

§ 3 Rechtsscheinhaftung

Bei der Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet rekurrieren viele Lösungen auf die Rechtsscheinhaftung in unterschiedlichen Formen. Um diese Lösungen einordnen und bewerten zu können, wird zunächst die Rechtsscheinhaftung allgemein sowie in den Formen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht abstrakt, losgelöst von den Besonderheiten des Missbrauchs von Zugangsdaten im Internet, behandelt. 224

Die Rechtsscheinhaftung schützt das Vertrauen eines objektiven Beobachters in das Vorliegen einer scheinbar gegebenen Rechtslage. Sie ist nicht allgemein gesetzlich kodifiziert, sondern wurde von Literatur und Rechtsprechung anhand bestehender spezieller Rechtsscheintatbestände entwickelt.¹ Die Rechtsscheinhaftung umfasst als Teil der Vertrauenshaftung im Wesentlichen das Vertrauen in die Register, die Rechtsscheinvollmachten, den gutgläubigen Erwerb, den Scheinkaufmann, die Scheinvollmachten, die Scheingesellschaft, die Scheingesellschafter sowie die wertpapierrechtliche Rechtsscheinhaftung.² Sie bezweckt den Schutz des Vertrauens des Empfängers im Sinne des Verkehrsschutzes.³ Die Rechtsscheinhaftung ist ein Unterfall der Lehre von der Vertrauenshaftung,⁴ deren dogmatische Grundlage umstritten ist.⁵ 225

I. Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung

Die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung sind nicht gesetzlich kodifiziert, wurden jedoch anhand der Gemeinsamkeiten gesetzlicher Rechtsscheintatbestände, wie der §§ 170 ff. BGB,⁶ entwickelt. Die vier Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung sind ein Rechtsscheintatbe- 226

1 Rieder, S. 90; Schnell, S. 123. Monographisch zur Entstehungsgeschichte Selzer, S. 17 ff.

2 Canaris, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. 1, 129, 132 f.

3 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 526; Borges, NJW 2011, 2400, 2401.

4 Canaris, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. 1, 129, 132 f.; Rieder, S. 90.

5 Borges, Elektronischer Identitätsnachweis, S. 133; Schilken, in: Staudinger²⁰⁰⁹, § 167 BGB Rn. 32.

6 Dazu Conrad, S. 25 ff.; Faust, BGB AT³, § 26 Rn. 20 ff.

stand, dessen zurechenbares Hervorrufen, die Gutgläubigkeit des Dritten sowie dessen kausale Disposition.⁷

1. Rechtsscheintatbestand

227 Als Rechtsscheintatbestand qualifiziert sich „grundsätzlich jeder Sachverhalt, der Vertrauen erweckt.“⁸ Es muss sich um eine objektive Vertrauensgrundlage handeln, ein „blindes“ Vertrauen reicht nicht aus.⁹ Die Rechtsscheinhaftung umfasst in der Rechtsfolge mit der Gewährung von Erfüllungsansprüchen den Ersatz des positiven Interesses¹⁰ und belastet den In-Anspruch-Genommenen somit stark. Wegen dieser Härte muss ein Sachverhalt für die Anerkennung als Rechtsscheintatbestand strenge Anforderungen erfüllen.¹¹ Ein starker Vertrauensatbestand sowie ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis erfüllen diese Anforderungen.¹² Ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis besteht beispielsweise bei Wertpapieren, deren notwendige Umlauffähigkeit durch geringere Anforderungen hergestellt wird. Im Gegensatz zu anderen abhandengekommenen Sachen kann daher an abhandengekommenen Wertpapieren gutgläubig Eigentum erworben werden (§ 935 Abs. 2 BGB). Bei Rechtsscheintatbeständen ist zwischen künstlichen, durch das Gesetz geschaffenen, und natürlichen äußeren Tatbeständen zu unterscheiden.¹³ Die künstlichen Tatbestände umfassen das Vertrauen in die Richtigkeit von Registereintragungen wie das Handels- oder Grundbuchregister.¹⁴ Ihre Voraussetzungen und der Umfang des durch sie geschützten Vertrauens ist gesetzlich vorgegeben.¹⁵

7 *Conrad*, S. 38 ff.; *Faust*, BGB AT³, § 26 Rn. 18; *Larenz/M. Wolf*⁹, § 48 Rn. 32. Auf drei Voraussetzungen reduzierend *M. Wolf/Neuner*¹⁰, § 10 Rn. 83.

8 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 495. Dazu auch *Rieder*, S. 91.

9 *Bork*³, Rn. 1539; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 491; *Spiegelhalter*, S. 128.

10 Unten Rn. 256.

11 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 527; *Rieder*, S. 91.

12 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 533 Fn. 43a; *Reese*, S. 50; *Rieder*, S. 91 f.

13 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 492; *Rieder*, S. 92. Diese Unterscheidung geht zurück auf *Wellspacher*, S. 22 ff.

14 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 492.

15 Eintragungspflichtige Tatsachen im Handelsregisters sind beispielsweise in ihrer negativen Publizität geschützt (§ 15 Abs. 1 HGB), dazu etwa *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*³⁵, § 15 HGB Rn. 4.

Bei natürlichen äußeren Rechtsscheintatbeständen wird anhand einer Gesamtbewertung des Einzelfalls abgewogen, ob der gegebene Sachverhalt von einem durchschnittlichen Dritten aus dem betroffenen Verkehrskreis nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte in der von dem Vertrauenden gedeuteten Weise verstanden werden durfte.¹⁶ Bei dieser Bestimmung werden die Grundsätze der objektiven Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) entsprechend herangezogen.¹⁷ Entscheidende Voraussetzung für die Anerkennung eines Rechtsscheintatbestandes ist die Stärke des Scheins. Er muss unter regelmäßigen Umständen den sicheren Schluss auf die angenommene Lage aufgrund der äußeren Umstände zulassen.¹⁸ Nur vernünftige und nachvollziehbare Anhaltspunkte reichen dafür aus.¹⁹ Eine Formalisierung der Voraussetzung verbietet sich, sodass für jeden Rechtsscheintatbestand von Fall zu Fall eine Gesamtabwägung erfolgen muss.²⁰ Bei gesetzlichen Rechtsscheintatbeständen ist die Stärke des Scheins durch die physische Einmaligkeit des Besitzes oder durch verschiedene Formen menschlichen Verhaltens wie mündliche oder schriftliche Erklärungen begründet.²¹

Einzelne Stimmen in der Literatur versuchen, wenngleich erfolglos, den Rechtsscheintatbestand durch eine negative Abgrenzung zu bestimmen. Ein Rechtsscheintatbestand scheide demnach aus, wenn der Vertrauende die wahre Lage kennt oder sich wegen diverser Anhaltspunkte ihrer vergewissern muss.²² Bei fehlender Erkenntnisfahrlässigkeit sei eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen Rechtsscheintatbestand gegeben.²³ Dementsprechend sei eine Voraussetzung für einen Rechtsscheintatbestand, dass weitergehende Vergewisserungen unzumutbar seien.²⁴ Diese negative Abgrenzung überzeugt nicht. Wenn der Vertrauende die wahre Lage kennt, scheidet seine Schutzwürdigkeit aus, was eine der Voraussetzungen der

16 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 494; *Kuhn*, S. 215; *Spiegelhalder*, S. 128; *Rieder*, S. 92.

17 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 494; *Kuhn*, S. 215; *Spiegelhalder*, S. 129; **a.A.** wohl *AG Berlin Mitte*, Urteil v. 28. 7. 2008, 12 C 52/08 – MMR 2008, 696.

18 *Reese*, S. 50.

19 *Brückner*, S. 86.

20 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 493; *Rieder*, S. 92.

21 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 492; *Rieder*, S. 92.

22 *Schnell*, S. 129.

23 *Ebd.*, S. 137.

24 *Ebd.*, S. 137 f.; v. *Craushaar*, AcP 174 (1974), 2, 11.

Rechtsscheinhaftung ist.²⁵ Beim Abstellen auf die Schutzwürdigkeit bei der Anerkennung des Rechtsscheintatbestandes hätte die Stärke des Rechtsscheintatbestandes keine eigene Bedeutung.

230 Ein Sachverhalt, der die notwendige Stärke aufweist, muss einige weitere Voraussetzungen erfüllen, um als Rechtsscheintatbestand anerkannt zu werden. Eine wichtige Voraussetzung dabei ist, dass sich der Rechtsscheintatbestand auf ein Verhalten desjenigen beziehen muss, dessen Einstandspflicht begründet werden soll.²⁶ Diese Anforderung setzt vor der Zurechnung an, die die zweite Voraussetzung einer Rechtsscheinhaftung ist.²⁷ Eine Person kann durch ihr Verhalten eine Rechtsscheinhaftung eines Dritten ebenso wenig begründen, wie sie Verträge zu seinen Lasten abschließen kann.²⁸ Das Verhalten einer Person kann daher nur gegen diese Person eine Rechtsscheinhaftung begründen.²⁹ Eine bewegliche Sache muss beim gutgläubigen Erwerb vom Eigentümer willentlich übergeben worden sein (vgl. § 935 Abs. 1 BGB), eine besondere Mitteilung der Vollmacht (§ 171 Abs. 1 BGB) muss der Vertretene kundgeben, um als Rechtsschein gegen diesen anerkannt zu werden. Nur einige gesetzliche Vertrauenstatbestände in die Richtigkeit einer Registereintragung verlangen keine Rückkopplung an das Verhalten desjenigen, der in Anspruch genommen wird. Für den gutgläubigen Erwerb eines Grundstückes kommt es beispielsweise nicht darauf an, ob der Eigentümer die Eintragung veranlasst hat.³⁰

231 Weitere Voraussetzung ist, dass sich der Inhalt des Rechtsscheintatbestandes auf eine gegenwärtige, bereits bestehende Lage beziehen muss.³¹ Das Vertrauen in ein künftiges Ereignis verdient keinen Schutz. Zum einen ergibt sich dies daraus, dass die Zukunft ungewiss ist und dies allgemein bekannt ist.³² Zum anderen erlaubt die Vertragsfreiheit den Parteien, künftiges Verhalten zu vereinbaren. Im Umkehrschluss ist ohne eine vertragliche Vereinbarung das Vertrauen in das künftige Verhalten der anderen Partei nicht schutzwürdig.³³ Darüber hinaus muss sich der Scheintatbestand auf eine

25 Unten Rn. 252.

26 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 497.

27 Unten Rn. 233.

28 Zur Unzulässigkeit des Vertrags zu Lasten Dritten *Gottwald*, in: MüKo-BGB⁶, § 328 Rn. 250 m.w.N.

29 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 93.

30 *Kohler*, in: MüKo-BGB⁶, § 892 Rn. 2 m.w.N.

31 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 495; *Rieder*, S. 92.

32 *Hildebrandt*, S. 215.

33 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 352 f.

rechtsgeschäftliche Handlung beziehen. Ein Rechtsscheintatbestand liegt somit bei Unterschriften auf Autogrammkarten oder bei Vorlage eines privaten Briefes als Vollmachtsurkunde nicht vor.³⁴

Ferner muss sich der Rechtsscheintatbestand auf eine rechtlich mögliche Lage beziehen.³⁵ Diese Anforderung ergibt sich daraus, dass es für einen objektiven Dritten aus den Umständen selbst ersichtlich ist, dass diese scheinbare Lage rechtlich unmöglich ist. Ein Vertrauen darin kann somit nicht gebildet werden. Darüber hinaus ist nur das Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage, nicht in eine bestimmte Tatsachenlage schützenswert.³⁶ Der Name *Rechtsschein* suggeriert bereits, dass das Vertrauen in scheinbar vorliegende Tatsachen nicht geschützt ist.³⁷ Der Tatsachenschein sei dem geltendem Recht fremd.³⁸ 232

2. Zurechenbarkeit

Zweite Voraussetzung der Rechtsscheinhaftung ist, dass der Rechtsscheintatbestand zurechenbar gesetzt wurde. Diese Voraussetzung ist ein zwingendes Erfordernis, weil eine Haftung nur gerechtfertigt ist, wenn sie ein Ausdruck der Selbstverantwortung der Person ist.³⁹ Insbesondere bei natürlichen äußeren Rechtsscheintatbeständen ist das Erfordernis der Zurechenbarkeit entscheidend. Bei den künstlichen Rechtsscheintatbeständen hat der Gesetzgeber selbst offensichtlich oder versteckt Zurechnungskriterien festgelegt oder ganz auf die Zurechnung verzichtet.⁴⁰ Für das Prinzip, nach dem bei der Rechtsscheinhaftung zugerechnet wird, haben sich unterschiedliche Ansichten herausgebildet.⁴¹ 233

34 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 443.

35 Ebd., S. 495 f.; *Rieder*, S. 93.

36 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 496; *Rieder*, S. 93.

37 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 496 f.; *Rieder*, S. 93.

38 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 496.

39 Ebd., S. 468; *Reese*, S. 61; *Rieder*, S. 96.

40 Zum reinen Rechtsscheinprinzip im Rahmen von §§ 892, 935 Abs. 2 BGB *Rieder*, S. 96.

41 Übersichten bei *Kuhn*, S. 227 ff.; *Reese*, S. 62 ff.; *Spiegelhalder*, S. 142 ff.

a) Veranlassungsprinzip

- 234 Früher wurde in der Literatur überwiegend vertreten, dass für die Zurechnung des Rechtsscheins lediglich eine Veranlassung des Anspruchsgegners erforderlich sei.⁴² Eine Verursachung des Rechtsscheintatbestandes reiche demnach aus.⁴³ Dabei findet der Rechtsgedanke Anwendung, dass der Urheber eines Schadens ihn zu bessern habe.⁴⁴ Auf ein Verschulden komme es nicht an, allein entscheidend sei, ob nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Dritter aufgrund des Verhaltens des Geschäftsherren auf den Rechtsscheintatbestand vertrauen durfte.⁴⁵ Die objektive Möglichkeit den Rechtsschein zu verhindern, reiche zur Zurechnung aus.⁴⁶
- 235 Gegen das Veranlassungsprinzip spricht, dass es sich lediglich um Kausalitätserwägungen in einem anderen Gewand handelt.⁴⁷ Das Abstellen auf die reine Kausalität würde jedoch dazu führen, dass auf ein Zurechnungskriterium vollständig verzichtet wird.⁴⁸ Das Verhalten des in Haftung Genommenen muss Ausgangspunkt des Rechtsscheins sein.⁴⁹ Weil dieses schon Voraussetzung des Rechtsscheintatbestandes ist, wäre nach dem Veranlassungsprinzip daher der Rechtsscheintatbestand stets zurechenbar.
- 236 Ferner kann das Veranlassungsprinzip beim Unterlassen keine Begründung zur Zurechnung sein.⁵⁰ Ein Unterlassen kann nicht kausal für das Entstehen eines Rechtsscheintatbestandes im Sinne der *conditio-sine-quanon*-Formel sein.⁵¹ Vertreter des Veranlassungsprinzips versuchen das Unterlassen mit dem Bestehen einer Rechtspflicht zu begründen, die verletzt wurde.⁵² Dabei handelt es sich jedoch um Verschuldenserwägungen, nicht mehr um eine reine Veranlassung. Dies zeigt, dass selbst Vertreter des Veranlassungsprinzips teilweise auf Risiko- oder Verschuldenserwägungen zu-

42 *Enneccerus/Nipperdey*¹⁵, § 184 II 3 c); *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85, 120 ff.; *Jacobi*, JherJB 70 (1921), 300, 325 f.; *H. Meyer*, ZHR 81 (1918), 365, 387 ff.; *Oertmann*, ZHR 95 (1930), 443, 466; *Stoll*, AcP 135 (1932), 89, 104 ff.

43 *Stoll*, AcP 135 (1932), 89, 105.

44 Ebd., 105.

45 *Enneccerus/Nipperdey*¹⁵, § 184 II 3 c).

46 Ebd., § 184 II 3 c).

47 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 474; *Rieder*, S. 96; *Spiegelhalder*, S. 142.

48 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 474.

49 Oben Rn. 230.

50 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 474 f.; *Reese*, S. 63; *Spiegelhalder*, S. 142.

51 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 475.

52 *Stoll*, AcP 135 (1932), 89, 108.

rückgreifen und somit belegen, dass allein die Veranlassung kein sinnvolles Kriterium für die Zurechnung ist.⁵³

b) Verschuldensprinzip

Die überwiegende Rechtsprechung⁵⁴ und Literatur⁵⁵ lösen die Zurechnung des Rechtsscheintatbestandes über das Verschuldensprinzip. Der Rechtsscheintatbestand sei demnach dann zuzurechnen, wenn er bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkannt werden müssen und verhindert werden können.⁵⁶ Die überwiegende Ansicht lässt eine einfache Fahrlässigkeit dafür ausreichen.⁵⁷ Einzelne Stimmen der Literatur entgegnen dem, dass nur bei grober Fahrlässigkeit die Haftung auf das positive Interesse gerechtfertigt sei.⁵⁸

Gegen das Verschuldensprinzip spricht, dass ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB mangels rechtsgeschäftlichen Kontaktes nicht in Betracht komme.⁵⁹ Mangels dieser Verbindung ist daher eine Pflichtverletzung nicht möglich.⁶⁰ Denn Sorgfaltspflichten, das Vermögen einer anderen Person zu schützen, kommen nur im Rahmen von Sonderverbindungen in Betracht (vgl. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB). Gegenüber der Allgemeinheit bestehen diese Sorgfaltspflichten nicht. Diesen Bedenken wird mit unterschied-

53 Ein weiteres Beispiel behandelt *Reese*, S. 63.

54 *BGH*, Urteil v. 12. 2. 1952, I ZR 96/51 – BGHZ 5, 111, 116; Urteil v. 12. 3. 1981, III ZR 60/80 – NJW 1981, 1727, 1728; Urteil v. 5. 3. 1998, III ZR 183/96 – NJW 1998, 1854, 1855; Urteil v. 21. 6. 2005, XI ZR 88/04 – NJW 2005, 2985, 2987; Urteil v. 10. 1. 2007, VIII ZR 380/04 – NJW 2007, 987, Rn. 25; *OLG Frankfurt*, Urteil v. 15. 1. 1998, 16 U 223/95 – WM 1999, 791, 794; *OLG Düsseldorf*, Beschluss v. 24. 7. 2009, 24 U 67/08 – NJOZ 2010, 139, 140; *OLG Hamm*, Urteil v. 20. 7. 2010, 28 U 2/10, I-28 U 2/10, Rn. 47; *LG Duisburg*, Urteil v. 10. 12. 2003, 11 S 111/02 – NJOZ 2004, 554, 555; *LG Flensburg*, Urteil v. 16. 9. 2005, 7 S 18/05 – MMR 2006, 47.

55 *Ellenberger*, in: *Palandt*⁷³, § 172 BGB Rn. 11; *Hübner*², Rn. 1286; *Leptien*, in: *Soergel*¹³, § 167 BGB Rn. 22; *Maier-Reimer*, in: *Erman*¹³, § 167 BGB Rn. 19; *Schülken*, in: *Staudinger*²⁰⁰⁹, § 167 BGB Rn. 40; *Schramm*, in: *MüKo-BGB*⁶, § 167 Rn. 59; *Valentini*, in: *Bamberger/H. Roth*³, § 167 BGB Rn. 16.

56 *BGH*, Urteil v. 10. 1. 2007, VIII ZR 380/04 – NJW 2007, 987, Rn. 25.

57 Explizit *Leptien*, in: *Soergel*¹³, § 167 BGB Rn. 22, implizit *BGH*, Urteil v. 10. 1. 2007, VIII ZR 380/04 – NJW 2007, 987, Rn. 25; *Schramm*, in: *MüKo-BGB*⁶, § 167 Rn. 59.

58 *Hübner*², Rn. 1289.

59 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 477 f.; *Reese*, S. 64; *Spiegelhalder*, S. 144.

60 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 447 f.

lichen Konstruktionen begegnet. Bei einer Konstruktion solle Verschulden sich nicht auf eine Pflicht- sondern auf eine Obliegenheitsverletzung beziehen.⁶¹ Diese Konstruktion weist jedoch das gleiche Problem auf. Obliegenheiten werden im Interesse eines Anderen im Rahmen von Sonderverbindungen auferlegt.⁶² Bei einer anderen Konstruktion stelle das Verschulden ein Verschulden gegen sich selbst dar, bei der die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten zu beachten ist.⁶³ Dabei hafte der Geschäftsherr für Organisationsmängel in der eigenen Rechtssphäre.⁶⁴ Die Anwendung eines „Verschuldens gegen sich selbst“ überzeugt jedoch ebenfalls nicht, weil der Geschäftsherr bei der Schaffung eines Rechtsscheintatbestandes nicht schuldhaft handelt.⁶⁵

239 Ebenfalls spreche gegen das Verschuldensprinzip, dass das Ziel des Verkehrsschutzes der Rechtsscheinhaftung durch ein Verschuldenserfordernis vereitelt werde.⁶⁶ Der Vertrauende könne nicht überprüfen, ob der Geschäftsherr den Rechtsschein zu vertreten habe, sodass eine nicht hinzunehmende Rechtsunsicherheit entstehe. Das überzeugt nicht. Der Verkehrsschutz wird nicht grenzenlos gewährt, sondern findet seine Grenze dort, wo jemand ohne ein privatautonomes Handeln verpflichtet werden soll. Dies zeigt sich systematisch beispielsweise in der Regelung des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Besitz ist ein Rechtsscheinträger (§ 1006 Abs. 1 S. 1 BGB), aufgrund dessen gutgläubig Eigentum erworben werden kann (§§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Verkehrsschutz überwiegt die Interessen des Eigentümers jedoch nicht, wenn diesem die Sache abhandengekommen ist (§ 935 Abs. 1 S. 1 BGB). Der gutgläubig Erwerbende ist dadurch ebenfalls mit der Rechtsunsicherheit belastet, dass die Sache abhandengekommen ist. Der Vollmachtsurkunde (§ 172 Abs. 1 BGB) kann der Vertrauende ebenfalls nicht ansehen, ob sie willentlich übergeben wurde oder abhandengekommen ist. Der Verkehrsschutz gebietet keinen absoluten Schutz, sodass eine Rechtsunsicherheit durch das Verschuldensprinzip nicht gegen dieses spricht.

61 Leptien, in: *Soergel*¹³, § 167 BGB Rn. 22.

62 Reese, S. 64.

63 Schramm, in: *MüKo-BGB*⁶, § 167 Rn. 61; Maier-Reimer, in: *Erman*¹³, § 167 BGB Rn. 19.

64 Schramm, in: *MüKo-BGB*⁶, § 167 Rn. 61.

65 Canaris, *Vertrauenshaftung*, S. 478; vgl. auch Kuhn, S. 228.

66 Canaris, *Vertrauenshaftung*, S. 477; Kuhn, S. 228; Reese, S. 64; Spiegelhalter, S. 144; v. Craushaar, *AcP* 174 (1974), 2, 20.

Ferner spricht gegen das Verschuldensprinzip, dass die gesetzlichen Rechtsscheintatbestände kein Verschulden voraussetzen.⁶⁷ Eine Haftung für einen fahrlässig verursachten Rechtsschein ist dem Bürgerlichen Recht im Gegensatz zum Handelsrecht fremd.⁶⁸ Die zahlreichen gesetzlichen Normen der Rechtsscheinhaftung setzen die willentliche Schaffung des Rechtsscheintatbestandes voraus.⁶⁹ Diese willentliche Schaffung kann jedoch nicht mit dem Vorsatz eines Verschuldens gleichgesetzt werden. Fahrlässiges Handeln setzt das Außer-Acht-Lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Wer eine Vollmacht kundgibt (§ 171 Abs. 1 BGB) oder eine Vollmachtsurkunde ausstellt (§ 172 Abs. 1 BGB), handelt nicht fahrlässig oder vorsätzlich. Er beteiligt sich nur willentlich am Geschäftsverkehr. Da die Schaffung des Rechtsscheintatbestandes nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstößt, kann ein Verschulden nicht daran anknüpfen.⁷⁰ Anknüpfungspunkt für das Verschulden kann nur sein, dass der Geschäftsherr die Wirkungen des Rechtsscheins nicht verhindert hat. Das Verschuldensprinzip liefert dabei keine überzeugenden Ergebnisse, wenn kein Verschulden vorliegt, eine Haftung des Geschäftsherren wegen des Nutzens, den seine Handlungen für ihn bringen, jedoch geboten erscheint.⁷¹ Übergibt ein Geschäftsherr einem stets zuverlässigen Mitarbeiter eine Vollmachtsurkunde, die dieser missbraucht, ist eine Haftung für den Rechtsschein angemessen, nach dem Verschuldensprinzip jedoch nicht zu erreichen.⁷²

Ferner spreche gegen das Verschuldensprinzip, dass ein Verschulden in der deutschen Rechtsordnung lediglich Schadensersatzansprüche und keine Erfüllungshaftung begründe.⁷³ Dieses Argument erschüttert das Verschuldensprinzip als solches nicht, sondern beschränkt den Umfang auf Rechtsfolgenseite. Darüber hinaus ist diese Argumentation zirkulär. Nach überwiegender Ansicht hat der Erklärende bei fehlendem Erklärungsbewusstsein für seine scheinbare Willenserklärung einzustehen, wenn er erklärungs-fahrlässig handelt.⁷⁴ Nur mit einer anschließend möglichen Anfechtung

67 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 479; Rieder, S. 97; Spiegelhalter, S. 143.

68 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 39, 478 f.

69 Ebd., S. 29.

70 A.A. wohl BGH, Urteil v. 21. 6. 2005, XI ZR 88/04 – NJW 2005, 2985, 2986.

71 Reese, S. 64.

72 Ebd., S. 64.

73 Langenbucher, S. 25; Reese, S. 64.

74 Unten Rn. 472.

kann er seine Einstandspflicht analog zu § 122 BGB auf den Schadensersatz in Höhe des negativen Interesses beschränken. Je nach vertretener Ansicht kann ein Verschulden sehr wohl die Erfüllungshaftung zur Folge haben.

242 Mit dem Verschuldensprinzip lässt sich die Zurechnung des Rechtsscheintatbestandes somit nicht überzeugend lösen. Nachfolgend wird die Zurechnung jedoch auch nach dem Verschuldensprinzip untersucht, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die herrschende Meinung nach Verschuldensgesichtspunkten den Rechtsscheintatbestand zurechnet.

c) Risikoprinzip

243 Die Zurechnung des Rechtsscheintatbestandes lässt sich überzeugend durch das Risikoprinzip lösen.⁷⁵ Das Prinzip hinter diesem Zurechnungskriterium ist die Selbstverantwortung der Person für ihr Verhalten und ihren Geschäftskreis.⁷⁶ Demnach haftet der Geschäftsherr für das Risiko von Mängeln und Gefahren, die seiner Sphäre entstammen. Kritiker wenden gegen das Risikoprinzip insbesondere ein, dass es zu einer zu weitreichenden Haftung führt.⁷⁷ Dass sogar der *BGH* das Risikoprinzip in einer Entscheidung als Grundlage der Rechtsscheinhaftung betrachtet,⁷⁸ zeigt jedoch, dass die Eingrenzung der Risikosphäre durchaus bei der Konstruktion einer angemessen weitreichenden Haftung hilfreich ist.

244 Eine Zurechnung kommt nach dem Risikoprinzip nur in Betracht, wenn der Geschäftsherr ein erhöhtes Risiko setzt, das er abstrakt eher beherrscht als der andere Teil.⁷⁹ Dabei begründet nicht schon jede rechtsgeschäftliche Erklärung an sich ein Risiko, denn der Empfänger setzt sich mit seinem Vertrauen diesem Risiko freiwillig aus (allgemeines Erklärungsrisiko).⁸⁰ Entscheidende Frage beim Risikoprinzip ist, welche Risiken einem Geschäftsherrn aufgebürdet werden. Für vermeidbare Gefahren soll der Beherrscher

75 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 479 ff.; *ders.*, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. 1, 129, 157 f.; *Bork*³, Rn. 1555, 1564; *Frensch*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*⁸, § 167 BGB Rn. 43; *Kuhn*, S. 228 f.; *Koller*, WM 1981, 210; *Reese*, S. 65 ff.; *Rieder*, S. 97; *Spiegelhalder*, S. 153 f.; *Steffen*, in: RGRK¹², § 167 BGB Rn. 12; v. *Craushaar*, AcP 174 (1974), 2, 20 f.; *Wiebe*, Elektronische Willenserklärung, S. 159 ff., 223 ff.

76 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 468; *Rieder*, S. 96.

77 *Schramm*, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 61; *Hübner*², Rn. 1286.

78 *BGH*, Urteil v. 16. 3. 2006, III ZR 152/05 (R-Gespräch) – BGHZ 166, 369, Rn. 19.

79 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 482; *Reese*, S. 70; *Rieder*, S. 97.

80 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 481.

der Risikosphäre eintreten, wenn die Teilnehmer im Rechtsverkehr schützenswert vertrauen.⁸¹ Von jedem Teilnehmer am Rechtsverkehr kann erwartet werden, dass er seinen Bereich sorgfältig organisiert.⁸² Zur Bestimmung des Risikobereichs hilft die Abgrenzung der Sphären der Beteiligten.⁸³ Der räumlich-gegenständliche Bereich des Geschäftsherren fällt regelmäßig in seinen Risikobereich.⁸⁴

d) Voraussetzungen und Fälle der Zurechnung

Nachfolgend werden erst allgemeine Voraussetzungen der Zurechnung dargestellt, um anschließend einzelne Fälle der Zurechnung nach dem Risiko- 245
prinzip und dem Verschuldensprinzip zu untersuchen. Dabei zeigt sich, dass die Behauptung, die praktischen Unterschiede zwischen den beiden Ansichten seien gering,⁸⁵ nicht zutrifft.

Zentrale Voraussetzung der Zurechenbarkeit ist, dass der potentiell Haf- 246
tende eine Möglichkeit hat, den Rechtsschein zu verhindern beziehungsweise einen vorhandenen Rechtsschein zu zerstören.⁸⁶ Da eine Haftung stets auf eine Handlung als Ausdruck der Selbstbestimmung zurückzuführen sein soll und unbeherrschbare Risiken nicht durch eine Handlung beeinflusst werden können, gebietet die Selbstbestimmung, dass eine Zurechnung dann nicht in Betracht kommt. Ansonsten würde die Rechtsscheinhaftung für den Geschäftsherren wie eine Gefährdungshaftung wirken. Eine solche lässt sich jedoch nur durch eine besondere gesetzgeberische Entscheidung begründen, wie beispielsweise bei § 833 S. 1 BGB oder § 7 Abs. 1 StVG. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Rechtsscheintatbestand durch Handeln oder Unterlassen geschaffen wurde. Das Unterlassen kann zur Zurechnung ebenso führen wie ein Handeln.⁸⁷ Beim Unterlassen ist jedoch ebenso zu beachten, dass die gebotene Handlung den Rechtsschein hätte verhindern können.⁸⁸

81 Reese, S. 66.

82 Bork³, Rn. 1564.

83 Spiegelhalder, S. 153.

84 Reese, S. 70.

85 Faust, BGB AT³, § 26 Rn. 34.

86 Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 63; Schilken, in: Staudinger²⁰⁰⁹, § 167 BGB Rn. 42; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 498; Rieder, S. 93.

87 Rieder, S. 100.

88 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 490.

- 247 Aus der Tatsache, dass sich die Haftung nur für Handlungen, die Ausdruck von Selbstbestimmung sind, rechtfertigt, folgen zwei Fälle, bei denen nicht zugerechnet werden kann. Ein Rechtsscheintatbestand kann nur einem insoweit Geschäftsfähigen zugerechnet werden.⁸⁹ Somit kann einem Geschäftsunfähigen kein Rechtsscheintatbestand zugerechnet werden. Dem beschränkt Geschäftsfähigen hingegen kann der Rechtsschein nur dann zugerechnet werden, wenn er ein solches Geschäft abschließen kann. Des Weiteren folgt aus der Selbstbestimmung, dass bei *vis absoluta* eine Zurechnung nicht stattfindet.⁹⁰
- 248 Bei Handlungen Dritter hingegen kann wieder in dem Ziel die Selbstverantwortung zum Ausdruck zu bringen, festgestellt werden, dass die Handlungen Dritter grundsätzlich nicht zurechenbar sind. Etwas anderes ergibt sich nur, wenn der Dritte mit Vertretungsmacht handelt.⁹¹ Ein eindeutiger Fall des Handelns Dritter ist die Fälschung. Wird der Rechtsscheinträger von einem Dritten gefälscht, so kann dies dem Geschäftsherren nicht zugerechnet werden.⁹² Fälschung und Verfälschungen sind nicht nur wegen der fehlenden Selbstverantwortung auszuschließen, sondern nach dem Risikoprinzip ebenso, weil der Erklärungsempfänger das Fälschungsrisiko genau so wenig wie der Geschäftsherr beherrschen kann.
- 249 Eine Zurechnung ist stets gegeben, wenn der Anspruchsgegner den Rechtsschein willentlich geschaffen hat.⁹³ Das zeigt sich durch die Betrachtung der gesetzlichen Rechtsscheintatbestände. § 171 Abs. 1 BGB setzt beispielsweise die willentliche Mitteilung einer Vollmacht, § 172 Abs. 1 BGB die willentliche Übergabe einer Vollmachtsurkunde voraus. Ferner ist im Rahmen des Verschuldensprinzips mit der willentlichen Schaffung ein vorsätzliches Handeln gegeben, das die stärkste Form des Verschuldens darstellt.
- 250 Unterhalb der Schwelle der willentlichen Schaffung ist das Richtigkeitsrisiko. Die bewusste Kundgabe bei Unkenntnis der Unrichtigkeit des Erklärten trägt grundsätzlich nicht der Erklärende.⁹⁴ Nur bei drittgerichteten Rechtstatsachen trägt der Erklärende das Richtigkeitsrisiko ausnahmswei-

89 Bork³, Rn. 1542; Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 52; Reese, S. 62; Rieder, S. 100.

90 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 468 f.; Rieder, S. 96; Reese, S. 62.

91 Rieder, S. 99; Reese, S. 62.

92 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 487 f.; Rieder, S. 99.

93 Bork³, Rn. 1542; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 29; Rieder, S. 97.

94 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 484; Rieder, S. 97.

se.⁹⁵ Dabei ergeben sich keine Unterschiede zwischen Risiko- und Verschuldensprinzip.

Das Abhandenkommen durch den Diebstahl eines Dritten kann kein Anknüpfungspunkt für die Zurechnung sein.⁹⁶ Das ergibt sich zum einen aus der gesetzlichen Wertung der §§ 935 Abs. 1 S. 1, 172 Abs. 1 BGB sowie daraus, dass das Handeln des Dritten der Selbstverantwortung des Geschäftsherren nicht zuzurechnen ist. Eine Ausnahme kann jedoch für Umlaufpapiere gemacht werden, bei denen der erhöhte Verkehrsschutz eine Ausnahme rechtfertigt (vgl. § 935 Abs. 2 S. 1 BGB).⁹⁷ Das Verhalten des Geschäftsherren hingegen, dass er ein Abhandenkommen ermöglicht, kann hingegen im Rahmen der Selbstverantwortung als Grundlage der Zurechnung herangezogen werden.⁹⁸ Trüge der Geschäftsherr nach dem Risikoprinzip jedoch das Diebstahlrisiko,⁹⁹ bestünde ein erheblicher Unterschied zum Verschuldensprinzip. 251

3. Schutzwürdigkeit des Geschäftsgegners

Der Geschäftsgegner muss schutzwürdig sein.¹⁰⁰ Dazu gehört zum einen, dass er gutgläubig ist. Ihm schadet jedenfalls Kenntnis und häufig auch vorwerfbare Unkenntnis.¹⁰¹ Je nach Grad der Stärke des Rechtsscheins sehen gesetzliche Regelungen vor, dass nur positive Kenntnis (bei Registern), grob fahrlässige Unkenntnis (bei § 932 Abs. 2 BGB) oder sogar leicht fahrlässige Unkenntnis schadet.¹⁰² Im Rahmen von Rechtsscheinvollmachten wird das Gutgläubigkeitserfordernis aus § 173 BGB übertragen, sodass in diesem Zusammenhang leicht fahrlässige Unkenntnis schadet.¹⁰³ Selbst wenn vorwerfbare Unkenntnis schadet, besteht keine allgemeine Prüfungsoblie- 252

95 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 485.

96 *Rieder*, S. 99; v. *Craushaar*, AcP 174 (1974), 2, 22; **a.A.** *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 487.

97 *Rieder*, S. 99.

98 Vgl. dazu *BGH*, Urteil v. 30. 5. 1975, V ZR 206/73 – BGHZ 65, 13, 15.

99 So *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 487.

100 Ebd., S. 516.

101 *Bork*³, Rn. 1543; *Börner*, S. 77.

102 *Bork*³, Rn. 1543.

103 *Faust*, BGB AT³, § 26 Rn. 36; *Schramm*, in: *MüKo-BGB*⁶, § 167 Rn. 70; *Spiegelhalter*, S. 166.

genheit.¹⁰⁴ Lediglich bei Zweifeln muss sich der Geschäftsgegner erkundigen.¹⁰⁵

- 253 Zum anderen gehört zur Schutzwürdigkeit, dass es sich um ein Verkehrsgeschäft handelt, also aus dem Kontext deutlich wird, dass die Tatsachen, die den Rechtsschein begründen, auch rechtsgeschäftlichen Charakter haben.¹⁰⁶ Dies ist der Fall, wenn der geltend gemachte Anspruch nicht aus einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen den beiden Parteien stammt, sondern etwas auf einer deliktischen Handlung beruht oder es an einem Verkehrsgeschäft fehlt.¹⁰⁷

4. *Disposition im Vertrauen auf den Rechtsschein*

- 254 Der Geschäftsgegner ist nur schutzwürdig, wenn er im Vertrauen auf den Rechtsscheintatbestand eine Disposition getroffen hat. Dazu ist zunächst erforderlich, dass er den Rechtsscheintatbestand kannte.¹⁰⁸ Ansonsten stellt sich aus dessen Sicht der Rechtsscheintatbestand als ein glücklicher Zufall dar, auf den er „blind“ vertraut hat.¹⁰⁹ Nur bei den künstlichen Rechtsscheintatbeständen, beispielsweise dem Handelsregister, kommt es in der gesetzlichen Ausformung auf die Kenntnis des Registerinhalts beim Vertrauenden nicht an.¹¹⁰
- 255 Ferner muss eine Vertrauensdisposition in Form der Vornahme des Rechtsgeschäftes erfolgen.¹¹¹ Für diese Disposition muss das Vertrauen in den Rechtsscheintatbestand kausal gewesen sein.¹¹² Dies ist nicht der Fall, wenn das Rechtsgeschäft auch ohne den Rechtsscheintatbestand vorgenommen worden wäre.¹¹³

104 Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 70.

105 Faust, BGB AT³, § 26 Rn. 24.

106 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 516.

107 Ebd., S. 516.

108 Bork³, Rn. 1544; Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 66; Schilken, in: Staudinger²⁰⁰⁹, § 167 BGB Rn. 43.

109 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 507.

110 Bork³, Rn. 1544; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 507.

111 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 511; Rieder, S. 95.

112 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 514 f. Spiegelhalter, S. 167; Bork³, Rn. 1544.

113 Leptien, in: Soergel¹³, § 167 BGB Rn. 23.

II. Rechtsfolge der Rechtsscheinhaftung

Als Rechtsfolge der Rechtsscheinhaftung kommt sowohl die Erfüllung des positiven als auch des negativen Interesses in Betracht.¹¹⁴ Das Gesetz gewährt teilweise in Fällen der bewussten Setzung des Rechtsscheintatbestandes des positiven Vertrauensschutz, wie bei §§ 171 f. BGB, in anderen Fällen negativen Vertrauensschutz, beispielsweise bei § 122 BGB. 256

1. Positives Interesse

Beim positiven Vertrauensschutz erhält der Vertrauende das, was seinem Vertrauen entspricht.¹¹⁵ Ein Scheinkaufmann wird beispielsweise wie ein richtiger Kaufmann behandelt.¹¹⁶ Bei der Rechtsscheinvollmacht wird das Vertrauen in das Bestehen einer Vollmacht geschützt, sodass der Geschäftsgegner sich darauf berufen kann.¹¹⁷ Die Rechtsscheinhaftung wirkt jedoch nur einseitig zu Gunsten des Vertrauenden.¹¹⁸ 257

2. Anfechtung des Rechtsscheins: negatives Interesse

Wenn der Geschäftsherr die Möglichkeit hat, den Rechtsschein analog zu §§ 116 ff. BGB zu vernichten, kann er somit seine Haftung auf das negative Interesse beschränken (vgl. § 122 Abs. 1 BGB). Dadurch kann, wenn die Rechtsfolge des Ersatzes des positiven Interesses nicht angemessen ist, durch die Gewährung des negativen Interesses dennoch der Vertrauende geschützt werden.¹¹⁹ 258

Die Möglichkeit, die Haftung auf das negative Interesse zu beschränken, steht dem Geschäftsherren nach herrschender Ansicht beim fehlenden Er- 259

¹¹⁴ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 518; *ders.*, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. 1, 129, 132.

¹¹⁵ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 521; *ders.*, Handelsrecht²⁴, § 6 Rn. 80.

¹¹⁶ *K. Schmidt*, Handelsrecht⁵, S. 330 f.

¹¹⁷ *Canaris*, Handelsrecht²⁴, § 14 Rn. 17; *Schramm*, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 46.

¹¹⁸ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 518; *Reese*, S. 49.

¹¹⁹ *Gerd Müller*, AcP 181 (1981), 515, 536.

klärungsbewusstsein zu.¹²⁰ Bei den Rechtsscheinvollmachten hat er diese Möglichkeit nach überwiegender Ansicht jedoch nicht.¹²¹

3. Wahlrecht zwischen Schein und Wirklichkeit

- 260** Bei jeder Form der Rechtsscheinhaftung stellt sich die Frage, ob der Vertrauende ein Wahlrecht zwischen dem Schein und der Wirklichkeit hat. Vereinzelt wird vertreten, dass der Vertrauende grundsätzlich die Wahl habe.¹²² Bei den Rechtsscheinvollmachten steht dem Vertrauenden nach überwiegender Meinung jedoch kein Wahlrecht zu.¹²³ Beim Handelsregister¹²⁴ sowie beim Scheinkaufmann¹²⁵ hat der Vertrauende nach herrschender Ansicht die Wahl zwischen Schein und Wirklichkeit. Es ist daher für jeden Rechtscheintatbestand gesondert zu überlegen, ob ein Wahlrecht besteht.

III. Beispiele für Rechtsscheinhaftung

- 261** Als Beispiel für die Rechtsscheinhaftung sollen die beiden richterrechtlich entwickelten Formen der Rechtsscheinvollmacht, die Duldungs- und die Anscheinsvollmacht, betrachtet werden. Diese beiden Formen der Rechtscheinvollmacht werden nach einer Ansicht zur Lösung des Problems der Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten herangezogen. Um diese Meinungen besser einordnen zu können, werden diese beiden Formen hier allgemein betrachtet. Weitere Beispiele wie der Scheinkaufmann oder -gesellschafter werden hier nicht behandelt.¹²⁶

120 Unten Rn. 472.

121 *Schramm*, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 53; *Schilken*, in: *Staudinger*²⁰⁰⁹, § 167 BGB Rn. 45; *Leptien*, in: *Soergel*¹³, § 167 BGB Rn. 22; *a.A. Kindl*, S. 117 f.

122 *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 519.

123 *BGH*, Urteil v. 20. 1. 1983, VII ZR 32/82 – BGHZ 86, 273; *Leptien*, in: *Soergel*¹³, § 167 BGB Rn. 24; *Schramm*, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 76; *a.A. M. Wolf/Neuner*¹⁰, § 50 Rn. 112.

124 *Canaris*, Handelsrecht²⁴, § 15 Rn. 23; *W. Roth*, in: *Koller/W. Roth/Morck*⁷, § 15 HGB Rn. 15 m.w.N.; *a.A. K. Schmidt*, Handelsrecht⁵, S. 399.

125 *Joost*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*², § 343 HGB Rn. 8; *Lettl*², § 2 Rn. 83.

126 *Dazu K. Schmidt*, Handelsrecht⁵, S. 323 ff.; *Jung*⁹, Kap. 2 Rn. 36 ff. jeweils m.w.N.

1. Duldungsvollmacht

Der nicht gesetzlich vorkommende Begriff Duldungsvollmacht muss zunächst definiert werden.¹²⁷ Eine Bevollmächtigung durch konkludente Willenserklärung des Vertretenen ist nicht gemeint. Ist das Verhalten des Vertretenen nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) als Bevollmächtigung auszulegen, bedarf es keines Rückgriffs auf die Rechtsscheinhaftung.¹²⁸ Häufig wird die Auslegung am objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) jedoch ergeben, dass mangels Erklärungswillen keine Willenserklärung vorliegt. Dann bedarf es der Rechtsscheinhaftung, um eine Einstandspflicht des Vertretenen zu begründen. Bei der Duldungsvollmacht wird nämlich durch das Verhalten des Geschäftsherrn nur der Eindruck erweckt, er habe dem Vertreter bereits in der Vergangenheit Vollmacht erteilt, nicht darauf, dass er durch die Handlung die Vollmacht erteilt.¹²⁹

Die Duldungsvollmacht setzt voraus, dass „der Vertretene es [...] zu[lässt], dass ein anderer ohne eine Bevollmächtigung als sein Vertreter auftritt, so dass Dritte daraus berechtigterweise auf das Bestehen einer Vollmacht schließen können.“¹³⁰ Im Rahmen des Rechtsscheins ist ein für den Geschäftsgegner erkennbares Dulden des Auftretens eines Dritten als Vertreter erforderlich.¹³¹ Dieses Auftreten erweckt insbesondere dann den Rechtsschein, wenn es von gewisser Dauer und Häufigkeit geprägt ist.¹³² Ein einmaliges Auftreten kann jedoch ausreichen.¹³³

Als Zurechnungsgrund für den Rechtsscheintatbestand kommt bei der Duldungsvollmacht nur die willentliche Schaffung in Betracht.¹³⁴ Schreitet der Geschäftsherr nicht gegen das Auftreten des Dritten als Vertreter ein, ist ihm der Rechtsscheintatbestand zurechenbar.¹³⁵ Die Gutgläubigkeit so-

127 Zum unterschiedlichen Verständnis *Conrad*, S. 34; *Faust*, BGB AT³, § 26 Rn. 40.

128 *Bork*³, Rn. 1556.

129 *Canaris*, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. 1, 129, 154; *M. Wolf/Neuner*¹⁰, § 50 Rn. 86.

130 *BGH*, Urteil v. 21. 6. 2005, XI ZR 88/04 – NJW 2005, 2985, 2987.

131 *Bork*³, Rn. 1550.

132 *Kindl*, S. 90; *M. Wolf/Neuner*¹⁰, § 50 Rn. 87.

133 *OLG Karlsruhe*, Urteil v. 20. 1. 2004, 17 U 53/03 – WM 2004, 1135, 1137; *OLG Frankfurt*, Beschluss v. 16. 5. 2006, 9 U 37/05 – WM 2006, 2207, 2208; *Bork*³, Rn. 1550; *Schramm*, in: *MüKo-BGB*⁶, § 167 Rn. 46.

134 *Bork*³, Rn. 1554.

135 *M. Wolf/Neuner*¹⁰, § 50 Rn. 88.

wie die kausale Disposition im Vertrauen auf den Rechtsscheintatbestand¹³⁶ sind wie immer erforderlich.¹³⁷

265 Die Behauptung, dass die Duldungsvollmacht keine dogmatische Begründung habe,¹³⁸ kann nicht bestätigt werden. Zwar ist eine Herleitung aus einer analogen Anwendung der §§ 170-173 BGB¹³⁹ wegen der fehlenden Drittgerichtetheit des Verhaltens wenig überzeugend. Aus dem allgemeinen Rechtsprinzip Rechtsscheinhaftung kann die Duldungsvollmacht jedoch überzeugend hergeleitet werden.

2. Anscheinsvollmacht

266 Die Anscheinsvollmacht unterscheidet sich von der Duldungsvollmacht in den Voraussetzungen nur im Rahmen der Zurechnung.¹⁴⁰ Sie setzt nach der herrschenden Meinung¹⁴¹ voraus, dass „der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können.“¹⁴²

267 Gegen diese Form der Anscheinsvollmacht formiert sich vielfach Widerstand. Zahlreich wird diese Form der Anscheinsvollmacht nur für den kaufmännischen Verkehr anerkannt.¹⁴³ Daneben wird teilweise versucht durch eine Herleitung über die *culpa in contrahendo* die Haftung auf das negative Interesse zu beschränken.¹⁴⁴ Trotz der zahlreichen Streite rund um dogmatische Herleitung, Umfang und Anwendungsbereich der Anscheinsvollmacht, besteht grundsätzlich Einigkeit darin, dass der Geschäftsherr für das Auftreten des Scheinvertreters einzustehen hat, wenn ihm dieses zurechenbar ist.

136 Zu diesen allgemeinen Voraussetzungen oben Rn. 252 ff.

137 M. Wolf/Neuner¹⁰, § 50 Rn. 93.

138 Börner, S. 70.

139 So Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 51.

140 Bork³, Rn. 1560; Kindl, S. 83.

141 BGH, Urteil v. 12. 2. 1952, I ZR 96/51 – BGHZ 5, 111, 116; Urteil v. 5. 3. 1998, III ZR 183/96 – NJW 1998, 1854, 1855; Urteil v. 16. 3. 2006, III ZR 152/05 (R-Gespräch) – BGHZ 166, 369, Rn. 17; Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 56; H. Köhler, BGB AT³⁷, § 11 Rn. 44.

142 BGH, Urteil v. 16. 3. 2006, III ZR 152/05 (R-Gespräch) – BGHZ 166, 369, Rn. 17.

143 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 52; ders., Handelsrecht²⁴, § 14 Rn. 17; ders., JZ 1976, 132, 133; ders., in: FG 50 Jahre BGH, Bd. 1, 129, 158; Medicus¹⁰, Rn. 972; Schilken, in: Staudinger²⁰⁰⁹, § 167 BGB Rn. 31; M. Wolf/Neuner¹⁰, § 50 Rn. 98.

144 Flume⁴, § 49 4; Medicus¹⁰, Rn. 971.

Der Rechtsscheintatbestand muss sich auf ein Verhalten des Vertretenen beziehen. Ein Handeln des Scheinvertreters allein reicht nicht aus.¹⁴⁵ Das Verhalten des Vertretenen muss sich als objektiv wahrnehmbares Signal einer schon früher erteilten Vollmacht deuten lassen.¹⁴⁶ Es beschränkt sich häufig darauf, dass der Geschäftsherr nicht eingreift, sondern den Scheinvertreter Rechtsgeschäfte abschließen lässt, die er erfüllt.¹⁴⁷ Das Auftreten des Vertreters muss von gewisser Dauer und Häufigkeit sein,¹⁴⁸ damit sich ein schützenswertes Vertrauen des Geschäftsgegners bilden kann.

Die Zurechnung des Rechtsscheintatbestandes der Anscheinsvollmacht erfolgt nach dem jeweilig vertretenen Prinzip.¹⁴⁹ Nach dem herrschenden Verschuldensprinzip kommt es auf das schuldhafte Nicht-Eingreifen an.¹⁵⁰ Der Geschäftsherr muss jedoch die Möglichkeit gehabt haben, den Rechtsschein zu zerstören.¹⁵¹ Die allgemeinen Voraussetzungen der Gutgläubigkeit sowie der kausalen Disposition im Vertrauen auf den Rechtsscheintatbestand¹⁵² sind ebenfalls erforderlich.¹⁵³

Auf der Rechtsfolgenseite ist umstritten, welches Interesse dem Vertrauenden ersetzt wird. Überwiegend wird ihm das positive Interesse zugestanden.¹⁵⁴ Eine Haftung des vermeintlich Vertretenen auf das negative Interesse kommt nach zwei Ansichten in Betracht. Einer Ansicht nach, seien Konstellationen der Anscheinsvollmacht über die *culpa in contrahendo* zu lösen.¹⁵⁵ Eine andere Ansicht lässt die Anfechtung des Rechtsscheins bei der Anscheinsvollmacht zu.¹⁵⁶

145 Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 57.

146 Faust, BGB AT³, § 26 Rn. 33.

147 Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 58.

148 M. Wolf/Neuner¹⁰, § 50 Rn. 96; Hübner², Rn. 1285.

149 Conrad, S. 37; Faust, BGB AT³, § 26 Rn. 34; Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 59.

150 Bork³, Rn. 1560.

151 Leptien, in: Soergel¹³, § 167 BGB Rn. 22.

152 Dazu oben Rn. 252 ff.

153 Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 66 ff.

154 Schramm, in: MüKo-BGB⁶, § 167 Rn. 74; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 518; Spiegelhalter, S. 168. Nur bei grober Fahrlässigkeit Hübner², Rn. 1289.

155 So Flume⁴, § 49 4; Medicus¹⁰, Rn. 971; Schilken, in: Staudinger²⁰⁰⁹, § 167 BGB Rn. 31.

156 So Kindl, S. 117 f.

