

Tobias Ahlering*

Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB

Abstract

Dieser Beitrag thematisiert die historische Entwicklung des Instituts der Duldungsvollmacht ab dem Ende des 19. Jahrhunderts. Die durch den wachsenden Handel zunehmend auftretende Problematik der Vollmacht durch Duldung wird – insbesondere im Hinblick auf deren dogmatische Begründung – bereits seit dieser Zeit kontrovers diskutiert. Aufgezeigt wird ein Wandel von der stillschweigenden Bevollmächtigung hin zur Rechtsscheinvollmacht und damit von einer Fiktions- zu einer Zurechnungslösung. Erörtert wird außerdem, weswegen die Entscheidung zugunsten der Rechtsscheinvollmacht zur Zeit der nationalsozialistischen Diktatur – entgegen mancher Stimmen in der Literatur – durchaus in die nationalsozialistische Ideologie passt.

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft im zehnten Semester mit dem Schwerpunkt Arbeits-, Sozialversicherungs-, Versicherungs-, Medizin- und Gesundheitsrecht an der Universität zu Köln. Dieser Beitrag wurde als Seminararbeit im Rahmen des rechtshistorischen Seminars „Privatrecht im 20. Jahrhundert“ im Wintersemester 2017/18 bei Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp verfasst.

A. Einführung

Die Möglichkeit der Stellvertretung ist sowohl für den nationalen und internationalen Wirtschafts- als auch für den privaten Rechtsverkehr unentbehrlich geworden. Seit langem hat diese im Rechtsverkehr eine große Bedeutung. Schon im Römischen Reich gab es eine Art der Stellvertretung: Handlungen des Sklaven wurden seinem Herrn zugerechnet.¹ Ab dem 16. Jahrhundert entstand die gewillkürte Stellvertretung – insbesondere als Reaktion auf die Anforderungen des Handelsverkehrs.² Bei der Entwicklung des Bürgerlichen Gesetzbuches Ende des 19. Jahrhunderts wurde die Relevanz erkannt: So heißt es in den Motiven der ersten BGB-Kommission bereits, dass „[d]ie grundsätzliche Zulässigkeit der Vornahme von Rechtsgeschäften durch Vertreter [...] für den heutigen Verkehr unabweisbares Bedürfnis“³ ist. Eine Form⁴ der für eine Stellvertretung benötigten Vertretungsmacht ist die Vollmacht, die in § 166 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches als eine „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht“ definiert ist.

Im Folgenden wird eine spezielle Art der Vollmacht thematisiert: die Duldungsvollmacht. Diese wird relevant, sobald ein nicht ausdrücklich bevollmächtigter Vertreter für den vermeintlich Vertretenen mehrfach Rechtsgeschäfte abschließt, dieser im Wissen um die Handlungen des Vertreters untätig bleibt und der Geschäftsgegner das Verhalten der beiden kennt und nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass der Vertreter eine ordnungsgemäße Vollmacht hat.⁵ Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Normierung der Tatbestände dieses Falles stand die Rechtsprechung vor der Aufgabe, eine Lösung zu finden und eigenständige Anforderungen an die Duldungsvollmacht zu entwickeln. Eine Analyse der Argumente und Geschichte der Duldungsvollmacht ist lohnenswert wegen der unterschiedlichen Interessenlagen der Personen, die an mittels Stellvertretern abgeschlossenen Rechtsgeschäften beteiligt sind. Sind Analogien oder ein Rückgriff auf Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nötig, bedürfen Gerichtsentscheidungen, in welchen sich Gerichte für diese rechtliche Lösungsvariante entscheiden, überzeugender Begründungen.

¹ Hierzu *Schmoekel*, in: HKK-BGB I, 2003, §§ 164-181 Rn. 3. Zur Stellvertretung im römischen Privatrecht vgl. auch: *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017, § 11 S. 84 ff.

² Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band 1: Älteres Gemeines Recht (1500-1800), 1985, S. 430.

³ *Mugdan*, Motive I, S. 475.

⁴ Die andere Form der Vertretungsmacht ist die gesetzliche Vertretungsmacht, wie die der Eltern für ihr Kind (§§ 1629 Abs. 1, 1626 BGB). Weitere Beispiele hierfür finden sich in § 1357 BGB, § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB und § 1902 BGB.

⁵ *Schubert*, in: MüKo-BGB I, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 105 f.

Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Duldungsvollmacht seit der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuches wird bis zu ihrer heutigen Form untersucht. Dafür wird auf die relevante Fallkonstellation eingegangen, es werden historische Sichtweisen dargestellt und es wird analysiert, inwiefern sich die Duldungsvollmacht seit dem Ende des 19. Jahrhunderts verändert hat. Sodann werden die gegenwärtigen Anforderungen an die Duldungsvollmacht benannt und abschließend die Entwicklung zusammengefasst und kritisch kommentiert.

B. Ausgangslage für die Entstehung der Duldungsvollmacht

Die Möglichkeit, durch Stellvertretung Rechtsgeschäfte abzuschließen, ist durch die Anforderungen des Rechtsverkehrs unverzichtbar geworden.⁶ Es ist nahezu unmöglich, dass ein Kaufmann stets alle Geschäfte selbst abschließt, ohne sich eines Stellvertreters zu bedienen. Gleichzeitig birgt dies aber eine große Missbrauchsgefahr. Somit stehen der Gesetzgeber und die Rechtsprechung vor der Aufgabe, die Interessen aller Beteiligten in Einklang miteinander zu bringen.

Um die heutige Erscheinungsform der Duldungsvollmacht als mögliche Vertretungsmacht zu verstehen, ist das zugrundeliegende Problem zu untersuchen: Jemand handelt, ohne ausdrücklich bevollmächtigt worden zu sein, für einen anderen und tätigt in dessen Namen Rechtsgeschäfte. Wenn der andere dieses Verhalten dennoch duldet – also Kenntnis davon hat – bewegt man sich im Problembereich der Duldungsvollmacht. Hier kollidieren Interessen des *Vertretenen* mit denen des Geschäftsgegners. Durch den wachsenden Handel und die steigende Anzahl an Rechtsgeschäften kommt es auch häufiger zu dem Fall, dass Vertreter für einen Geschäftsherrn Geschäfte abschließen. Dieser Umstand schließt jedoch die Möglichkeit ein, dass Vertreter auch ohne Vollmacht tätig werden; hier bedarf es rechtlicher Regelungen, welche die Haftung klar definieren. Weiterhin hat die Entscheidung des Gesetzgebers bzw. der Rechtsprechung für oder wider die Duldungsvollmacht eine besondere Bedeutung für die Beteiligten, da in solchen Fällen das Schweigen bzw. Untätigsein der Vertretenen große Auswirkungen haben kann – insbesondere, wenn ein Geschäft nicht im Sinne des Vertretenen ist.

C. Historische Entwicklung

Historisch sind für die Vertretungsmacht in Fallkonstellationen, bei denen heute vom Vorliegen einer Duldungsvollmacht ausgegangen wird, aber andere dogmatische Begründungsversuche bemüht worden. Dabei gab es vor allem in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine grundlegende Änderung der Sichtweise in Rechtsprechung und Literatur, die im Folgenden aufgezeigt werden soll.

⁶ Vgl. *Stoffels*, in: NK-BGB I, 3. Aufl. 2016, § 164 Rn. 4 f.

I. Situation vor dem Inkrafttreten des BGB

Die Möglichkeit der Stellvertretung ist nicht seit jeher anerkannt. In der Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahr 1900 herrschte Uneinigkeit, ob die Stellvertretung überhaupt zulässig ist⁷ – insbesondere durch die Wiederentdeckung und Übernahme des römischen Rechts in die Lehre im 19. Jahrhundert⁸ – und durch die Anwendung von Rechtsgrundsätzen der Antike. Das römische Recht kannte unsere heutige Form der Stellvertretung nicht.⁹ Es gab nur ausnahmsweise die Möglichkeit, Rechte durch Dritte – vor allem durch Sklaven – zu erwerben.¹⁰ Diese galten als vermögensunfähig, weswegen „was immer sie erwerben, sei es durch förmliche Geschäfte, soweit sie ihnen offen stehen, sei es durch formlose oder auf sonstige Weise, [...] notwendig dem Gewalthaber zu[fällt]“.¹¹ Wurde der Gewalthaber, also der Geschäftsherr, durch einen Sklaven vertreten, konnte der Geschäftsgegner seine Rechte aus diesem Geschäft durch eine Klage direkt gegen den Geschäftsherrn geltend machen.¹² Ansonsten galt, dass vertragliche Verpflichtungen nur selbst eingegangen werden konnten.¹³ Es gab im römischen Recht jedoch die Möglichkeit, sich indirekt vertreten zu lassen. Hierbei schloss der indirekte Stellvertreter im Auftrag eines Vertretenen mit dem Geschäftspartner ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen ab – er war somit selbst vertraglich gebunden – im Innenverhältnis mit dem Vertretenen wurde aber vereinbart, dass die Rechtsfolgen auf diesen übergehen.¹⁴ Dennoch erkannte der Gesetzgeber die Notwendigkeit der Stellvertretung in der Entstehungszeit des BGB. Dabei sollte es nicht nur Stellvertretung im Verkehr zwischen Händlern, sondern auch im Verkehr zwischen

⁷ Zu der geschichtlichen Entwicklung der Vollmacht an sich vgl. u. a.: *Schmoeckel*, in: HKK-BGB I (Fn. 1), §§ 164-181 Rn. 1 ff.

⁸ Vgl. z. B. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden, 1862.

⁹ Vgl. z. B. Digesten 44, 7, 11: „*Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus*“ („Alles, was wir unternehmen, macht, wenn es aus einem unsererseits abgeschlossenen Contracte seinen Ursprung nimmt, unsere Handlung zu einer völlig wirkungslosen, sobald der Ursprung der Verbindlichkeit nicht mit unserer Person zusammenhängt, und darum können wir weder stipulieren, noch kaufen, verkaufen, contrahieren, sodass ein Anderer daraus im eigenen Namen klagen könnte“, Übersetzung entnommen aus: *Otto/Schilling/Sintenis*, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter IV, 1832, S. 578); ähnlich auch in Digesten 50, 17, 73, 4.

¹⁰ Hierzu *Schmoeckel*, in: HKK-BGB I (Fn. 1), §§ 164-181 Rn. 3. Zur Stellvertretung im römischen Privatrecht im Detail: *Kaser/Knüttel/Lobsse* (Fn. 1), § 11 S. 84 ff.

¹¹ *Kaser/Knüttel/Lobsse* (Fn. 1), § 11 S. 85.

¹² *Ebd.*, § 11 S. 86 sowie § 49 S. 304.

¹³ *Müller*, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, 1969, S. 18.

¹⁴ *Kaser/Knüttel/Lobsse* (Fn. 1), § 11 S. 84.

Privaten geben. Die Ausgestaltung der Stellvertretung hing vor dem Jahr 1900 vom geltenden Recht der verschiedenen deutschen Landesteile ab. Oft gab es sogar Regelungen für den Fall, dass eine Vollmachterteilung im Innenverhältnis widerrufen wurde, ohne dass es eine Kundgabe nach außen gab,¹⁵ was eine Rechtsscheinsituation darstellt.

1. Bundes-, Reichsoberhandelsgericht 1870-1879

Im Gebiet des Norddeutschen Bundes war das *Bundesoberhandelsgericht* (BOHG) bzw. ab dem Jahr 1871 mit der Entstehung des Deutschen Reiches das *Reichsoberhandelsgericht* (ROHG) genannte Gericht ab Mitte 1870 die oberste Instanz in handels- und wechselrechtlichen Streitigkeiten¹⁶ – die frühe Rechtsprechung zu der Duldungsvollmacht betrifft daher nur den Handelsverkehr. Das *Reichsoberhandelsgericht* schuf mit seinen Urteilen erste Grundlagen für die in den kommenden Jahrzehnten geführte Diskussion bezüglich der Duldungsvollmacht.

Die erste Entscheidung¹⁷ des *Bundesoberhandelsgerichts* zu einer Fragestellung, die nach heutiger Anschauung in den Problembereich der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht fällt, stammt aus dem Jahr 1870. Zu dieser Zeit galten die Normen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) auf dem Gebiet des Norddeutschen Bundes¹⁸ bzw. später des Deutschen Reiches,¹⁹ auf dessen Normen jedoch nicht näher eingegangen werden soll. Ein Geschäftsreisender, der nicht handlungsbevollmächtigt (Art. 47 ADHGB²⁰) war, hatte für seinen Auftraggeber Verträge geschlossen und das dadurch erhaltene Geld nicht weitergeleitet. Der Auftraggeber verlangte nun von einem Geschäftspartner die Zahlung. Das *Bundesoberhandelsgericht* lehnte eine Zahlungspflicht ab und verwies darauf, „daß dem Auftraggeber die Verpflichtung aufliegt, zur Vermeidung der sonst unausbleiblichen Benachtheiligung dritter Personen Vorkehrungen zu treffen, welche solche Benachtheiligungen [...] verhindern“.²¹ Dies auch, weil der Auftraggeber „der Verkehrs-Sicherheit schuldigen [...] Rücksicht“ nehmen

¹⁵ Z. B. in Art. 2005 Code Civil (galt u. a. in der Rheinprovinz) und § 1327 SächsBGB (galt im Königreich Sachsen).

¹⁶ Jachmann, in: Maunz/Dürig, 84. EL 2018, Art. 95 Rn. 30.

¹⁷ BOHGE 1, 149-153.

¹⁸ BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, Nr. 32, S. 379-602.

¹⁹ § 2 Verfassung des Deutschen Reiches (RGBl. 1871, Nr. 16, S. 63).

²⁰ Art. 47 ADHGB: „Wenn ein Prinzipal Jemanden ohne Ertheilung der Prokura, sei es zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes oder zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften, in seinem Handelsgewerbe bestellt (Handlungsbevollmächtigter), so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. [...]“.

²¹ BOHGE 1, 149 (151).

müsse.²² Es hat den Anschein, als erachtete das *Gericht* den Vertragspartner in einer solchen Konstellation als schützenswerter – ein Auftraggeber muss nach Ansicht der Richter selbst Sorge tragen, dass seine Mitarbeiter nicht als Bevollmächtigte auftreten.

In einem Urteil aus dem Jahr 1873²³ hatte das *Reichsoberhandelsgericht* darüber zu entscheiden, ob ein Vertrag, den der bei der Handelsfrau angestellte Ehemann für sie abschließt, verbindlich ist. Er war zwar zum Vertragsschluss mit bestimmten Firmen bevollmächtigt, tätigte aber darüber hinaus Käufe bei dem Kläger, der nicht zu einer dieser Firmen gehörte. Dies war seiner Frau auch bekannt. Das erkennende *Gericht* bejahte nun die Verpflichtung der Ehefrau durch den Vertrag mit dem Hinweis auf Treu und Glauben sowie Prinzipien²⁴ aus dem römischen Recht.²⁵ Aus diesen beiden Komponenten entwickelte das *Gericht*, dass die missbräuchliche Übertretung einer Vollmacht durch den Bevollmächtigten zulasten des Geschäftsherrn geht.²⁶ Weiterhin führte das *Gericht* aus, die Handelsfrau hätte ihrem Geschäftspartner bereits früher bei der Zahlung anderer Käufe darauf hinweisen müssen, dass ihr Mann zum Abschluss von Verträgen nicht bevollmächtigt sei.²⁷ Auch hier wird deutlich, dass der Schutz des Geschäftspartners für das *Gericht* ein entscheidendes Argument darstellte – insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Handelsfrau um die mehrmalige Überschreitung der Vollmacht durch ihren Ehemann wusste. Bemerkenswert ist, dass eine ähnliche Konstellation²⁸ unter einem anderen Aspekt – der *Senat* bejahte eine Willenserklärung – vom *Reichsoberhandelsgericht* gewürdigt wurde. Hier trat wieder der Ehemann einer Handelsfrau für diese auf, ohne aber ausdrücklich bevollmächtigt worden zu sein, bestimmte Handlungen im Namen der Handelsfrau vorzunehmen. Auch in diesem Fall wusste die Handelsfrau davon und schwieg dazu. Das *Reichsoberhandelsgericht* nahm jedoch an, dass es sich dabei um eine stillschweigende – also eine durch „Willenserklärung

²² BOHGE 1, 149 (151).

²³ ROHGE 10, S. 141 (141-144).

²⁴ So sind im römischen Recht Fälle ähnlich, in denen ein Geschäftsherr für die missbräuchlichen Handlungen seines Angestellten haftbar ist, vgl. Digesten 14, 1, 1, 12: „*Sed et si in pretiis rerum emptarum sefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris*“ („Aber auch wenn der Schiffer bei den Preisen der eingekauften Dinge Betrug gemacht hat, wird der Rheder und nicht der Gläubiger den Schaden zu tragen haben“, Übersetzung entnommen aus: *Otto/Schilling/Sintenis*, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter II, 1831, S. 141).

²⁵ ROHGE 10, 141 (142 f.).

²⁶ Ebd., 143; *Thöl*, Das Handelsrecht, 1841, S. 98 f.; S. 104.

²⁷ ROHGE 10, 141 (142 f.).

²⁸ ROHGE 8, 314 (314-316).

aus Umständen entnommen[e]“ – Bevollmächtigung handle.²⁹

Entgegen der in späteren Jahren herrschenden Einschätzung, dass *Bundes-* und *Reichsoberhandelsgericht* eine gefestigte Rechtsprechung zugunsten der stillschweigenden Bevollmächtigung verfolgten,³⁰ wird deutlich, dass es durch Bezugnahme auf Treu und Glauben sowie auf den Verkehrsschutz auch erste Tendenzen in Richtung einer Rechtsscheinvollmacht³¹ gab, jedoch ohne die Rechtsscheinvollmacht klar von der stillschweigenden Bevollmächtigung zu trennen.³² Das *Bundes-* bzw. *Reichsoberhandelsgericht* schien vor allem das Ergebnis im Blick gehabt zu haben, ohne sich mit dem Weg dorthin beschäftigen zu wollen. Es zeigt sich, dass die Abgrenzung zwischen stillschweigender Bevollmächtigung – wie sie in einem nur beispielhaft genannten Fall vom 3.1.1873 angenommen wurde – und der im Urteil vom 26.5.1873 gewählten Lösung, bei dem sich das *Gericht* hauptsächlich auf Treu und Glauben berief, nicht vorgenommen wurde. Bei der Entscheidung dieser Frage wurde noch nicht einheitlich vorgegangen.

2. *Reichsgericht*: Zwischen stillschweigender Bevollmächtigung und Rechtsscheinvollmacht

Ab dem Jahr 1879 stellte das *Reichsgericht* die oberste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Deutschen Reich dar.³³ Damit war es zugleich der Nachfolger des *Reichsoberhandelsgerichts*, entschied aber auch über andere Streitigkeiten im Zivilrecht. Auch das *Reichsgericht* war mit Verfahren konfrontiert, die sich im Problemkreis der Rechtsscheinvollmacht bewegen. Auffällig ist, dass das *Reichsgericht* – ähnlich wie das *Reichsoberhandelsgericht* – oftmals die auftretenden Probleme solcher Fallkonstellationen nur oberflächlich behandelte und sich nicht vertieft mit den Sachverhalten sowie deren rechtlicher Bewertung auseinandersetzte. Dies führte zu dogmatisch wenig ergiebigen Urteilen: Es hätte bereits damals einer Abgrenzung bedurft, ob es sich tatsächlich um eine rechtsgeschäftliche, auf Basis einer Willenserklärung erteilte Vollmachterteilung handelt, oder ob der Vertretene durch sein Dulden bzw. seine Unkenntnis der Handlungen des Vertreters einen Rechtsschein erzeugt.

²⁹ ROHGE 8, 314 (315).

³⁰ Dies wird z. B. vertreten von *Krause*, Schweigen im Rechtsverkehr. Beitrag zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht u. von der Verwirkung, 1933, S. 23.

³¹ „Die Haftung nach Rechtsscheingrundsätzen ist ein spezieller Anwendungsfall des venire contra factum proprium, wonach jemand, der das Vertrauen anderer in das Bestehen einer bestimmten Rechtslage erweckt, sich daran festhalten lassen muss“, *Schubert*, in: MüKo-BGB II, 7. Aufl. 2016, § 242 Rn. 333.

³² Vgl. *Bader*, Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Zur Entwicklung in d. Rechtsprechung d. Zivilgerichte u. zur dogmatischen Einordnung, 1978, S. 14.

³³ § 135 GVG (RGBl. 1877, Nr. 4, S. 66) i. V. m. § 1 ff. EGGVG (RGBl. 1877, Nr. 4, S. 77-80).

In dem Fall, dass eine Duldungsvollmacht einschlägig sein könnte, also jemand für einen Dritten wiederholt auftritt und rechtsgeschäftlich tätig wird, ohne bevollmächtigt zu sein, favorisierte das *Reichsgericht* die Lösung, eine stillschweigende Bevollmächtigung anzunehmen. So z. B. in einem Urteil aus dem Jahr 1879³⁴: Hier war ein Angestellter im Namen des Vertretenen als handlungsbevollmächtigt gegenüber Dritten aufgetreten und schloss so auch Geschäfte ab. Sofern der Geschäftsherr nun zuließ, „daß T. [der Angestellte] sich als Handlungsbevollmächtigter gerierte, so ist darin [...] eine stillschweigende Bestellung [...] zu finden“³⁵. Das *Reichsgericht* stellte fest, dass das ganze „unter den Augen“³⁶ des Vertretenen stattgefunden hatte, ging jedoch in diesem Urteil nicht näher darauf ein, ob er von dem Auftreten seines Angestellten als Bevollmächtigter wusste und ob solch ein Wissen erforderlich ist, um eine stillschweigende Bestellung anzunehmen. Eine dogmatische Abgrenzung zur Rechtscheinvollmacht blieb aus.

Drei Jahre später präziserte das *Reichsgericht* eine Anforderung der Duldungsvollmacht: Es genügte jedenfalls eine bloß mögliche Kenntnis der Handlungen des Vertreters nicht – das *Gericht* forderte für die Vollmacht durch Duldung eine tatsächliche Kenntnis des Vertretenen.³⁷

3. Standpunkte in der Literatur

Die Lösungen des *Bundes-* und *Reichsoberhandelsgerichts* und des *Reichsgerichts* waren nicht einheitlich und auch in der Literatur gab es Kontroversen. Das *Reichsgericht* etwa fingierte in seinen Urteilen meist eine tatsächlich nicht abgegebene Willenserklärung des Geschäftsherrn, um zur stillschweigenden Bevollmächtigung zu gelangen.³⁸ Rechtswissenschaftlich war eine solche Fiktionslösung³⁹ umstritten. Während *Bülow* Fiktionen scharf kritisierte und der Auffassung war, sie seien Ausdruck davon, dass der Richter sich etwas vorstellen solle, was nicht

³⁴ RGZ 1, 8 (8).

³⁵ Ebd.

³⁶ Ebd.

³⁷ RGZ 28, 389 (390).

³⁸ Abzugrenzen ist dies zu der generellen Frage, wie eine Stellvertretung wirkt. So wollte z. B. *Buchka*, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, 1852, S. 239, fingieren, der Geschäftsherr habe das Rechtsgeschäft, welches eigentlich durch einen Dritten getätigt wurde, selbst vorgenommen. („Wenn der Vertrag von dem Mandatar wirklich aufgrund einer Vollmacht eingegangen ist und in Folge dessen vermöge rechtlicher Fiction als der des Mandanten angesehen wird, [...]“).

³⁹ Eine Fiktion ist „die normative Annahme eines Sachverhalts als gegeben, der in Wirklichkeit nicht besteht [...], um hieraus die Ableitung sonst nicht möglicher Rechtsfolgen vornehmen zu können“, Artikel „Fiktion“, in: Bundeszentrale für politische Bildung, *Recht A-Z*, 2015, S. 174.

wahr sei⁴⁰ – also nicht den Parteiwillen abbildet –, waren sie für *v. Savigny* ein wichtiges Erbe der römischen Rechtswissenschaft. *V. Savigny* vertrat den Standpunkt, Fiktionen seien deswegen bedeutend, da, wenn eine neue Rechtsform (also z. B. eine Rechtsfigur wie die Duldungsvollmacht) entstünde, dieselbe so unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft würde.⁴¹ Da vor dem Inkrafttreten des BGB vor allem das Lehrbuch von *Buchka*,⁴² der sich der Fiktion bediente, bei der Falllösung unter Juristen und der Lehre herangezogen wurde, konnte sich die Kritik hieran nicht durchsetzen. Erst die Kodifizierung des Rechts im BGB führte zu großen Kontroversen.

II. 1900-1945

Am 1.1.1900 trat das Bürgerliche Gesetzbuch im Deutschen Reich in Kraft.⁴³ Dessen § 167 Abs. 2 BGB regelt, dass Vollmachten grundsätzlich formfrei erteilt werden können⁴⁴; es gibt somit weiterhin die Möglichkeit der konkludenten Vollmachterteilung. Nun hatte die Rechtswissenschaft die §§ 164-181 BGB als neu geschaffene Grundlage für Fragen rund um die Vollmachterteilung zur Verfügung. Die §§ 170-173 BGB regeln zum Schutz des Geschäftspartners Rechtsscheinsituationen – sie waren abschließend und als Ausnahme gedacht, da der gutgläubige Geschäftspartner nach Ansicht der Kodifikatoren des Bürgerlichen Gesetzbuches keinen Schutz wegen eines Rechtsscheins über die §§ 170 ff. BGB hinaus genießen sollte.⁴⁵

1. *Reichsgericht* bis Ende der 1920er Jahre: Stillschweigende Bevollmächtigung

Auch nach 1900 bejahte das *Reichsgericht* in Fallkonstellationen, in denen eine Duldungsvollmacht einschlägig sein könnte, oftmals eine stillschweigende Bevollmächtigung. Doch es scheint, als entwickelte sich bei den Richtern ein verstärktes Bewusstsein für die Problematik. So hatte das *Reichsgericht* einen Fall zu entscheiden, bei dem der Geschäftsherr keine Kenntnis von dem Auftreten des Vertreters gegenüber Dritten hatte.⁴⁶ Laut *Reichsgericht* kam es hier auf das „in

⁴⁰ *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1879), 1 (8).

⁴¹ *v. Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 32.

⁴² *Buchka* (Fn. 37).

⁴³ Art. 1 EGBGB (RGBl. 1896, Nr. 21, S. 604).

⁴⁴ Es gibt anerkannte Ausnahmen, hierzu *Schubert*, in: MüKo-BGB I (Fn. 5), § 167 Rn. 14-39.

⁴⁵ *Schmoeckel*, in: HKK-BGB I (Fn. 1), § 164-181 Rn. 4 f.

⁴⁶ RGZ 65, 292 (292-299), hier käme heute eine Anscheinsvollmacht in Betracht (die auch Vollmacht kraft Rechtsscheins ist), zu deren Voraussetzungen vgl. *Ackermann*, in: NK-BGB I (Fn. 6), § 167 Rn. 82-90.

die äußere Erscheinung getretene [...] Verhalten⁴⁷ des Geschäftsherrn an, nicht jedoch auf „den Willen [...], damit ein gleiches Verfahren auch für zukünftige Fälle gutzuheißen“.⁴⁸ Unerheblich war damit laut *Reichsgericht* auch, ob der Geschäftsherr von den Handlungen „Kenntnis gehabt hat“⁴⁹ – vielmehr müsse beachtet werden, wie die Geschäftspartner „nach Treu und Glaube“⁵⁰ die Situation begriffen. Hier schien es aus heutiger Sicht abermals Tendenzen hin zur Rechtsscheinvollmacht zu geben.

Bisher hatten zunächst das *Bundes-* und das *Reichsoberhandelsgericht*, dann das *Reichsgericht* die Möglichkeit einer stillschweigenden Bevollmächtigung nur im Rechtsverkehr zwischen Kaufleuten im Handelsrecht bejaht. Zum ersten Mal entschied das *Reichsgericht* 1927, dass die stillschweigende Bevollmächtigung durch Duldung nicht nur zwischen Kaufleuten Anwendung finde, sondern darüber hinaus auch analog bei einem Betrieb, der „nicht zu den kaufmännischen gehört, aber in kaufmännischer Art geleitet wird“.⁵¹ Dies war eine erstmalige Ausweitung der Duldungsvollmacht. Gemein hatten die Urteile zum Problembereich der Duldungsvollmacht aus dieser Zeit, dass das *Reichsgericht* zunächst einen nicht vorhandenen Willen des Geschäftsherrn fingierte, um im Ergebnis eine stillschweigende Bevollmächtigung und somit eine Vertretungsmacht anzunehmen.

2. *Reichsgericht* ab Ende der 1920er Jahre: Wandel zur Rechtsscheinvollmacht

Während der *Zweite Senat* des *Reichsgerichts* bereits im Jahr 1920 anhand des „äußeren Anschein[s]“ eine Vollmacht bejahte,⁵² nahm er in einem späteren Urteil vom Mai 1927 wiederum an: Der „Geschäftsherr [ermächtigt] einen Angestellten stillschweigend, [...] indem er wissentlich oder infolge von Fahrlässigkeit duldet“⁵³, dass der Vertreter für ihn handelte. Hier wird deutlich, dass es bereits früh erste Anzeichen eines Wandels weg von der Fiktion der stillschweigend erteilten Bevollmächtigung hin zur Rechtsscheinvollmacht gab, das Gericht aber die stillschweigende Bevollmächtigung nicht gänzlich aufgeben wollte. Anders als der *Zweite Senat* argumentierte hingegen zwei Monate später im Juli 1927 der *Vierte Senat* des *Reichsgerichts*: Er vertrat, es sei in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, dass jemand für die Handlungen einer

⁴⁷ RGZ 65, 292 (295).

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ RG, JW 1927, 1089 (Nr. 8).

⁵² RGZ 100, 48 (48 f.).

⁵³ RGZ 117, 164 (167).

anderen Person haftbar gemacht werden könne.⁵⁴ Nämlich dann, wenn er ein Verhalten habe, das bei Dritten die Meinung hervorzurufen geeignet sei, dass er den anderen zum Handeln in seinem Namen bevollmächtigt habe.⁵⁵ Der Vertretene hafte also, wenn er das Verhalten eines anderen dulde und dies bei Außenstehenden die Meinung erwecken müsse, der andere sei zum Abschluss von Geschäften im Namen des Vertretenen bevollmächtigt.⁵⁶ Die Haftung des Vertretenen, also des Geschäftsherrn, reicht laut *Viertem Senat* des *Reichsgerichts* so weit, als ob er dem Vertreter eine Vollmacht erteilt hätte.⁵⁷ Hieraus lässt sich ableiten, dass das *Reichsgericht* keine stillschweigende Bevollmächtigung annahm, also keinen Willen zur Bevollmächtigung aufseiten des Vertretenen fingierte, sondern ging vielmehr davon aus, dass in Wirklichkeit keine Vollmacht bestehe, wollte aber gleichwohl deren Rechtsfolgen eintreten lassen. Hierfür genügte diesem nun eindeutig, dass der Vertretene beim Dritten den (Rechts-)Schein einer Bevollmächtigung hervorrief und dieser darauf vertraute.

In einem Urteil aus dem Jahr 1930 stellte das *Reichsgericht* fest, dass eine mögliche Rechtsscheinvollmacht dahingehend eingeschränkt werden müsse, dass es zwar auf die Außenwirkung des Handelns des Vertretenen ankomme, aber zusätzlich zur Annahme einer Rechtsscheinvollmacht noch etwas notwendig sei:⁵⁸ Es müsse überhaupt die Möglichkeit bestanden haben, dass der Geschäftsherr die Handlungen des Vertreters hätte unterbinden können.⁵⁹ Im Jahr 1932 sprach der *Siebte Senat* dann auch von einer „Vollmacht kraft Rechtsscheins“ und von einer „Rechtsscheinshaftung“.⁶⁰ Auffällig ist, dass in Reichsgerichtsurteilen, in welchen (im Grunde) Vollmachten kraft Rechtsscheins behandelt werden, oft frühere Rechtsprechung in Bezug genommen wird.⁶¹ Allerdings erfolgte weder in diesen noch im eigentlichen Urteil eine zufriedenstellende dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht. Es scheint, als würden Urteile gesprochen, die sich des Problems der fehlenden Willenserklärung entziehen, indem mittels des Verweises auf Treu und Glauben und den Verkehrsschutz eine Vollmachtstellung bejaht wird, um so in jedem Falle im Ergebnis den Geschäftspartner zu schützen.

Deutlich wird, dass das *Reichsgericht* dazu überging – anders als früher – nicht mehr eine abgegebene Willenserklärung zu fingieren, sondern nun dem Ge-

⁵⁴ RG, JW 1927, 2114 (Nr. 13).

⁵⁵ *Ebd.*

⁵⁶ *Ebd.*

⁵⁷ *Ebd.*

⁵⁸ RG, HRR 1931, Nr. 529.

⁵⁹ *Ebd.*

⁶⁰ RGZ 138, 265 (269).

⁶¹ So z. B. RGZ 65, 292 (295); RG, JW 1927, 2114 (Nr. 13).

schäftsherrn die Wirkung seines Verhaltens (also das Erwecken von Vertrauen beim Geschäftsgegner durch Duldung des Auftretens vom Vertreter) zurechnete und so im Ergebnis zu einer Vertretungsmacht gelangte. Das *Reichsgericht* nahm diese Zurechnung vor, da die duldende Haltung des Geschäftsherrn gerade erst dazu führt, dass der Geschäftsgegner mit dem Vertreter ein Rechtsgeschäft abschließt und auf eine ordnungsgemäße Bevollmächtigung vertraut.

3. Standpunkte in der Literatur

Rund um Fälle der heutigen Duldungsvollmacht gab es auch in den ersten Jahren der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches verschiedene Ansichten in der Literatur. In der Diskussion gab es vier unterschiedliche Auffassungen, von denen jedoch nur zwei weit verbreitet waren.

a) *Stillschweigende Bevollmächtigung*

Unter den Anhängern der Theorie der stillschweigenden Bevollmächtigung – in neuerer Literatur auch „Rechtsgeschäftstheorie“⁶² genannt – vertrat u. a. *Hamburger* 1930 die Meinung, „daß ein Geschäftsherr gegebenenfalls auch für in seinem Namen von einem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäfte haftbar sein muß“⁶³; er hatte dabei vor allem „die Fälle, in denen der Geschäftsherr weiß und nicht verhindert, daß ein anderer in seinem Namen Geschäfte abschließt, und der Dritte, auf die Vollmacht des Abschließenden vertrauend, sich auf den Abschluß einläßt“⁶⁴ im Sinn. Dies sind für ihn Fälle, in denen „eine Vollmacht auch stillschweigend erteilt werden [...] kann“⁶⁵ wenn „jemand einen anderen in der Weise für ihn tätig sein läßt, daß nach Treu und Glauben eine Ermächtigung anzunehmen ist“.⁶⁶ *Tuhr* äußerte sich bereits 1914 dahingehend, dass eine Willenserklärung durch Unterlassen – hierunter fasst er auch Schweigen – abgegeben werden könne.⁶⁷ Dies, „wenn jemand, der den Anlaß und die Möglichkeit hat, etwas zu tun, diese Handlung nicht vorzunehmen beschließt“.⁶⁸ Hierunter kann auch die Duldung der Handlungen eines vollmachtlosen Vertreters gefasst werden.

⁶² *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 40.

⁶³ *Hamburger*, Treu und Glauben im Verkehr, 1930, S. 156 f.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 157.

⁶⁵ *Ebd.*, S. 158.

⁶⁶ *Ebd.*

⁶⁷ *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, 1914, S. 420 f.

⁶⁸ *Ebd.*

Danz vertrat, es habe „eine Rechtswirkung [...] nach verkehrsüblicher Bedeutung einzutreten“. ⁶⁹ Die gemeinte stillschweigende Bevollmächtigung liege vor, wenn der Geschäftsherr die Handlungen eines Vertreters durch Worte oder Handlungen dulde, welche einen Dritten auf eine Bevollmächtigung schließen lassen. ⁷⁰ *Danz* wollte damit keine Willensfiktion bejahen, sondern qualifiziert die Handlungen des Geschäftsherrn als Willenserklärung, dessen Inhalt nach der „verkehrsübliche[n] Bedeutung“ ⁷¹ des Verhaltens zu bestimmen sei.

Im Jahr 1933 übte *Krause* ⁷² scharfe Kritik an der stillschweigenden Bevollmächtigung. Er stellte dar, dass es bei einer „Bevollmächtigung durch Duldung“ an einer Willenserklärung fehle, da weder nach der Willenstheorie noch nach der Erklärungstheorie „das Vorliegen einer Willenserklärung“ ⁷³ des Geschäftsherrn angenommen werden könne, vor allem, wenn diesem die „Schlüssigkeit seines Schweigens“ ⁷⁴ nicht bekannt sei. Für den Fall, dass innerer Wille und äußere Erklärung auseinanderfallen, scheitere die Wirksamkeit der Willenserklärung nach den Vertretern der Willenstheorie allein deswegen, dass die Erklärung nicht durch einen übereinstimmenden Willen getragen wird. ⁷⁵ Laut Erklärungstheorie ist für eine wirksame Willenserklärung allein der äußere Erklärungsgehalt, nicht der Wille des Erklärenden, relevant, also wie ein objektiver Dritter die Erklärung verstehen durfte. Hier soll das Vertrauen Dritter geschützt werden. ⁷⁶ *Krause* hielt Befürwortern einer intern erteilten, stillschweigenden Bevollmächtigung entgegen, dass der Erklärungsempfänger bei dieser der Vertreter sei und dieser in den allermeisten Fällen wisse, dass der Geschäftsherr ihn nicht bevollmächtigen möchte – im Rahmen der Erklärungstheorie ist es für die intern erteilte Vollmacht irrelevant, wie ein Dritter (in diesem Falle der Geschäftsgegner) das Verhalten des Geschäftsherrn interpretiert. ⁷⁷ Doch auch eine stillschweigende Bevollmächtigung gegenüber dem Geschäftsgegner sei nicht anzunehmen, da – so *Wellspacher* – vom Geschäftsgegner „nicht ein Schluß aus einem bestimmten äußeren Verhalten auf einen rechtsgeschäftlichen Willen gezogen wird, sondern [...] der Dritte lediglich auf eine irgend einmal stattgefundenene Vollmachterteilung, also auf ein bestehendes Vollmachtverhältnis

⁶⁹ *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 2. Aufl. 1906, S. 47.

⁷⁰ *Ebd.*, S. 47 f.

⁷¹ *Ebd.*, S. 49.

⁷² *Krause* (Fn. 30), S. 22 ff.; S. 138 ff.

⁷³ *Ebd.*, S. 139.

⁷⁴ *Ebd.*, S. 139.

⁷⁵ *Feuerborn*, in: NK-BGB I (Fn. 6), Vorb. §§ 116-144 Rn. 3; ein bekannter Vertreter war *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, 1840, S. 257 ff.

⁷⁶ *Feuerborn*, in: NK-BGB I (Fn. 6), Vorb. §§ 116-144 Rn. 3.

⁷⁷ *Krause* (Fn. 30), S. 139.

schließt“.⁷⁸

b) Rechtsscheinvollmacht

Eine andere Ansicht besagt, dass es sich bei der Problematik rund um die Duldungsvollmacht – welche damals noch nicht ihre heutige Bezeichnung hatte, sondern stets als Rechtsscheinvollmacht bezeichnet wurde – um Fälle des Rechtsscheins ähnlich der kundgetanen Vollmacht (§ 171 BGB) handele.⁷⁹ Allgemein gesagt könne man „im rechtsgeschäftlichen Verkehr von Rechtsschein da reden, wo für den Eintritt einer Rechtswirkung nicht das wirkliche Vorhandensein aller dazu erforderlichen Voraussetzungen nötig ist, sondern der bloße Schein ihres Vorhandenseins genügt“.⁸⁰ Erforderlich sei laut *Krause* ferner, dass der durch die Wirkung Begünstigte auf den Schein vertraue – ihn als Wirklichkeit angesehen habe⁸¹ – und der Geschäftsherr für das Entstehen des Rechtsscheins verantwortlich sei.⁸² Zur Wertung zog er § 56 HGB⁸³ heran, welcher einem Angestellten eine Vollmacht kraft Stellung im Laden einräumt – die mehrmalige Duldung von Vertretungshandlungen könne unter Umständen auch eine solche Stellung begründen.⁸⁴ § 56 HGB erachtete *Krause* als vorzugswürdigen Anknüpfungspunkt gegenüber den §§ 171, 172 BGB.⁸⁵

Andere Literaturmeinungen qualifizierten die Duldungsvollmacht ebenfalls als Rechtsscheinvollmacht, stützten sich dabei aber auf die §§ 171 ff. BGB. So wollte beispielsweise *Rümelin* § 171 BGB analog anwenden, wenn der Geschäftsherr „z. B. ein Selbständigwerdenlassen von Angestellten in Dingen, die nicht ohne Weiteres in ihrem Geschäftskreis liegen“⁸⁶ zulässt und so einen Rechtsschein verursacht – offenbar genügte ihm dieses Verhalten jedoch nicht, um eine Kundgebung i. S. d. § 171 BGB zu bejahen, weswegen er sich einer Analogie bediente. Andere leiteten die Duldungsvollmacht daneben zusätzlich analog § 172 BGB her.⁸⁷ § 172 BGB begründet eine Rechtsscheinvollmacht, wenn der Geschäftsherr die Vollmacht zwar dem Vertreter gegenüber wider-

⁷⁸ *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906, S. 97.

⁷⁹ Vgl. *Rümelin*, Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 93 (1902), 131 (301).

⁸⁰ *Krause* (Fn. 30), S. 144.

⁸¹ *Ebd.*

⁸² *Ebd.*, S. 150 f.

⁸³ § 56 HGB: „Wer in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen.“

⁸⁴ *Krause* (Fn. 30), S. 151.

⁸⁵ *Ebd.*, S. 155.

⁸⁶ *Rümelin* (Fn. 79), S. 301.

⁸⁷ Dies wird z. B. vertreten von *Baer*, Haftung aus Scheinvollmacht, 1929, S. 27 f.

rief, die Vollmachtsurkunde aber noch nicht zurückgegeben oder gemäß § 176 BGB für kraftlos erklärt wurde.⁸⁸ Daran wurde nun angeknüpft und vertreten, dass analog zu den §§ 171, 172 BGB der Geschäftspartner auch dann schützenswert sei, wenn der Geschäftsherr das Auftreten des Vertreters als Bevollmächtigter duldet.⁸⁹ Kritik wurde hierbei jedoch an der Übernahme der Bezeichnung „Vertretungsmacht“ geübt. *Wellspacher* ging der Begriff zu weit, er bevorzugte hierfür „Legitimation“.⁹⁰ Hierauf nahm *Brülle* 1916 Bezug und konkretisierte, dadurch, dass der Vertreter meist im Wissen der fehlenden Vollmacht handle, wolle ihm das Gesetz nicht auch noch eine Macht hierzu verleihen, sondern es komme allein auf den Schutz des Geschäftsgegners an.⁹¹

Sowohl *Wellspacher*⁹² als auch *Brülle*⁹³ kamen zu dem Ergebnis, dass der Geschäftsgegner durch den entstandenen Rechtsschein einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn habe. Dies und der Schutz des Verkehres standen auch bei der 1906 geäußerten Ansicht *Seelers* im Vordergrund.⁹⁴ Er lehnte aber eine Beurteilung von Rechtsscheinvollmachten „nach den Regeln über Rechtsgeschäfte“⁹⁵ ab und verneinte so implizit die Anfechtbarkeit einer solchen Vollmacht.

c) Culpa in contrahendo

Eine dritte Ansicht formulierte *Titzge*, der eine Haftung des Geschäftsherrn aus *culpa in contrahendo*⁹⁶ annahm.⁹⁷ Er zielte so auf eine Umgehung der Problematiken bezüglich der Anfechtbarkeit der Vollmacht ab – am Ende würde er bei den beiden vorherig genannten Ansichten eine Anfechtbarkeit bejahen: Denn, wenn „man den Vertretenen eine Vollmacht erklären läßt, die er nicht hat erklären wollen“, müsse er „darum zur Anfechtung der Vollmacht und damit zur Vernichtung des Vertrages berechtigt sein“.⁹⁸ *Titzge* meinte, seine Ansicht vermeide die Komplikationen hinsichtlich der Anfechtung von vorneherein und käme zum selben Ergebnis: Einer negativen Interessenhaftung,⁹⁹ also der

⁸⁸ Vgl. *Schubert*, in: MüKo-BGB I (Fn. 5), § 172 Rn. 1.

⁸⁹ *Baer* (Fn. 87), S. 28; so auch *Schmidt-Rimpler*, Anmerkung zu RG, Urteil vom 24.6.1926, 49/26, JW 1927, 1249 (1249 f.).

⁹⁰ *Wellspacher* (Fn. 78), S. 87.

⁹¹ *Brülle*, Der Rechtsschein bei den gesetzlichen Vollmachten des Privatrechts, 1916, S. 45.

⁹² *Wellspacher* (Fn. 78), S. 100 f.

⁹³ *Brülle* (Fn. 91), S. 42 ff.

⁹⁴ *Seeler*, Vollmacht und Scheinvollmacht, ArchBürgR 28 (1906), 2 (4 f.; 36 f.).

⁹⁵ *Ebd.*, S. 36.

⁹⁶ „Verschulden bei Vertragsschluss“ oder „Verschulden bei Vertragsverhandlungen“, *Emmerich*, in: MüKo-BGB II (Fn. 32), § 311 Rn. 35.

⁹⁷ *Titzge*, Anmerkung zu RG, Urt. v. 27. März 1925, 207/24 II, JW 1925, 1753 (1753).

⁹⁸ *Ebd.*

⁹⁹ *Ebd.*

Haftung dafür, dass der Geschäftspartner auf das Bestehen der Vollmacht vertraute. Es handelt sich jedoch um eine selten vertretene Auffassung.¹⁰⁰

d) Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Baer schlug vor, Fälle der Duldungsvollmacht über § 826 BGB zu lösen.¹⁰¹ Er vertrat die Ansicht, ein Geschäftsherr, der „duldet oder nicht verhindert, daß jemand für ihn Geschäfte abschließt, schädigt in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise das Vermögen des Dritten“¹⁰² und sei ihm zum Schadensersatz verpflichtet. Diese extensive Anwendung des § 826 BGB wurde von vielen Stimmen in der Literatur abgelehnt, da so die Anforderungen an eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung äußerst gering wären.¹⁰³ So ist es schon fraglich, ob die Duldung „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“.¹⁰⁴ Zusätzlich müsste sich der Vorsatz des Geschäftsherrn noch darauf richten, das Vermögen des Geschäftspartners zu schädigen.

4. Ideologische Einflüsse auf die Rechtsfortbildung

Während der nationalsozialistischen Herrschaft ergingen viele ideologische Gesetzesbeschlüsse und Gerichte betrieben eine der Weltanschauung der Nationalsozialisten entsprechende Rechtsfortbildung.¹⁰⁵ Auch die Vollmacht kraft Rechtsscheins entwickelte sich zu einem etablierten Institut, obwohl sie in den vorherigen Jahrzehnten nicht nur Zuspruch in der Rechtsprechung erhielt – das Rechtsinstitut des Rechtsscheins war bis zum Jahr 1900 sogar unbekannt.¹⁰⁶ Gerade im Nationalsozialismus gab es einen eindeutigen Wandel von der fingierten Willenserklärung hin zum Rechtsschein, der sich in der Rechtsprechung und der Literatur widerspiegelte.¹⁰⁷ Damit einher ging, dass der tatsächliche Wille des Geschäftsherrn zugunsten des Schutzes des Geschäftsverkehrs zurücktrat. Mancher Meinung nach war dies nicht spezifisch den Einflüssen der nationalsozialistischen Ideologie geschuldet,¹⁰⁸ Vertreter des Rechts-

¹⁰⁰ Dies meint auch Bader (Fn. 32), S. 90.

¹⁰¹ Baer (Fn. 87), S. 28.

¹⁰² Ebd.

¹⁰³ So z. B. Krause (Fn. 30), S. 37 mit Fn. 135.

¹⁰⁴ So die Definition des *Bundesgerichtshofes* von Sittenwidrigkeit, siehe nur BGH, NJW 2014, 1380 (1380).

¹⁰⁵ Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 163-166.

¹⁰⁶ Schmoeckel, in: HKK-BGB I (Fn. 1), §§ 164-181 Rn. 21.

¹⁰⁷ So wird die Aktualität des Themas Rechtsschein in den 1930er Jahren anhand der unzähligen Dissertationen hierüber deutlich. Beispiele dafür sind: Schmidt-Colinet, Die Scheinvollmacht, 1931; Breinig, Vollmacht und Scheinvollmacht im bürgerlichen Recht und Handelsrecht, 1935; Erner, Die Haftung aus Rechtsschein (Verschuldenschaftung?), 1937.

¹⁰⁸ So z. B. Fischer (Fn. 105), S. 161-163.

scheingedankens gab es immerhin auch schon viel früher. Nichtsdestotrotz ist ein Zusammenhang zwischen dem Meinungswandel und den Anforderungen an die Justiz zur Zeit des Nationalsozialismus plausibel: Ein einzelner Wille musste sich unterordnen¹⁰⁹ und das Recht sollte sich weniger mit individuellen Ansprüchen befassen, als vielmehr mit dem Ausdruck von „Rassenmoral“ und „Volksempfinden“.¹¹⁰ In Bezug auf Fiktionen und die stillschweigende Willenserklärung vertrat *Larenz* die Meinung, dass die Rechtsprechung in diesen Fällen den nicht vorhandenen Parteiwillen übertrieben betone.¹¹¹ Dies korrespondiert auch mit einer 1935 geäußerten, generellen Ansicht von *Larenz*: „Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft“.¹¹² Argumentiert wurde oft mit dem Schutz des Rechtsverkehrs und der Generalklausel Treu und Glauben. Letztere bot den Richtern im Nationalsozialismus eine häufig genutzte Möglichkeit, das geschriebene Recht im Sinne der Ideologie auszulegen und anzuwenden, da Treu und Glauben – als unbestimmter Rechtsbegriff – dem Richter Wertungsmöglichkeiten gibt.¹¹³ Dass solche unbestimmten Begriffe ein beliebtes Instrument der Nationalsozialisten war, zeigt sich auch bei dem neu in Gesetze aufgenommenen Begriff des „gesunden Volksempfindens“, der als Generalklausel ideologisch beeinflusste Urteile im Zivil- und auch im Strafrecht

¹⁰⁹ So z. B. *Larenz*, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 244 f., dass der Inhalt der Gemeinschaftsordnung „nicht in erster Linie ein Wollendürfen oder Können, sondern ein Sollen, das aus einem Sein, nämlich dem Glied-Sein des Rechtsgenossen, fließt; sie ist eine Aufgabe, eine Funktion, ein Teilhaben“ und die Rechtsstellung einer Person sei zu verstehen als „Stellung eines Rechts- (Volks-)genossen im objektiven Recht, seines ‚Ortes‘ in der Gemeinschaft“.

¹¹⁰ *Burleigh*, Die Zeit des Nationalsozialismus. Eine Gesamtdarstellung, 2000, S. 188 f.

¹¹¹ *Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934, S. 14; hierzu auch *Haferkamp*, „Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeit, in: FS Horn, 2006, S. 1077 (1084).

¹¹² *Larenz* (Fn. 111), S. 241. Er übernahm in dieser Abhandlung rassenideologische Forderungen aus dem 25-Punkte-Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei, das in den Punkten vier und fünf proklamierte, dass Staatsbürger nur sein könne, wer Volksgenosse sei. Volksgenosse könne nur sein, wer deutschen Blutes sei (womit Juden nach nationalsozialistischer Auffassung ausgeschlossen waren) und wer nicht Staatsbürger sei, müsse unter Fremden-Gesetzgebung stehen. *Larenz* (Fn. 111), S. 241, schlug in seiner Abhandlung vor, den § 1 BGB, welcher den Beginn der Rechtsfähigkeit jedes Menschen festlegt, dahingehend zu ändern, dass nur noch die soeben erwähnten Volksgenossen auch Rechtsgenossen sein können und alle anderen außerhalb des Rechts stünden. Obgleich *Larenz* keine völlige Entrechtung von „Nicht-Volksgenossen“ intendiert, wird seine – zumindest im Nationalsozialismus vertretene – ideologische Grundhaltung diesen gegenüber deutlich.

¹¹³ Hierzu im Detail *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 8. Aufl. 2017.

ermöglichte.¹¹⁴

Auch *Haupt* lehnte fingierte Willenserklärungen ab: „Fehlt es [...] an [...] Willenserklärungen und spricht das Urteil dennoch von ihnen, so werden sie [die Parteien des Rechtsstreits] argwöhnen, daß ihr Vorbringen nicht richtig verstanden worden sei“.¹¹⁵ Es entbehre der Überzeugungskraft, wenn das Gericht diese Lücke aus angeblich stillschweigender Vereinbarung ausfülle.¹¹⁶ Für ihn war die äußere Erscheinung der Handlung entscheidend; es gebe faktische Verträge, die nicht auf Willenserklärungen beruhten, sondern allein auf tatsächlichen Vorgängen¹¹⁷ und der „Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis“.¹¹⁸

Ähnliches gilt für die heutige Praxis: *Kähler* zufolge hat die zunächst vertretene fingierte Willenserklärung den Ruf des Künstlichen – jedoch dem jeweiligen Parteiinteresse am nächsten Entsprechenden.¹¹⁹ So hebt er hervor, dass durch die Willensfiktion die Ausgestaltung eines Vertrages den Interessen der Parteien gerecht werde und nicht einem ungezügelter gesetzgeberischen oder richterlichen Ermessen unterliege.¹²⁰ Genau jenem „ungezügelter [...] richterlichen Ermessen“¹²¹ bot die neue Rechtsscheinelösung allerdings über die Berufung auf den äußeren Anschein sowie Treu und Glauben ein Einfallstor für beliebige Urteile, die nicht dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen. Hinzu kommt, dass das BGB von Beginn an immer wieder als „undeutsch“ und starr kritisiert wurde¹²² – durch richterliche Rechtsfortbildung konnten die Nationalsozialisten dies, ohne notwendigerweise das Gesetz zu ändern, in ihrem Sinne korrigieren. Kritisch merkte 1937 *Erner* an, dass die Gerichte nicht „das Recht der ‚Rechtsschöpfung‘“¹²³ haben sollten und lehnte Rechtsfolgen ab, die „nur aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben“ bestimmt werden, da dies den „vom Gesetzgeber bewußt gezogene[n] Rahmen“ sprengt und so „der Weg der

¹¹⁴ So normierte zwischen 1935 und 1946 der § 2 Abs. 1 StGB: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, [...] die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.“ Dadurch wurde das bis dahin dort geregelte Gesetzlichkeitsprinzip (keine Strafe ohne Gesetz) beseitigt. Auch Testamente, Erbverträge und sogar die gesetzliche Erbfolge ließen sich mit Rückgriff auf das „gesunde Volksempfinden“ kontrollieren und korrigieren, siehe *Rückert*, Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys?, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, 1986, S. 199 (217).

¹¹⁵ *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, in: FS Siber II, 1943, S. 1 (37).

¹¹⁶ *Ebd.*

¹¹⁷ *Ebd.*, S. 8 ff.

¹¹⁸ *Ebd.*, S. 16.

¹¹⁹ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 2012, S. 278.

¹²⁰ *Ebd.*

¹²¹ *Ebd.*

¹²² So z. B. *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 1889, S. 3; 13; 23.

¹²³ *Erner*, Die Haftung aus Rechtsschein, 1937, S. 25.

„Billigkeitsentscheidung“ eingeschlagen“ werde.¹²⁴ Trotz dieser Anmerkungen bejahte *Ermer* eine mögliche Haftung aus Rechtsschein und diskreditierte die Fiktion als „willkürlich“ und „unpersönlich“, da sie eine unzweifelhaft nicht vorhandene Tatsache als vorhanden unterstelle.¹²⁵ Er übersah hierbei, dass das *Reichsgericht* in seinen Entscheidungen gerade zur Rechtsscheinvollmacht oft reine Billigkeitserwägungen zugunsten des Geschäftsgegners vornahm, da – wie aufgezeigt – eine hinreichende dogmatische Begründung ausblieb und die Urteilsgründe vielmehr geradezu floskelhaft auf Treu und Glauben sowie den Verkehrsschutz verwiesen. Der Wunsch nach richterlichen Werturteilen und die Ablehnung von Fiktionen wurde auch 1940 bei *Esser* deutlich: „Die Methode [...] aus der Existenz juristischer Tatsachen und ihrer begriffsmäßigen Fortbildung abzuleiten, führt [...] zu Fehlurteilen: [...] Zu der [...] Wirklichkeitsfremdheit der Jurisprudenz“¹²⁶ – Juristen seien durch die Methoden „gänzlich gefangen“¹²⁷, was für *Esser* bedeutet, dass sie nicht in der Lage seien, eine „Bewertung der Sozialwirklichkeit“¹²⁸ vorzunehmen. Dies verdeutlicht die Ablehnung der Fiktionslösung – es sollte vielmehr die Judikative weitreichende Wertungsmöglichkeiten erhalten. Zwangsläufig schuf dies eine Gelegenheit, ideologische Ansichten in Urteile einfließen zu lassen.

Vermutlich rührt die Einordnung als nicht spezifisch nationalsozialistische Rechtsfortbildung daher, dass eine rassistisch diskriminierende Komponente fehlte, wie sie in anderen Anwendungsgebieten von Treu und Glauben, also des § 242 BGB, deutlich wurde.¹²⁹ Dennoch hätte für das *Reichsgericht* hypothetisch auch die Möglichkeit bestanden, z. B. bei einem jüdischen Geschäftsgegner die Notwendigkeit des Verkehrsschutzes zu verneinen und ihm auch – anhand des Maßstabs der nationalsozialistischen Ideologie – nach Treu und Glauben einen Anspruch zu verwehren. Oft genug ist, wie *Rüthers* untersuchte,¹³⁰ deutlich geworden, wie die Anwendung des § 242 BGB im nationalsozialistischen Ungeist zu Ergebnissen zum Nachteil nicht tolerierter Menschen (bzw. ganzer gesellschaftlicher und religiöser Gruppen) verholfen hat.

III. 1945-1949

In der Übergangszeit zwischen dem Deutschen Reich und der Bundesrepublik blieb die höchstrichterliche Rechtsprechung durch Auflösung des *Reichsgerichts*

¹²⁴ *Erme* (Fn. 123), S. 26.

¹²⁵ *Ebd.*, S. 19.

¹²⁶ *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 1940, S. 134.

¹²⁷ *Ebd.*

¹²⁸ *Ebd.*, S. 135.

¹²⁹ *Rüthers* (Fn. 113), S. 224 ff.

¹³⁰ *Ebd.*

aus. Jedoch beschäftigten sich andere Gerichte mit der Duldungsvollmacht. So unter anderem das *Oberlandesgericht Gera*, welches Anfang 1948 feststellte, dass derjenige, der „den Rechtsschein einer erteilten Vollmacht [...] nach außen verursacht, [...] diesen Rechtsschein zugunsten seines [Geschäftsgegners] [...] gegen sich gelten lassen“¹³¹ müsse. Auch hier wurde das Problem somit nicht über die Konstruktion einer stillschweigenden Bevollmächtigung gelöst, sondern dem Rechtsschein, für dessen Hervorrufen der Vertretene verantwortlich ist, wurde eine eigenständige Bedeutung zuerkannt.

IV. Ab 1949

In der Zeit nach 1949 gab es ebenso Kontroversen um die Duldungsvollmacht, auch weil es zwischen der Rechtsprechung und Literatur in dogmatischen Aspekten unterschiedliche Auffassungen gab und gibt.

1. *Bundesgerichtshof*

In der Bundesrepublik Deutschland nahm im Oktober 1950 der *Bundesgerichtshof* als oberstes Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit seine Arbeit auf.¹³² Auch er beschäftigt sich bis heute mit Fällen der Duldungsvollmacht.

Im Jahr 1951 stellte der *Fünfte Senat* des *Bundesgerichtshofes* klar, dass die „Vollmacht durch [...] Rechtsschein [...] im Interesse der Rechtssicherheit“ gilt.¹³³ Sie sei nicht auf kaufmännische Betriebe und den kaufmännischen Verkehr zu beschränken, sondern wegen § 242 BGB allgemein anzuerkennen;¹³⁴ auch der *Bundesgerichtshof* verwies somit auf Treu und Glauben. So stellte sich das *Gericht* auf den Punkt, dass die Rechtsscheinvollmacht – entgegen der ursprünglichen Auffassung, dass Dritte nur ausnahmsweise im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften schützenswert vor „Vertretern [sind, die] zu Unrecht eine Vertretungsmacht behaupt[e]n“¹³⁵ – auch im Rechtsverkehr zwischen Privaten als Rechtsinstitut anwendbar sein kann. Der *Senat* verwies zu dieser Ansicht auf Urteile des *Reichsgerichts*,¹³⁶ ging aber darüber hinaus in keiner Weise auf Unterschiede zwischen stillschweigender Bevollmächtigung und Rechtsscheinvollmacht ein. Auch hier lässt sich kritisieren, dass somit eine hinreichende dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht ausblieb und nur auf ebenfalls

¹³¹ *OLG Gera*, Rbl. Thüringen II 1948, S. 130.

¹³² Grundlage war eine Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes (BGBl. 1950, Nr. 40, S. 455-468; S. 513-532).

¹³³ *BGH*, NJW 1951, 309 (309 f.).

¹³⁴ *Ebd.*

¹³⁵ *Schmoeckel*, in: HKK-BGB I (Fn. 1), § 164-181 Rn. 5.

¹³⁶ RGZ 117, 165; 118, 240; 133, 100; 138, 265; 145, 155 und 170, 284 (zitiert nach NJW 1951, 309 f.)

wenig dogmatisch begründende Urteile verwiesen wurde. In einem anderen Urteil lässt sich hingegen ein Abgrenzungskriterium finden: Der *Bundesgerichtshof* meinte, die schlüssige, stillschweigende Bevollmächtigung benötige zumindest einen entsprechenden Willen zur Bevollmächtigung beim Vertretenen.¹³⁷ Ein solcher Wille sei bei einer Duldungsvollmacht hingegen nicht notwendig.¹³⁸

Dogmatisch weist der *Bundesgerichtshof*, trotz dieser anfänglichen Unklarheiten, inzwischen eine relativ beständige Rechtsprechung in Bezug auf die Duldungsvollmacht auf: So nimmt er noch in jüngster Zeit¹³⁹ auf frühere Urteile Bezug – beispielsweise auf eine Entscheidung aus dem Jahr 1952: Hier wurde die Duldungsvollmacht ebenfalls aus dem Rechtsschein, welcher aus der Duldung für den Dritten entsteht, hergeleitet.¹⁴⁰

Der *Bundesgerichtshof* vertritt zur Wirkung der Duldungsvollmacht die Auffassung, dass ein Rechtsschein – in diesem Fall das Vertrauen Dritter auf das tatsächliche Bestehen einer Vollmacht – die fehlende Vollmacht ersetzt.¹⁴¹ Als Rechtsfolge erkennt der *Gerichtshof* das Bestehen eines Erfüllungsanspruches seitens des Geschäftspartners, sobald ein Vertreter im Rahmen einer Duldungsvollmacht mit ihm ein Rechtsgeschäft abschließt.¹⁴² Gegen den Vertretenen entfaltet der § 164 BGB seine Wirkung, während der Vertreter nicht nach § 179 BGB haftet,¹⁴³ da er durch die Duldungsvollmacht eine Vertretungsmacht hat. Der *Bundesgerichtshof* stellt den vertrauenden Geschäftspartner mithin so, als habe eine Vollmacht tatsächlich bestanden.¹⁴⁴

2. Standpunkte in der Literatur

Auch nach 1949 ist man sich in der Literatur uneins, wie die Duldungsvollmacht dogmatisch einzuordnen ist. Vorwiegend werden die bereits angesprochenen¹⁴⁵ Möglichkeiten der stillschweigenden Bevollmächtigung sowie der Rechtsscheinvollmacht diskutiert.

Im Jahr 1965 stellte sich *Flume* gegen die Auffassung des *Bundesgerichtshofes* und vertrat die Meinung, dass es sich bei der Duldungsvollmacht nicht um eine Rechtsscheinvollmacht handelt: Wenn jemand einen anderen als Vertreter agie-

¹³⁷ *BGH*, NJW 1952, 217 (218).

¹³⁸ *BGH*, NJW 1997, 312 (314).

¹³⁹ *BGH*, NJW 2007, 987 (988).

¹⁴⁰ *BGH*, NJW 1952, 657 (658).

¹⁴¹ *BGH*, NJW 1952, 217 (218).

¹⁴² *BGH*, NJW 1955, 985 (985 f.).

¹⁴³ *Conrad*, Die Vollmacht als Willenserklärung, 2012, S. 152.

¹⁴⁴ *BGH*, NJW 2003, 2091 (2092).

¹⁴⁵ Siehe dazu oben **C. II. 3. a)** und **b)**.

ren lasse, sei es nicht Schein, sondern Wirklichkeit, dass der Vertretene Vertretungsmacht kundtue.¹⁴⁶ Er qualifizierte die Duldungsvollmacht vielmehr als Fall der kundgetanen Vollmacht gemäß § 171 BGB – jemand, der also „bewußt einen anderen als Vertreter agieren läßt, gibt damit kund, daß er ihn als seinen Vertreter anerkennt, daß der als Vertreter Handelnde Vertretungsmacht hat“.¹⁴⁷ Anders als die herrschende Meinung, welche den § 171 BGB als Fall der Rechtsscheinhaftung einordnet,¹⁴⁸ vertrat *Flume*: „Mit ‚Rechtsschein‘ hat aber die sogenannte Duldungsvollmacht wie allgemein die Vollmachtserteilung nach § 171 [BGB] nichts zu tun“.¹⁴⁹ Damit teilte er den Standpunkt, dass die Duldungsvollmacht eine Vollmacht kraft rechtsgeschäftlichen, privatautonomen Handels sei und bejahte so für jene Fälle die Anwendbarkeit des § 171 BGB – direkt und nicht analog.¹⁵⁰ Auch meinte *Flume*, dass es sich um „die Problematik des § 173 [BGB]“ handle, wenn „der Vertretene, nachdem er den Vertreter eine Zeitlang hat agieren lassen, nun in einem Falle die Vertretungsmacht nicht gelten lassen will“.¹⁵¹ Zu deuten ist dies vermutlich so, dass er der Ansicht war, die §§ 171, 173 BGB regelten zur Genüge den Fall einer Duldungsvollmacht, wodurch sich ein Analogieschluss erübrige. Sowohl der Fall, dass die Vollmacht kundgetan (was nach *Flume* bei der Duldungsvollmacht der Fall ist¹⁵²) und widerrufen wurde, als auch die Folgen einer Kenntnis des Erlöschens der Vollmacht beim Dritten sind hier normiert.

Pawlowski nahm in der Diskussion die Position ein, dass Willenserklärungen auch ohne Erklärungsbewusstsein des Vertretenen als solche qualifiziert werden können, wenn sie für den Dritten wie eine Willenserklärung wirken.¹⁵³ Er beabsichtigte, vom äußeren Anschein auf eine Willenserklärung zu schließen, was im Ergebnis zur Duldungsvollmacht als rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung führt. *Köhler* wendet ein, dass zwar ein Erklärungsbewusstsein nicht erforderlich sei, der Unterschied zur konkludenten Bevollmächtigung liege aber darin, dass der Erklärungswert des äußeren Verhaltens nicht dahin gehe, dass eine Vollmacht erteilt werde, sondern dass sie früher erteilt worden sei, weswegen ein Fall der Rechtsscheinvollmacht anzunehmen sei.¹⁵⁴

¹⁴⁶ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, 1965, S. 828.

¹⁴⁷ *Ebd.*

¹⁴⁸ *Steffen*, in: RGRK-BGB, 12. Aufl. 1982, § 167 Rn. 11.

¹⁴⁹ *Flume* (Fn. 146), S. 828.

¹⁵⁰ *Ebd.*, S. 832.

¹⁵¹ *Ebd.*, S. 828.

¹⁵² *Ebd.*

¹⁵³ *Pawlowski*, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, 125 (128).

¹⁵⁴ *Köhler*, BGB AT, 42. Aufl. 2018, § 11 Rn. 43.

Gegen eine stillschweigende Bevollmächtigung stellt sich beispielsweise *Canaris*, der unter anderem *Krause* und *Wellspacher* zustimmt, und vertritt, dass in Fällen der Duldungsvollmacht weder eine konkludente Innen- noch Außenvollmacht vorliegt;¹⁵⁵ vielmehr habe das Dulden des Vertretenen „*deklatorischen*, nicht *konstitutiven* Charakter“.¹⁵⁶ *Canaris* hebt außerdem eine wichtige Unterscheidung vor: Von einer Duldungsvollmacht sei nur dann zu sprechen, wenn „es für den Vertreter deutlich [ist], daß eine Innenvollmacht nicht gewollt ist, für den Dritten dagegen [...] der Eindruck [entsteht], daß eine solche in der Vergangenheit erteilt worden ist“.¹⁵⁷ Dagegen liegt keine Duldungsvollmacht im eigentlichen Sinne vor, wenn „das Verhalten des Geschäftsherrn dem Vertreter als schlüssige Erteilung einer Innenvollmacht oder dem Dritten als schlüssige, konstitutive Erteilung einer Außenvollmacht [erscheint]; dann liegt echte, d. h. rechtsgeschäftliche Vollmacht vor“.¹⁵⁸

V. Zusammenfassung

Das Institut der Duldungsvollmacht war einem grundlegenden Wandel ausgesetzt: Griff man zunächst vor allem auf die Willensfiktion zurück und kam so zu einer stillschweigenden Bevollmächtigung, präferierte man in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zunehmend die Zurechnung des vom Vertretenen gesetzten Rechtsscheins. Vor allem in den 1930er und 1940er Jahren war die juristische Fiktion als solche größer werdender Kritik ausgesetzt; diese ablehnende Haltung ist bis heute in der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur unverändert. Dies bedingt, dass heute die dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht als Rechtsscheinvollmacht vorherrschend ist. Rückblickend betrachtet ist es bemerkenswert, wie selbstverständlich der *Bundesgerichtshof* die Duldungsvollmacht als Vollmacht kraft Rechtsscheins anerkannte und als allgemein anerkannt ansieht – sowohl im Handels- als auch im privaten Rechtsverkehr. Eine wirklich kritische Auseinandersetzung mit der dogmatischen Einordnung seitens der Rechtsprechung ist kaum erfolgt. Auch die Literaturmeinungen – vor allem zwischen 1930 und 1940 – diskreditieren die juristische Fiktion in teils polemischer Weise. Die damaligen Rechtswissenschaftler hatten Erfolg damit, die Fiktionslösung weitestgehend zu verdrängen.

¹⁵⁵ *Canaris* (Fn. 62), S. 40 f.

¹⁵⁶ *Ebd.*, S. 41 (Hervorhebungen im Original).

¹⁵⁷ *Ebd.*, (Hervorhebungen im Original).

¹⁵⁸ *Ebd.*

D. Die Duldungsvollmacht heute

I. Voraussetzungen der Duldungsvollmacht nach heutiger Rechtsprechung

Nach der Darstellung der dogmatischen Diskussion soll nun darauf eingegangen werden, welche Mindestvoraussetzungen – ohne hier auf eine mögliche zukünftige Rechtsfortbildung einzugehen – die Rechtsprechung heute an das Vorliegen einer Duldungsvollmacht stellt. Diese Anforderungen stehen in der Tradition der Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichte und vereinen Aspekte der am weitesten verbreiteten Literaturmeinungen.

1. Keine tatsächliche Vollmacht

Zunächst darf keine tatsächliche Vollmacht, also ausdrücklich oder konkludent, erteilt worden sein.¹⁵⁹ Dies ist noch vor den eigentlichen Voraussetzungen der Duldungsvollmacht zu prüfen, da sich das Vorliegen einer tatsächlichen Vollmacht und die Duldungsvollmacht gegenseitig ausschließen.

2. Rechtsschein

Eine weitere Voraussetzung ist, dass der Geschäftsgegner auf eine tatsächlich bestehende Vollmacht vertrauen durfte. Dieses Vertrauen stützt sich auf einen Rechtsschein, der dadurch entsteht, dass der Geschäftsherr das Verhalten des vollmachtlosen Vertreters duldet und so ein Dritter daraus nach Treu und Glauben schließt, dass tatsächlich eine Vollmacht besteht.¹⁶⁰ Ob ein Rechtsschein vorliegt, „ist aus der Perspektive des Geschäftsgegners [...] zu beurteilen“,¹⁶¹ es kommt also „darauf an, ob der Gegner das nach außen in Erscheinung getretene Verhalten des Vertretenen [...] so verstehen durfte, dass es den Schluss auf eine Bevollmächtigung des Vertreters erlaubt“. ¹⁶² Die Möglichkeiten, ein solches Vertrauen zu erwecken, sind äußerst vielseitig. Insbesondere, da „eine Willenserklärung des Vertretenen oder eine ihr gleichzusetzende Willensbetätigung [...] nicht erforderlich“¹⁶³ ist. So kann auch Schweigen zu Handlungen des Vertreters einen Rechtsschein erzeugen.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Köhler (Fn. 154), § 11 Rn. 43.

¹⁶⁰ BGH, NJW 2002, 2325 (2327); vgl. auch BGH, NJW-RR 2004, 1275 (1277).

¹⁶¹ Ackermann, in: NK-BGB I (Fn. 6), § 167 Rn. 83.

¹⁶² Ebd.

¹⁶³ BGH, NJW 1997, 312 (314).

¹⁶⁴ Vgl. Ebd.

3. Zurechenbarkeit

Zurechenbar wird das Verhalten, wenn der Geschäftsherr dieses über einen gewissen Zeitraum oder wiederholt¹⁶⁵ duldet ohne dagegen vorzugehen, obwohl er Kenntnis vom Handeln des Vertreters hat.¹⁶⁶

4. Vertrauenstatbestand beim Geschäftsgegner

Dem Geschäftsgegner muss das andauernde Duldungsverhalten des Geschäftsherrn bekannt gewesen sein, damit er sich nach Treu und Glauben auf den entstandenen Rechtsschein – und damit auf das Vertrauen auf eine tatsächliche Vollmacht – berufen kann.¹⁶⁷ Hat der Geschäftsgegner hingegen von der fehlenden Bevollmächtigung gewusst, besteht diese Möglichkeit durch Fehlen des guten Glaubens nicht.¹⁶⁸ Zusätzlich bedarf es einer Kausalität des erzeugten Vertrauens für das rechtsgeschäftliche Verhalten des Vertragspartners.¹⁶⁹

5. Abgrenzung zur Anscheinsvollmacht

Abzugrenzen ist die Duldungsvollmacht von der sogenannten Anscheinsvollmacht. Bei dieser hat der Geschäftsherr im Gegensatz zur Duldungsvollmacht keine Kenntnis vom vollmachtlosen Auftreten des Vertreters in seinem Namen, hätte hiervon jedoch bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten Kenntnis nehmen können und müssen.¹⁷⁰ Für die Annahme einer Anscheinsvollmacht ist zusätzlich – und im Gegensatz zur Duldungsvollmacht wohl unumstritten – notwendig, dass das Verhalten des Geschäftsherrn, „aus dem der Geschäftsgegner auf die Bevollmächtigung des Dritten glaubt schließen zu können, von einer gewissen Dauer und Häufigkeit ist“.¹⁷¹

II. Anfechtbarkeit der Duldungsvollmacht

Welche Auswirkung die dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht hat, wird unter anderem in Bezug auf deren Anfechtbarkeit deutlich. So können nach den §§ 119 ff., 142 ff. BGB grundsätzlich nur fehlerhafte Willenserklärungen angefochten werden. Ob bei der Duldungsvollmacht eine solche Willen-

¹⁶⁵ Anders: *OLG Hamm*, NJW 2007, 611 (612). Diesem genügt bereits die einmalige, wissentliche Duldung seitens des Geschäftsherrn.

¹⁶⁶ *BGH*, NJW 2003, 2091 (2092); *Eisenhardt*, Einführung in das Bürgerliche Recht, 7. Aufl. 2018, S. 162 Rn. 2.

¹⁶⁷ *BGH*, NJW 1956, 460 (460 f.); vgl. auch *BGH*, NJW 2002, 2325 (2327); 2003, 2091 (2092).

¹⁶⁸ *BGH*, NJW 1956, 460 (460 f.); vgl. auch *BGH*, NJW 2002, 2325 (2327); 2003, 2091 (2092).

¹⁶⁹ *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 19. Aufl. 2017, § 30 Rn. 43.

¹⁷⁰ *BGH*, NJW 1981, 1727 (1728).

¹⁷¹ *BGH*, NJW 2011, 2421 (2422).

serklärung seitens des Geschäftsherrn überhaupt vorliegt, ist – wie aufgezeigt – jedoch umstritten. Folgt man der Ansicht, dass die Duldungsvollmacht als stillschweigende Bevollmächtigung zu qualifizieren ist – eine Willenserklärung des Vertretenen somit bejaht wird – kann sie angefochten werden.¹⁷² Stimmt man aber der Ansicht zu, dass die Duldungsvollmacht eine Vollmacht kraft Rechtscheins ist, so gehen die Meinungen auseinander: Teilweise wird vertreten, dass eine Rechtsscheinvollmacht durchaus anfechtbar ist. Unter anderem, weil sie den Geschäftsherrn nicht strenger binden soll, als es eine rechtsgeschäftliche Vollmacht würde.¹⁷³ Die §§ 119 ff. BGB sollen deshalb zumindest analog anwendbar sein – eine direkte Anwendbarkeit scheidet aus, weil es bei einer Rechtsscheinvollmacht kein Abweichen von Wille und Erklärtem wie beim Erklärungs- oder Inhaltsirrtum geben könne.¹⁷⁴ Andere verneinen die Anfechtbarkeit hingegen insgesamt, da die Rechtsscheinvollmacht ein Vertrauenstatbestand sei, der auf einem tatsächlichen Verhalten des Vertretenen beruhe.¹⁷⁵ Solche „tatsächliche[n] Verhaltensweisen können keinem Willensmangel unterliegen“.¹⁷⁶ Diese Ansicht wird jedoch als wertungswidersprüchlich kritisiert.¹⁷⁷ Der *Bundesgerichtshof* hatte bisher noch nicht zu entscheiden, ob und wie eine Duldungsvollmacht angefochten werden kann. Sehr wohl erkannt hat er aber, dass „aus dem Vertrauen auf einen Rechtsschein [...] niemand weitergehende Ansprüche herleiten [kann], als er haben würde, wenn der Rechtsschein der wirklichen Rechtslage entspräche“.¹⁷⁸ Daraus könnte man schließen, dass eine irgendwie geartete Anfechtung jedenfalls möglich sein muss, da der Geschäftspartner sonst besser gestellt würde, als es bei einer tatsächlichen Vollmachterteilung der Fall sein würde. Vorzugswürdig scheint mithin die Ansicht, dass eine Duldungsvollmacht angesichts der ansonsten bestehenden Privilegierung des Geschäftspartners analog §§ 119 ff. BGB anfechtbar ist.

III. Bedeutung der Duldungsvollmacht

Insbesondere im Handelsrechtsverkehr kommt der Duldungsvollmacht eine größere Bedeutung zu – strukturell bedingt gibt es eine große Anzahl an

¹⁷² *Mansel*, in: Jauernig, 16. Aufl. 2015, § 167 Rn. 8; *Eisenhardt* (Fn. 166), S. 162 Rn. 3.

¹⁷³ So z. B. *Ackermann*, in: NK-BGB I (Fn. 6), § 167 Rn. 94; *Krebs*, in: MüKo-HGB I, 4. Aufl. 2016, § 48 Rn. 65; *Ellenberger*, in: Beck'scher Kurzkommentar BGB, 76. Aufl. 2017, § 172 Rn. 16; zum Ergebnis der Anfechtbarkeit kommt u. a. auch *Canaris* (Fn. 62), S. 43 ff.

¹⁷⁴ *Schubert*, in: MüKo-BGB I (Fn. 5), § 167 Rn. 147. Zu den Irrtümern *Rüthers/Stadler* (Fn. 169), § 25 Rn. 23 ff.

¹⁷⁵ *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, 48. Ed. Stand: 1.11.2018, § 167 Rn. 20.

¹⁷⁶ *Ebd.*

¹⁷⁷ *Selter*, Die Entstehung und Entwicklung des Rechtsscheinsprinzips im deutschen Zivilrecht, 2006, S. 109 f.; *Krebs*, in: MüKo-HGB I (Fn. 173), § 48 Rn. 65.

¹⁷⁸ *BGH*, NJW 1954, 793 (793 f.).

Rechtsgeschäften, die durch Angestellte getätigt werden. So hat durch eine stetige Vergrößerung von Unternehmen wohl unzweifelhaft auch die Anzahl der Angestellten über die letzten Jahrzehnte und Jahrhunderte zugenommen. Für Ladengeschäfte tritt die Bedeutung der Duldungsvollmacht hinter die Vermutungsregel des § 56 HGB – nach welcher jeder, der in einem Laden oder offenen Warenlager angestellt ist, als zur Vornahme üblicher Handlungen wie Verkäufen oder Empfangnahmen ermächtigt gilt – weitestgehend zurück. Im Privatrechtsverkehr kommt es nur vereinzelt zu Situationen, in denen tatsächlich eine Duldungsvollmacht vorliegt; dies spiegelt sich auch in der Zahl der Urteile wider. Ein möglicher Grund hierfür mag sein, dass sich im Privatverkehr seltener eines Vertreters bedient wird bzw. ein mehrmaliges Auftreten als Vertreter für den Vertretenen in den meisten Fällen nicht geduldet, sondern unterbunden wird. Im Handelsverkehr kommt es dagegen häufiger vor, dass beispielsweise ein Angestellter – ohne bevollmächtigt worden zu sein – Rechtsgeschäfte für seinen Arbeitgeber tätigt und dieser dieses Verhalten duldet, solange es nicht nachteilig für ihn ist. So entstehen in solchen Konstellationen des Öfteren Duldungsvollmachten.

E. Schlussbetrachtung

Am Ende der untersuchten historischen Entwicklung steht die Duldungsvollmacht als Vollmacht kraft Rechtsscheins. Wie aufgezeigt bedeutet dies, dass dem Geschäftsherrn die Wirkung seines Verhaltens zugerechnet wird. Gemeint ist der durch die Duldung gesetzte Rechtsschein, welcher wiederum zum Vertrauen auf eine Vollmacht beim Geschäftspartner führt. Dies unterscheidet sich grundlegend von der vor allem im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts vertretenen Lösung, eine Bevollmächtigung zu fingieren, ohne dass tatsächlich ein Wille dazu bestand. Die Fiktion wird von weiten Teilen der Literatur abgelehnt, insbesondere seit den 1930er Jahren haben Literatur und Rechtsprechung diese zunehmend und nachhaltig in Misskredit gebracht. Der Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht kann als Entwicklung von der juristischen Fiktion zur Zurechnung des nach außen sichtbaren Verhaltens beschrieben werden.

Erkennbar sind im historischen Rückblick auch die argumentativen Mängel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung: Gängige Praxis des *Reichsgerichts* und des *Bundesgerichtshofes* war es, in Fällen der Duldungsvollmacht auf frühere Urteile zu verweisen, um so den Eindruck einer gefestigten Rechtsprechung zu erwecken. Tatsächlich ist in den meisten Urteilen jedoch nur oberflächlich auf die mit der Duldungsvollmacht einhergehenden Probleme eingegangen worden und eine klare dogmatische Einordnung ist unterblieben. Deutlich wird dies auch sowohl an den Urteilen des *Reichsoberhandelsgerichts* sowie des *Reichsgerichts*:

Die *Senate* gingen unterschiedlich vor bzw. es gab selbst innerhalb eines *Senates* unterschiedliche Urteilsgründe für die Lösung ähnlicher Fallkonstellationen, welche die Duldungsvollmacht betreffen. Entschied das *Gericht* sich in einem Urteil für die stillschweigende Bevollmächtigung, fingierte es also eine Willenserklärung, so verwiesen die Richter in einem anderen Urteil hingegen auf Treu und Glauben sowie den Verkehrsschutz, im Ergebnis also auf eine Zurechnung des einen Rechtsschein begründenden Verhaltens – beide Lösungen unterscheiden sich grundlegend. Es ist also zumindest zweifelhaft, wenn im Zusammenhang mit der Duldungsvollmacht – insbesondere in den ersten Jahren des *Bundesgerichtshofes* – von einer gefestigten Rechtsprechung die Rede ist.

Der Wandel von der stillschweigenden Bevollmächtigung zur Rechtsscheinvollmacht lässt sich zwar – wie des Öfteren vertreten – durchaus mithilfe der §§ 171 ff. BGB begründen. Streitig ist dabei, ob ein Analogieschluss notwendig ist. Jedoch überwiegen in der Diskussion die missbilligende Kritik an der stillschweigenden Bevollmächtigung und der Fiktion sowie der Wunsch nach richterlicher Wertungsmöglichkeit.

Auch ist im Rahmen dessen noch einmal anzumerken, dass durchaus von einer der nationalsozialistischen Ideologie entsprechenden Rechtsfortbildung gesprochen werden kann. Der Verweis auf Treu und Glauben stellt ein Einfallstor für ideologische Urteileinflüsse dar. Auch wenn im Ergebnis die Haftung des Geschäftsherrn, der die Handlungen eines für ihn als Vertreter Auftretenden duldet, bejaht oder sogar begrüßt werden kann, bedarf es seitens der Justiz vor dem Hintergrund der Auslegung von Treu und Glauben zur Zeit des Nationalsozialismus stets einer besonders aufmerksamen Untersuchung, ob ein Rückgriff auf § 242 BGB angemessen ist und wie dieser abstrakte Grundsatz konkretisiert wird. Im Fall der Rechtsscheinvollmachten besteht aus heutiger Sicht kaum noch Missbrauchsrisiko – die Justiz ist heute nicht mehr ideologisch gebunden und es gibt zahlreiche Möglichkeiten, um Urteile überprüfen zu lassen.

Die grundsätzliche Kritik, dass ein Missbrauch auch bei einer Rechtsscheinelösung möglich ist, für die ein Rückgriff auf Treu und Glauben konstituierend ist, bleibt jedoch bestehen. Die Entscheidung darüber, wann ein Rechtsschein tatsächlich besteht und wann jemand darauf vertrauen durfte, obliegt dem Richter und kann von ihm weit oder eng gefasst werden. Einen Willen zu fingieren ist auch nicht vorzuziehen und kommt schlussendlich zum selben Ergebnis, wenngleich es bei dieser weniger Probleme in Bezug auf die Anfechtung gibt. Der Gesetzgeber könnte diese Regelungslücke noch schließen – bis dahin übernimmt dies die Rechtsprechung durch richterliche Rechtsfortbildung.