c) Potestativbedingung (Willkürbedingung: BGHZ 151, 122) knüpft Eintritt oder Fortbestehen der Rechtswirkung an ein willkürliches Verhalten einer Partei, das sich nicht auf das bedingte RGeschäft bezieht. Sie ist zulässig (Hauptfall § 449 I: Die Zahlung oder Nichtzahlung liegt in der Willkür des Käufers; mit der bedingten dinglichen Einigung hat die [Nicht-] Zahlung nichts zu tun). **d) Wollensbedingung.** Nach fr hM und heute nach einer Mindermeinung (Nachw. bei Giesen FS Schapp, 2010, 161 f., Fn. 12–17) ist sie unzulässig, wenn Eintritt oder Fortbestehen der Rechtswirkung(en) und damit die Geltung des RGeschäfts selbst vom erklärten bloßen Willen einer Partei abhängt. Der maßgebende Wille bezieht sich auf das RGeschäft als solches, nicht (nur) auf seine Wirkungen. Es gilt für die Vertragspartei: Ich bin gebunden, wenn ich gebunden sein will. Folgerichtig ist nach dieser Meinung ein Vertrag nicht geschlossen, damit eine Wollensbedingung unzulässig (idS die Voraufl.). Hier setzt die heute hM (dazu eingehend Giesen FS Schapp, 2010, 159 ff.). Notwendiger Bestandteil eines jeden RGeschäfts ist eine Willenserklärung, die auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist (→ Vor § 104 Rn. 1, 2). Der in der Willenserklärung geäußerte rechtsgeschäftliche Wille entscheidet zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses über das Zustandekommen eines RGeschäfts, aber nicht über den – späteren! – Eintritt oder Ausfall einer Rechtswirkung, von dem § 158 handelt, und der folgeweise an einen anderen Willen anknüpft als den, der für das RGeschäft konstitutiv ist. Dieser Wille kann Bedingung iSv § 158 sein, da insoweit das Ges keine Einschränkung enthält. Dem ist zuzustimmen. 3 4

2. Keine Bedingungen. Nicht zu Bedingungen zählen **a) Geschäftsbedingungen** (→ § 305 I) als inhaltliche Ausgestaltung eines RGeschäfts; **b) gegenwärtige oder vergangene Ereignisse,** sie können nur subj ungewiss sein, sog uneigentliche Bedingung, Unterstellung oder Voraussetzung (vgl Flume II § 38 Rn. 1b). Sie kann zulässig sein, §§ 158 ff. gelten entspr (ie → § 139 Rn. 4; → Vor § 854 Rn. 16; → § 930 Rn. 41; → § 1191 Rn. 8); **c) Rechtsbedingungen** als ges Voraussetzungen für Zustandekommen eines RGeschäfts (BGH NJW 1952, 1331 f.), auch für bedingungsfeindliche Gestaltungserklärung (BGH BeckRS 2013, 12160 = ZBB 2014, 324 Rn. 22: Der „Eintritt" in den Sicherungsvertrag ist eine Vollstreckungsbedingung und keine Rechtsbedingung [hierzu auch → § 162 Rn. 3]; BGHZ 139, 35: behördliche Genehmigung als Rechtsbedingung; BGHZ 158, 76 f.: Rechtskraft des Scheidungsurteils für vorherige Vaterschaftsanerkennung, s §§ 1594 III, 1599 II 3); zum privaten Genehmigungsvorbehalt (§§ 182 ff.) als Rechtsbedingung BGH NJW 2000, 2273; **Lit:** Egert, Die Rechtsbedingung usw, 1974; **d) Auflagen** (zB §§ 525 ff.); sie verpflichten den Zuwendungsempfänger zur auferlegten Handlung, berühren aber nicht die Wirksamkeit des RGeschäfts. **e) Befristungen,** s § 163 mit Anm. 5 6

3. Rechtsfolgen der Bedingung. a) Das aufschiebend bedingte RGeschäft ist vollendet (daher keine schwebende Unwirksamkeit: → Vor § 104 Rn. 21), nur treten seine Rechtswirkungen erst später, mit *Eintritt* der Bedingung, unabhängig vom Parteiwillen und ohne Rückwirkung (vgl I, § 159) ein. Bis zum Eintritt (Ausfall) der Bedingung besteht ein *Schwebezustand,* währenddessen die Vertragsparteien zu vertragstreuem, rücksichtsvollem Verhalten verpflichtet sind (BGH NJW 1992, 2490). Dem bedingt Berechtigten, bei einem Vertrag uU beiden Parteien, steht ein **Anwartschaftsrecht** (allg Definition: BGHZ 125, 338 f.) zu; zur Sicherung des bedingt Berechtigten §§ 160 I, 161 I, 162. Es ist Vorwirkung des Vollrechts. Daher ist der Zeitpunkt der Geschäftsvornahme (nicht erst des Bedingungseintritts) maßgebend für Geschäftsfähigkeit, Verfügungsbefugnis (BGHZ 27, 367), Einhaltung von Formvorschriften, Feststellung der Nichtigkeit nach §§ 134 und 138, Bösgläubigkeit (BGHZ 30, 377). Zu Anspruchsentstehung und Verjährung → § 199 Rn. 2. Mit *Ausfall* der Bedingung endet der Schwebezustand, RGeschäft wird endgültig unwirksam. **b) Das auflösend bedingte RGeschäft** ist voll wirksam. Mit *Ausfall* der Bedingung wird das RGeschäft *endgültig* voll wirksam; mit *Eintritt* wird ohne weiteres und ohne Rückwirkung (vgl II, § 159) der Zustand hergestellt, der vor 7 8

Geschäftsvornahme bestand. Bis zum Eintritt (Ausfall) besteht ein *Schwebezustand,* währenddessen dem vom Eintritt der Bedingung Begünstigten (vgl §§ 160 II, 161 II, 162) ein **Anwartschaftsrecht** zusteht (BGH NJW 1972, 160). Bei einer auflösend bedingten Verfügung hat der Verfügende ein Anwartschaftsrecht auf Rückerwerb
9 (vgl → § 930 Rn. 43). **c) Ausfall** der Bedingung: wenn Eintritt obj nicht mehr möglich ist; uU durch Zeitablauf (BGH NJW 1985, 1557: nach Fristsetzung entspr §§ 146, 148). Einseitiger **Verzicht** auf vereinbarte Bedingung soll möglich sein (BGHZ 138, 202); das ist, weil einseitige Vertragsänderung, abzulehnen (→ § 929 Rn. 63; MüKo-BGB/Westermann Rn. 44).

10 **4. Zulässigkeit. a) Sie ist die Regel.** Bei Zuwendungen können Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft oder eines von beiden (vgl § 449 I: nur Erfüllungsge-
11 schäft) bedingt sein. **b) Bedingungsfeindlich** ist ein RGeschäft kraft Ges (zB §§ 388, 925 II, 1311 S. 2; § 1 I 1 LPartG) oder wegen Unerträglichkeit eines Schwebezustands bei einseitigen Gestaltungsgeschäften, zB Rücktritts- oder Anfechtungserklärung (BGH NJW-RR 2004, 953). Schwebezustand ist erträglich, **Bedingung** also **zulässig,** wenn Empfänger mit Bedingtheit einverstanden (RGZ 91, 309) oder nicht in eine ungewisse Lage versetzt wird (s BGHZ 156, 332 f.), insbes auf ihn abgestellte Potestativbedingung (→ Rn. 3) vorliegt (BGHZ 97, 267 für Rücktritt; OLG Hamburg NJW-RR 2001, 153 für Mietkündigung; BAG NJW 2001, 3355 f für Kündigung eines Arbeitsverhältnisses; ferner Änderungskündigung [insoweit
12 unzutr BAG NJW 1999, 2542] außerhalb von § 2 KSchG). **c) Die Rechtsfolge unzulässiger Bedingtheit** (11) ergibt sich aus dem Ges (zB § 925 II: Auflassung unwirksam; § 1314 I Ehe aufhebbar; § 134 greift allein wegen der Bedingungsfeindlichkeit nicht ein, aber → Rn. 14), sonst macht Unerträglichkeit eines Schwebezustands das RGeschäft unwirksam (RGZ 91, 308 f.; str). Beifügung einer Rechtsbedingung (→ Rn. 6 [c]) ist unschädlich (BGHZ 138, 35). Zum Abhängigmachen von einem gegenwärtigen oder vergangenen Ereignis („unechte Bedingung": → Rn. 6 [c]) → Vor § 854 Rn. 16.

13 **5. Mangelhafte Bedingungen. a) Unmögliche** Bedingung, die von Anfang an nie eintreten kann. Als aufschiebende macht sie das RGeschäft endgültig unwirksam
14 (nichtig), als auflösende ist sie bedeutungslos. **b) Sofern gesetzwidrige oder unsittliche** Bedingung das RGeschäft als solches zu einem verbotenen (§ 134) oder sittenwidrigen (§ 138) macht, ist es nichtig. Dasselbe gilt, wenn allein eine *aufschiebende* Bedingung gegen §§ 134, 138 verstößt; bei einer *auflösenden* Bedingung kann das RGeschäft uU gem §§ 139, 140 als unbedingtes wirksam sein.

15 **6. Beweislast.** Bei Klage auf Erfüllung trägt sie der Kläger, wenn der Beklagte behauptet, das RGeschäft sei von Anfang an aufschiebend bedingt (BGH NJW 2002, 2863); der Beklagte trägt sie für die spätere Vereinbarung einer aufschiebenden sowie Vorliegen und Eintritt einer auflösenden Bedingung (BGH NJW 2000, 363). Beweislast für Bedingungseintritt hat der, wer daraus Rechte herleiten möchte (BGH NJW-RR 2016, 842 Rn. 38).

§ 159 Rückbeziehung

Sollen nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so sind im Falle des Eintritts der Bedingung die Beteiligten verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären.

1 **Allgemeines. Der Eintritt** der Bedingung **wirkt nicht zurück** (zum Begriff der Rückwirkung → § 184 Rn. 2). Rechtsgeschäftlich bestimmte Rückwirkung hat nur schuldrechtliche Folgen. Rückabwicklung bei auflösender Bedingung richtet sich nach Parteiabrede (Auslegung; Staudinger/Bork Rn. 3: idR, str), hilfsweise nach §§ 812 ff. (LM Nr. 1; str).

§ 160 Haftung während der Schwebezeit

(1) **Wer unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, kann im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz von dem anderen Teil verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt.**

(2) **Den gleichen Anspruch hat unter denselben Voraussetzungen bei einem unter einer auflösenden Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft derjenige, zu dessen Gunsten der frühere Rechtszustand wieder eintritt.**

§ 161 Unwirksamkeit von Verfügungen während der Schwebezeit

(1) **[1]Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. [2]Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgt.**

(2) **Dasselbe gilt bei einer auflösenden Bedingung von den Verfügungen desjenigen, dessen Recht mit dem Eintritt der Bedingung endigt.**

(3) **Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.**

Anmerkungen zu den §§ 160, 161

1. Allgemeines. §§ 160, 161, auch 162 sollen den vereinbarten Rechtserwerb bei Bedingungseintritt sichern. 1

2. Anspruch auf vollen Schadensersatz, § 160. Nur bei Bedingungseintritt. Für bedingte Verpflichtungsgeschäfte hat § 160 nur klarstellende, für bedingte Verfügungen konstitutive Bedeutung (MüKo-BGB/Westermann § 160 Rn. 3, 4 mN). 2

3. Wirkung von Zwischenverfügungen, § 161. a) Zwischenverfügungen des (noch) Berechtigten werden mit Bedingungseintritt gegenüber jedermann („absolut“: → Vor § 104 Rn. 19) unwirksam, soweit sie das Recht des Erwerbers vereiteln oder beeinträchtigen, § 161 I, II. Das Ges beschränkt also die Verfügungsmacht des bedingt Verfügenden; die Beschränkung wird aber erst mit Bedingungseintritt relevant. Die Zwischenverfügung ist und bleibt jedoch bei „redlichem“ rechtsgeschäftlichem Erwerb wirksam, da gem **§ 161 III** die §§ 892 f., 1138, 1155 (Grundstücksrechte), 932–936 (zur Veräußerung durch den Verkäufer aber → § 929 Rn. 40), 1032, 1207 f (Fahrnis), §§ 366 f. HGB anwendbar sind; doch gelten diese Vorschriften nur „entspr“, denn der Verfügende ist zzt. der Zwischenverfügung noch Berechtigter, so dass sich der böse Glaube (vgl § 932 II) oder die Kenntnis (vgl § 892 I) nicht auf sein fehlendes Recht, sondern nur auf dessen Bedingtheit (= Mangel der Verfügungsmacht) beziehen kann. Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen sind gleichgestellt Verfügungen in Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung, Insolvenzverfahren (§ 161 I 2). **b) Mit Zustimmung** des Begünstigten ist die Zwischenverfügung wirksam oder wird es rückwirkend, § 185 entspr (BGH NJW-RR 1998, 1067 mN). 3 4

§ 162 Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts

(1) **Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.**

(2) **Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.**

1 **1. Anwendungsbereich. a) Echte Bedingungen** (→ § 158 Rn. 1–4), insbes keine Rechtsbedingungen (nur ausnahmsweise: BGH NJW 1996, 3340). **b) Bei Potestativbedingungen** (→ § 158 Rn. 3) ist § 162 insoweit unanwendbar, als es um die Willkür der Partei geht (Knütel FamRZ 1981, 1079 mN, hM; grundsätzlich ebenso BGH NJW 1966, 1405, sa 1982, 2553). **c) Bei Wollensbedingungen** (Begriff und Zulässigkeit: → § 158 Rn. 4) erfasst § 162 jedenfalls nicht das Wollen
2 der Partei, das Bedingung ist (BGH NJW 1996, 3340; 2005, 3418). **d) Allg Rechtsgedanke** des § 162: Wer treuwidrig eine bestimmte Situation herbeiführt, darf aus ihr keinen Vorteil ziehen (BGH NJW-RR 1991, 178; NJW 2005, 3417).

3 **2. Voraussetzungen. a) Treuwidriges Handeln.** § 162 ist Ausfluss v § 242 (hM) und des allg Grundsatzes, dass niemand sich auf Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses berufen darf, den er selbst treuwidrig herbeigeführt oder verhindert hat. Wider Treu und Glauben handelt, wer sich anders verhält, als es im Hinblick auf Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung dem nach Treu und Glauben ermittelten Sinn und Zweck des RGeschäfts entspricht (BGH BeckRS 2013, 12160 = ZBB 2014, 324 Rn. 22: Verweigerte Annahme des Angebots auf Abschluss eines Sicherungsvertrages und damit Vereitelung der Zwangsvollstreckung durch Vollstre-
4 ckungsschuldner [hierzu auch → § 158 Rn. 6], Flume II § 40 Rn. 1b). **b) Kausale obj Treuwidrigkeit** genügt (Staudinger/Bork Rn. 10; OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 80; aA BGH NJW-RR 1989, 802: Verschulden erforderlich); Grund: § 162 ist Ausfluss v § 242 (→ Rn. 3). **Beweisbelastet** ist, wer sich auf Treuwidrigkeit beruft (BGH NJW-RR 1997, 305).

5 **3. Rechtsfolgen.** Bei Verhinderung (I) oder Herbeiführung (II) des Bedingungseintritts wird das jeweilige Gegenteil **fingiert.** Fingierter Nichteintritt kann zum früheren Schwebezustand (→ § 158 Rn. 7) oder zum Bedingungsausfall (→ § 158 Rn. 8) führen. Fiktion des Bedingungseintritts greift ein, sobald feststeht, dass der Eintritt verhindert ist, nicht erst zum Zeitpunkt des mutmaßlichen Eintritts (str, vgl BGH NJW 1975, 206; differenzierend Staudinger/Bork Rn. 12).

§ 163 Zeitbestimmung

Ist für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Anfangs- oder ein Endtermin bestimmt worden, so finden im ersteren Falle die für die aufschiebende, im letzteren Falle die für die auflösende Bedingung geltenden Vorschriften der §§ 158, 160, 161 entsprechende Anwendung.

1 **1. Allgemeines.** Zeitbestimmung ist wie Bedingung (→ § 158 Rn. 1) *rechtsgeschäftliche Nebenabrede.* Sie macht als **Anfangstermin** (→ aber u) den Eintritt, als **Endtermin** das Ende der Rechtswirkungen von einem zukünftigen gewissen Ereignis abhängig; *wann* das Ereignis eintritt, kann gewiss oder ungewiss sein (LM Nr. 14 zu § 158; BayObLG NJW 1993, 1164 f.). Anfangstermin entspricht der aufschiebenden, Endtermin der auflösenden Bedingung. Kombination von Befristung und Bedingung ist möglich (Bsp in BGH NJW-RR 2006, 183). § 162 ist entspr anwendbar, wenn ungewiss, zu welchem Zeitpunkt das gewisse Ereignis (zB Tod eines Menschen) eintritt und bzgl des Zeitpunkts manipuliert wird (zB durch Mord). § 159

anwendbar. „Anfangstermin" kann abw von o. „Betagung" (→ Rn. 4) bedeuten (Auslegungsfrage).

2. Abgrenzung zur Bedingung. Auslegung entscheidet, wenn zweifelhaft ist, ob ein zukünftiges Ereignis nach den Parteivorstellungen ungewiss (dann Bedingung) oder gewiss ist (dann Zeitbestimmung = Befristung). **2**

3. Befristungsverbote. Bedingungsfeindliche Geschäfte (→ § 158 Rn. 11) sind zumeist auch **befristungsfeindlich** (BGHZ 156, 332 f.). Ges und Klarheitsgebot erlauben zB Kündigung mit Anfangstermin. Entspr der Rechtsbedingung (→ § 158 Rn. 6 [c]) gibt es die **Rechtsbefristung** (Bsp: § 1353 I 1, § 1311 S. 2; LPartG §§ 1 I 1, 2). **3**

4. Aufschiebend befristete und betagte Verbindlichkeiten. Aufschiebend befristete Verbindlichkeit entsteht erst (zB Mietzinsforderung, BGHZ 170, 200); **betagte Verbindlichkeit** besteht schon, ist aber noch nicht fällig (zB anfänglich gestundete Kaufpreisforderung, → § 199 Rn. 2; monatlich zu zahlende Leasingrate, str, s BGH NJW 1997, 157; NJW-RR 2010, 483 f.; Maklerprovision, BGH NJW 1986, 1035); vgl § 41 InsO. Unterscheidung wichtig für § 813 II (str, s Staudinger/Bork Rn. 2): Vorzeitig gezahlte Miete nur rückforderbar, wenn sie aufschiebend befristete Verbindlichkeit ist (sa BGH DtZ 1997, 156 f.). Zu § 199 I Nr. 1 → § 199 Rn. 2. **4**

Titel 5. Vertretung und Vollmacht

§ 164 Wirkung der Erklärung des Vertreters

(1) **[1]Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. [2]Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.**

(2) **Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.**

(3) **Die Vorschriften des Absatzes 1 finden entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt.**

1. Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung. Eine wirksame Stellvertretung erfordert: Abgabe oder Empfang einer Willenserklärung (→ Rn. 2) im Namen des Vertretenen (→ Rn. 3–5) mit Vertretungsmacht (→ Rn. 6–8) bei Zulässigkeit einer Vertretung (→ Rn. 9), sog **offene** (direkte, unmittelbare) **Stellvertretung** (s D. Paulus JuS 2017, 301, 399). **1**

2. Anwendbarkeit der Stellvertretung. Gegenstand der Vertretung sind Willenserklärungen (Abgabe, I, oder Empfang, III) und geschäftsähnliche Handlungen (nicht Tathandlungen, zB Besitzerwerb nach § 854 I, „Ersatz": § 855); Begriffe: → Vor § 104 Rn. 1, 23, 24. Im Rahmen der „rechtlichen Betreuung" (Überschrift von Titel 2 vor § 1896) kann auch in Gesundheitsangelegenheiten Vollmacht erteilt werden (vgl §§ 1904 V, 1906 V). **2**

3. Handeln im Namen des Vertretenen. §§ 164 ff. regeln die *offene* (unmittelbare, direkte) Stellvertretung. **a) Fremdbezogenheit** muss zumindest aus den Umständen erkennbar sein (I 2; obj Erklärungsgehalt entscheidet: → § 133 Rn. 10; BGH NJW 2014, 1803 Rn. 14: Vertretung des Vermieters durch Hausverwaltung; BGH BeckRS 2013, 19778 Rn. 11: Vertretung Verkäufer durch unabhängigen Vertriebsmitarbeiter; sa BGHZ 125, 178). Abgrenzung: **Eigengeschäft des Handeln-** **3**

den unter falscher Namensangabe – aus dem der Handelnde selbst verpflichtet wird – ist gegeben, wenn die Benutzung des fremden Namens bei der anderen Vertragspartei keine Fehlvorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen hat, diese den Vertrag also nur mit dem Handelnden abschließen will. **Geschäft des Namensträgers,** wenn das Auftreten des Handelnden auf den bestimmten Namensträgers hinweist und die andere Partei der Ansicht sein durfte, der Vertrag komme mit dieser Person zu Stande. In diesem Fall gelten §§ 177 ff. entsprechend: Namensträger kann das Geschäft genehmigen, so dass er selbst Vertragspartner wird. Verweigert er die Genehmigung, gilt § 179 I entsprechend (Erfüllung oder Schadensersatz) (BGH NJW 2013, 1946 Rn. 7 mwN; dazu Schwab JuS 2014, 265; s noch → Rn. 14; → § 177 Rn. 8). Beim Abschluss eines auf ein bestimmtes Unternehmen bezogenen RGeschäfts, das nach dem Willen der Beteiligten iZw (Auslegungsregel) für und gegen den Unternehmensinhaber wirken soll, **Rechtsgeschäft mit dem Unternehmen,** gleich, ob der Geschäftsgegner den Handelnden als den wahren Inhaber oder als dessen Vertreter ansieht (BGH NJW 2012, 3369 Rn. 10; NJW-RR 2006, 110; NJW 2000, 2985, je mN und unter Vermengung von „Unternehmen" und „Unternehmensinhaber" oder „Betriebsinhaber"; korrekt aber NJW 2008, 1214). Der Vertreter haftet uU daneben aus Rechtsschein, weil er so aufgetreten ist, als betreibe er das vertretene Unternehmen selbst in unbeschränkter persönlicher Haftung, obwohl es sich zB um eine GmbH handelt (BGH NJW 2012, 3369 Rn. 12 ff.; 1998, 2897). Wird irrtümlich (ungewollt) im Namen eines anderen gehandelt, so liegt dennoch Vertretung vor (BGHZ 36, 33 f.), aber Anfechtung (§ 119) durch Vertreter möglich (Flume II § 44 III; str). Ist die Fremdbezogenheit des Handelns nicht erkennbar, obwohl „Vertreter" das meint (Irrtum!), so ist Anfechtung ausgeschlossen **(II),** das Geschäft ist Eigengeschäft (folgt aus II; BGH NJW 2006, 110); die *Beweislast* für die Fremdbezogenheit liegt beim „Vertreter" (BGH NJW 2000, 2985). Vertreter kann zugleich im eigenen Namen handeln (→ § 181 Rn. 5; BGHZ 104, 100; NJW 2009, 3506). Offen, ob Vertragsschluss durch einen Sozietätsanwalt typischerweise die Sozietät verpflichten soll oder nur Einzelmandat (BGHZ 12, 2435 Rn. 16; NJW 2011, 2301 Rn. 15). Nach BGH **Sozietätsmandat,** wenn es in der Folge von mehreren Sozien und/oder angestelltem Anwalt bearbeitet wird (BGHZ 12, 2435 Rn. 16). – Keine Sonderregeln für **internetbasiert abgegebene Erklärungen.** Wer unter fremdem **eBay-Mitgliedskonto** Erklärungen abgibt, handelt in fremdem Namen des Kontoinhabers. Daher Bindung nur unter Vertretungsvoraussetzungen, zB Anscheins- oder Duldungsvollmacht (BGH NJW 2011, 2421 Rn. 12 mN), noch → § 167 Rn. 8 f. Eine Formularklausel des ebay-Vertrags, wonach Mitglieder grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden, begründet keine Erklärungszurechnung bei fehlender Vertretungsmacht des im Namen des Kontoinhabers die Erklärung abgebenden Dritten (BGH NJW 2011, 2421 Rn. 20 f mN). **b) Einschränkungen des Offenheitsprinzips.** (D. Paulus JuS 2017, 301, 304 f., 399 ff.) **aa) Offenes Geschäft für den, den es angeht:** Handeln für einen Dritten, dessen Name nicht genannt wird (LM Nr. 10; BFH BB 2000, 1281) oder der (noch) unbekannt ist (BGH NJW 1998, 63; erst mit nachträglicher Bestimmung des Dritten kommt Geschäft zustande). Das ist unzulässig, wenn der Geschäftstyp Offenlegung fordert, zB Auflassung (AG Hamburg NJW 1971, 102 f.; sa BayObLG MDR 1984, 232). Zur Haftung des Vertreters (§ 179 analog), wenn Namensnennung nötig, aber unterbleibt, s BGHZ 129, 149 f.; → § 179 Rn. 11. **bb) Verdecktes Geschäft für den, den es angeht:** Vertreter handelt bei Geschäftsvornahme gewollt, aber unerkennbar (sonst I 2), für einen anderen, und dem Geschäftsgegner ist die Person des Kontrahenten gleichgültig (BGHZ 114, 80; NJW-RR 2003, 922). Hauptfall: dinglicher Rechtserwerb bei Bargeschäften des täglichen Lebens, insbes Eigentumserwerb an gewöhnlicher Fahrnis (RGZ 140, 229; nach BGHZ 114, 79 f auch bei Veräußerung unter EV iSv § 455 I aF = § 449 I an Eheleute; → § 929 Rn. 21), nicht an Schecks (OLG Stuttgart ZIP 1980, 861) oder Grundstücken (vgl BGH WM 1978, 13). Zurückhaltung wegen Durchbrechung von I geboten (LM Nr. 33 für Krankenhaus-Pflegevertrag). Bei

4

5

schuldrechtlichen Geschäften liegt ein Geschäft für den, den es angeht, nur ausnahmsweise vor, da dem Geschäftsgegner die Person des Kontrahenten idR nicht gleichgültig ist (BGH NJW-RR 2003, 922; OVG Magdeburg BeckRS 2017, 108630 Rn. 22). Keine Ausnahme von dem Offenkundigkeitsprinzip schaffen die **Grundsätze der unternehmensbezogenen Geschäfte,** da lediglich Auslegungsgrundsatz zur personellen Zuordnung unternehmensbezogener Rechtsgeschäfte: Bei unternehmensbezogenen Rechtsgeschäften geht der Wille der Beteiligten im Zweifel dahin, dass der Inhaber des Unternehmens, in dessen Tätigkeitsbereich das rechtsgeschäftliche Handeln fällt, und nicht der für das Unternehmen Handelnde selbst der Vertragspartner werden soll (BGH NJW 2012, 3368, 3369 Rn. 10 mwN).

4. Vertretungsmacht. a) Grundlage: Ges (Eltern, § 1629 I [keine Einschränkung durch § 1629a, nur Haftungsbegrenzung für den volljährig Gewordenen im Vollzug von BVerfG 72, 167 ff.], zu § 1629 s EGMR NJW 2010, 501 ff. mit Coester NJW 2010, 482 ff.; Ehegatten, § 1357 I, str [BGHZ 94, 5: Rechtsmacht zur Verpflichtung; sa 114, 75 ff.: keine „dingliche Wirkung"], zur Problematik von § 1357 Brudermüller NJW 2004, 2267 f., § 1357 ist verfassungsgemäß [BVerfG NJW 1990, 175 f.], registrierte Lebenspartner, LPartG § 8 II mit § 1357 analog; zur Problematik Brudermüller NJW 2004, 2270 Fn. 79), staatliche Bestellung (Vormund, §§ 1789, 1793; Betreuer, § 1902; Pfleger, § 1915), Organstellung (Vorstand, § 26) – sog *ges Vertreter* – oder RGeschäft (Bevollmächtigung), sog *gewillkürter Vertreter.* Die Vertretungsmacht wirkt nach außen; davon ist das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem zu unterscheiden (→ § 167 Rn. 1). **b) Fehlt die Vertretungsmacht,** so gelten die §§ 177–180. Sie fehlt auch, soweit vorhandene überschritten wird. **c) Missbrauch der Vertretungsmacht** liegt vor, wenn der Vertreter sie unter Verletzung des Innenverhältnisses (→ § 167 Rn. 1) gebraucht; Vorsatz unnötig (BGH NJW 1988, 3013; stRspr). Folge: Vertretung ist wirksam; das Missbrauchsrisiko trägt der Vertretene. Erkennt aber der Geschäftsgegner den Missbrauch oder drängt sich ihm diese Erkenntnis nach den Umständen geradezu auf, so kann er sich nicht auf die Vertretungsmacht berufen (BGH NJW 2008, 75; NJW-RR 2004, 248, je mN); das gilt auch für ges Vertreter einer jur Person (BGH NJW 1984, 1462; 2006, 2776: GmbH-Geschäftsführer; 90, 385), Testamentsvollstrecker (BGH NJW-RR 1989, 642 f.) und bei ges umgrenzter Vertretungsmacht (BGH WM 1981, 67). Hier gelten §§ 177 ff. analog (BGHZ 141, 364); ob auch § 254 für die Verteilung nachteiliger Folgen des Vertretergeschäfts gilt, ist str (BGH NJW 1999, 2884 lässt offen). Haben Geschäftsgegner und Vertreter bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammengewirkt **(Kollusion;** s dazu BGH NJW-RR 2008, 978), so ist Vertretergeschäft nichtig, § 138 I (BGH NJW-RR 1989, 642 f [Testamentsvollstrecker]; 2004, 248 [GmbH-Geschäftsführer]; → § 181 Rn. 13. – Ie besteht über den Missbrauch uferloser Streit (vgl MüKo-BGB/Schubert Rn. 210–229 mN). 6 7 8

5. Unzulässigkeit. Unzulässig ist *jede* Stellvertretung, wenn das Ges „persönliche" Vornahme fordert (Bsp § 1311 S. 1, gilt für Verlobung entspr; § 1 I 1 LPartG; §§ 2064, 2274); unzulässig ist *gewillkürte* Stellvertretung, wenn Vornahme „durch einen Bevollmächtigten" ausgeschlossen (Bsp § 1600a I). Vereinbarter Ausschluss gewillkürter Vertretung ist zulässig (BGHZ 99, 94). 9

6. Wirkung. Liegen die Voraussetzungen (→ Rn. 1) vor, so wirkt das Geschäft nur für und gegen den Vertretenen (I, III). Der Vertreter haftet daher nicht aus dem Geschäft, doch Haftung aus unerlaubter Handlung möglich; ferner bei starkem eigenem wirtschaftlichem Interesse am Vertragsschluss (§ 311 III 1 mit §§ 241 II, 280 I entspr der fr Rspr, s u; Interesse an Provision ungenügend, BGH NJW-RR 2006, 110, 944 mN) *oder* bei außerordentlicher Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens durch Vertreter, wodurch Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss erheblich beeinflusst worden sind (§ 311 III 2 mit §§ 241 II, 280 I entspr der fr stRspr; BGH NJW-RR 2006, 110, 944), Entgegenbringen von Vertrauen durch den Gegner ungenügend (BGH NJW-RR 1993, 344, stRspr). 10

11 **7. Abgrenzung. Keine Stellvertreter** iSd §§ 164 ff. sind: **a) verdeckter** (indirekter, mittelbarer) **Stellvertreter.** Er handelt in fremdem Interesse und in eigenem Namen, seine Geschäfte sind Eigengeschäfte (Hauptfall: Kommissionär, §§ 383 ff. 12 HGB); **b) Treuhänder.** Er handelt wie der verdeckte Stellvertreter (→ Rn. 11) in eigenem Namen, aber iGgs zu diesem regelmäßig in Wahrnehmung eigener Rechte, die ihm durch Ges oder RGeschäft zugewiesen sind. Auch der **„Strohmann"** ist ein Treuhänder, dessen Treuhänderstellung aber geheim bleiben soll (daher handelt er im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung des Hintermanns, BGH 13 NJW 1995, 727 f.); **c) Amtsverwalter** (Insolvenz-, Nachlass-, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker). Sie sind materiellrechtlich Treuhänder, im Prozess Partei 14 kraft Amtes (str, s Jauernig/Hess ZivProzR § 18 V 4); **d) Bote.** Er hat die Willenserklärung eines anderen lediglich zu übermitteln (Erklärungsbote) oder zu empfangen (Empfangsbote), → § 130 Rn. 7, 10. Das sind Tathandlungen, daher kann ein Geschäftsunfähiger Bote sein. Ob jemand Bote oder Stellvertreter ist, richtet sich nach den Gesamtumständen, insbes seinem Auftreten (BGHZ 12, 334 f., hM); die Unterzeichnung mit „iV" („in Vertretung"?) oder „iA" („Bote"?) ist nicht eindeutig (BAG NJW 2008, 1244); **e)** Wer **unter fremdem Namen** handelt, für den gilt § 177 (→ § 177 Rn. 8; → Rn. 3). Tritt der Veräußerer eines unterschlagenen Kraftfahrzeugs unter dem Namen des Eigentümers auf, wird Vertragspartner des Erwerbers grundsätzlich die unter fremdem Namen handelnde Person und nicht der Eigentümer, sofern der Kauf sofort abgewickelt wird (BGH NJW 2013, 1946 f.; dazu M Schwab JuS 2014, 265). **f)** Zu → **§ 185** Rn. 1. Zum Unterschied zwischen § 185 und § 164 BGH NJW-RR 2002, 21 f.

§ 165 Beschränkt geschäftsfähiger Vertreter

Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

1 **1. Beschränkt Geschäftsfähige.** Können (auch ges) Vertreter sein, da sie aus dem RGeschäft nicht haften (→ § 164 Rn. 10); § 131 II 2 ist für Bevollmächtigung anwendbar. Grundsätzliche Haftungsfreistellung auch bei fehlender Vollmacht: § 179 III 2.

2 **2. Geschäftsunfähige.** Können nicht Vertreter (BGHZ 158, 6), sondern höchstens Bote sein (→ § 164 Rn. 14; → § 130 Rn. 9); das ist verfassungsgemäß (aA Canaris JZ 1987, 998; → § 105 Rn. 2). Zum Ausnahmefall einer Rechtsscheinhaftung des Vertretenen für Vertreterhandeln eines Geschäftsunfähigen BGHZ 115, 80 ff.; K. Schmidt JuS 1991, 1005 (§§ 177, 180, 105 I unanwendbar); → § 167 Rn. 5 (c).

§ 166 Willensmängel; Wissenszurechnung

(1) **Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.**

(2) **[1]Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. [2]Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.**

Lit: Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983.