weil jeder einzelne Vertragsschluss von seiner vorhergehenden Willensbildung abhängig ist.⁶³⁶ Denkbar ist danach auch, dass einer Person nur für ein konkretes Geschäft Vollmacht erteilt wird (sog. Spezialvollmacht; → Rn. 74) und ihr insoweit auch der Verhandlungsrahmen so eng vorgegeben wird, dass ihr praktisch kaum ein Spielraum verbleibt. Gleichwohl kann diese Person nach der Verkehrsanschauung nach außen als Stellvertreter auftreten und nicht wie jemand, der nur eine fremde, vom Hintermann vorgefertigte Willenserklärung überbringt.

Die richtige Einordnung der Hilfsperson hat *klausur- und praxisrelevante* Auswirkungen. Die wichtigsten Unterschiede zwischen Stellvertretung und Botenschaft werden nachfolgend kurz skizziert:

- Die einem *Empfangsvertreter* (§ 164 III BGB) gegenüber abgegebene Willenserklärung ist vom Empfängerhorizont des Empfangsvertreters auszulegen. ⇔ Die Auslegung der einem *Empfangsboten* gegenüber abgegebenen Erklärung erfolgt vom Empfängerhorizont des Geschäftsherrn. 23
- Die einem Empfangsvertreter gegenüber abgegebene Willenserklärung wird wirksam, wenn sie dem Vertreter zugeht. ⇔ Die einem Empfangsboten gegenüber abgegebene Erklärung wird wirksam, wenn sie dem Geschäftsherrn zugeht (→ § 5 Rn. 53). 24
- Der *Stellvertreter* muss mindestens beschränkt geschäftsfähig sein (§ 165 BGB).⁶³⁷ ⇔ *Bote* kann auch ein Geschäftsunfähiger sein.⁶³⁸ 25
- Die Wirksamkeit der *Vertreter*erklärung wird nur durch Willensmängel des Vertreters beeinflusst (§ 166 I BGB; → Rn. 171 ff.). ⇔ Für die Wirksamkeit der durch einen *Boten* überbrachten Erklärung kommt es auf Willensmängel des Ge- 26

⁶³² Bork, BGB AT, Rn. 1337.

⁶³³ Palandt/Brudermüller, BGB, Einf v § 1297 Rn. 1.

⁶³⁴ Stadler, BGB AT, § 30 Rn. 1.

⁶³⁵ Bork, BGB AT, Rn. 1345.

⁶³⁶ Medicus/Petersen, BGB AT, Rn. 886.

⁶³⁷ Zur Wirksamkeit der Stellvertretung durch einen Minderjährigen im Hinblick auf das darin liegende rechtlich „neutrale Geschäft“ → § 9 Rn. 47f.

⁶³⁸ *Merksatz*: Und ist das Kindlein noch so klein, so kann es dennoch Bote sein.

schäftsherrn an; darüber hinaus sind nur Übermittlungsfehler des Erklärungsboten nach Maßgabe des § 120 BGB relevant (→ § 7 Rn. 122 ff.).

- 27 – Im Hinblick auf die Kenntnis/das Kennenmüssen bestimmter Umstände kommt es auf die Person des *Vertreters* an (§ 166 I BGB). ⇔ Bei der *Botenschaft* entscheidet der Kenntnisstand des Geschäftsherrn.
- 28 – Die Erklärung des *Vertreters* muss bestehende Formerfordernisse wahren. ⇔ Bei der *Botenschaft* muss die Erklärung des Geschäftsherrn die Form einhalten.

4. Handeln im fremden Namen (Offenkundigkeit)

a) Grundsatz

- 29 § 164 I BGB verlangt für eine wirksame Stellvertretung, dass der Vertreter **im Namen des Vertretenen** handelt. Der Empfänger einer Erklärung hat ein schützenswertes Interesse daran zu erfahren, wer sein Geschäftspartner wird. Im Normalfall treffen die Rechtsfolgen einer Erklärung den Erklärenden selbst. Solange ihm nichts Gegenteiliges angezeigt wird, darf davon auch der Erklärungsempfänger ausgehen. Deshalb treten die Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen nur dann ein, wenn der Vertreter offenlegt, dass er nicht selbst berechtigt und verpflichtet sein soll. Dadurch wird dem Prinzip der freien Vertragspartnerwahl als Ausprägung der Vertragsfreiheit⁶³⁹ Rechnung getragen; dem Erklärungsempfänger soll nicht gegen seinen Willen ein unbekannter und u.U. unerwünschter Vertragspartner aufgedrängt werden.⁶⁴⁰
- 30 **Beispiel:** Der als zuverlässig und finanzstark bekannte Geschäftsmann G bestellt den Bauunternehmer B für Erdarbeiten an einem Grundstück. Im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit des G führt B die Arbeiten ohne Vorkasse durch. Nach Abschluss der Arbeiten schickt B dem G die Rechnung, der ihn nun an den zahlungsunfähigen Hintermann H verweist, dem das Grundstück gehöre und für den er den Auftrag erteilt habe. Da G nicht offenkundig für H gehandelt hat, ist der Werkvertrag (§ 631 BGB) mit G zustande gekommen, dieser also auch zur Zahlung verpflichtet.
- 31 Der Vertreter kann ausdrücklich im Namen des Vertretenen handeln (§ 164 I 2 Alt. 1 BGB); das **Handeln in fremdem Namen** kann sich aber auch **aus den Umständen** ergeben (§ 164 I 2 Alt. 2 BGB).⁶⁴¹ Ob das der Fall ist, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.⁶⁴²
- 32 Ergibt die Auslegung ein Handeln im eigenen Namen, wird der Vertretene nicht gebunden, auch wenn der Vertreter Vertretungswillen hatte. Das folgt aus § 164 I BGB. Stattdessen wirkt die Erklärung entsprechend dem Auslegungsergebnis für und gegen den Vertreter (**sog. Eigengeschäft**). Nach allgemeinen Grundsätzen könnte der Erklärende nun wegen Irrtums nach § 119 I Alt. 1 BGB⁶⁴³ anfechten: Er wollte subjektiv ein Fremdgeschäft herbeiführen, erklärt aber nach dem objektiven Empfängerhorizont, dass ein Eigengeschäft zustande kommen soll. Um den daraus folgenden zahlreichen Streitigkeiten vorzubeugen, wird diese Irrtumsanfechtung gemäß § 164 II BGB mit einer wohlformulierten, aber auf den ersten Blick nicht leicht zu verstehenden gesetzlichen Anordnung ausgeschlossen: „*Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.*“ Drei Dinge sind zu beachten:

⁶³⁹ Vgl. zu diesem aus der Privatautonomie resultierenden Grundsatz → § 2 Rn. 16 ff.

⁶⁴⁰ *Schilken*, FS K. Schmidt, Band II, 2019, S. 369, 371.

⁶⁴¹ Zu Letzterem *BGH NJW* 2015, 1510 (Rn. 12).

⁶⁴² *MüKoBGB/Schubert*, § 164 Rn. 173.

⁶⁴³ Zur Irrtumsanfechtung → § 7 Rn. 74 ff.

Erstens betrifft der Ausschlussgrund nur den Fall des nicht erkennbaren Vertretungswillens; andere Anfechtungsgründe bleiben unberührt. 33

Beispiel: A beauftragt V, im Namen des A bei B 1200 Umzugskartons zu bestellen. Verspricht sich V bei der Bestellung und ordert 2100 Kartons, so ist eine Anfechtung nicht gemäß § 164 II BGB ausgeschlossen. Das Anfechtungsrecht steht dem A zu. 34

Zweitens regelt § 164 II BGB auch nicht den Fall, dass der vertretungsberechtigte Vertreter ein Eigengeschäft will, die Auslegung aber ein Handeln im fremden Namen ergibt. Richtigerweise ist in dieser Konstellation eine Anfechtung möglich,⁶⁴⁴ wobei sich dann die Frage stellt, ob das Anfechtungsrecht dem Vertreter⁶⁴⁵ oder dem Vertretenen⁶⁴⁶ zusteht. 35

Drittens ist eine Anfechtung ebenfalls nicht nach § 164 II BGB ausgeschlossen, wenn der Vertreter dem äußeren Anschein nach eine andere als die gewünschte Person vertreten hat. 36

Beispiel: A erzählt B, dass er V bevollmächtigt habe, für ihn die Anfertigung einer Kommode bei dem Tischler T in Auftrag zu geben. Kurz bevor V die Bestellung aufgibt, ruft B bei T an und weist ihn darauf hin, dass gleich der V für ihn eine Bestellung aufgeben werde. V gibt kurze Zeit später die Kommode in Auftrag, ohne A jedoch namentlich zu erwähnen. T steht kurz vor dem Ruhestand und nimmt die Bestellung mit den Worten: „Das ist mein allerletzter Auftrag“ an. Einige Wochen später will A die Kommode abholen, als ihm T eröffnet, dass er sie vor einigen Tagen dem B, seinem Vertragspartner, ausgehändigt habe. Den zwischen T und B geschlossenen Werkvertrag kann A wegen des Inhaltsirrtums des V nach § 119 I Alt. 1 BGB (→ § 7 Rn. 77 ff.) anfechten. § 164 II BGB steht nicht entgegen. 37

b) Ausnahmen

Der Grundsatz, dass ein Vertrag nur dann mit dem Hintermann (Vertretenen) zustande kommt, wenn der Vertreter diesen ausdrücklich oder konkludent benennt, wird in zwei Fällen durchbrochen. 38

aa) Verdecktes Geschäft für den, den es angeht

Der Grundsatz der Offenkundigkeit schützt den Dritten – wie dargelegt – davor, einen ungewollten, insbesondere unseriösen oder insolventen Vertragspartner zu erhalten. Von dem Grundsatz kann folglich dort eine Ausnahme gemacht werden, wo er dieses Schutzes nicht (mehr) bedarf. Das ist nach h.M. der Fall beim sogenannten verdeckten Geschäft für den, den es angeht.⁶⁴⁷ Ergibt die Auslegung, dass die Mittelsperson bei ihren Verhandlungen mit dem Dritten – als mittelbarer Stellvertreter (→ Rn. 6) – im eigenen Namen handelt, können die Rechtswirkungen des Geschäfts gleichwohl – trotz fehlender Offenkundigkeit – unmittelbar den Hintermann (Vertretenen) treffen, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: 39

- Dem Dritten ist gleichgültig, wer Vertragspartner wird.
- Der Vertreter hat den Willen, für den Hintermann zu handeln (Vertreterwille).⁶⁴⁸

Hat weder der Dritte noch der Vertreter etwas dagegen, dass der Vertrag unmittelbar zwischen dem Dritten und dem Hintermann zustande kommt, wird dies auf- 40

⁶⁴⁴ Bork, BGB AT, Rn. 1420; MüKoBGB/Schubert, § 164 Rn. 177. Anders dagegen die wohl h.M., die § 164 II BGB analog anwendet, eine Anfechtung also nicht zulässt, vgl. BGHZ 36, 30, 34 = NJW 1961, 2251, 2253; Wertbruch, BGB AT, § 28 Rn. 17 m. w.N.

⁶⁴⁵ Dafür z. B. MüKoBGB/Schubert, § 164 Rn. 178.

⁶⁴⁶ So Bork, BGB AT, Rn. 1420.

⁶⁴⁷ Brox/Walker, BGB AT, § 24 Rn. 11 f.; Leipold, BGB AT, § 22 Rn. 24 f.; Köhler, BGB AT, § 11 Rn. 21; eingehend Bitter, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, S. 221 ff.

⁶⁴⁸ BGHZ 154, 276, 279 = NJW-RR 2003, 921, 922; BGH NJW 1991, 2283, 2285; Bork, BGB AT, Rn. 1399; Erman/Maier-Reimer, BGB, § 164 Rn. 14.

grund einer am Schutzzweck orientierten Einschränkung des Offenkundigkeitsprinzips anerkannt: Der Vertretene wird direkt berechtigt und verpflichtet.

- 41 Gewöhnlich liest man, das Interesse des Dritten an der Kenntnis seines Vertragspartners fehle regelmäßig bei **Bargeschäften des täglichen Lebens**,⁶⁴⁹ etwa beim Erwerb einer Sache im Supermarkt oder Warenhaus. Doch muss diesbezüglich sauber zwischen dem schuldrechtlichen Kaufgeschäft und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft unterschieden werden. Auf beide sind die Grundsätze über das Geschäft für den, den es angeht, grundsätzlich anwendbar⁶⁵⁰ und für jedes Geschäft müssen die beiden oben angeführten Voraussetzungen jeweils getrennt geprüft werden.⁶⁵¹
- 42 Bezogen auf das **schuldrechtliche Geschäft für den, den es angeht**, ist der Bargeschäftscharakter relevant, weil der Schuldvertrag Leistungspflichten begründet, für deren Erfüllung die Bonität des Vertragspartners von entscheidender Bedeutung ist. Erhält der Vertragspartner – etwa der Supermarkt oder das Warenhaus – sogleich den vollständigen Kaufpreis, erledigt sich die Gefahr eines insolventen Vertragspartners. Aus der Sicht des Dritten macht es nach der Zahlung keinen Unterschied mehr, wem gegenüber er vertraglich verbunden ist. Gleiches gilt in Bezug auf möglicherweise bestehende Mängelrechte. Ist etwa das Warenhaus wegen der Lieferung eines mangelhaften Fernsehers zur Erfüllung von Mängelansprüchen verpflichtet, spielt es keine große Rolle, wer sie geltend macht. Der Verkäufer nimmt deshalb bei solchen Bargeschäften des täglichen Lebens oftmals gar keine Notiz davon, wer genau sein Vertragspartner ist.
- 43 Der Hinweis der h.M. auf Geschäfte „des täglichen Lebens“ darf dabei allerdings nicht als Begrenzung des Geschäfts für den, den es angeht, sondern nur als Beispiel verstanden werden. Jeweils ist im Einzelfall zu prüfen, ob die beiden genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Dem Verkäufer mag es auch bei einem für 10.000 EUR oder 50.000 EUR verkauften Gegenstand (z.B. einem Kunstwerk) gleichgültig sein, wer sein Vertragspartner ist, wenn er nur sogleich seinen Kaufpreis bar erhält.
- 44 Ganz anders ist dies hingegen bei einem **Kreditgeschäft**, etwa einem Ratenkauf. In diesem Fall ist es für den Dritten erheblich, welche Person ihm zur Zahlung der Raten verpflichtet ist.⁶⁵² Eine Durchbrechung des Offenlegungsgrundsatzes kommt nicht in Frage, weil der Dritte in seiner Annahme, dass er mit dem Vertreter kontrahiert habe, geschützt werden muss. Nur dessen Identität ist ihm bekannt. Verzugsbegründende Mahnungen, Erfüllungsverlangen und Klagen liefern oft ins Leere, würde man den Vertretenen auch in solchen Fällen als Vertragspartner ansehen. Gleiches gilt trotz unmittelbarer Kaufpreiszahlung, wenn **der Dritte nicht Verkäufer, sondern Käufer ist**. Für den Käufer ist es nämlich bedeutsam, wer ihm für primäre Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche haftet.⁶⁵³
- 45 Beim **dinglichen Geschäft für den, den es angeht**, ist der Bargeschäftscharakter hingegen von vorneherein unerheblich, weil der Dritte, der eine Sache übereig-

⁶⁴⁹ Vgl. beispielhaft *Stadler*, BGB AT, § 30 Rn. 7; *Köhler*, BGB AT, § 11 Rn. 21; *Schilken*, FS K. Schmidt, Band II, 2019, S. 369, 378.

⁶⁵⁰ Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 164 Rn. 8; *Leipold*, BGB AT, § 22 Rn. 25; *Schilken*, FS K. Schmidt, Band II, 2019, S. 369, 379.

⁶⁵¹ MüKoBGB/*Schubert*, § 164 Rn. 134 f.; zur Entwicklung der Rechtsprechung ausführlich *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, S. 224 ff.

⁶⁵² BGH WM 1991, 1678, 1680 unter Ziff. II. 2. der Gründe; w.N. bei *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, S. 237.

⁶⁵³ *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, S. 237.