

Materielles Zivilrecht in der Assessorklausur

Bearbeitet von
Von Frank Müller, Rechtsanwalt und Repetitor

3. Auflage 2018. Buch. IX, 248 S. Kartoniert
ISBN 978 3 86752 603 6
Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Teil: Prüfungseinstieg in die Zivilrechtsklausur

Der Einstieg in der Klausur erfolgt in der Regel über die einschlägige Anspruchsgrundlage: Ausgehend vom Klageantrag im Rahmen von gerichtlichen Klausuren oder in der Anwaltsklausur vom Begehren des Mandanten ist hier über die einschlägige Anspruchsgrundlage die entscheidende Weichenstellung vorzunehmen.

Ausgehend vom Begehren des Klägers/Mandanten sind die üblichen fünf goldenen W's zu prüfen: Wer will was von wem weswegen woraus? Sorgfalt ist insbesondere auf das „was“ zu legen, weil hier die Art der Anspruchsgrundlage sortiert wird: So macht es einen Unterschied, ob Wertersatz, Schadensersatz, Aufwendungsersatz oder Nutzungsersatz begehrt wird. Daher stets Abgleich mit der Rechtsfolge des zu prüfenden Anspruchs!

Für die **Prüfungsreihenfolge der Ansprüche** ist zu beachten:

- **Vertragliche Ansprüche** haben Vorrang aufgrund der Vertragsfreiheit, der vielfach besonderen Ausschlussgründe sowie Verjährungsregelungen.
- Es folgen die **vertragsähnlichen Ansprüche**, z.B. aufgrund eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses oder GoA.
- Alsdann sind die **dinglichen Ansprüche** zu prüfen, also bei Herausgabe §§ 985, 861, 1007¹ oder Zustimmung zur Grundbuchberichtigung, § 894 oder Störungsbeseitigung/Unterlassen, §§ 862, 1004 etc.
- Danach Schadensersatzansprüche aus **Deliktsrecht**, §§ 823 ff.; §§ 7, 18 StVG; § 1 ProdHaftG. Zu beachten ist die Sperrwirkung des E-B-V gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 2!
- Sodann die Ansprüche aus **Bereicherungsrecht**, §§ 812 ff. Diese sollten nach Deliktsrecht geprüft werden, weil Deliktsrecht zum einen mit Schadensersatz und Schmerzensgeld umfangreicher ist und zum anderen im Bereicherungsrecht der Anspruch aufgrund Entreicherung, § 818 Abs. 3, entfallen sein könnte.
- Als Notlösung sind zum Schluss **Ansprüche aus übergegangenem Recht** zu prüfen. Hintergrund kann ein Anspruchsübergang per Gesetz, z.B. § 426 Abs. 2 oder § 774 Abs. 1, oder eine Abtretung (Zession), § 398, ggf. in Verbindung mit Drittschadensliquidation sein.

Um die Klausurakte vollständig zu durchdringen ist es wichtig, den allgemeinen Prüfungsaufbau, den viele nach dem 1. Examen bereits verdrängt haben, einzuhalten. Lösungen im „Freestyle“ sind tödlich, weil hierdurch nicht alle Probleme des Falles erkannt werden und regelmäßig auch die Beweislast verkannt wird. Wenn Sie sich unsicher sind, wer bei welchem Tatbestandsmerkmal die Beweislast trägt, werfen Sie einen Blick in den Palandt. Bei vielen Normen enthält die letzte Randnummer der Kommentierung Ausführungen hierzu.

Zwingen Sie sich daher, gedanklich die übliche Drei-Stufen-Rakete einzuhalten:

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

Anspruchsaufbau**A. Anspruch entstanden****I. Normale Entstehungsvoraussetzungen:**

Einigung bzw. gesetzliche Voraussetzungen

- Darlegungs- und Beweislast beim Anspruchsteller

II. Wirksamkeit: Keine anfänglichen Nichtigkeitsgründe, §§ 104 ff.

- Darlegungs- und Beweislast in der Regel beim Gegner

⇒ **Rechtshindernde Einwände**

B. Anspruch untergegangen

- Darlegungs- und Beweislast in der Regel beim Anspruchsgegner

⇒ **Rechtsvernichtende Einwände**

I. durch **Erfüllung/Surrogate**, §§ 362 ff.**II.** durch **Leistungsstörungen**, §§ 275, 281 Abs. 4 etc.**III.** durch **Widerruf**, § 355 Abs. 1**IV.** wegen gravierender **Nebenpflichtverletzung**, §§ 282, 324**V.** wegen **Störung der Geschäftsgrundlage**, § 313 Abs. 3**C. Anspruch durchsetzbar (keine Einreden)**

- Darlegungs- und Beweislast bei Anspruchsgegner

⇒ **Rechtshemmende Einreden**

I. Zurückbehaltungsrecht, §§ 273, 320, 478 Abs. 4 S. 2, 634 Abs. 4 S. 2, § 1000; für Kaufleute: § 369 HGB**II. Stundung**, vgl. § 205**III. Verjährung**, § 214**IV. Einwendungsdurchgriff**, § 359**V. Treu und Glauben**, § 242

- Diese Einreden, die die Durchsetzbarkeit hemmen, werden prozessual nur berücksichtigt, wenn der Beklagte sie geltend macht (gewisse Ausnahme: Treu und Glauben, § 242, wird von Amts wegen berücksichtigt, natürlich nur, wenn entsprechender Tatsachenvortrag in der Akte vorhanden ist).

Die nachfolgende Darstellung der vertraglichen Erfüllungsansprüche erfolgt nach vorstehendem Schema und beinhaltet die examensrelevanten Hauptprobleme.

2. Teil: Vertragliche Erfüllungsansprüche (Primärleistung)

1. Abschnitt: Entstehen des Anspruchs

A. Vertragliche Einigung

Grundsätzlich kommt ein Vertrag durch Einigung i.S.e. Angebots und einer Annahmeerklärung gemäß §§ 145 ff. zustande. Die hierfür erforderlichen Willenserklärungen setzen **Rechtsbindungswillen** voraus, welcher ggf. durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 zu ermitteln ist. Rechtsbindungswille besteht, wenn die Parteien einen **notfalls einklagbaren Anspruch** begründen wollen. Dieser fehlt bei der bloßen Aufforderung an die andere Seite, dass diese ein Angebot abgeben möge (invitatio ad offerendum). Ferner fehlt Rechtsbindungswille erkennbar bei reinen, alltäglichen Gefälligkeiten.

3

Typische Klausurproblemfälle:

Einzelheiten sind hier stets streitig, daher in der Klausur einen Blick in den Palandt zu §§ 145, 312 b etc.!

- **Tanken ohne zu zahlen:** Die betriebsbereite Zapfsäule² stellt ein verbindliches Angebot auf Abschluss des Kaufvertrags dar. Annahme durch den Kunden durch Betätigen der Zapfpistole. Die Zapfsäule ist keine bloße invitatio, weil der Tankstelleninhaber letztlich mit jedem Kunden kontrahieren will und Kapazitätsprobleme nicht auftauchen. Denn wenn der Vorrat erschöpft ist, geht die Zapfsäule automatisch aus.

Der BGH³ hat nicht entschieden, ob die dingliche Einigung über die Übereignung des Benzins gemäß § 929 ebenfalls an der Zapfsäule erfolgt oder nur Zug um Zug gegen Zahlung an der Kasse, daher nach wie vor streitig.

- **Internetverträge:**

- **Offerten auf der Homepage des Verkäufers** sind bloße invitatio, da dieser noch seine Kapazitäten und u.U. den Kunden prüfen möchte. Also erfolgt das Angebot durch den Kunden. Annahme des Verkäufers durch Bestätigungsmail: hier ist auszulegen, ob es sich lediglich um eine Bestätigung des Zugangs des Angebots (i.S.v. § 312 i Abs. 1 Nr. 3) handelt oder bereits um eine verbindliche Annahme. Die Annahme erfolgt sonst erst mit Zusenden der Ware.

- **Verträge, die über Internetplattformen (eBay etc.) erfolgen:**

- Bei **Sofortkaufen-Option** verbindliches Angebot durch den Verkäufer, denn jetzt ist technisch gewährleistet, dass keine Kapazitätsprobleme auftreten.
- Bei **eBay-Versteigerungen** gibt der Verkäufer durch Einstellen der Ware bei eBay ein Angebot (an einen unbestimmten Personenkreis) ab; der Meistbietende erklärt die Annahme. Dies folgt aus § 6 Nr. 2 der AGB von eBay, die zwar nicht direkt für den Kaufvertrag gelten, aber als Auslegungshilfe herangezogen werden, „Verkehrssitte“ i.S.v. § 157 (str.).⁴

² Palandt/Ellenberger § 145 BGB Rn. 7 generell zu Automaten.

³ BGH RÜ 2011, 488.

⁴ BGH NJW 2011, 2643; Palandt/Ellenberger § 156 BGB Rn. 3.

Beachte: Der Vertrag kommt grundsätzlich mit zeitlichem Ende der Auktion zustande; anders bei **berechtigtem Abbruch** der Auktion durch den Verkäufer (AGB von eBay als Auslegungshilfe), weil:

- Verkäufer entdeckt jetzt seinen Irrtum i.S.v. § 119,
- Verkäufer bemerkt jetzt Mängel oder den Verlust der eingestellten Ware.

Bei **unberechtigtem Abbruch** kommt dagegen der Kaufvertrag mit dem zu diesem Zeitpunkt Meistbietenden zustande, analog § 162.

Bestellung unter fremden Namen: z.B. Sohn bestellt unter dem eBay-Mitgliedsnamen des Vaters.⁵

Also kein Handeln im fremden Namen, sondern unter fremdem Namen. Die h.M.⁶ differenziert: falls Identität unwichtig, liegt eine bloße Namenstäuschung vor und es kommt ein Vertrag mit dem Handelnden zustande. Ist hingegen die Identität (des Vaters) wichtig, so gelten hierfür §§ 164 ff. analog. Mangels Vollmachterteilung durch den Vater, § 167, und mangels Genehmigung, § 177, daher eigentlich nicht dem Vater zurechenbar. Für eine Duldungsvollmacht fehlt es an dem wissentlichen Dulden des Vaters. Für eine Anscheinsvollmacht ist erforderlich, dass der Vater fahrlässig nicht eingeschritten ist. Da innerhalb der Familie keine besonderen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen sind, entfällt in der Regel der Fahrlässigkeitsvorwurf, wenn nicht nachzuweisen ist, dass der Sohn bereits des Öfteren so gehandelt hat. Jedoch lässt sich ein Anspruch gegen den Sohn analog § 179 Abs. 1 bejahen. Ist der Sohn minderjährig, ist der Anspruch jedoch gemäß § 179 Abs. 3 ausgeschlossen. Deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB kommen nur in Betracht, wenn der Sohn schuldfähig ist, § 828 Abs. 3 und betrügerisch gehandelt hat. Ggf. sind noch bereicherungsrechtliche Ansprüche aus §§ 812, 818 zu prüfen.

- **Abgrenzung Vertrag zur reinen Gefälligkeit:** Ein Vertrag kann nur angenommen werden, wenn Rechtsbindungswille besteht. Kontrollfrage für die Auslegung: Wollen die Parteien notfalls einen einklagbaren Anspruch begründen? Kriterien hierfür sind die wirtschaftliche Bedeutung, die Wichtigkeit der Interessen sowie drohende Gefahren.⁷ Rein gesellschaftliche, kameradschaftliche Ereignisse begründen nur eine reine tatsächliche, alltägliche Gefälligkeit, z.B. bloße Zusage, einen Arbeitskollegen nach Dienstschluss nach Hause zu fahren. Dann bestehen keine Erfüllungsansprüche.

Dieses Ergebnis darf auch nicht dadurch umgangen werden, dass man auf die GoA, §§ 677 ff. ausweicht: Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, verlangt der BGH⁸ in solchen Fällen ausnahmsweise, dass der Geschäftsführer Rechtsbindungswillen hat (was natürlich normalerweise bei der GoA nicht erforderlich ist).

I. Vertragsschluss durch Schweigen

- 4 Schweigen begründet grundsätzlich keine Rechtsfolgen, weder positive (Annahme) noch negative (Ablehnung), es sei denn, es sind Sondervorschriften vorhanden:
 - **§ 108 Abs. 2 S. 2 Hs. 2:** Schweigen der Eltern gilt als Ablehnung des Geschäfts für den Minderjährigen.
 - **§ 362 HGB:** Schweigen gilt als Ausnahme – nur – für die dort aufgeführten Kaufleute, die Geschäftsbesorgungen vornehmen.

⁵ Palandt/Ellenberger § 172 BGB Rn. 18.

⁶ Palandt/Ellenberger § 164 BGB Rn. 10, 12.

⁷ Palandt/Grüneberg Einl. v. § 241 BGB Rn. 7–9.

⁸ BGH RÜ 2015, 694.

- Für die übrigen Kaufleute gilt das gewohnheitsrechtliche Institut **Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben**:⁹ Hiernach führt das Schweigen auf eine kaufmännische Bestätigung zum Vertrag, sofern zuvor bloße Vorverhandlungen stattgefunden haben (dann konstitutive Wirkung) oder, sofern ein zuvor mündlich zustande gekommener Vertrag bislang nicht beweisbar ist (dann nur deklaratorische Wirkung) und bei geringfügigen Abweichungen zum zuvor mündlich Vereinbarten (modifizierende Wirkung). Voraussetzung ist jedoch jeweils, dass im nahen Zusammenhang mit den unstreitigen Vorverhandlungen im Wesentlichen der richtige Inhalt bestätigt wurde und der Empfänger nicht unverzüglich widersprochen hat.

Beachte die Abgrenzung: Während bei dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben der Bestätigende einen (vermeintlich) bereits geschlossenen Vertrag lediglich noch einmal schriftlich fixieren will, liegt bei der **bloßen Auftragsbestätigung**¹⁰ bislang erkennbar nur ein Angebot (Auftrag) vor (in der Regel nur mündlich), welches der Bestätigende lediglich schriftlich fixieren will. Ein bloßes Schweigen auf eine solche „Auftragsbestätigung“ stellt dann regelmäßig keine Annahme dar. Oder er will mit seiner „Bestätigung“ die Annahme erklären – i.d.R. unter Abänderung mit der Folge aus § 150 Abs. 2: Dieses neue Angebot muss die andere Seite annehmen.

II. Abgabe und Zugang der Willenserklärung, Widerruf

1. Die Abgabe¹¹ der Willenserklärung setzt eine endgültige willentliche Entäußerung voraus. Dies ist bei schriftlichen Erklärungen der Fall, wenn der Erklärende alles getan hat, damit das Schriftstück an den Empfänger gelangt.

5

2. Der Zugang ist erfolgt, sobald die Willenserklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass normalerweise mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist, vgl. § 130 Abs. 1 S. 1. Der Zugang kann gemäß § 151 entbehrlich sein. Zu beachten ist, dass § 151 nur den Zugang beim Empfänger, nicht aber die Abgabe der Willenserklärung durch den Erklärenden entbehrlich macht. Bei Zusendung unbestellter Waren gilt § 241 a!

3. Ein Widerruf muss gemäß **§ 130 Abs. 1 S. 2** vorher oder spätestens gleichzeitig mit der eigenen Willenserklärung dem Empfänger zugegangen sein. Gemäß § 355 Abs. 2 kommt für bestimmte Verbraucherverträge ein 14-tägiges Widerrufsrecht in Betracht (Näheres dazu Rn. 41).

Besonderheiten gelten **beim Widerruf der dinglichen Einigung** i.S.v. § 929, diese kann bis zum Vollzug, d.h. bis zur Übergabe oder Übergabesurrogate i.S.v. §§ 930, 931 widerrufen werden. Bei Grundstücken und Grundstücksrechten bis zur Eintragung ins Grundbuch: In den Fällen des § 873 Abs. 2 ist jedoch die dingliche Einigung unwiderrufbar; Hauptfall: notarielle Beurkundung, § 873 Abs. 2 Var. 1.

9 Palandt/Ellenberger § 147 BGB Rn. 8 ff.

10 Palandt/Ellenberger § 147 BGB Rn. 12.

11 Palandt/Ellenberger § 130 BGB Rn. 4.

III. Einigung über Stellvertreter, §§ 164 ff.

6

Prüfschema: Stellvertretung, §§ 164 ff.

1. Eigene Willenserklärung

2. Im fremden Namen, § 164 Abs. 1 S. 2

- ggf. Ausnahmen zur Offenkundigkeit

3. Mit Vertretungsmacht

a) **Vollmacht**, § 167, oder **gesetzliche Vertretungsmacht**, §§ 1626 ff.

b) **Kein Untergang**, §§ 168, 142

c) **Kein Ausschluss**

- In-Sich-Geschäft, § 181 (§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2; § 35 Abs. 3 GmbHG)
- §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1, 1643, 1821, 1822
- Missbrauch der Vertretungsmacht, §§ 138, 242

4. Ggf. Rechtsschein einer Vertretungsmacht

- §§ 170 ff.
- §§ 15, 54 Abs. 3, 55 Abs. 4, 56 HGB
- Duldungs-, Anscheinsvollmacht

5. Ggf. Genehmigung, § 177

1. Eigene Willenserklärung des Stellvertreters

Hier erfolgt die Abgrenzung zum Boten, der lediglich eine fremde Willenserklärung übermittelt. Für den Ausfüllermächtigten, der eine blanko unterschriebene Urkunde vervollständigt, gelten die §§ 164 ff. analog.¹²

2. Im fremden Namen

Hier erfolgt die Abgrenzung zum Ermächtigten i.S.v. § 185 Abs. 1, welcher eine Verfügung über eine fremde Sache im eigenen Namen vornimmt. Gleiches gilt gemäß § 383 HGB für den Kommissionär.

a) Grundsätzlich muss ein Stellvertreter **offenlegen**, dass er im fremden Namen auftritt (Offenkundigkeit). Dies kann sich aus den Umständen ergeben, **§ 164 Abs. 1 S. 2**. Andernfalls liegt ein Eigengeschäft vor, sodass der Stellvertreter selbst Vertragspartei wird, § 164 Abs. 2.

b) Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip

- **Geschäft für den, den es angeht:** Bei Bargeschäften des täglichen Lebens (Brötchenkauf) wird der Vertragspartei, den es angeht.¹³
- **Handeln für den Betriebsinhaber:** Bei unternehmensbezogenen Geschäften gilt: egal was die Parteien erklären, gemeint ist immer der jeweilige, aktuelle Firmeninhaber.¹⁴

¹² Palandt/Ellenberger Einf. v. § 164 BGB Rn. 13.

¹³ Palandt/Ellenberger § 164 BGB Rn. 8.

¹⁴ Palandt/Ellenberger § 164 BGB Rn. 2.

Der BGH¹⁵ hat klargestellt, dass der Unternehmensbezug nicht dadurch entfällt, dass ein falscher Rechtsformzusatz verwendet wurde. Behauptet der Vertragspartner, es liege trotz Unternehmensbezug keine Stellvertretung vor, sondern er habe persönlich mit dem Mitarbeiter kontrahiert, so trägt er die Beweislast.

- **Handeln unter fremdem Namen:** Hier differenziert die h.M.:¹⁶
 - **Bloße Namenstäuschung:** Ist der Name/die Identität für den Vertragspartner unwichtig („der Name ist Schall und Rauch“) so kommt der Vertrag mit dem zustande, der handelt (z.B. Einbuchen in ein Hotel unter falschem Namen).
 - **Identitätstäuschung:** Ist die Identität wichtig, so kommt analog § 164 Abs. 1 ein Vertrag mit dem wahren Namensträger zustande, wenn (Anscheins-, Duldungs-) Vollmacht vorliegt oder der wahre Namensträger später genehmigt, § 177.

3. Mit Vertretungsmacht

a) Die **Vollmachterteilung** kann gemäß **§ 167 Abs. 2** grundsätzlich formfrei erfolgen und ist daher auch konkludent möglich. Ausnahme: Gemäß § 48 HGB muss ein Prokura ausdrücklich erteilt werden.

7

Klausurhinweis: Beliebte sind in der Klausur auch die ungeschriebenen Ausnahmen zu § 167 Abs. 2:

- Wird die **Vollmacht zu einem Grundstücksgeschäft unwiderruflich** erteilt, ist nach h.M. entgegen § 167 Abs. 2 wegen der Warnfunktion notarielle Beurkundung erforderlich, § 311 b Abs. 1 analog.¹⁷
- Wird eine Vertragsurkunde vom künftigen Vertragspartner selbst unterschrieben, aber **blanko**, und erteilt dieser einem anderen eine Ausfüllermächtigung, so bedarf dies bei formbedürftigen Verträgen (z.B. §§ 766, 780, 781) wegen der Warnfunktion der gleichen Form. Bei Formnichtigkeit aber dennoch Zurechnung über Rechtsschein, analog § 172 Abs. 2.¹⁸

Die **Vollmacht im Außenverhältnis** ist streng **zu trennen von** dem **Innenverhältnis** zwischen Stellvertreter und Vertretenem (Dienstvertrag, Arbeitsvertrag, Auftrag etc.). Eine Durchbrechung bildet jedoch § 168 S. 1, wonach im Fall der Beendigung des Innenverhältnisses (z.B. Kündigung des Arbeitsvertrags) auch automatisch im Außenverhältnis die Vollmacht erlischt.

b) Bezüglich des **Untergangs der Vertretungsmacht** ist gemäß § 168 zu differenzieren:

- Gemäß **§ 168 S. 1** erlischt die Vollmacht, falls das interne Rechtsverhältnis Stellvertreter – Vertreter endet: z.B. durch Befristung oder Kündigung des Dienstvertrags; beim Auftrag gelten die §§ 672–674!
- Gemäß **§ 168 S. 2** kann auch bei bestehenbleibendem Innenverhältnis die Vollmacht grundsätzlich isoliert widerrufen werden. Für die Prokura gilt § 52 HGB.

Beachte: Die hiernach erloschene Vollmacht kann aber aufgrund eines Rechts Scheins als fortbestehend anzusehen sein. Hier gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

¹⁵ BGH RÜ 2018, 409, 410.

¹⁶ Palandt/Ellenberger § 164 BGB Rn. 10–12.

¹⁷ Palandt/Ellenberger § 167 BGB Rn. 2.

¹⁸ Palandt/Ellenberger § 172 BGB Rn. 5.

Klausurhinweis: Gern wird in Klausuren der Fall des Todes des Auftraggebers eingebaut.

Bei **Tod des Auftraggebers** erlischt gemäß § 672 das Innenverhältnis grundsätzlich nicht, sodass dann auch die Vertretungsmacht nicht gemäß § 168 S. 1 erlischt. Jedoch kann der Erbe des Auftraggebers den Auftrag widerrufen, sodass dann gemäß §§ 671, 168 S. 1 die Vollmacht erlischt (Ausnahme: unwiderrufliche Vollmacht über den Tod hinaus).

Beachte für Prozessvollmachten die Sondertatbestände in §§ 86–89 ZPO!

c) Umfang und Ausschluss der Vertretungsmacht

aa) Der Umfang der Vertretungsmacht ergibt sich regelmäßig aus der erteilten Vollmacht, § 167, was ggf. durch Auslegung zu ermitteln ist.

- Hingegen ergibt sich der Umfang der Vertretungsmacht im **Handelsrecht** aus dem Gesetz: § 49 HGB für den Prokuristen; § 54 HGB für den Handlungsbevollmächtigten sowie § 56 HGB für den Ladenangestellten und § 126 HGB für Gesellschafter. Für den Geschäftsführer einer GmbH gilt § 35 GmbHG.
- Vertretungsmacht für **Eltern** als gesetzliche Vertreter ergibt sich per Gesetz aus **§§ 1629, 1643, 1795, 1821, 1822**.
- Der Umfang der **Prozessvollmacht** ergibt sich aus **§ 81 ZPO**. Diese erstreckt sich per Gesetz nur auf die Empfangnahme der zu erstattenden Kosten! In praxi wird per Vollmachtsformular aber stets erweitert auf Empfangnahme der Hauptsumme!

bb) Die Vertretungsmacht kann im Einzelfall ausgeschlossen sein.

Gemäß **§ 181** ist die Vertretungsmacht bei **In-Sich-Geschäften** ausgeschlossen. Hierzu gehört zum einen das Selbstkontrahieren (Stellvertreter einigt sich mit sich selbst zugleich als Stellvertreter eines anderen) sowie die Mehrfachvertretung, § 181 Var. 2. Das Rechtsgeschäft ist dann schwebend unwirksam und kann noch vom Vertretenen genehmigt werden, § 177. § 181 gilt analog auf das Einschalten eines bloßen Untervertreeters.¹⁹ Ausnahmsweise sind In-Sich-Geschäfte wirksam, wenn der Vertretene das In-Sich-Geschäft bereits zuvor gestattet hat, § 181 Hs. 1 (Motto: „selbst schuld“) oder das In-Sich-Geschäft lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellt, § 181 Hs. 2 (Motto: „Verbindlichkeiten müssen ohnehin erfüllt werden“). Eine weitere ungeschriebene Ausnahme besteht nach h.M., falls das In-Sich-Geschäft ausschließlich vorteilhaft für den Vertretenen ist (Motto: „dann kann keine Interessenkollision entstehen“).²⁰

Klassiker: Eltern übertragen schenkweise ihre Eigentumswohnung auf das minderjährige Kind. Weil das Kind als Mitglied der Eigentümergemeinschaft Pflichten aus dem WEG hat, insbesondere die persönliche Haftung gemäß § 10 Abs. 8 WEG, ist dies nicht ausschließlich vorteilhaft. Daher gemäß § 1629 Abs. 2 i.V.m. § 1795 Abs. 2 verbotenes In-Sich-Geschäft und Genehmigung durch den Ergänzungspfleger erforderlich, § 1909.

Bei **Missbrauch der Vertretungsmacht** kommt gemäß **§ 138 Abs. 1** kein wirksamer Vertrag zustande, falls ein **kollusives Zusammenwirken** vorliegt. Dies setzt voraus, dass der Stellvertreter zusammen mit dem Vertragspartner bewusst und gewollt zum

¹⁹ Palandt/Ellenberger § 181 BGB Rn. 12.

²⁰ Palandt/Ellenberger § 181 BGB Rn. 9.

Nachteil des Vertretenen gehandelt hat.²¹ Ist ein bewusstes, vorsätzliches Verhalten nicht nachweisbar, liegt jedoch aufseiten des Vertragspartners grobe Fahrlässigkeit bezüglich des evident pflichtwidrigen Verhaltens des Stellvertreters vor, so ist die Vertretungsmacht gemäß § 242 ausgeschlossen.²²

d) Bei Irrtumsfällen im Rahmen der Stellvertretung sind zwei Konstellationen klausurrelevant. 8

aa) Der **Stellvertreter irrt** bei Abgabe der Willenserklärung. Der Vertretene, dem die Willenserklärung gemäß § 164 Abs. 1 zugerechnet wird, kann diese gemäß § 119 anfechten, obwohl er sich nicht geirrt hat. Denn über § 166 Abs. 1 Var. 1 wird der Irrtum des Stellvertreters dem Vertretenen zugerechnet.

bb) Hat sich der **Vertretene bei Erteilung der Vollmacht** (§ 167) **geirrt**, so kann er diese Vollmachterteilung als seine Willenserklärung gemäß § 119 anfechten. Selbst wenn zwischenzeitlich der Stellvertreter einen Vertrag für den Vertretenen zustande gebracht hat, entfällt dann nach h.M. rückwirkend der Vertrag, da es gemäß § 142 so anzusehen ist, als habe der Stellvertreter niemals Vollmacht gehabt.²³ Problematisch – und für die Anwaltsklausur wichtig – ist dann, wem gegenüber die Anfechtung zu erklären ist: Nach h.M. bei erteilter Außenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Var. 2) gegenüber dem Vertragspartner, § 143 Abs. 2. Bei Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Var. 1) Anfechtung gegenüber dem Stellvertreter. Ebenso problematisch und umstritten ist, von wem der (ursprüngliche) Vertragspartner – sofern jetzt nicht der Rechtsschein einer Vollmacht vorliegt – den Vertrauensschaden ersetzt bekommt: Gemäß § 179 Abs. 2 vom Stellvertreter, welcher sich dann über § 122 den gezahlten Schadensersatz vom Vertretenen wiederholen müsste? Dies ist jedoch nicht nur umständlich, sondern führt auch dazu, dass der Stellvertreter das Liquiditätsrisiko des Vertretenen trägt. Deswegen befürwortet die h.M. einen direkten Schadensausgleich zwischen dem (ursprünglichen) Vertragspartner und dem Vertretenen aus § 122 (analog). Dann wird der Stellvertreter aus der Abwicklung herausgehalten (alles streitig²⁴).

4. Fehlen der Vertretungsmacht

Fehlt die Vertretungsmacht des Stellvertreters, so ist zu überlegen, ob **Rechtsschein einer Vertretungsmacht** angenommen werden kann: §§ 170 ff. regeln Spezialfälle des Rechtsscheins einer Vollmacht. Hauptfall § 172 Abs. 2: Solange eine Vollmachtsurkunde im Umlauf ist, gilt die Vollmacht als fortbestehend. Gleiches gilt kraft Rechtsschein im Handelsregister, § 15 HGB. Andernfalls ist mit den allgemeinen Instituten Anscheins- und Duldungsvollmacht zu arbeiten.²⁵ Duldet der Vertretene wesentlich das Auftreten des Stellvertreters, ohne einzuschreiten, liegt Duldungsvollmacht vor. Schreitet hingegen der Vertretene nicht ein, obwohl er hätte wissen müssen, dass jemand in seinem Namen auftritt, so liegt Anscheinsvollmacht vor (regelmäßig mehrfaches Auftreten als Stellvertreter erforderlich).

Klausurhinweis: Die vorstehenden Grundsätze sind auf die Prozessvollmacht nicht anzuwenden. Denn Erlöschen und Fortbestand sind abschließend in §§ 86 ff. ZPO geregelt!

Schließlich kann sich Vertretungsmacht auch kraft Genehmigung gemäß § 177 ergeben (beachte hierzu wiederum die Sondervorschrift § 89 ZPO!).

²¹ Palandt/Ellenberger § 164 BGB Rn. 13.

²² Palandt/Ellenberger § 164 BGB Rn. 14; Einzelheiten str.: Rn. 14 b.

²³ Palandt/Ellenberger § 167 BGB Rn. 3.

²⁴ Palandt/Ellenberger § 167 BGB Rn. 3.

²⁵ Palandt/Ellenberger § 172 BGB Rn. 6 ff.

5. Persönliche Haftung des Stellvertreters

- 9 Grundsätzlich haftet der Stellvertreter persönlich nicht, da er ja im fremden Namen auftritt.

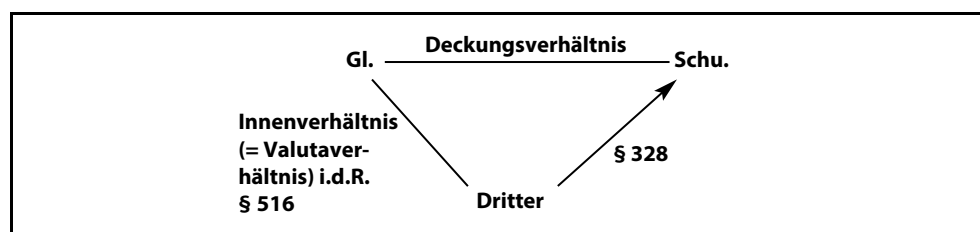
a) Hat der **Stellvertreter ohne Vertretungsmacht** gehandelt, haftet er jedoch gemäß **§ 179 Abs. 1** wahlweise auf Erfüllung oder Schadensersatz. Ein etwaiges Anfechtungs- oder Widerrufsrecht kann nun der Vertreter anstelle des Vertretenen ausüben.²⁶ Hat der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt, so haftet er gemäß § 179 Abs. 2 nur auf den Vertrauensschaden. Er haftet gemäß § 179 Abs. 3 gar nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste oder der Stellvertreter beschränkt geschäftsfähig ist (Minderjährigenschutz).

b) Ein Stellvertreter kann, auch wenn er Vertretungsmacht hat, persönlich wegen Schadensersatz aus **§ 280 Abs. 1** belangt werden, wenn gemäß **§ 311 Abs. 3** ein besonderes Schuldverhältnis direkt zwischen Stellvertreter und Vertragspartner besteht. D.h., wenn der Stellvertreter ein besonderes Vertrauen erzeugt hat (z.B. Gebrauchtwagenhändler, der nur als Vermittler auftritt, tritt als besonders fachkundig auf). Da der Wortlaut des § 311 Abs. 3 nicht abschließend ist, wird als weitere Fallgruppe angesehen, dass der Stellvertreter ein unmittelbares, eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Vertrag, den er zustande bringt, aufweist. Zu den Besonderheiten der Sachwalter- und Prospekthaftung empfiehlt sich in der Klausur der Blick in den Palandt.²⁷

IV. Besondere Schuldverhältnisse mit Drittbeteiligung

1. Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328 ff.

- 10 Gemäß § 328 Abs. 1 hat der Dritte beim echten Vertrag zugunsten Dritter einen eigenen Erfüllungsanspruch. Zu beachten ist, dass § 328 keine Anspruchsgrundlage darstellt, sondern immer i.V.m. dem Vertrag, der zugunsten des Dritten geschlossen wurde, z.B. Sparvertrag, genannt werden muss. Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter ist hingegen der Schuldner lediglich berechtigt, an den Dritten mit schuldbefreiender Wirkung zu leisten.²⁸ Was gewollt ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, § 328 Abs. 2. Möglich ist auch ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, § 331, z.B. bei einer Lebensversicherung. Da der Dritte nur eine abgeleitete Position hat, kann ihm der Schuldner gemäß § 334 alle Einwendungen und Einreden, die er gegenüber dem Vertragspartner hat, entgegenhalten.



2. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

- 11 Dieses nicht geregelte Institut begründet keine Erfüllungsansprüche für den Dritten. Der Dritte soll lediglich in die Schutz- und Sorgfaltspflichten einbezogen sein. Ge-

²⁶ Palandt/Ellenberger § 179 BGB Rn. 5.

²⁷ Palandt/Grüneberg § 311 BGB Rn. 67–71.

²⁸ Palandt/Grüneberg Einf. v. § 328 BGB Rn. 1.

schiebt dies nicht, kann der Dritte dann nur Schadensersatzansprüche geltend machen. Anspruchsgrundlage ist dann § 280 Abs. 1, sofern der Vertrag mit Schutzwirkung nicht besondere Schadensersatzansprüche produziert. Zu beachten ist, dass diese Grundsätze bereits beim vorvertraglichen Schuldverhältnis gelten, z.B. Mutter geht mit 4-jährigem Kind in den Supermarkt; Kind wird durch umstürzendes Regal verletzt.

Zu den Voraussetzungen dieses gewohnheitsrechtlichen Instituts später noch genauer, s. Rn. 120/121.

3. Besonderes Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 3

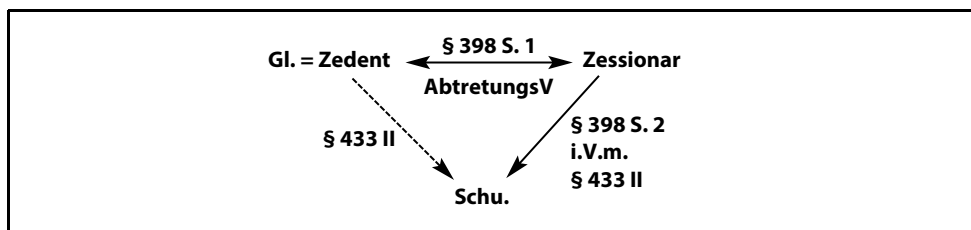
Gemäß § 311 Abs. 3 entsteht auch zu Personen, die nicht Vertragspartei werden sollen, ein besonderes Schuldverhältnis, wenn diese besonderes Vertrauen erzeugt haben, z.B. durch Auftreten als besonders fachkundig. Dies gilt nicht nur für Stellvertreter (s.o. Rn. 9), sondern auch für Vermittler und ähnliche Personen. Gleiches gilt, wenn der Dritte an dem Vertrag, den er zustande bringt, ein eigenes, unmittelbares Interesse hat. Die Vorschrift ist als Sondervorschrift eng auszulegen. In der Klausur: Blick in den Palandt.²⁹

12

V. Ansprüche aus abgetretenem Recht, § 398 S. 2

Sofern keine direkte Vertragsbeziehung besteht, lassen sich vertragliche Ansprüche ggf. aus abgetretenem Recht herleiten.

13



Prüfschema: Anspruch aus abgetretenem Recht, z.B. § 433 Abs. 2, § 398 S. 2

1. Abtretungsvertrag Zedent–Zessionar, § 398 S. 1

2. Abgetretene Forderung, z.B. aus § 433 Abs. 2, besteht

3. Kein Abtretungsverbot, §§ 399, 400

- a) § 399 Var. 1: höchstpersönliche Forderungen
- b) § 399 Var. 2: Abtretungsverbot vereinbart
 - Ausnahme: § 354 a Abs. 1 HGB
 - Rückausnahme: § 354 a Abs. 2 HGB
- c) § 400: unpfändbare Forderung, §§ 850 ff. ZPO

4. Kein Schuldnerschutz, §§ 404 ff.

1. Die Abtretung ist keine einseitige Willenserklärung; § 398 S. 1 stellt klar, dass es hierzu eines **Abtretungsvertrags** bedarf. Dieser ist grundsätzlich formfrei möglich. Ausnahme gemäß § 1154 bei Abtretung einer hypothekarisch gesicherten Forderung. Zum Verständnis: Da die Abtretung die Forderung überträgt, § 398 S. 2, ist dies

²⁹ Palandt/Grüneberg § 311 BGB Rn. 60 ff.

Prüfschema: Ansprüche aus AGG

1. Anwendungsbereich des AGG

a) **Persönlich, § 6 AGG:** AN/AG; beachte § 6 Abs. 3!

b) **Sachlich:**

- **Benachteiligung i.S.v. § 1 AGG im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1–4 AGG**
- **Ausnahme:**
 - Betriebliche Altersversorgung, § 2 Abs. 2 S. 2 AGG
 - BAG:⁵⁸² entgegen § 2 Abs. 4 AGG ist AGG auch bei Kündigungen zu berücksichtigen!

2. Verstoß gegen Benachteiligungsverbot

a) **Inhalt des Benachteiligungsverbots, § 7 i.V.m. § 1 AGG**

b) **Benachteiligung i.S.v. § 3 AGG**

- Unmittelbare oder mittelbare Belästigung oder Anweisung zur Benachteiligung
- Beweislast: Anspruchsteller muss Indizien für eine Benachteiligung darlegen und beweisen, § 22 AGG

c) **Rechtfertigung von Benachteiligungen**

- **§ 8 AGG:** berufliche Anforderungen
- **§ 9 AGG:** Religion/Weltanschauung (sog. Kirchenklausel)
- **§ 10 AGG:** Alter
- **§ 5 AGG:** Positive Ausgleichsmaßnahmen

3. Rechtsfolgen bei verbotswidriger Benachteiligung

a) **Allgemeine Sanktionen**

- **§ 7 Abs. 2 AGG:** Vereinbarung ist unwirksam
- **§ 13 AGG:** Beschwerderecht
- **§ 14 AGG:** Leistungsverweigerungsrecht
- **§ 16 AGG:** Maßregelungsverbot

b) **Entschädigung und Schadensersatz, § 15 AGG**

- **Schadensersatz, § 15 Abs. 1 AGG:** Verschulden erforderlich, wird aber vermutet
- **Entschädigung, § 15 Abs. 2 AGG:** verschuldensunabhängig!
- § 15 Abs. 3 AGG: bei Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen Haftung nur bei Vorsatz/grober Fahrlässigkeit
- § 15 Abs. 4 AGG: Ausschlussfrist: 2 Monate!
- **Allgemeine Ansprüche, z.B. § 280 Abs. 1 AGG:**
 - bleiben unberührt, § 15 Abs. 5 AGG

⁵⁸² BAG, Urt. v. 06.11.2008 – 2 AZR 701/07.