

BGB Allgemeiner Teil

Bitter / Röder

7. Auflage 2026
ISBN 978-3-8006-8024-5
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.

Längerfristige Verträge wie etwa Miet- oder Ratenzahlungsverträge sind, wie sich aus dem Erfordernis der vollständigen Leistungsbewirkung ergibt, nicht ohne weiteres wirksam. Zu differenzieren ist nach der Teilbarkeit der Leistung. Ein Ratenzahlungsvertrag etwa wird erst mit Begleichung der letzten Rate wirksam; zuvor ist er schwebend unwirksam (§ 108 I BGB). Mietverträge dagegen können teilbare wiederkehrende Leistungen zum Gegenstand haben. Werden bei einem solchen Mietvertrag die geschuldeten Leistungen für einen bestimmten Zeitraum unter den Voraussetzungen des § 110 BGB bewirkt, so ist der Vertrag für den zurückliegenden Zeitraum wirksam.⁸⁶ Bezüglich der zukünftig noch zu erbringenden Leistungen ist der Vertrag schwebend unwirksam, da er noch nicht vollständig erfüllt wurde.

Da § 110 BGB schon vom Tatbestand die „Bewirkung“ der Leistung voraussetzt, sind von der Einwilligung, die in der Mittelüberlassung zu sehen ist, auch die Erfüllungshandlungen von Seiten des Minderjährigen erfasst,⁸⁷ die der Minderjährige ansonsten zu seinen Lasten nicht vornehmen könnte.

⇒ Fall Nr. 51 – „Skifoan“ (Fragen 2 und 3)

3. Vertragsschluss ohne Einwilligung

Schließt ein Minderjähriger ein rechtlich nachteiliges Geschäft ohne Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter ab, so bestimmt sich die Wirksamkeit dieses Geschäfts nach §§ 108 ff. BGB.

a) Genehmigungsfähigkeit (§ 108 BGB)

Ein Vertrag, der ohne die erforderliche Einwilligung der gesetzlichen Vertreter abgeschlossen wurde, ist nach § 108 I BGB schwebend unwirksam. Allerdings kann der Vertrag durch Genehmigung der gesetzlichen Vertreter wirksam gemacht werden. Als Genehmigung wird – im Unterschied zur Einwilligung – die nachträgliche Zustimmung bezeichnet (§ 184 I BGB). Die **Schwebezeit ist grundsätzlich unbegrenzt**; wird die Genehmigung verweigert, ist der Vertrag endgültig unwirksam. Wird er hingegen genehmigt, wird er rückwirkend (*ex tunc*) wirksam.

Die **Genehmigung** ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung,⁸⁸ deren Inhalt grundsätzlich nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB; → § 7 Rn. 27) durch Auslegung zu ermitteln ist. Umstritten ist dies aber für den Fall, in dem der **Minderjährige die Eltern** über die Modalitäten eines Vertragsschlusses **falsch informiert** und diese daraufhin im Glauben an die Richtigkeit der Information eine Genehmigung gegenüber dem Vertragspartner erklären. Der Vertragspartner müsste nach allgemeinen Auslegungsregeln davon ausgehen, dass die Eltern die Genehmigung zum tatsächlichen Inhalt des Vertrags erklären wollten.⁸⁹ Die Genehmigung wäre dann wirksam, weil sie sich aus Sicht eines objektiven Empfängers mit dem Vertragsschluss deckt; jedoch wäre sie wegen eines Inhaltsirrtums (→ § 7 Rn. 88 ff.) der Eltern nach § 119 I Alt. 1 BGB anfechtbar.

Der überwiegende Teil der Literatur will in einem solchen Fall hingegen nicht auf allgemeine Auslegungsregeln zurückgreifen, sondern eine am Minderjährigenschutz orientierte Risikoverteilung vornehmen. Der Vertragspartner dürfe sich nicht darauf verlassen, dass die Information durch den Minderjährigen richtig weitergeleitet werde.⁹⁰ Wenn er insofern sicher gehen wolle, müsse er den gesetzlichen Vertreter selbst informieren. Daher sei das Verständnis der gesetzlichen Vertreter maßgeblich, sodass etwa die erteilte Genehmigung zu einem angeblichen „Schnäppchenkauf“ durch den Minderjährigen nicht das tatsächlich

⁸⁶ MüKoBGB/Spickhoff § 110 Rn. 16.

⁸⁷ Köhler BGB AT § 10 Rn. 27; Bork BGB AT Rn. 1018.

⁸⁸ MüKoBGB/Spickhoff § 108 Rn. 9.

⁸⁹ Soergel/Gössl BGB § 108 Rn. 5.

⁹⁰ Medicus/Petersen BGB AT Rn. 575; Flume AT II § 13, 7d, bb (S. 201).

abgeschlossene Geschäft zum höheren Preis decke und der Vertrag daher nach wie vor schwebend unwirksam sei.

⇒ Fall Nr. 53 – Lügen haben kurze Beine

- 75 Um das unter Umständen lange Warten auf eine Genehmigung abzukürzen, gibt § 108 II BGB dem Geschäftsgegner die **Möglichkeit, den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern**.⁹¹ Die Genehmigung kann dann in Abweichung von § 182 I BGB (Erklärung gegenüber dem einen oder anderen Teil) nur noch gegenüber dem Geschäftsgegner erfolgen und nicht mehr gegenüber dem Minderjährigen. Als weitergehende Folge wird sogar eine bereits dem Minderjährigen gegenüber erteilte Genehmigung unwirksam. Für den Geschäftsgegner bedeutet § 108 II BGB daher ein gewisses Risiko: Der bereits dem Minderjährigen gegenüber genehmigte Vertragsschluss wird durch seine Aufforderung wieder schwebend unwirksam und die Genehmigung könnte nun wieder versagt werden. In der Mehrheit der Fälle wird § 108 II BGB aber für den Geschäftsgegner insofern vorteilhaft sein, als er auf diese Weise Gewissheit über seine Vertragsverhältnisse erlangen kann. Der gesetzliche Vertreter muss sich innerhalb von zwei Wochen über die Genehmigung erklären; ansonsten gilt der Vertrag als nicht geschlossen (§ 108 II 2 BGB). Eine nach Ablauf der **Zwei-Wochen-Frist** erklärte Genehmigung führt dann nicht mehr zur Wirksamkeit des Vertrages.
- 76 Der Minderjährige selbst kann die Genehmigung dann erteilen, wenn er unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist (§ 108 III BGB); der Vertrag wird also nicht automatisch mit Erreichen der Volljährigkeit wirksam. Eine Genehmigung des (früheren) gesetzlichen Vertreters nach Eintritt der Volljährigkeit ist gegenstandslos und auch die Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung ist an den Minderjährigen zu richten.⁹²

b) Widerrufsrecht des Vertragspartners (§ 109 BGB)

- 77 Will der Vertragspartner des Minderjährigen Klarheit über die Vertragsverhältnisse erlangen, kann er nicht nur – wie soeben dargelegt – den gesetzlichen Vertreter nach § 108 II BGB zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. Er kann auch, wenn er kein Interesse mehr an dem Vertrag hat, diesen bis zur Genehmigung gemäß § 109 I BGB widerrufen.⁹³ Solange der Minderjährige noch nicht gebunden ist, soll es also auch der Vertragspartner nicht sein. Allerdings erfährt diese Widerrufsmöglichkeit eine deutliche Einschränkung durch § 109 II BGB. Sie gilt nur für den gutgläubigen Vertragspartner. War dem Vertragspartner die Minderjährigkeit seines Gegenübers beim Vertragsschluss bewusst (insofern ist positive Kenntnis erforderlich, grob fahrlässige Unkenntnis reicht nicht), so darf er nur widerrufen, wenn der Minderjährige ihm der Wahrheit zuwider eine bestehende Einwilligung vorgespielt hatte. Der Widerruf ist aber selbst in diesem Fall ausgeschlossen, wenn dem Vertragspartner das Fehlen der Einwilligung bekannt war (§ 109 II Hs. 2 BGB).
- 78 Umstritten ist, ob der Widerruf durch den Vertragspartner nach § 109 BGB auch dann möglich ist, wenn er selbst den Schwebezustand durch die Aufforderung nach § 108 II BGB herbeigeführt hatte. Teile der Literatur sehen darin ein rechtsmissbräuchliches Verhalten in Form des *venire contra factum proprium*, wenn nicht eine angemessene Zeit mit dem Widerruf gewartet werde.⁹⁴
- 79 Andere Autoren hingegen sehen in der Ausübung des Widerrufsrechts ohne Zuwarten einer angemessenen Frist kein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen sei es während der Schwebezeit freigestellt, jederzeit die Genehmigung

⁹¹ Zur Parallelvorschrift des § 177 II BGB im Stellvertretungsrecht → § 10 Rn. 262.

⁹² BGH NJW 1989, 1728.

⁹³ Zur Parallelvorschrift des § 178 BGB im Stellvertretungsrecht → § 10 Rn. 263.

⁹⁴ Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1960, § 152 II 2b Fn. 11; MüKoBGB/Spickhoff § 109 Rn. 10; BRHP/Wendtland BGB § 109 Rn. 2; für Ausnahmefälle ferner Paal/Leyendecker JuS 2006, 25 (27).

zu verweigern. Im Sinne einer „Waffengleichheit“⁹⁵ sei daher auch dem Vertragspartner das Recht zu gewähren, den Widerruf zu erklären.⁹⁶ Dies gelte umso mehr, als § 108 II BGB keine Aufforderung zur Genehmigung sei, sondern eine Aufforderung zur *Erklärung über die Genehmigung*.⁹⁷ Der Vertragspartner verhalte sich also nicht widersprüchlich, wenn er nach der Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung die Erteilung derselben vereitele, indem er kurze Zeit später oder sogar zeitgleich mit der Aufforderung den Widerruf erkläre.

⇒ Fall Nr. 54 – Wer schaut in die Röhre?

IV. Partielle Geschäftsfähigkeit

Als weitere Abstufung des Gesetzes existiert die partielle Geschäftsfähigkeit, die nicht mit der bereits behandelten partiellen Geschäftsunfähigkeit (→ Rn. 22) zu verwechseln ist. Der Minderjährige wird aufgrund einer Genehmicung 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 diesbezügliche Genehmigung durch das Familiengericht vor, 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.⁹⁸ Bei seiner Entscheidung hat sich das Familiengericht an dem in § 1697a BGB verankerten Kindeswohlprinzip zu orientieren und danach zu fragen, ob der Minderjährige die psychische und charakterliche Reife wie ein Volljähriger besitzt. Bedeutung gewinnt dies in jüngerer Zeit insbesondere für Online-Shops von Minderjährigen (zB Influencern), für deren Betrieb die Gerichte die Genehmigung teils erteilen, teils ablehnen.⁹⁹ Um sich im Geschäftsleben wie ein Volljähriger verhalten zu können, muss der Minderjährige außerdem über diejenigen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügen, die er zur Führung des konkret in Rede stehenden selbstständigen Betriebs benötigt. Auch wenn die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen im Bereich seines Erwerbsgeschäfts grundsätzlich unbeschränkt ist, 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 „Genehmicung“ 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 Einwilligung, 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 wer-

⁹⁵ jurisPK-BGB/Hansen § 109 Rn. 4; im Grundsatz auch Paal/Leyendecker JuS 2006, 25 (27).

⁹⁶ Allgemein für ein Widerrufsrecht gemäß § 109 BGB trotz Aufforderung nach § 108 II BGB Flume AT II § 13, 7 (S. 198); offen Soergel/Gössl BGB § 109 Rn. 3; ausdrücklich die Forderung nach einem Zuwarten ablehnend Staudinger/Klump, 2023, BGB § 109 Rn. 12; Erman/Müller BGB § 109 Rn. 2; MüKoBGB/Schmitt, 7. Aufl. 2015, § 109 Rn. 9; ausführlich Wilhelm NJW 1992, 1666 f.

⁹⁷ MüKoBGB/Schmitt, 7. Aufl. 2015, § 109 Rn. 9; jurisPK-BGB/Hansen § 109 Rn. 4; Wilhelm NJW 1992, 1666; im Grundsatz auch Paal/Leyendecker JuS 2006, 25 (27).

⁹⁸ Grüneberg/Ellenberger BGB § 112 Rn. 3.

⁹⁹ Genehmigung verweigert bei OLG Karlsruhe NJW 2024, 225 Rn. 16 ff. mwN – Dropshipping; OLG Schleswig SchlHA 2023, 312; Genehmigung erteilt bei OLG Bamberg FamRZ 2022, 915 – Zweites (Online-)Erwerbsgeschäft für Imkereibedarf.

den 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 hM für Ausbildungsverhältnisse. Dort steht nicht die berufliche Tätigkeit im Vordergrund, sondern die Ausbildung.¹⁰⁰

⇒ Fall Nr. 55 – Liebesbekundungen

§ 10. Die Stellvertretung

I. Begriff und Funktion

- 1 Stellvertretung ist das rechtsgeschäftliche Handeln des Vertreters im Namen und mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Vertretenen.
- 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*).¹ 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** iSv § 120 BGB gibt anders als der Stellvertreter *keine eigene Erklärung* ab, sondern übermittelt lediglich eine fremde Erklärung, nämlich die seines Geschäftsherrn (→ § 5 Rn. 78 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 zB auch für den im Lern- und Fallbuch zum Handelsrecht näher zu besprechenden Handelsmakler (§ 93 HGB) sowie den Handelsvertreter (§ 84 HGB) in der Variante des Vermittlungsvertreters (im Gegensatz zum Abschlussvertreter).²
- 6 Irreführend, wenngleich allgemein verwendet, ist der Begriff der mittelbaren Stellvertretung (dazu schon → § 7 Rn. 60). Der **mittelbare Stellvertreter** schließt als Beauftragter

¹⁰⁰ MüKoBGB/Schmitt, 7. Aufl. 2015, § 113 Rn. 14; aA offenbar BAGE 125, 285 (289) = NJW 2008, 1833 Rn. 18; offen sodann aber BAG NZA 2012, 495 Rn. 18 = JuS 2012, 641 (Boemke) mwN zum Streitstand; differenzierend MüKoBGB/Spickhoff § 113 Rn. 15.

¹ Dazu und zu anderen dogmatischen Ansätzen Klingbeil ZfPW 2022, 150 (154 ff.).

² Vgl. dazu Bitter/Linardatos HandelsR § 9 Rn. 4 ff.

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).³ Die eigene Verpflichtung und Berechtigung des mittelbaren Stellvertreters (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.

Obwohl der mittelbare Stellvertreter im eigenen Namen auftritt und damit im Grundsatz **7** alle Rechte aus den von ihm abgeschlossenen schuldrechtlichen und 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.⁴ 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 Voraus-** **8**
setzungen 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 einer **9** 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 (zB Mahnung; → § 7 Rn. 2) anwendbar.⁵

³ Vgl. dazu Bitter/Linardatos HandelsR § 9 Rn. 103 ff.

⁴ 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.

⁵ MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 98; Klingbeil ZfPW 2020, 150 (163 f., 184).

- 11 Keine Anwendung findet das Stellvertretungsrecht hingegen bei Realakten⁶ (zB der Übergabe iSv § 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, 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 iSv § 929 BGB 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.⁷
- 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**.⁸ Gesetzliche Vertretungsverbote finden sich insbesondere im Familien- und Erbrecht. Aufgrund der Bedeutung bzw. des starken Persönlichkeitsbezugs des Rechts-

⁶ Zum Begriff des Realaktes → § 7 Rn. 3.

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

⁸ Dazu BGH ZIP 2025, 1102 = NZM 2025, 498 Rn. 9 f. = JuS 2025, 359 (Omlor).

geschäfts 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).⁹ Auch der Erblasser muss sein Testament persönlich errichten (§ 2064 BGB). In einigen seltenen Fällen ergibt sich die Höchstpersönlichkeit aus der **Natur des Rechtsgeschäfts**.¹⁰ So kann auch die Verlobung (§§ 1297 ff. BGB) nicht in Vertretung vorgenommen werden, obgleich das Gesetz es nicht ausdrücklich verbietet.¹¹

Zudem können die Parteien die Unzulässigkeit der Stellvertretung rechtsgeschäftlich vereinbaren. In diesem Fall spricht man von *gewillkürter* Höchstpersönlichkeit.¹² Allerdings ist eine Parteiabrede jeweils sorgsam daraufhin zu untersuchen, ob wirklich eine höchstpersönliche Willenserklärung gewollt ist oder nur ein höchstpersönlicher Anspruch; letzterer kann zwar nicht auf Dritte übertragen, wohl aber durch Stellvertreter (zB Anwälte) eingefordert werden.¹³

3. Eigene Willenserklärung

Stellvertreter ist nur, wer einen *eigenen* Rechtsfolgewillen 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. 78).

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.¹⁴ 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.¹⁵ Denkbar ist danach auch, dass einer Person nur für ein konkretes Geschäft Vollmacht erteilt wird (sog. Spezialvollmacht; → Rn. 76) 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.
- 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. 79).

⁹ 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).

¹⁰ Bork BGB AT Rn. 1337.

¹¹ Grüneberg/Siede BGB Einf v § 1297 Rn. 1.

¹² BGH ZIP 2025, 1102 = NZM 2025, 498 Rn. 10 mwN; dazu Omlor JuS 2025, 359.

¹³ Näher BGH ZIP 2025, 1102 = NZM 2025, 498 Rn. 11 ff.; dazu Omlor JuS 2025, 359.

¹⁴ Bork BGB AT Rn. 1345.

¹⁵ Medicus/Petersen BGB AT Rn. 886.

- 25 – Der *Stellvertreter* muss mindestens beschränkt geschäftsfähig sein (§ 165 BGB).¹⁶ ⇔ *Bote* kann auch ein Geschäftsunfähiger sein.¹⁷
- 26 – Die Wirksamkeit der *Vertretererklärung* wird nur durch Willensmängel des Vertreters beeinflusst (§ 166 I BGB; → Rn. 181 ff.). ⇔ Für die Wirksamkeit der durch einen *Boten* überbrachten Erklärung kommt es auf Willensmängel des Geschäftsherrn an; darüber hinaus sind nur Übermittlungsfehler des Erklärungsboten nach Maßgabe des § 120 BGB relevant (→ § 7 Rn. 139 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 Vertragsfreiheit¹⁸ Rechnung getragen; dem Erklärungsempfänger soll nicht gegen seinen Willen ein unbekannter und uU unerwünschter Vertragspartner aufgedrängt werden.¹⁹
- 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).²⁰ Ob das der Fall ist, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.²¹
- 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 BGB²² 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 wohlformulier-

¹⁶ Zur Wirksamkeit der Stellvertretung durch einen Minderjährigen im Hinblick auf das darin liegende rechtlich „neutrale Geschäft“ → § 9 Rn. 57 f.

¹⁷ *Merksatz:* Und ist das Kindlein noch so klein, so kann es dennoch Bote sein.

¹⁸ Vgl. zu diesem aus der Privatautonomie resultierenden Grundsatz → § 2 Rn. 16 ff.

¹⁹ Schilken FS K. Schmidt, Band II, 2019, 369, 371.

²⁰ Zu Letzterem BGH NJW 2015, 1510 Rn. 12.

²¹ MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 17.

²² Zur Irrtumsanfechtung → § 7 Rn. 85 ff.