



Article scientifique

Article

2022

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Zur Haftung aus *c.i.c.* bei Anfechtung der betätigten Innenvollmacht

Forster, Doris

How to cite

FORSTER, Doris. Zur Haftung aus *c.i.c.* bei Anfechtung der betätigten Innenvollmacht. In: Archiv für die civilistische Praxis, 2022, vol. 222, n° 3, p. 428–455. doi: 10.1628/acp-2022-0017

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160568>

Publication DOI: [10.1628/acp-2022-0017](https://doi.org/10.1628/acp-2022-0017)

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 04.04.2025 15:02

Zur Haftung aus *c.i.c.* bei Anfechtung der betätigten Innenvollmacht

von Prof. Dr. *Doris Forster*, Genf

Inhaltsübersicht

<i>I. Problemaufriss</i>	428
<i>II. Ansichten der Literatur</i>	430
1. <i>Unzulässigkeit der Anfechtung der Innenvollmacht</i>	430
2. <i>Anspruch des Dritten nach § 122 BGB analog gegen den Vertretenen</i> ..	432
3. <i>Anspruch des Dritten allein gegen den Stellvertreter nach § 179 BGB</i>	434
4. <i>Bewertung</i>	435
<i>III. Bestätigung der Zulässigkeit der Anfechtung der Innenvollmacht</i>	436
1. <i>Die Vollmacht im Spannungsfeld von Drittwirkung und Privatautonomie</i>	436
2. <i>Kein Raum für eine Analogie zu § 122 BGB</i>	438
3. <i>Notwendige Trennung von Vollmacht und Vertretergeschäft bei Irrtümern des Vertretenen</i>	440
<i>IV. Ausgleich der Anfechtung mit den Verkehrsschutzinteressen</i>	442
1. <i>Anspruch des Dritten aus c.i.c. gegen den Vertretenen</i>	442
a) <i>Gründe für die Haftung aus c.i.c.</i>	443
b) <i>Sorgfaltswidrige Vollmachterteilung als Pflichtverletzung</i>	445
c) <i>Vorteile der Lösung mittels c.i.c. gegenüber einem Anspruch aus § 122 BGB analog</i>	447
d) <i>Informationspflicht</i>	447
2. <i>Anspruch aus § 179 BGB</i>	448
<i>V. Anfechtungsvoraussetzungen im Einzelnen</i>	451
1. <i>Anfechtung nach § 123 BGB</i>	452
2. <i>Anfechtung nach § 119 BGB</i>	453
<i>VI. Resultat</i>	454

I. Problemaufriss

Ein Streit, fast so alt wie das BGB, handelt von der Zulässigkeit der Anfechtung der betätigten Innenvollmacht und ihre möglichen Folgen.¹ Schließt ein durch Innenvollmacht bevollmächtigter Stellvertreter für den Vertretenen ei-

¹ Die erste Arbeit, die sich ausdrücklich gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der Anfechtung der Innenvollmacht wandte, stammt soweit ersichtlich aus dem Jahre 1908 von *Rosenberg* (*Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, 1908, 713 f.). Viele der von ihm

nen Vertrag mit einem Dritten (Vertragspartner) ab und nach Vertragsschluss stellt sich heraus, dass der Vertretene durch Irrtum, Drohung oder Täuschung zur Abgabe der Innenvollmacht veranlasst wurde, stellt sich die grundsätzliche Frage danach, ob die betätigte Innenvollmacht angefochten werden darf. Sofern man dies bejaht, ist weiter zu überlegen, wem gegenüber die Anfechtung erklärt werden muss und welche Rechtsfolgen eine wirksame Anfechtung nach sich zieht. Die Kritik an der Zulässigkeit der Anfechtung zielt im Wesentlichen darauf, dass der Stellvertreter in der Folge rückwirkend als *falsus procurator* gilt, seine Haftung nach § 179 BGB gegenüber dem Dritten aber als unangemessen empfunden wird. Auch die Interessen des Vertragspartners würden durch die Anfechtung verletzt, da er seinen Anspruch gegenüber dem Vertretenen verliert.

Im Wesentlichen haben sich drei Modelle zur Lösung der Problematik entwickelt. Nach einer Ansicht ist die Anfechtung der Innenvollmacht unzulässig, u.U. kann der Vertretene aber das Vertretergeschäft gegenüber dem Dritten anfechten. Eine zweite Ansicht hält an der Anfechtung der Innenvollmacht fest, gewährt indes dem Dritten den Anspruch nach § 122 BGB analog gegen den Vertretenen. Eine dritte Meinung befürwortet die gesetzliche Lösung, wonach die Vollmacht uneingeschränkt anfechtbar sei und der Stellvertreter dem Dritten nach § 179 BGB hafte.²

Vor dem Hintergrund des langanhaltenden Meinungsstreits möchte der vorliegende Beitrag zur Frage zurückführen, inwieweit die wiederholt vortragene Kritik an der gesetzlichen Lösung die in der Literatur entwickelten Lösungen tatsächlich zu stützen vermag und ob die dargestellten Interessenskonflikte *de lege lata* nicht auf anderem Wege besser aufgelöst werden können.³ Der hier vertretenen Ansicht nach wird die Systematik des BGB voreilig verlassen, wenn eine Bereichsausnahme für das Irrtumsrecht geschaffen wird, um dem Vertretenen die Anfechtung zu verweigern. Die partielle Abschirmung der Wirksamkeit der Vollmacht vom gesetzlichen Anfechtungsrecht kann bei Vorliegen von Willensmängeln eine unangemessene Belastung

angeführten Argumente gegen die Anfechtbarkeit der Innenvollmacht wurden später von der Literatur aufgenommen.

² Im Einzelnen dazu s. Abschnitt II.

³ Ausgeklammert von der Untersuchung werden die Anfechtung der Außenvollmacht und die Anfechtung der Innenvollmacht vor der Betätigung. Vor Betätigung ist diese grundsätzlich nach § 168 S. 2 BGB widerruflich. Vor ihrem Gebrauch gilt selbst eine unwiderrufliche Innenvollmacht als anfechtbar, da Interessen Dritter dadurch nicht beeinträchtigt werden: *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, 867; *Brox* JA 1980, 449, 450; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, 574; *Neuner/Wolf/Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, 632 Fn. 40. Gegen die Zulässigkeit der Anfechtung der Außenvollmacht: *Brox* (Fn. 3), 451.

des Selbstbestimmungsrechts des Vertretenen bedeuten, womit der Gesichtspunkt der Privatautonomie in den Mittelpunkt der Beurteilung rückt.

Auch wenn die Anfechtung der betätigten Innenvollmacht nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich zulässig ist, darf dabei auf einen angemessenen Verkehrsschutz nicht verzichtet werden. Es lohnt sich der Frage nachzugehen, ob eine sachgerechte Lösung allein in einer Analogie zu § 122 BGB gesehen werden kann. Dies muss verneint werden: Wenn der Vertretene die Vollmacht irrtümlich erteilt und dadurch eine Sorgfaltspflicht gegenüber dem zukünftigen Vertragspartner verletzt, so kann er zu einer Haftung gegenüber dem Vertragspartner nach den Grundsätzen der *c.i.c.* verpflichtet sein. Dieser Aspekt der vorvertraglichen Haftung wurde bisher nicht ausreichend gewichtet.⁴ Die Haftung aus *c.i.c.* führt – wie im Folgenden dargestellt wird – in der Konsequenz des individuellen Verschuldens als Haftungsvoraussetzung zu einem adäquateren Ausgleich als die objektive Haftung nach § 122 BGB analog, deren methodischen Voraussetzungen zu überprüfen sind.

II. Ansichten der Literatur

Zunächst sollen die von der Literatur aufgeworfenen Kritikpunkte an der gesetzlichen Lösung und die dazu entwickelten Lösungsansätzen dargestellt und überprüft werden.

1. Unzulässigkeit der Anfechtung der Innenvollmacht

Gewisse Kritikstimmen treten für die Unzulässigkeit der Anfechtung der Vollmacht ein, unter Umständen könne ihrer Ansicht nach der Vertretene aber das Vertretergeschäft anfechten.⁵ Die Konsequenz sei, dass der

⁴ Während die Informationspflicht des Anfechtenden in einem AcP-Beitrag von *Petersen* bereits erörtert wurde (*Petersen* AcP 2001, 375, 387), fehlt es bisher an einer vertieften Auseinandersetzung mit der Frage, ob auch die irrtümliche Bevollmächtigung eine vorvertragliche Haftung auslösen kann. Zustimmungme kurze Hinweise bei: *Ellenberger* in *Grüneberg*, BGB, 2022, § 167 Rn. 3; *Grigoleit/Herresthal*, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2021, 249 f. Ablehnender Hinweis bei: *Stüsser*, Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht, 1986, 52 Fn. 61.

⁵ *Eujen/Frank* JZ 1973, 232, 232 ff.; *Brox* (Fn. 3), 451 f.; *Prölss* JuS 25 (1985), 577, 582; *Palm* in: *Erman*, BGB, 2000, § 167 BGB Rn. 27; *Schack*, BGB – Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2019, Rn. 517; *de la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, 243 (nach *de la Durantaye* ist die Vollmacht keine Willenserklärung); *AK-BGB-Ott*, 1987, § 167 Rn. 15. Wie schon *Müller-Freienfels* (*Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, 402 ff.) hält *Flume* die strikte Trennung von Vertretergeschäft und Bevollmächtigung im Sinne des BGB-Gesetzgebers „schon im Ausgangspunkt“ für unrichtig

Vertretene die Anfechtung dem Vertragspartner gegenüber erklären müsse und dieser von ihm nach § 122 BGB Ersatz des Vertrauensschadens verlangen könne. Ein wesentlicher Vorteil dieser Lösung wird darin gesehen, dass eine Verlagerung des Insolvenzrisikos vom Vertragspartner auf den Stellvertreter vermieden werde.⁶ Da das Vertretergeschäft angefochten wird, lässt sich als Anfechtungsgegner der Vertragspartner systematisch nach § 143 II BGB bestimmen.⁷ Ein zusätzlicher Anspruch gegen den Stellvertreter nach § 179 BGB wird verneint.⁸ Durch die Sperrung des § 179 BGB soll gerade der Schutz des Stellvertreters vor Regressansprüchen erreicht werden.⁹ Da die Vollmacht nicht angefochten wurde, wäre er dogmatisch betrachtet auch nicht zum *falsus procurator* geworden. Gegen seine Gewährung spreche außerdem eine sonst übermäßige Bevorzugung des Vertragspartners, wenn er aufgrund der Anfechtung zwei Ansprüche gegen zwei unterschiedliche Schuldner habe.¹⁰

Hinsichtlich der Anfechtungsvoraussetzungen für das Vertretergeschäft werden innerhalb dieses Lösungsvorschlags unterschiedliche Kriterien genannt. Eine Grundüberlegung lautet, dass die Anfechtung des Vertretergeschäfts dann zulässig sei, wenn der Vertretene, hätte er selbst gehandelt, zur Anfechtung des Vertretergeschäfts berechtigt wäre. Irrtümer, die sich allein auf die Vollmacht beziehen, wie bspw. Eigenschaften des Stellvertreters, stellen sich danach als unerheblich dar.¹¹ Voraussetzung sei aber, dass der Wil-

und wendet sich gegen die „doktrinären Folgerungen aus der Repräsentationstheorie“ des BGB-Gesetzgebers: *Flume* (Fn. 3), 868. Auch *Beuthien* kommt als Vertreter der modernen Geschäftsherrntheorie zu dem Ergebnis, dass der Vertretene das Vertretergeschäft unmittelbar anfechten könne, da es seine eigene Willenserklärung sei. Der Stellvertreter sei bloßer Erklärungshelfer bzw. -mittler des Vertretenen: *Beuthien*, in: Festschrift für Dieter Medicus. Zum 70. Geburtstag, 1999, 1, 9. Ausdrücklich gegen die Anfechtung des Vertretergeschäfts: *Leptien* in: Soergel, BGB, 1999, § 166 Rn. 22; *Neuner/Wolf/Larenz* (Fn. 3), 632 Fn. 41; *Stüsser* (Fn. 4), 40.

⁶ *Flume* (Fn. 3), 873; *Brox* (Fn. 3), 450 f.

⁷ Ebenfalls schon *Rosenberg* (Fn. 1), 744; *Müller-Freienfels* (Fn. 5), 404 Fn. 30. *Prölss* und *Eujen/Frank* äußern sich dazu nicht ausdrücklich: *Eujen/Frank* (Fn. 5), 236; *Prölss* (Fn. 5). Nach *Flume* muss die Anfechtung zumindest auch dem Vertragspartner erklärt werden. Eine Anwendung von § 143 III 1 BGB lehnt er allerdings ab: *Flume* (Fn. 3), 870.

⁸ Hinsichtlich § 179 BGB meint *Müller-Freienfels*, dass diesem der Gedanke einer Verursachungshaftung des Stellvertreters für objektiv fehlerhaftes Verhalten zu Grunde liegt. Dies passe nicht zu dem hier diskutierten Fall: *Müller-Freienfels* (Fn. 5), 403 f.

⁹ *Erman-Palm* (Fn. 5), § 167 Rn. 27.

¹⁰ *Rosenberg* (Fn. 1), 727; *Flume* (Fn. 3), 873.

¹¹ *Rosenberg* (Fn. 1), 736; 742; *Eujen/Frank* (Fn. 5), 235; *Flume* (Fn. 3), 870 Fn. 31; *Brox* (Fn. 3), 452; *Prölss* (Fn. 5), 583; *Erman-Palm*, (Fn. 5), § 166 Rn. 18.

lensmangel auf das Vertretergeschäft „durchschlägt“, d.h. dass der Vertretene darauf Einfluss genommen hat.¹² Selbst im Fall der Täuschung des Vertretenen sei eine Anfechtung der Vollmacht nach manchen Befürwortern dieses Modells nicht zulässig.¹³

2. Anspruch des Dritten nach § 122 BGB analog gegen den Vertretenen

Das zweite Modell hält an der Anfechtbarkeit der Vollmacht fest, der Vertragspartner wird durch einen Anspruch aus § 122 BGB analog gegen den Vertretenen geschützt.¹⁴ Durch die Analogie soll eine Verlagerung des Einwendungs- und Insolvenzrisikos vom Vertretenen auf den Stellvertreter verhindert werden.¹⁵ Sie wird auch damit begründet, dass der Vertragspartner der

¹² *Eujen/Frank* sprechen in diesem Fall vom Stellvertreter mit „gebundener Marschroute“, der irrtumsbelasteten Weisungen im Rahmen des Vertretergeschäfts zu folgen hat. Nur in diesem Fall soll der Vertretene das Vertretergeschäft anfechten dürfen: *Eujen/Frank* (Fn. 5), 235 f. *Brox* als auch *Palm* ziehen hier ähnlich wie *de la Durantaye* in Hinblick auf die irrtümliche Weisung § 166 II BGB analog heran: *Brox* (Fn. 3), 451 f.; *de la Durantaye* (Fn. 5), 243 ff.; *Erman-Palm* (Fn. 5) § 166 Rn. 18.

¹³ Nach *Brox* berechtige zur Anfechtung des Vertretergeschäfts nur eine Täuschung des Vertretenen durch den Vertragspartner oder wenn der Vertragspartner die Täuschung durch einen anderen kannte bzw. kennen musste. Auch bei der Drohung scheidet eine Anfechtung der Vollmacht aus. Allenfalls sei das Vertretergeschäft anfechtbar, falls sich die Drohung darauf beziehe. Als Schutz des bedrohten Vollmachtgebers dienen einzig Ansprüche aus unerlaubter Handlung: *Brox* (Fn. 3), 453. Auch *Eujen/Frank* fordern für die Anfechtung, dass die Täuschung für den Abschluss des konkreten Ausführungsgeschäfts maßgebend gewesen sein muss. Bei einer Täuschung durch den Stellvertreter sei die Kenntnis des Vertragspartners nach § 123 II BGB Voraussetzung. Hat der Vertragspartner getäuscht, so gelte schlicht § 123 I BGB, wonach keine Kenntnis des Stellvertreters erforderlich sei: *Eujen/Frank* (Fn. 5), 236. Ähnlich einschränkend: *Pröls* (Fn. 5), 583.

¹⁴ Für die Zulässigkeit der Anfechtung der Vollmacht: *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, 518; *Soergel-Leptien* (Fn. 5), § 166 Rn. 22; *Petersen* (Fn. 4), 379 f.; *Pfeifer* JuS 2004, 694, 696; *Becker/Schäfer* JA 2006, 597, 600 f.; *Mock* JuS 2008, 391, 393; *Boecken*, BGB – Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, 373 f.; *Leipold*, BGB I: Einführung und allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, 398; *Maier-Reimer/Finkenauer* in: *Erman*, BGB, 2020, § 167 BGB Rn. 46; *Neuner/Wolf/Larenz* (Fn. 3), 632; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl. 2020, § 30 Rn. 31; *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 4), 247; *Mansel* in: *Jauernig/Stürner*, BGB, 2021, § 167 Rn. 11; *MüKoBGB/Schubert*, 2021, § 167 Rn. 48 f.; *BeckOK BGB/Schäfer*, 2022, § 167 Rn. 58; *Grüneberg-Ellenberger* (Fn. 4), § 167 Rn. 3. Einzig bei irreversiblen Lagen etwa beim langjährigen Vollzug von Dauerschuldverhältnissen, müsse eine Anfechtung nach *Schwarze* ausgeschlossen werden. Eine irreversible Lage sei mit dem Abschluss des Vertretergeschäfts jedoch noch nicht geschaffen; erforderlich sei mindestens dessen Vollzug: *Schwarze* JZ 2004, 588, 594.

¹⁵ Vgl. *Leipold* (Fn. 14), 398; *Schwarze* (Fn. 14), 594 f.

eigentlich „Betroffene“ sei, den § 122 BGB „in Wahrheit im Auge“ habe.¹⁶ Zu den Fragen, ob der Vertragspartner Anfechtungsgegner sei, ob er außerdem einen Anspruch aus § 179 BGB gegen den Stellvertreter habe¹⁷ und welche Anfechtungsgründe zulässig seien, bestehen verschiedene Ansichten. *Petersen* fordert für die Anfechtung „Fehleridentität“ bei Vollmacht und Vertretergeschäft; der „zur Anfechtung der Vollmacht berechtigende Mangel [muss sich] im Vertretergeschäft gleichsam abbilde[n]“,¹⁸ auch ein Irrtum über die Fachkunde des Stellvertreters könne daher zur Anfechtung des Vertretergeschäfts führen, wenn sich dieser Irrtum im Vertretergeschäft auswirke.¹⁹ Nach einer anderen Meinung innerhalb der Befürworter der Anfechtung der Vollmacht berechtige ein Irrtum über die Eigenschaften des Vertreters jedoch nicht zur Anfechtung, da der Vertretene sonst besserstehe, als wenn er selbst gehandelt hätte.²⁰ Bei der Frage nach dem Anfechtungsgegner wird innerhalb dieses Modells sowohl der Stellvertreter²¹ als auch der Vertragspartner als eigentlich Betroffener genannt;²² daneben wird eine zusätzliche Erklärung ge-

¹⁶ Soergel-*Leptien* (Fn. 5), § 166 Rn. 23. *Schwarze* weist darauf hin, dass der Vertretene durch die Bevollmächtigung einen ihm zurechenbaren Rechtsschein setze. Dies wertet er als „rechtsethisch stärker“ als die „sonstige Vertrauenshaftung“. Die Zurechnung erfolge darüber, dass der Vollmachtgeber den Drittbezug seiner Vollmachterteilung kenne; er müsse also damit rechnen, dass der Dritte auf die Wirksamkeit der Vollmacht vertraue: *Schwarze* (Fn. 14), 594 f.

¹⁷ Ansichten, die den Anspruch gegen den Stellvertreter nach § 179 BGB bejahen: Soergel-*Leptien* (Fn. 5), § 166 Rn. 23; *Mock* (Fn. 3), 393 f.; *Schwarze* (Fn. 34), 595; *Jauernig-Mansel* (Fn. 14), § 167 Rn. 11; *BeckOK-Schäfer* (Fn. 14), § 167 Rn. 58. *Petersen* geht von einer Gesamtschuldnerschaft von Stellvertreter und Vertretenem aus: *Petersen* (Fn. 4), 389. Andere Ansichten widersprechen dem, da der Vertragspartner sonst zu Unrecht privilegiert werden würde. Wäre der Vertrag wirksam, hätte er auch nur einen Anspruch gegen seinen Vertragspartner: *Bornemann AcP* 207 (2007), 102, 131; *Neuner/Wolf/Larenz* (Fn. 3), 633. *Hübner* lehnt einen zusätzlichen Anspruch gegen den Stellvertreter grundsätzlich ab. Er soll nur ausnahmsweise nach § 179 BGB haften, wenn er den Mangel der Vollmacht kannte oder kennen musste: *Hübner* (Fn. 14), 519. Auch *Grigoleit/Herresthal* sprechen sich für eine teleologische Reduktion aus, wenn dem Vertragspartner bereits ein Anspruch gegen den Vertretenen zusteht. § 179 BGB sieht eine Haftung des Stellvertreters anstelle des Vertretenen vor: *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 4), 251.

¹⁸ *Petersen* (Fn. 4), 380. Die Fehleridentität hält *Petersen* auch für die Anfechtung nach § 123 BGB erforderlich, die Täuschung muss im Vertretergeschäft „konkret fortwirken“. Die Interessen des Geschäftsgegners werden über § 179 BGB geschützt. Der Vertragspartner setzt sich allein mit dem Stellvertreter auseinander: *Petersen* (Fn. 4), 384 f.

¹⁹ Für die Zulässigkeit der Anfechtung auch wegen Irrtümer über die Eigenschaften des Stellvertreters plädiert *Schubert*: *MüKo-Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 52.

²⁰ *Neuner/Wolf/Larenz* (Fn. 3), 633.

²¹ *Hübner* (Fn. 14), 519; *Mock* (Fn. 14), 393; Soergel-*Leptien* (Fn. 5), § 166 Rn. 22; *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 4), 248; *BeckOK-Schäfer* (Fn. 14), § 167 Rn. 60.

²² *Becker/Schäfer* (Fn. 14), 600; *Leipold* (Fn. 14), 398.

genüber dem Stellvertreter gefordert,²³ auch ein Wahlrecht des Anfechtenden entsprechend § 143 III 1 i.V.m. § 168 S. 3 BGB wird nicht ausgeschlossen.²⁴ Nicht überzeugen kann es, wenn der Vertragspartner (nur) deshalb als Anfechtungsgegner gelten soll, damit ihm der Anspruch aus § 122 BGB gegen den Vertretenen zustehe.²⁵ Das gewünschte Ergebnis ist nicht über eine „Korrektur“ des Anfechtungsgegners zu erreichen. Der Anspruch aus § 122 BGB steht grundsätzlich dem Empfänger der angefochtenen Willenserklärung zu, nicht dem Empfänger der Anfechtungserklärung.²⁶

3. Anspruch des Dritten allein gegen den Stellvertreter nach § 179 BGB

Doch gibt es auch eine dritte Meinung, die an der gesetzlichen Lösung des BGB festhält, wonach die Anfechtung der betätigten Innenvollmacht zulässig sei, von einer Analogie zu § 122 BGB aber absieht.²⁷ Anfechtungsgegner im Rahmen der Vollmachtsanfechtung sei der Stellvertreter, der nach § 179 BGB dem Vertragspartner hafte, da er ihm gegenüber zumindest konkludent behaupte, mit Vertretungsmacht zu handeln.²⁸ Die Unterstützer argumentieren, es bestehe kein Grund, den Stellvertreter im Fall der Anfechtung stärker zu schützen als im Fall anderer Unwirksamkeitsmängel der Vollmacht. Immerhin gewähre ihm der Gesetzgeber nach § 122 BGB einen Anspruch auf

²³ *Schwarze* (Fn. 14), 595. Nach *Flume* muss die Anfechtung auch dem Vertragspartner erklärt werden, da der Stellvertreter ihm die Innenvollmacht quasi als Bote übermittelt: *Flume* (Fn. 3), 870 f. Dagegen wurde schon von *Canaris* vorgetragen, dass dann jede Innenvollmacht gleichzeitig Außenvollmacht wäre: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 546 Fn. 27; *Canaris* zustimmend: *Stüsser* (Fn. 4), 43. Zutreffend wendet *Schubert* hier ein, dass die Innenvollmacht nicht an den Vertragspartner gerichtet sei und es sich daher um keine Botenschaft handle: *MüKo-Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 50.

²⁴ *Pfeifer* (Fn. 14), 699; *Jauernig-Mansel* (Fn. 14), § 167 Rn. 11. In § 168 S. 3 BGB ist die Erklärung des Widerrufs geregelt, welcher dabei auf § 167 BGB über die Erteilung der Vollmacht als Außen- oder Innenvollmacht verweist. Danach kann der Widerruf entweder gegenüber dem Stellvertreter oder dem Vertragspartner erklärt werden. Gegen die Verwendung von §§ 167 I, 168 S. 3 BGB und für die Anwendung von § 143 BGB als speziellere Vorschrift: *MüKo-Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 50. Für eine Lösung nach § 143 IV BGB analog: *Stadler* (Fn. 14), § 30 Rn. 31.

²⁵ So aber: *Erman-Maier-Reimer/Finkenauer* (Fn. 14), § 167 BGB Rn. 46; *HK-BGB/Dörner*, 2017, § 167 Rn. 4.

²⁶ So auch: *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 4), 248.

²⁷ Für die gesetzliche Lösung: *Stüsser* (Fn. 4), 77; *Schilken* in: *Staudinger, BGB*, 2019, § 167 Rn. 78 f.; *Benedict*, *culpa in Contrahendo*, 2018, 100; *Bork* (Fn. 3), 579 f.

²⁸ *Stüsser* (Fn. 4), 47.

Ersatz des Vertrauensschadens gegen den Vertretenen.²⁹ Eine Haftung nach § 122 BGB des Vertretenen gegenüber dem Vertragspartner scheidet aus, da der Vollmachtgeber diesem gegenüber keinen Vertrauenstatbestand geschaffen habe; dieses Vertrauen sei allerdings Grundlage der Haftung.³⁰ Eine Kumulierung der Ansprüche aus § 179 BGB und § 122 BGB würde den Vertragspartner außerdem ohne Grund privilegieren.³¹

4. Bewertung

Bei der Versagung der Anfechtung der Innenvollmacht im ersten Modell zeigt sich eine einseitige Tendenz zu Lasten der Privatautonomie des Vertretenen, dies wird offensichtlich, wenn ihm sogar im Fall der Täuschung die Anfechtung versagt werden soll.³² Gestattet man stattdessen die Anfechtung des Vertretergeschäfts, so wird die Trennung von Vollmachtserklärung und Vertretergeschäft missachtet. Zudem wird in der Konsequenz die Willenserklärung des Stellvertreters zu der des Vertretenen gemacht und damit der Stellvertreter zum Boten herabgestuft.³³

Dieser grundsätzlichen Kritik am ersten Modell begegnet das zweite Modell, das, – allerdings nur im Ausgangspunkt – auf die Systematik des BGB beharrt, an der Anfechtbarkeit der Vollmacht als Willenserklärung festhält. Im Folgenden führt das Modell wie bei der Frage nach dem Anfechtungsgegner zu vielen Abweichungen von den Anfechtungsregeln des BGB. Auch kommt sie nur im Wege der Analogie – deren Voraussetzungen noch zu überprüfen sind – zum Direktanspruch des Vertragspartners nach § 122 BGB gegen den Vertretenen.

Das erste Lösungsmodell, das die Anfechtung des Vertretergeschäfts befürwortet, steht nur in einem Punkt in Konflikt mit den allgemeinen Regeln des BGB: Es erklärt das Vertretergeschäft anstelle der betätigten Innenvollmacht für anfechtbar. Abgesehen hiervon fügt sich dieses Modell zwanglos in die Systematik des BGB ein: Da das Vertretergeschäft angefochten wird, ist der Vertragspartner der Anfechtungsgegner. Als Anfechtungsgegner kann er nach § 122 BGB vom Vertretenen den Vertrauensschaden verlangen.

Trotz des grundlegenden Ausgangswiderspruchs führen die beiden Modelle zu ähnlichen Ergebnissen: Nach beiden Modellen hat der Vertragspart-

²⁹ Bork (Fn. 3), 579.

³⁰ Stüsser (Fn. 4), 50 f.

³¹ Staudinger-Schilken (Fn. 27), § 167 Rn. 82.

³² Ein höchstrichterliches Urteil zur Klärung der Frage der Zulässigkeit der Anfechtung fehlt. Die Anfechtung der Vollmacht nach § 123 BGB ist aber nach BGH NJW 1989, 2879, 2880 nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

³³ So auch: Petersen (Fn. 4), 377.

ner einen Anspruch gegen den Vertretenen (aus § 122 BGB bzw. aus § 122 BGB analog). Die Frage, ob dem Vertragspartner zusätzlich ein Anspruch aus § 179 BGB gegen den Stellvertreter zusteht, wird im ersten Modell abgelehnt, aber auch im zweiten Modell überwiegend verneint. Nach dem ersten Modell ist der Vertragspartner der Anfechtungsgegner; das Informationsbedürfnis des Vertragspartners wird aber auch im zweiten Modell mitunter berücksichtigt, indem gefordert wird, (auch) ihm gegenüber die Anfechtung zu erklären oder ihn zumindest über die Anfechtung zu informieren. Somit sind die praktischen Konsequenzen des Meinungsstreits gering.

Anders ist es beim dritten Modell, das an der gesetzlichen Lösung festhält und dem Dritten keinen Anspruch gegen den Vertretenen gewährt. Diese Ansicht nimmt als einzige von den genannten Modellen eine Verlagerung des Insolvenzrisikos auf den Stellvertreter in Kauf.

Auch nach der hier vertretenen Ansicht ist an der Zulässigkeit der Anfechtung der betätigten Innenvollmacht, wie sie sich aus dem Gesetz ergibt, festzuhalten. Der Schutz des Vertragspartners wird indes nicht über eine methodisch fragwürdige Analogie des § 122 BGB erreicht, sondern nach den Grundsätzen der vorvertraglichen Haftung. Dadurch wird eine Verlagerung des Insolvenzrisikos auf den Stellvertreter vermieden. Der wesentliche Vorteil der Haftung aus *c.i.c.* gegenüber der Haftung aus § 122 BGB ist ihre Verschuldensabhängigkeit, die es erlaubt, die jeweiligen Umstände für die Anfechtung in die Haftungsfrage miteinzubeziehen. Die Begründung dieser Lösung wird im Folgenden näher ausgeführt.

III. Bestätigung der Zulässigkeit der Anfechtung der Innenvollmacht

1. Die Vollmacht im Spannungsfeld von Drittwirkung und Privatautonomie

Die Privatautonomie ist Grundlage und zugleich Bedingung des Zivilrechts, Ausprägungen davon sind die positive und die negative Vertragsfreiheit.³⁴ Dieser Grundsatz gilt auch für die Stellvertretung. Durch die Vertretung hat der Vertretene einerseits die Möglichkeit seinen Aktionsradius zu vergrößern, indem er eine andere Person autorisiert, verbindliche Rechtsgeschäfte für ihn abzuschließen.³⁵ Voraussetzung hierfür ist die Vollmachterteilung. Dieses voluntative Element entscheidet, ob und inwieweit das rechtsge-

³⁴ Art. 2. I GG; siehe auch: BVerfGE 8, 274; BVerfGE 95, 267.

³⁵ *Schilken*, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983, 22; *Stüsser* (Fn. 4), 39 mit weiteren Nachweisen in Fn. 52.

schäftliche Handeln des Stellvertreters dem Vertretenen zugerechnet werden kann. Der Grundsatz der Privatautonomie schützt andererseits aber auch vor Fremdbestimmung und damit vor Verträgen zu Lasten Dritter.³⁶ Eine Zurechnung des vollmachtlosen Vertreterhandelns würde den Vertretenen in seiner negativen Vertragsfreiheit verletzen.³⁷

Im Fall einer willensmangelhaften Vollmacht steht ihr Inhalt im Widerspruch zum wahren Willen des Erklärenden und damit verletzt auch sie sein Selbstbestimmungsrecht. Für eine solche Vollmacht lässt sich daher folgern, dass sie den Anforderungen an eine selbstbestimmte Stellvertretung grundsätzlich nicht genügt. Die Verletzung der Privatautonomie bei Erteilung der fehlerhaften Vollmacht kann sich im Vertretergeschäft fortsetzen. Daher muss dem Vertretenen, der bei Erteilung der Vollmacht einem Willensmangel unterlag, die Lossagung von seiner Willenserklärung im Wege der Anfechtung auch nach Betätigung der Vollmacht gestattet bleiben. Auf diesem Weg kann seine negative Vertragsfreiheit bewahrt werden.

Das Anfechtungsrecht ist indes keine einseitige Privilegierung des Vertretenen. Der Verkehrsschutz wird bereits durch mehrere Einschränkungen des Irrtums- und Anfechtungsrechts berücksichtigt. Zum einen ist die Willenserklärung nicht wie von der ersten Kommission noch vorgesehen³⁸ von vornherein nichtig, sondern nur anfechtbar. Der Erklärungsgegner wird wie bekannt durch die Anfechtungsfrist und die Beschränkung auf wenige, objektiv relevante³⁹ Irrtümer geschützt.⁴⁰ Wesentliches Element des Verkehrsschutzes

³⁶ Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, 15.

³⁷ Die Wesentlichkeit des voluntativen Beitrags des Vertretenen wird bspw. bei den Beschränkungen von unwiderruflichen Vollmachten und Zwangsvertretungen deutlich: *Marten AcP* 177 (1977), 113, 146 ff. Bei der gesetzlichen Stellvertretung sind Brüche mit der Privatautonomie des Vertretenen unausweichlich: BeckOK-*Schäfer* (Fn. 14), § 164 Rn. 16.

³⁸ § 98 des Entwurfs I als Ausdruck des Willensdogmas: „Beruht der Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn [...]“. Den Protokollen zum zweiten Entwurf zufolge sei es nicht einzusehen, weshalb sich auch der Erklärungsempfänger oder jeder Dritte auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und damit auf den Irrtum berufen können soll. Das Wirksambleiben der Willenserklärung sei hingegen auch dem Anfechtungsgegner zuzumuten (Prot. I 221 = *Mugdan* I, 715). Zur Entstehungsgeschichte: *Höpfner AcP* 212 (2012), 853, 859 ff.

³⁹ Die Aufhebung wegen allein subjektiv erheblicher Irrtümer muss der Verkehr nicht erdulden. Auch die ökonomische Analyse hält diese Objektivierung der Irrtumsanfechtung für sinnvoll, da sie davon ausgeht, dass der objektive Dritte die Anfechtung nach einer ökonomischen Abwägung nur vornehmen würde, wenn diese effizient ist: vgl. *de la Durantaye* (Fn. 5), 269 f.

⁴⁰ Wäre jede Art von Irrtum beachtlich, würde dies zu „unleidlichen Folgen“ führen und wäre mit der „im Verkehrsinteresse liegenden thunlichsten Aufrechterhaltung

ist indes die Pflicht, den auf das Erfüllungsinteresse begrenzten Vertrauensschaden des Anfechtungsgegner zu ersetzen. Diesen „Preis“ der Anfechtung zahlt der anfechtende Vertretene dem Stellvertreter nach § 122 BGB. In der Konstellation der Anfechtung der betätigten Innenvollmacht ist zusätzlich ein Dritter, der Vertragspartner, mittelbar von der Anfechtung betroffen. Auch er ist infolge der Anfechtung benachteiligt, da er seinen Erfüllungsanspruch gegenüber dem Vertretenen verliert. Seinem Schutz dienen die Regeln der *c.i.c.*, wodurch er weiterhin einen Anspruch gegen seinen Vertragsschuldner behält (s. IV. 1.).

Aus diesen Gründen überzeugen die gegen die Anfechtbarkeit der Innenvollmacht vorgetragene Einwände mit Blick auf den Verkehrsschutz nicht, wie etwa der eines „Reuerecht[s]“ des Vertretenen,⁴¹ obwohl der Irrtum aus der Sphäre des Vertretenen stamme.⁴² *Eujen/Frank* und *Ott* ziehen gar den „Gedanken“ des § 278 BGB heran.⁴³ Dieser Einwand lässt sich schon damit widerlegen, dass das Anfechtungsrecht nicht an ein Verschulden anknüpft. Der Anfechtende zahlt für die Loslösung vom Irrtum verschuldensunabhängig den Ersatz des Vertrauensschadens (§ 122 BGB). Dies allein ist das dem Anfechtenden vom Gesetz zugewiesene Irrtumsrisiko und nicht etwa die Unanfechtbarkeit.⁴⁴ Ebenso wenig kann unterstellt werden, dass der Vertretene sich vom Vertretergeschäft lösen wolle, weil er den Abschluss „bereue“. Die Anfechtung setzt einen erheblichen Willensmangel, welcher kausal für das Rechtsgeschäft wurde, voraus. Aus rein wirtschaftlichen oder privaten Gründen – wie die Formulierung „Reuerecht“ suggeriert – kann eine Anfechtung also ohnehin nicht erfolgen.

2. Kein Raum für eine Analogie zu § 122 BGB

Kritiker der gesetzlichen Lösung halten dem Gesetzgeber – zu Unrecht – vor, er habe die besondere Situation einer Drittwirkung der Anfechtung nicht bedacht. Sie sehen die Interessen des Dritten nicht ausreichend geschützt und wenden § 122 BGB analog an – eine planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung einer Analogie⁴⁵ liegt hier allerdings nicht vor.

der Rechtsgeschäfte nicht vereinbar“, schrieb bereits die erste Kommission, Mot. I 197 = *Mugdan* I, 461.

⁴¹ *Gröschler*, BGB Allgemeiner Teil, 2019, Rn. 684.

⁴² *Eujen/Frank* (Fn. 5), 235; vgl. *Brox* (Fn. 3), 451; *Prölss* (Fn. 5), 582 f.

⁴³ *Eujen/Frank* (Fn. 5), 235; AK-BGB-*Ott* (Fn. 5), § 167 Rn. 15.

⁴⁴ So auch: *Schwarze* (Fn. 14), 592.

⁴⁵ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, 191 und 202; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2016, 204 f. und 211.

Brox verweist zur Stützung dieses historischen Arguments verfehlt auf Mot. I 219 = *Mugdan* I, 474.⁴⁶

Mot. I 219 = *Mugdan* I, 474

„Ferner wird, soweit eine anfechtbare Vollmachtsertheilung in Frage steht, der Dritte, der mit dem Bevollmächtigten in Verkehr getreten ist, der Regel nach durch die §§ 120, 121 geschützt sein.“

Die in Mot. I 219 = *Mugdan* I, 474 genannten §§ 120–121 BGB entsprechen §§ 171–173, 175, 176 BGB in der heutigen Fassung. Der historische Gesetzgeber verweist den Vertragspartner im Fall der Anfechtung also auf die Möglichkeiten der besonderen Kundgabe der Vollmacht oder einer Vollmachtsurkunde. So hätte der Dritte die Anfechtung der Vollmacht vermeiden können. Die Quelle zeigt, dass der Gesetzgeber das Problem der Drittwirkung der Anfechtung der Stellvertretung bedacht hat. Lediglich der Schutz für den Dritten durch den Gesetzgeber ist gering: Der Dritte darf eben nicht auf eine formlose Innenvollmacht vertrauen. Das erhöhte Risiko bei einer reinen Innenvollmacht wird dem Dritten zugewiesen. Er selbst hat dafür Sorge zu tragen, einen besseren Schutz durch die ebenfalls vom Gesetzgeber vorgesehenen Mittel in §§ 171 ff. BGB zu erlangen. Tut er dies nicht, trägt er die Gefahr der Anfechtung. Somit liegt aus historischer Sicht schon keine planwidrige Regelungslücke vor.

Die scharfe Trennung von Vollmacht und Vertretergeschäft hinsichtlich der jeweils damit verbundenen Irrtümer wurde ebenfalls bereits von der zweiten Kommission hinterfragt. Folgender Änderungsantrag wurde eingereicht, aber abgelehnt.

Prot. I 288 f. = *Mugdan* I, 738

6. Die §§ 117, 118 zu streichen und als § 119a aufzunehmen:

„Willensmängel des Rechtsgeschäfts, durch welches die Vollmacht erteilt ist, wirken in Ansehung eines von dem Bevollmächtigten oder gegenüber demselben vorgenommenen Rechtsgeschäfts in gleicher Weise, wie wenn das Rechtsgeschäft von dem Vollmachtgeber oder gegenüber demselben vorgenommen wäre.“

Die Kom. lehnte die Anträge 6 ab, [...].

Nach diesem Antrag sollten also Willensmängel des Vertretenen bei der Vollmachterteilung auch für die Beurteilung des Vertretergeschäfts relevant werden. Es sollte also nicht allein auf die Irrtümer des Stellvertreters ankommen. Der Antrag wurde jedoch mit folgender Begründung abgelehnt:

⁴⁶ *Brox* (Fn. 3), 451.

Prot. I 290 = *Mugdan* I, 739

„[...] so ging der Antragssteller von einer vom Entw. wesentlich abweichenden Auffassung des Verhältnisses zwischen der Vollmachterteilung und dem auf Grund der Vollmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfte aus. Während der Entw. in diesen beiden Willenserklärungen zwei selbstständige Rechtsgeschäfte erblickt, welche auch bezüglich des Einflusses von Willensmängeln jedes für sich zu beurtheilen sind.“

Der damit eingeschlagene Weg des Gesetzgebers zeigt sich in § 166 I BGB für das Vertretergeschäft.⁴⁷ Der Wille des historischen Gesetzgebers ist also deutlich: Die Vollmachterteilung und das Vertretergeschäft sind zu trennen – Willensmängel im Rahmen des einen Rechtsgeschäfts wirken sich nicht auf das andere Rechtsgeschäft aus.⁴⁸ Das Ergebnis der Risikoverteilung entspricht dem Willen des Gesetzgebers.⁴⁹ Man kann diese Entscheidung als Doktrinarismus oder als unrichtig bezeichnen (so *Flume*⁵⁰), aber man kann dem historischen Gesetzgeber nicht den Vorwurf der Ignoranz machen. Mangels einer planwidrigen Regelungslücke besteht also kein Raum für eine analoge Anwendung des § 122 BGB gegen den Vertretenen.

3. Notwendige Trennung von Vollmacht und Vertretergeschäft bei Irrtümern des Vertretenen

Eine Regelung zum Umgang mit Irrtümern in Bezug auf das Vertretergeschäft findet sich in § 166 I BGB, wonach stets auf den Stellvertreter abzustellen ist, wenn es auf Willensmängel, Kenntnis und Kennenmüssen im Rahmen des Vertretergeschäfts ankommt. § 166 I BGB lässt aber, anders als die Gegenmeinung behauptet, keine Rückschlüsse auf die Anfechtung der Vollmacht zu, da es sich um keine abschließende Regelung handelt. Nach der Gegenauffassung sollen nach § 166 I BGB einzig und allein die Irrtümer des Stellvertreters für die Wirksamkeit des Vertretergeschäfts relevant sein, weshalb im Umkehrschluss Irrtümer des Vertretenen im Rahmen der Vollmacht unbeachtlich seien. Es wäre ungerecht, wenn sich der Vertretene über § 166 I BGB hinaus zusätzliche Anfechtungsmöglichkeiten verschaffen könne, so *Eujen/Frank*⁵¹ und *Brox*.⁵² § 166 I BGB ist allerdings keine abschließende Re-

⁴⁷ *Schwarze* (Fn. 14), 592.

⁴⁸ *Stüsser* (Fn. 4), 34.

⁴⁹ *Bork* (Fn. 3), 575.

⁵⁰ *Flume* (Fn. 3), 868.

⁵¹ *Eujen/Frank* (Fn. 5), 235.

⁵² *Brox* (Fn. 3), 451. *Pröls* meint, dass dem Dritten durch die Einschaltung des Stellvertreters keine Nachteile erwachsen dürfen. Daher kann es nur auf die Irrtümer ausschließlich einer Person, also entweder des Stellvertreters oder des Vertretenen, an-

gelung. Sie gilt für das Vertretergeschäft, lässt aber keine Rückschlüsse auf die Vollmacht zu (s. Prot. I 290 = *Mugdan* I, 739).⁵³ Vielmehr beinhaltet die Entscheidung in § 166 BGB einen normativen Gedanken: „wer einen anderen mit Entscheidungsgewalt betraut, um sich über ihn am Rechtsverkehr zu beteiligen, [muss] auch dessen Willensmängel und Kenntnisse gegen sich gelten lassen.“⁵⁴ Irrtümer des Vertretenen hinsichtlich der Vollmacht sind von § 166 I BGB nicht erfasst. Vollmacht und Vertretergeschäft sind auch im Hinblick auf Irrtümer getrennt zu betrachten.⁵⁵

Andere Gegner der Zulässigkeit der Anfechtung der Innenvollmacht ziehen § 166 II BGB heran: Sie erwägen Irrtümer des Vertretenen bei der Vollmachterteilung wie Weisungen nach § 166 II BGB zu behandeln; mit der Folge, dass das Vertretergeschäft unmittelbar anfechtbar wäre. Ein Irrtum des Vertretenen stehe einer Verkenning der Umstände i.S.d. § 166 II BGB gleich.⁵⁶ Dieses Argument wurde bereits umfassend von *Schilken* widerlegt: Eine analoge Anwendung von § 166 II BGB stünde im Widerspruch zu § 166 I BGB, wonach es allein auf die Irrtümer des Stellvertreters für die Anfechtung des Vertretergeschäfts ankommt.⁵⁷ § 166 II BGB will verhindern, dass sich der Vertretene hinter der Unwissenheit des Stellvertreters verstecken kann, obwohl er ihm diesbezügliche Weisungen erteilt hat. Der Normzweck ist also gerade nicht der Schutz des Vertretenen. Dies zeigt schon sein Wortlaut: „so kann sich dieser [...] nicht auf die Unkenntnis des Stellvertreters berufen“. Aufgrund der gerade umgekehrten Schutzrichtung kann die Norm nicht zweckwidrig zum Schutz des Vertretenen und zulasten des Dritten herangezogen werden.⁵⁸ § 166 II BGB als Ausnahme zu § 166 I BGB zielt auf den Fall, dass der Vertretene die Willensentscheidung des Stellvertreters aufgrund seiner Weisung beeinflusst und an ihr Teil hat.⁵⁹ Als Ausnahnevorschrift ist sie methodisch betrachtet ohnehin nicht analogiefähig.⁶⁰ Einer Anwendung des § 166 II BGB gebietet es auch nicht zum Schutz des Stellvertreters. Der

kommen; der Gesetzgeber habe sich in § 166 I BGB für den Stellvertreter entschieden: *Prölss* (Fn. 5), 582 f.

⁵³ *Schwarze* (Fn. 14), 590 f.; *Bork* (Fn. 3), 578; *Neuner/Wolf/Larenz* (Fn. 3), 632.

⁵⁴ *Richardi*, Die Wissensvertretung, 1969, 397.

⁵⁵ *Soergel-Leptien* (Fn. 5), § 166 Rn. 18.

⁵⁶ Für eine Anfechtung des Vertretergeschäfts nach § 166 II BGB: *Brox* (Fn. 3), 451; *Erman-Palm* (Fn. 5), § 167 Rn. 27; *de la Durantaye* (Fn. 5), 245.

⁵⁷ *Schilken* (Fn. 35), 44. Gegen eine Heranziehung des § 166 II BGB ebenfalls: *Kindl*, Rechtscheinatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 1999, 43.

⁵⁸ *Schilken* (Fn. 35), 45.

⁵⁹ *Schilken* (Fn. 35), 12.

⁶⁰ *Bork* (Fn. 3), 575 Rn. 78. Zur Verallgemeinerungsfähigkeit von Ausnahnevorschriften: *Zippelius/Würtenberger*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, 57 f.

Stellvertreter kann durchaus ein Interesse an der Wirksamkeit des Vertretergeschäfts haben, da er anderenfalls der Haftung nach § 179 BGB unterliegt.

IV. Ausgleich der Anfechtung mit den Verkehrsschutzinteressen

Zwar ist die Anfechtung der betätigten Innenvollmacht nach den oben ausgeführten Erwägungen grundsätzlich zulässig. Doch ist ein Ausgleich ihrer Folgen mit den Interessen des dadurch betroffenen Vertragspartners und des Stellvertreters erforderlich.

1. Anspruch des Dritten aus *c.i.c.* gegen den Vertretenen

Die Einwände der Literatur gegen die Zulässigkeit der Anfechtung aufgrund des Vertrauens des Vertragspartners und des Verschuldensgedankens seitens des Vertretenen betreffen das Anfechtungsrecht wie dargestellt nicht. Diese Argumente verfangen jedoch richtigerweise im Bereich der vorvertraglichen Haftung. Dabei vermag gerade die verschuldensabhängige Haftung nach den Vorschriften der *c.i.c.* einen angemessenen Ausgleich zwischen Verantwortung und Freiheit herzustellen.

Nach den Grundsätzen der *c.i.c.* besteht eine Haftpflicht, wenn eine Verhaltenspflicht, die aufgrund der Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder eines sie vorbereitenden geschäftlichen Kontakts bestand (§ 311 II BGB), schuldhaft verletzt wurde.⁶¹ Der BGB-Gesetzgeber entschied sich gegen eine allgemeine Vorschrift zur *c.i.c.*⁶² Die nähere Ausgestaltung sollte der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen werden.⁶³ Trotz der zwischenzeitlichen Kodifikation der *culpa in contrahendo* sind die Voraussetzungen des Haftungsinstituts sowie ihr Haftungsgrund bis heute nicht zweifelsfrei ge-

⁶¹ *Ballerstedt* AcP 151 (1950/51), 501, 503 mit Verweis auf *Stoll* und *Hildebrandt. Larenz*, in: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975, 1975, 397, 397.

⁶² *Medicus*, in: *Iuris professio*. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, 1986, 169, 177; *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, 85 f.

⁶³ *Harke* in: HKK, 2007, § 311 II, III, Rn. 25. Zu „Wissenschaft und Praxis“ als Rechtsquelle: *Brodführer* (Fn. 62), 95 ff. Eine deutliche Verallgemeinerung der *c.i.c.* geschah durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts ab 1918: *Giario*, in: Falk/Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), 2000, 113, 142 f. 1918 entschied es, dass bei Vertragsschluss keine geringere Sorgfaltspflicht als nach Vertragsschluss gelte. Vertragsschluss und Vertragsinhalt wurden als einheitliches Ganzes betrachtet: *Medicus* (Fn. 62), 178.

klärt.⁶⁴ Anstatt einer allgemeinen Regel werden gewisse Fallgruppen unter einem Namen vereint, um einerseits deliktsrechtliche Haftungslücken zu schließen, andererseits vertragliche Pflichten zu erweitern.

a) Gründe für die Haftung aus c.i.c.

Lange Zeit galt das gewährte und in Anspruch genommene Vertrauen zwischen den Parteien als Grund der Haftung (u.a. *Stoll, Dölle, Ballerstedt* und *Canaris*).⁶⁵ Diese Ansicht wurde zunehmend kritisiert und der Gedanke des Vertrauens als „hilflose“ Begründung abgetan.⁶⁶ Auch wenn in manchen Konstellationen Vertrauen vorliege, so führe diese Korrelation nicht unbedingt zur Haftungsfolge. Die geschädigte Partei erwarte die Einhaltung von gewissen Verkehrssicherungspflichten zum Schutze ihrer Integrität unabhängig davon, ob ein Vertrag geschlossen wurde oder eine andere besondere Vertrauensbeziehung vorliege.⁶⁷ In Folge wurde der Vertrauensgedanke bei *Larenz* abstrahiert und u.a. auf allgemeine Verkehrserwartungen abgestellt. So spricht *Larenz* von einer „allgemeinen Redlichkeitserwartung“: Wer in Vertragsverhandlungen eintritt, geht davon aus, dass sich „sein Verhandlungspartner so verhalten [werde], wie es unter redlichen und loyalen Partnern üblich ist und gefordert werden kann“. Dies sei Voraussetzung für einen „reibunglosen, nicht durch ständiges Misstrauen gehemmten Geschäfts-

⁶⁴ MüKoBGB/*Emmerich*, 2019, § 311 Rn. 41. *Rieble* nennt die Kodifikation gar „inhaltsleer“: *Rieble*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente, Brennpunkte, Ausblick*, 2003, 137, 138. Kurze Übersicht über die verschiedenen Haftungsgründe: *Medicus* (Fn. 62), 178. Zum Argument der Rechtskreisöffnung: *Keller*, *Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung*, 2007.

⁶⁵ *Stoll* AcP 136 (1932), 257, 298 (neben der Einwirkungsmöglichkeit nennt er hier das Vertrauen); *Dölle* ZgS 103 (1943), 67, 74 (dazu die Kritik *Pickers*: *Picker* AcP 1983, 368, 418); *Ballerstedt* (Fn. 61), 506 f.; *Canaris*, in: Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, 129, 172 f. mit Übersicht der Vertreter dieser Lehre in Fn. 198 und Verweis auf die Rechtsprechung des BGH in Fn. 199 und Fn. 200. Weitere Literaturhinweise siehe nur: *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, 417 f.

⁶⁶ Zur Krise des Vertrauensarguments und mit Hinweis auf weitere Kritikstimmen: *Hopt* AcP 183 (1983), 608, 640 ff. *Hopt* sieht den Haftungsgrund nicht im Vertrauen, sondern bspw. in der Berufstätigkeit des selbstständig auftretenden Sachkenners (S. 644).

⁶⁷ *Larenz* (Fn. 61), 400 ff. Mit Verweis u.a. auf den „Lineoliumfall“ oder den „Bananschalenfall“, wo ein besonderes, über das Übliche hinausgehende Vertrauen keine haftungsbegründende Rolle spiele, sondern es vielmehr um die Einhaltung von Verkehrssicherungspflichten gehe.

verkehr“.⁶⁸ Auch *Fleischer* entwickelt den Gedanken eines „generalisierte[n] Vertrauen[s]“ fort und fordert den „Schutz der Redlichkeitserwartungen im Rechtsverkehr“ im Zusammenhang mit „standardisierte[n] Verhaltenserwartungen im Stadium der Vertragsanbahnung“.⁶⁹

Neben dem (generalisierten) Vertrauensaspekt wird die Einwirkungsmöglichkeit auf die Interessen und Rechte des zukünftigen Vertragspartners zu den Haftungsgründen der *c.i.c.* gezählt.⁷⁰ *Frotz* nennt gesteigerte Schutzpflichten als Korrelat privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten als Grund der vorvertraglichen Haftung.⁷¹ Daneben wird auch auf den Grundsatz des *neminem laedere* abgestellt, der sich in Hinsicht auf den potentiellen Vertragspartner als Verhaltenspflicht konkretisiere. *Picker* weist darauf hin, dass ab Entstehung eines vorvertraglichen Verhältnisses, die Einschränkungen der deliktischen Haftung nicht mehr gerechtfertigt werden könnten. Das „rechtsideale Postulat eines umfassenden Integritätsschutzes“ bei rechtswidrigen Verletzungen müsse aus rechtspraktischen Gründen allerdings beschränkt werden. Dies geschehe durch die Haftungsbegrenzung auf Sonderverbindungen, indem die Anzahl der potentiell Haftungsberechtigten dadurch fixiert werden könne.⁷²

Bei der irrtümlichen Vollmachterteilung wird das abstrakte Vertrauen des potentiellen Vertragspartners in das redliche Verkehrsverhalten des Vertretenen bei der Bevollmächtigung enttäuscht, da er sich generell darauf verlässt, dass der Vertretene den Stellvertreter sorgfältig ausgewählt und über den Inhalt der Vollmacht irrtumsfrei in Kenntnis gesetzt hat. Somit dient die Haftung aus *c.i.c.* in diesem Fall dem Schutz des „redlichen Rechtsverkehrs“. Durch den Vertragsschluss hat der Vertretene zusätzlich die Möglichkeit auf Vermögen und Dispositionsfreiheit des Dritten einzuwirken. Damit sprechen beide Begründungsstränge für eine grundsätzliche Öffnung des Anwendungsbereichs der vorvertraglichen Haftung im Fall der Anfechtung der betätigten Innenvollmacht.

⁶⁸ *Larenz* (Fn. 61), 414 f.

⁶⁹ *Fleischer*, (Fn. 65), 423 (mit Verweis auf *Kenneth Arrow* hins. der standardisierten Verhaltenserwartungen). *Schmitz* betont, dass es keine Rolle spiele, ob der Vertragspartner sich Gedanken über die Einhaltung der Pflicht mache oder nicht; es handle sich um ein „objektives typisiertes Vertrauen“ (in Anlehnung an *Thiele*): *Schmitz*, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, 1980, 56.

⁷⁰ Siehe nur: *Stoll* AcP 136 (1932), 257, 298; *Larenz* (Fn. 61), 400 f.

⁷¹ *Frotz*, in: *Privatrechtliche Beiträge*. Gedenkschrift Franz Gschnitzer, 1969, 163, 163 ff.

⁷² *Picker* (Fn. 65), 460, 470 ff., 476 f.

b) Sorgfaltswidrige Vollmachterteilung als Pflichtverletzung

Bereits der Kontakt des Stellvertreters zu dem Dritten mit Wissen und Willen des Vertretenen begründet ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne von § 311 II Nr. 1 BGB.⁷³ Die Pflichten im vorvertraglichen Bereich bemessen sich grundsätzlich nach Treu und Glauben (§ 311 II i.V.m. § 241 II BGB).⁷⁴ Bei der Ermittlung des Pflichtenmaßstabs ist ein Ausgleich der unterschiedlichen Interessen bereits selbstverständlicher Auftrag aus dem Gesetz: Einerseits dienen die Pflichten zur Stärkung des Vertrauens in die Redlichkeit des Rechtsverkehrs. Andererseits würden zu starke Rücksichtnahmepflichten den Verkehr erschweren.⁷⁵ Kann von den Verkehrsteilnehmern verlangt werden, Irrtümer zu vermeiden?

Im Zusammenhang mit der Stellvertretung werden als Fälle der *c.i.c.* das Herbeiführen der Vertragsunwirksamkeit durch das Fehlen der Vollmacht des Verhandlungsgehilfens als vorvertragliche Pflichtverletzung in der Literatur erwogen.⁷⁶ Neben der nicht sorgfältigen Auswahl und Überwachung des Stellvertreters, kann auch eine missverständliche Äußerung bei Erteilung einer bloßen Verhandlungsvollmacht eine Pflichtverletzung darstellen.⁷⁷ Im Vergleich mit den anderen Fallgruppen der *c.i.c.* (bspw. Verhinderung eines wirksamen Vertrags,⁷⁸ Schaffung des unrichtigen Anscheins eines wirksamen Vertrags,⁷⁹ fehlende Aufklärung über Gründe, die der Vertragswirksamkeit entgegenstehen⁸⁰) könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass eine Pflicht zur Irrtumsvermeidung eine Überspannung der Sorgfaltsanforderung bedeute. Weder liegt eine bewusste Irreführung durch den Vertretenen vor, noch bricht er die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund ab, noch unterliegt er einem plötzlichen Sinneswandel. Der Vertretene hat den Vertragspartner nicht qualifiziert dazu veranlasst, auf die Vertragswirksamkeit zu vertrauen. Ein anderes Ergebnis wäre allenfalls denkbar, wenn der Vertretene dem Vertragspartner gegenüber erklärt hätte, trotz des Irrtums nicht anzufechten oder das Vertretergeschäft zu genehmigen. Vielmehr unterliegt der Vertragsabschluss mittels Stellvertreter einem Restrisiko: der Unwirksamkeit

⁷³ BeckOGK-Ulrici, 2021, BGB, § 177 Rn. 16 ff.

⁷⁴ Larenz (Fn. 61), 398. Was naturgemäß zu unsicheren Ergebnissen führen kann: Medicus (Fn. 62), 174.

⁷⁵ Lukas JuBl 132 (2010), 23, 32 mit Verweis auf das österreichische Recht in § 861 S. 2 ABGB.

⁷⁶ MüKo-Emmerich (Fn. 64), § 311 Rn. 183.

⁷⁷ BeckOGK-Ulrici (Fn. 73), § 177 Rn. 121.

⁷⁸ HKK-Harke (Fn. 63), § 311 II, III, Rn. 25.

⁷⁹ Lukas (Fn. 75), 31.

⁸⁰ Larenz (Fn. 61), 403.

der Innenvollmacht aufgrund einer Anfechtung. Auch ist der Vertragspartner in unserem Fall nicht schutzlos, da er einen Anspruch aus § 179 BGB auf Ersatz seines Vertrauensschadens hat.

Doch geht es bei der Haftung aufgrund von vorvertraglichem Verschulden nicht um das Risiko der Unwirksamkeit der Vollmacht, welches der Dritte grundsätzlich zu tragen hat und bei dem er nach § 179 BGB durch den Stellvertreter verschuldensunabhängig entschädigt wird. Sie bezweckt den Ausgleich einer schuldhaften Verletzung einer vorvertraglichen Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflicht in Hinblick auf den zukünftigen Vertragspartner. Dieser wird bei der Vollmachterteilung hinreichend konkretisiert, wenn der Stellvertreter zum Vertragsschluss mit dem Vertragspartner beauftragt wird; der Vertragspartner und damit der Kreis der potentiellen Ersatzberechtigten wird eingegrenzt und somit das Haftungsrisiko beschränkt. Die Bevollmächtigung zum Vertragsschluss mit dem Dritten, dem potentiellen Vertragspartner, erlaubt eine erhöhte Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechte und Interessen des Dritten: Durch den Vertragsschluss mittels Stellvertreter ist der Vertragsgegner bis zum Zeitpunkt der Anfechtung zur Vertragserfüllung verpflichtet und andererseits berechtigt. Er wird daher vorhersehbar zu diesbezüglichen Aufwendungen motiviert. Dieser Einwirkungsmöglichkeit steht die Kompensationspflicht des Vertretenen gegenüber.

Dabei macht es für den Pflichtenmaßstab des Vertretenen keinen Unterschied, ob er bereits bei Vollmachterteilung einen konkreten Vertragspartner spezifiziert hat oder ob dieser erst bei Abschluss des Vertretergeschäftes durch den Stellvertreter festgelegt wird. Auch bei einer nur abstrakt-generellen Bestimmung im Rahmen der Vollmachterteilung, kann der Vertretene auf die Interessen eines Dritten, seines zukünftigen Vertragspartners, unabhängig von dessen Individualisierung einwirken. Das Schutzbedürfnis des Dritten besteht in beiden Fällen gleichermaßen.

Eine Haftung aus *c.i.c.* hat u.a. den Zweck, das Vertrauen in die Redlichkeit des Rechtsverkehrs zu steigern. Der Vertragspartner soll sich darauf verlassen dürfen, dass der Vertretene bei der Vollmachterteilung die notwendige Sorgfalt hat walten lassen, um für die Richtigkeit seiner Erklärung Sorge zu tragen, indem er Irrtümer wie Versprechen und Verschreiben vermeidet. Andernfalls wäre die Zuverlässigkeit des Geschäftsverkehrs über ein zumutbares Maß verringert. Verletzt der Vertretene diese Verpflichtung schuldhaft, so ist er zum Ersatz des negativen Interesses⁸¹ gegenüber seinem Vertragspartner verpflichtet.

⁸¹ BeckOGK-*Ulrici* (Fn. 73), Rn. 124. *Grigoleit/Herresthal* betonen, dass die Haftung wie in § 122 BGB a.E. durch das positive Interesse des Gläubigers begrenzt sei, um die gesetzgeberische Regelung aus § 122 BGB nicht auszuhebeln: *Grigoleit/Herresthal*

c) Vorteile der Lösung mittels c.i.c. gegenüber einem Anspruch aus § 122 BGB analog

Die Haftung aus *c.i.c.* setzt Verschulden seitens des Vertretenen voraus. So erlaubt dieser Weg die unterschiedlichen Anfechtungsgründe in die Haftungsfrage miteinzubeziehen: Hat der Vertretene den Irrtum mindestens fahrlässig und damit vorwerfbar verursacht, so haftet er; liegt keine Fahrlässigkeit vor – etwa bei einem unvermeidbaren Irrtum oder einer Drohung oder Täuschung – so scheidet eine Haftung aus *c.i.c.* mangels Verschuldens aus.

Der von Teilen der Literatur gewährte Anspruch aus § 122 BGB analog ist indes verschuldensunabhängig und führt zu einer Haftung des Vertretenen auch im Falle eines unvermeidbaren Irrtums. Somit erscheint die verschuldensabhängige Haftung nach *c.i.c.* eine angemessenere Lösung des Interessenkonflikts, da sie die subjektive Vorwerfbarkeit der pflichtwidrigen Bevollmächtigung in die Haftungsfrage miteinbezieht.

Der Anspruch aus *c.i.c.* ist dabei neben § 179 BGB anwendbar, da er von anderen Voraussetzungen abhängt. Im Ergebnis hat der Vertragspartner dann gegen zwei verschiedene Schuldner jeweils einen Schadensersatzanspruch, worin eine unberechtigte Besserstellung gesehen werden könnte (s. II. 2.–3.). Doch ist hier zu berücksichtigen, dass der Grund für die Haftung jeweils ein anderer ist. Außerdem besteht im Fall des unvermeidbaren Irrtums oder der Drohung oder Täuschung kein Anspruch aus *c.i.c.*. Hier bleibt der Vertragspartner auf den Anspruch aus § 179 BGB beschränkt. Eine analoge Anwendung von § 122 BGB in dieser Konstellation würde die speziellere subjektive Haftung aus *c.i.c.* unterlaufen und scheidet daher auch hier aus.

d) Informationspflicht

Zu den Pflichten nach §§ 311 II, 241 II BGB zählen auch Aufklärungspflichten.⁸² Es besteht aber grundsätzlich keine allgemeine Handlungspflicht. Eine Aufklärungspflicht entsteht erst unter zusätzlichen Bedingungen,⁸³

(Fn. 4), 250. Siehe auch: *Larenz* (Fn. 61), 418 f. Da die Haftung nicht aus der Anfechtung, sondern aus der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht bei der Vollmachterteilung resultiert, ist der Rückgriff auf die Haftungsbegrenzung des Anfechtungsrechts nicht zwingend.

⁸² *Larenz* (Fn. 61), 403.

⁸³ *MüKo-Emmerich* (Fn. 64), § 311 Rn. 64.

bspw. aufgrund von Ingerenz (Irrtumserzeugung)⁸⁴ oder eines Informationsgefälles.⁸⁵

Der Vertretene hat die Pflicht, seinen Vertragspartner über die Anfechtung der Vollmacht zu informieren,⁸⁶ denn er hat beim Vertragspartner eine Fehlvorstellung erzeugt. Er ließ ihn, ohne Adressat der Vollmacht zu sein, durch den Stellvertreter wissen, dass er mit ihm kontrahieren möchte. Für die Aufklärungspflicht spricht ferner der einseitige Wissensvorsprung des Vertretenen. Der Grund für die rückwirkende Vertragsunwirksamkeit liegt allein in der Sphäre des Vertretenen und nicht etwa im Verantwortungsbereich beider Parteien.⁸⁷ Da die Mitteilung weder mit großem Aufwand noch mit großen Kosten für den Vertretenen verbunden ist, ist sie ihm zumutbar, zumal durch die frühzeitige Information Schaden auf Seiten des Vertragspartners vorgebeugt wird. Aufgrund des Informationsgefälles, der schadenspräventiven Funktion und der geringen Kosten für den Vertretenen besteht diese Pflicht auch im Fall der Anfechtung nach § 123 BGB; dies gilt jedoch nicht, wenn der Dritte Kenntnis von der Täuschung hat.

Dieser Aspekt der Informationspflicht ist aber nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anfechtung der Vollmacht zu verstehen, da der Anfechtungsgegner der Stellvertreter ist. Verletzt der Vertretene seine Informationspflicht schuldhaft, so ist er zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet.⁸⁸ Diese Pflichtverletzung ist wiederum nicht mit der sorgfaltswidrigen Erteilung der Vollmacht zu verwechseln.

2. Anspruch aus § 179 BGB

Der Stellvertreter haftet nach § 179 BGB dem Vertragspartner, im Fall der Anfechtung der betätigten Innenvollmacht meist nach § 179 II BGB und damit verschuldensunabhängig. § 179 II BGB bezweckt den Verkehrsschutz; der Anknüpfungspunkt für die Haftung des Vertretenen ist die Behauptung seiner Vollmacht.⁸⁹ Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Vollmacht

⁸⁴ MüKo-*Emmerich* (Fn. 64), § 311 Rn. 67; *Nüsslein*, Die Integration der culpa in contrahendo in das BGB nach der Schuldrechtsreform, 2018. *Schwarze* nennt als Fall der Ingerenz die Änderung der ursprünglich vorhandenen Vertragsabschlussabsicht: *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 2001, 292. Im hier diskutierten Fall ändert sich zumindest der objektiv erklärte Wille iRd Vollmachterteilung.

⁸⁵ MüKo-*Emmerich* (Fn. 64), § 311 Rn. 71.

⁸⁶ So auch: *Petersen* (Fn. 4), 387; MüKo-*Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 50.

⁸⁷ Dazu: *Kakatsakis*, Die culpa in contrahendo nach neuem Schuldrecht, 2007, 78 f.

⁸⁸ MüKo-*Emmerich* (Fn. 64), § 311 Rn. 77; MüKo-*Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 50.

⁸⁹ MüKo-*Schubert* (Fn. 14), § 179 Rn. 2. Hier zeigt sich also, wie *Schilken* es ausdrückt, dass Grundlage der Haftung des Stellvertreters das Vertrauen in seine Behaup-

von Anfang an nichtig war oder erst rückwirkend durch Anfechtung nichtig wurde.⁹⁰ Müsste der Stellvertreter mit keinen Nachteilen rechnen, hätte er keinen Anreiz, Irrtümer im Innenverhältnis aufzuklären. Hier gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass es dem Stellvertreter mit weniger Aufwand und Kosten als dem Vertragspartner möglich ist, den Irrtum festzustellen, da er in unmittelbarem Kontakt zum Vertretenen steht.⁹¹ Das Anfechtungsrecht – und nicht etwa die Regeln der Stellvertretung – sorgen bei der Anfechtung der Vollmacht für die Kompensation des Stellvertreters.

Zwar trägt der Vertragspartner nach der Anfechtung das Insolvenzrisiko des Stellvertreters und nicht das des Vertretenen,⁹² falls der Anspruch aus *c.i.c.* ausscheidet, doch ist er dieses Risiko beim Vertragsschluss mittels Stellvertreter bewusst eingegangen und insofern nicht weiter schutzwürdig.

Die Kritiker der gesetzlichen Lösung sehen bei der Anfechtung der Innenvollmacht Widersprüche zum Umgang mit der Außenvollmacht, bei deren Anfechtung dem Vertragspartner ein Anspruch nach § 122 BGB gegen seinen Vertragspartner zusteht; er wird also nicht auf den Anspruch nach § 179 BGB gegen den Stellvertreter verwiesen.⁹³ Wie können sich diese unterschiedlichen Ergebnisse im Rahmen der Stellvertretung sachlich begründen lassen? Immerhin könne es vom Zufall abhängen, ob eine Innen- oder Außenvollmacht vorliegt, so die Kritiker.⁹⁴ Diese Kritik übersieht die Relevanz der Kommunikationsebene für die Risikoverteilung. Im Fall der Außenvollmacht liegt eine andere Risikoverteilung vor, da der Vertragspartner die Möglichkeit hat, sich direkt mit dem Vertretenen über den Inhalt der

tung der Vollmacht ist und nicht das Vertrauen in die Wirksamkeit der Vollmacht wie bei einem Anspruch aus § 122 BGB: *Schilken* (Fn. 35), 39.

⁹⁰ Insofern steht die Anfechtbarkeit der Vollmacht einer unwirksamen Vollmacht gleich: vgl. *Staudinger-Schilken* (Fn. 27), § 167 Rn. 81.

⁹¹ Wer das Risiko der Anfechtung tragen soll, beurteilt *H. Koch* danach, wer der *cheapest cost* bzw. *cheapest risk avoider* ist, also welche Partei, die für die Vermeidung des Irrtums erforderlichen Informationen mit dem geringsten Aufwand hätte besorgen können. Wer den Irrtum mit den geringsten Kosten vermeiden kann, soll dafür das Risiko tragen: *Koch*, in: *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, 1981, 853, 868. Im Fall der Innenvollmacht ist es für den Stellvertreter einfacher als für den Vertragspartner, den Irrtum aufzuklären, da er mit dem Vertretenen in unmittelbarem Kontakt steht. Daher sollte er das Risiko tragen. In der Relation von Vertretenen und Stellvertreter ist es hingegen der Vertretene, der das Risiko zu tragen hat. Dieses Ergebnis entspricht der gesetzlichen Haftungskonzeption: nach § 179 BGB haftet der Stellvertreter dem Vertragspartner und nach § 122 BGB der Vertretene dem Stellvertreter.

⁹² Dies ist für Teile der Literatur nicht hinnehmbar: *Rosenberg* (Fn. 10), 727; *Flume* (Fn. 3), 873; *Brox* (Fn. 3), 450.

⁹³ *Eujen/Frank* (Fn. 5), 233.

⁹⁴ Vgl. *Eujen/Frank* (Fn. 5), 234.

Vollmacht zu verständigen.⁹⁵ Dies ist für den Vertragspartner von Vorteil, aber zugleich von Nachteil: Unterlaufen dem Vertretenen auf dieser Kommunikationsebene Irrtümer, besteht ein Anfechtungsrecht direkt gegenüber dem Vertragspartner. Kommuniziert der Vertragspartner hingegen mit dem Stellvertreter, verlässt er sich auf dessen Vollmachtsbehauptung und trägt auf dieser Ebene das Risiko.⁹⁶ Daher wird der Vertragspartner dort über § 179 BGB geschützt.⁹⁷

Eine vermeintliche Schutzlücke ergibt sich, wenn der Stellvertreter beschränkt geschäftsfähig ist und ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters handelt.⁹⁸ Aber auch hier ist eine Analogie zu § 122 BGB nicht erforderlich, da der Schaden des Vertragspartners nach den Grundsätzen der

⁹⁵ *Schilken* sieht in dieser Verbindung bereits im Vorstadium des Geschäfts den Grund für den „verstärkten Vertrauensschutz des Dritten“: *Schilken* (Fn. 35), 39.

⁹⁶ *Schilken* (Fn. 35), 39; *Schwarze* (Fn. 14), 591.

⁹⁷ *Brox* und *Eujen/Frank* möchten die Unzulässigkeit der Anfechtung der Innenvollmacht ferner mit Hinweis auf die nach ihrer Ansicht unanfechtbaren Anscheinsvollmacht begründen: *Brox* (Fn. 3), 451; *Eujen/Frank* (Fn. 5), 236 f. Nach *Prölss* „zweifelhaft“: *Prölss* (Fn. 5), 582 Fn. 59. Einigkeit besteht hinsichtlich der Unanfechtbarkeit der kundgemachten Innenvollmacht nach §§ 171 I, 172 I BGB. Bei der Anscheinsvollmacht habe der Vertretene gar keine Kenntnis von der Vertretung. Der sich irrende Erteiler der Innenvollmacht habe indes Kenntnis von der Stellvertretung. Er sei daher weniger schutzbedürftig als bei einer Anscheinsvollmacht (*Brox* (Fn. 3), 451). Gegen diesen Erst-Recht-Schluss spricht schon, dass auch die Anfechtung der Anscheinsvollmacht nicht unumstritten ist (*Kindl* (Fn. 57), 39, 83 ff.; *Neuner/Wolf/Larenz* (Fn. 3), 632; *Staudinger-Schilken* (Fn. 27), § 167 Rn. 78. *Bork* bejaht die grundsätzliche Anfechtbarkeit der Anscheinsvollmacht mit Ausnahme eines Irrtums über den Rechtscheinstatbestand: *Bork* (Fn. 3), 578 f.). Der Kern für die fehlende Vergleichbarkeit von Anscheinsvollmacht und Innenvollmacht bei der Frage der Anfechtbarkeit ist indes darin zu sehen, dass es sich um zwei unterschiedliche Problemursachen handelt. Wie *Bork* deutlich macht, überwinden die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht den Erteilungstatbestand, nicht aber die Willensmängel bei diesem Erteilungstatbestand: *Bork* (Fn. 2), 578 f.

Eujen/Frank wagen selbst den Vergleich mit der Prozessvollmacht, um die Unanfechtbarkeit der Innenvollmacht zu begründen: *Eujen/Frank* (Fn. 5), 237 f. Bei der Erteilung der Prozessvollmacht handelt es sich um eine Prozesshandlung, welche grundsätzlich nicht anfechtbar ist. Nach § 80 S. 1 ZPO ist ihr schriftlicher Nachweis zu den Gerichtsakten zu reichen. Das Bestehen der Prozessvollmacht muss für alle Beteiligten gewiss und im Zweifel nachprüfbar sein. Die Prozesssituation wäre von einer Rückwirkung der Anfechtung viel erheblicher getroffen als der Vertragsabschluss mittels Stellvertreter, da sie rechtsstaatlichen Zielen im öffentlichen Interesse dient (*Soergel-Leptien* (Fn. 5), § 166 Rn. 22; *Bendtsen*, in: Saenger, ZPO, 2021, § 80 ZPO Rn. 1). Von daher taugt der Vergleich nicht.

⁹⁸ *Flume* meinte, § 179 III 2 BGB würde gerade „besonders anschaulich“ zeigen, dass die „isolierende Behandlung von Vollmachterteilung und Vertretergeschäft nicht richtig sein kann“: *Flume* (Fn. 3), 873.

Drittschadensliquidation ersetzt werden kann.⁹⁹ Voraussetzung hierfür ist eine „zufällige“ Schadensverlagerung.¹⁰⁰ Das bedeutet, dass der Schuldner, also der Vertretene, mit dem Schadenseintritt bei seinem Gläubiger rechnen und sein Risiko daraufhin kalkulieren konnte; sein Schadensrisiko darf durch die Drittschadensliquidation also nicht erhöht werden.¹⁰¹ Feststeht, dass die Drittschadensliquidation zur Ausräumung eines unverdienten Vorteils beim Schädiger dient, wenn seine Haftpflicht bspw. ohne einen Grund entfällt, der die Befreiung rechtfertigen würde. Der Anfechtende profitiert von der fehlenden Haftpflicht des Stellvertreters nach § 179 III BGB, denn ohne sein Zutun wird er von seiner Haftpflicht aus § 122 BGB „zufällig“ befreit. Auch handelt es sich um keine Risikoerhöhung für den Vertretenen: Der Vertretene hat damit zu rechnen, dass der Stellvertreter nach § 122 BGB die Schadensposten verlangt, die er nach § 179 BGB dem Vertragspartner erstattet hat.¹⁰² Insofern besteht auch in diesem Fall kein Bedarf für eine analoge Anwendung des § 122 BGB.

V. Anfechtungsvoraussetzungen im Einzelnen

Entscheidet sich der Vertretene, die Innenvollmacht anzufechten, hat er die Anfechtungserklärung gegenüber dem Stellvertreter, dem Empfänger der Vollmacht, abzugeben. Eine Anfechtungserklärung gegenüber dem Vertragspartner ist keine notwendige Voraussetzung für die Anfechtung. Der Vertretene hat aber eine Pflicht nach §§ 311 II, 241 II BGB den Vertragspartner über die Anfechtung zu informieren (s. IV. 1. d).

⁹⁹ Der Gedanke, dass es sich um einen „klassischen Fall der Schadensverlagerung“ handelt, der sich „ohne weiteres mit den Mitteln der Drittschadensliquidation lösen lässt“, wurde erstmals in einer kurzen Bemerkung von *Canaris* erwähnt: *Canaris* (Fn. 23), 546 Fn. 26. Sie wurde von *Schilken*, *Stüsser* und *Bork* zustimmend aufgenommen: *Schilken* (Fn. 35), 40 f.; *Stüsser* (Fn. 3), 81 f.; *Bork* (Fn. 3), 580.

¹⁰⁰ *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 44. Aufl. 2020, 339.

¹⁰¹ *Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, 432 ff.; *Petersen*, Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 480 mit Fn. 3; *Brox/Walker* (Fn. 100), Rn. 26.

¹⁰² Die Fallgruppen der Drittschadensliquidation sind nicht abschließend: BGH NJW 2016, 1089; MüKoBGB/*Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 290 mwN; *Weiss* NJW 2016, 1089, 1092; *Stüsser* (Fn. 4), 81 f.

1. Anfechtung nach § 123 BGB

Eine schwerwiegende Verletzung der Privatautonomie des Vertretenen liegt im Falle der Drohung vor. In diesem Fall ist die Vollmacht ohne zusätzliche, sich nicht aus dem Gesetz ergebende Voraussetzungen anfechtbar.¹⁰³

Bei der Anfechtung der Vollmacht aufgrund einer Täuschung sind drei Fälle zu unterscheiden: der Täuschung durch den Vertragspartner, durch den Stellvertreter und durch eine vierte Person.

Täuscht der Vertragspartner (als Dritter) den Vertretenen und ist die Täuschung kausal für die Vollmachterteilung, stellt sich die Frage, ob § 123 II 1 BGB zum Schutz des Stellvertreters greift und eine Anfechtung nur bei Kenntnis des Stellvertreters von der Täuschung möglich ist. Die Kenntnis als Voraussetzung der Anfechtung wird teils verlangt, wenn die Vollmacht im Interesse des Stellvertreters erteilt wurde.¹⁰⁴ Auch die Rechtsprechung fordert grundsätzlich die Kenntnis des Stellvertreters von der Täuschung durch den Vertragspartner.¹⁰⁵ *Hübner* hingegen sieht im Vertragspartner schon keinen „Dritten“ i.S.v. § 123 II BGB, da dessen Rechtserwerb „durch die Vollmacht unmittelbar mitbedingt wird“.¹⁰⁶ Allerdings droht in dieser Konstellation dem Stellvertreter keine Haftpflicht nach § 179 BGB, da der täuschende Vertragspartner den Mangel der Vollmacht kennt, § 179 III 1 BGB.¹⁰⁷ Der Stellvertreter hat also mit keinen Nachteilen zu rechnen, weshalb seine Kenntnis nicht als Anfechtungsvoraussetzung verlangt werden muss.

Erfolgt die Täuschung indes durch den Stellvertreter, wurde u.a. gefordert, dass in analoger Anwendung des § 123 II 1 BGB – oder des § 123 II 2 BGB – die Kenntnis des Vertragspartners von der Täuschung zu seinem Schutz Anfechtungsvoraussetzung sein muss, da der Vertragspartner seinen Anspruch aus dem Vertretergeschäft gegen den Vertretenen verliert.¹⁰⁸ Die Kenntnis des

¹⁰³ *Schilken* (Fn. 35), 30 f.; *MüKo-Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 52; *Staudinger-Schilken* (Fn. 27), § 167 Rn. 80; *Neuner/Wolf/Larenz* (Fn. 3), 633.

¹⁰⁴ *Soergel-Leptien* (Fn. 5), § 166 Rn. 26; *MüKo-Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 52; *Staudinger-Schilken* (Fn. 27), § 167 Rn. 80. *Müller-Freienfels* bejaht die Anwendung von § 123 II 1 BGB im Grundsatz, kommt aber mangels Eigeninteresse des Stellvertreters zu einem anderen Ergebnis: *Müller-Freienfels* (Fn. 5), 407.

¹⁰⁵ BGH NJW 1989, 2879, 2880.

¹⁰⁶ Daher verlangt er grundsätzlich keine Kenntnis des Stellvertreters. Nur wenn er schutzbedürftig ist, wenn etwa die Vollmacht seinem Eigeninteresse dient: *Hübner* (Fn. 14), 519.

¹⁰⁷ *Müller-Freienfels* (Fn. 5), 407; *Hübner* (Fn. 14), 519.

¹⁰⁸ Nach *Schubert* wäre § 123 II 2 BGB nur analog anwendbar, da der Vertragspartner aus der Bevollmächtigung nicht unmittelbar ein Recht erwirbt, sondern erst infolge des Vertretergeschäfts: *MüKo-Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 53.

Vertragspartners als Anfechtungsvoraussetzung ist jedoch zu verneinen.¹⁰⁹ Es besteht keine Regelungslücke für eine analoge Anwendung des § 123 II BGB. Der Vertragspartner ist durch einen Anspruch nach § 179 I BGB gegen den Stellvertreter ausreichend geschützt. Das Insolvenzrisiko des Stellvertreters und nicht das seines Vertragsgegners, des Vertretenen, zu tragen, ist dem Dritten nach der hier vertretenen Lösung, wenn ein Anspruch aus *c.i.c.* gegen den Vertretenen ausscheidet, zumutbar.

Denkbar ist auch eine dritte Konstellation, in der eine vierte Person – also weder Stellvertreter noch Vertragspartner – den Vollmachtgeber täuscht. In diesem Fall findet § 123 II 1 BGB zum Schutz des Stellvertreters Anwendung.¹¹⁰ Nur im Fall seiner Kenntnis von der Täuschung, kann eine Anfechtung stattfinden. Die Kenntnis des Vertragspartners ist auch hier nicht erforderlich, da er einen Anspruch nach § 179 I BGB gegen den von der Täuschung wissenden Stellvertreter hat.

2. Anfechtung nach § 119 BGB

Bei einer Anfechtung nach § 119 BGB ist die Privatautonomie des Irrenden weniger stark verletzt als im Fall von § 123 BGB, weshalb der Ausgleich zwischen den Interessen weniger stark zu Gunsten des Anfechtenden ausfällt. Aufgrund des Entscheidungsspielraums des Stellvertreters sind Fälle denkbar, in denen das Vertretergeschäft vom Irrtum des Vertretenen unbeeinflusst bleibt und es daher seinem wahren Willen entspricht. War der Irrtum aber im Sinne einer *conditio sine qua non* kausal für den Inhalt des Vertretergeschäfts, ist der Vertretene in seinem Selbstbestimmungsrecht verletzt, weshalb er die Vollmacht anfechten kann.¹¹¹ Dabei bietet das klare und bewährte Kausalitätskriterium eine rechtssicherere Abgrenzungsmöglichkeit als die des „Durchschlagens“ oder des Stellvertreters mit „gebundener Marschroute“.

Auch bei Irrtümern über verkehrswesentliche Eigenschaften des Stellvertreters, gilt erstmal der Gedanke des Schutzes der Privatautonomie, weshalb das Anfechtungsrecht hier nicht grundsätzlich versagt werden darf. Nimmt

¹⁰⁹ So auch: *Schilken* (Fn. 35), 31.

¹¹⁰ So auch: *MüKo-Schubert* (Fn. 14), § 167 Rn. 52.

¹¹¹ Dies zeigt folgendes Beispiel eines Irrtums über den Umfang einer Vollmacht: Verspricht sich der Vertretene und nennt einen Höchstkaufpreis von € 500 anstatt € 50 und der Stellvertreter kauft die Sache für € 500, so ist der Irrtum kausal für den Inhalt des Vertretergeschäfts geworden. Kauft der Stellvertreter im selben Fall eine Sache zum Preis von nur € 50, so hat sich der Irrtum des Vertretenen auf den Inhalt des Vertretergeschäfts nicht ausgewirkt. Eine Verletzung der Willensfreiheit des Vertretenen besteht nicht. Er kann daher nicht anfechten, aber die Vollmacht widerrufen.

der Vertretene zum Beispiel irrig an, der Stellvertreter sei ein ausgewiesener Schmuckexperte, da er eine entsprechende Ausbildung genossen habe, und beauftragt ihn aufgrund seiner Sachkunde (§ 119 II BGB) zum Kauf lupenreiner Diamanten, so kann es aber geschehen, dass der Stellvertreter trotz fehlender Fachkenntnis genau die gewünschte Ware wählt. Die Willensfreiheit des Vertretenen wird durch das Vertretergeschäft in diesem Fall nicht verletzt. Der Nachweis der Kausalität des Irrtums für den Inhalt des Vertretergeschäfts gelingt nicht, eine Anfechtung scheidet aus. Der Vertretene kann aber die Vollmacht für die Zukunft widerrufen.

VI. Resultat

Für eine Vorenthaltung des Anfechtungsrechts zu Lasten des Vertretenen im Fall der betätigten Innenvollmacht besteht keine Rechtfertigung im Gesetz. Vielmehr erfordert der Grundsatz der Privatautonomie, dass sich der Vertretene von einer willensmangelhaften Vollmacht nach den Vorschriften des BGB lossagen darf. Sowohl ein Irrtum über den Inhalt der Vollmacht, als auch über verkehrswesentliche Eigenschaften des Stellvertreters, berechtigen dabei prinzipiell zur Anfechtung. Allerdings ist für die Anfechtung erforderlich, dass der Vertretene infolge des Irrtums tatsächlich in seiner Privatautonomie verletzt ist; das Vertretergeschäft also nicht seinem eigentlichen Willen entspricht. Der Irrtum muss dabei kausal für den konkreten Inhalt des Vertretergeschäfts geworden sein. Entspricht das Vertretergeschäft dem wahren Willen des Vertretenen, da sich der Irrtum aufgrund des Entscheidungsspielraums des Stellvertreters im Ergebnis nicht ausgewirkt hat, so besteht kein Anfechtungsrecht (s. V. 2.).

Dem Verkehrsschutz trägt die Haftung des Vertretenen gegenüber dem Vertragspartner nach den Grundsätzen der *c.i.c.* Rechnung. Für eine analoge Anwendung des § 122 I BGB besteht kein Raum. Der Vertretene erteilt die Vollmacht in Hinblick auf den Vertragsschluss mit einem Dritten, der durch den Vertragsabschluss für den Vertretenen erwartbar zu Aufwendungen veranlasst wird. Diese Einwirkungsmöglichkeit auf Vermögen und Dispositionsfreiheit des Vertragspartners zieht die Kompensationspflicht aufgrund der *c.i.c.* nach sich. Der Dritte soll sich darauf verlassen dürfen, dass der Vertretene bei der Vollmachterteilung die erforderliche Sorgfalt angewandt hat. Verletzt der Vertretene diese Pflicht schuldhaft, wie bspw. im Falle eines vermeidbaren Irrtums bei Verschreiben oder Versprechen, hat er den Vertrauensschaden zu ersetzen. Die Lösung nach *c.i.c.* führt also zu einer verschuldensabhängigen Haftung, wie es den allgemeinen Grundsätzen des BGB entspricht, gegenüber dem Dritten. Die Haftung aus *c.i.c.* trägt in dem hier

diskutierten Fall dementsprechend zur Steigerung des Vertrauens in einen zuverlässigen und redlichen Rechtsverkehr bei.

Scheidet die Haftung aus *c.i.c.* aus, verbleibt dem Dritten ein Anspruch gegen den Stellvertreter nach § 179 BGB. Der Stellvertreter hat das Risiko der Anfechtung der Innenvollmacht in gleichem Umfang zu tragen wie das Vorliegen anderer Unwirksamkeitsgründe. Er kann seinen Schaden vom Vertretenen nach § 122 I BGB ersetzt verlangen. Müsste der Stellvertreter nicht für die Anfechtung der Vollmacht einstehen, würde für ihn wenig Anreiz zur Ausräumung von Irrtümern bei der Vollmachterteilung bestehen.

Somit lässt sich das Problem der Anfechtung der betätigten Innenvollmacht durch das BGB systematisch lösen, ohne die Interessen einer Partei übermäßig zu belasten. Im Ergebnis zeigt sich, dass von der stringenten Systematik des BGB auch im Fall der Anfechtung der betätigten Innenvollmacht nicht ohne Not abgerückt werden muss.