

29. Gilt § 139 BGB. nur für teilweise nichtige Rechtsgeschäfte oder auch für solche, die wegen Fehlens der erforderlichen Genehmigung teilweise unwirksam sind?

2. Kann der Vertragsgegner, nachdem er gemäß § 179 BGB. gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht den Erfüllungsanspruch gewählt hat, unter den Voraussetzungen des § 326 BGB. zum Schadensersatzanspruch übergehen?

3. Zur Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsluß.  
BGB. §§ 139, 179, 276, 278, 326.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 6. Februar 1928 i. S. Eheleute M. (M.)  
w. Eheleute Br. (Wf.). VI 329/27.

I. Landgericht II Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Am 17. Februar 1926 verkauften die klagenden Eheleute gemeinschaftlich ein Landgut, das ihnen zu je einem realen Teil gehörte, zu zwei Dritteln an die beklagte Ehefrau und zu einem Drittel an den Rittergutsbesitzer S. Bei der notariellen Verhandlung wurden die beiden Käufer durch den beklagten Ehemann vertreten, der zu Protokoll erklärte, daß er als Bevollmächtigter beider auftrete; in Wirklichkeit hatte er Vollmacht nur von seiner Ehefrau, nicht auch von S. Dieser verweigerte seine Genehmigung, nachdem der Vertrag inzwischen vom Landrat genehmigt worden war. Die Kläger forderten darauf die beiden Beklagten mehrmals auf, die Auflassung entgegenzunehmen, und verkauften, als dies erfolglos blieb, am 26. März 1926 das Gut an den Landwirt B. Diesen Verkauf schloß der klagende Ehemann unter dem Vorbehalt der Genehmigung seiner Ehefrau ab, die im Mai 1926 erteilt wurde. Inzwischen hatten die Kläger den Beklagten durch Schreiben vom 12. April 1926 eine dreitägige Frist zur Erfüllung des Vertrags

vom 17. Februar gesetzt mit der Androhung, daß sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Gut bestmöglich anderweitig verkaufen und die Beklagten für den Preisunterschied und andere Schäden haftbar machen würden. Der im Vertrag vom 17. Februar 1926 vereinbarte Kaufpreis betrug 50000 R.M., der mit B. vereinbarte 46500 R.M.

Die Kläger verlangen nunmehr von den beiden Beklagten als Gesamtschuldnern den Unterschied von 3500 R.M. sowie Erstattung einer Reihe anderer Schäden, die sie durch das Vertrauen auf die Ausführung des Vertrags vom 17. Februar 1926 erlitten haben wollen. Die Beklagten bestreiten, daß der beklagte Ehemann sich als Bevollmächtigter des S. ausgegeben habe, und behaupten, er habe nur von einer Zusage des S. gesprochen, „eventuell mitzumachen“, wenn er, der beklagte Ehemann, das Gut kaufe. Darauf habe der Notar gesagt, dann könne er ruhig als Bevollmächtigter auftreten, es genüge, wenn die Vollmacht nachträglich genehmigt werde. Weiter wenden die Beklagten ein, der Vertrag sei nichtig, weil S. nur vorgeschoben sei, um die Genehmigung des Landrats zu erlangen, auch sei die Setzung der Nachfrist unwirksam, weil die Kläger durch den Verkauf an B. vertragsuntreu gehandelt und sich die Erfüllung des Vertrags selbst unmöglich gemacht hätten.

Beide Vorbergerichte wiesen die Klage ab. Die Revision der Kläger führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Kaufvertrag, soweit er den S. als Käufer bezeichnete, kein Scheingeschäft gewesen, daß aber der beklagte Ehemann für ihn als Bevollmächtigter aufgetreten sei, ohne in Wirklichkeit Vollmacht von ihm zu haben. Offen gelassen ist die Frage, ob nicht die Unkenntnis der Kläger von dem Mangel der Vertretungsmacht auf Fahrlässigkeit beruht. Da die Kläger die Darstellung der Beklagten bestritten haben, die eine solche Fahrlässigkeit begründen könnte, so ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß sie der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht trifft.

Dann konnte aber ihre Klage nicht abgewiesen werden. Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß mit der Verweigerung der Genehmigung durch S. nicht nur der ihn betreffende Teil des Vertrags, sondern nach der Regel des § 139 BGB. der ganze Vertrag unwirksam geworden ist. Diese Vorschrift

trifft allerdings nach ihrem Wortlaut nur nichtige Rechtsgeschäfte, sie ist aber ihrem Sinne nach auch auf Geschäfte zu beziehen, deren Wirksamkeit von einer Genehmigung abhängt. Denn es geht nicht an, ein Rechtsgeschäft zum Teil aufrechtzuerhalten, wenn es zum andern Teil durch Versagung der erforderlichen Genehmigung unwirksam geworden ist, es sei denn, daß es auch ohne diesen Teil vorgenommen worden wäre (RGZ. Bd. 51 S. 35, Bd. 93 S. 338; Staudinger-Riezler BGB. 9. Aufl. § 139 Bem. 2d; vgl. auch Enneccerus Lehrbuch d. bürgerl. Rechts 25. bis 29. Aufl. Bd. I 1 § 189 S. 512, 515 bes. Anm. 18). Der Revision kann auch darin nicht gefolgt werden, daß die Unwirksamkeit des den S. betreffenden Teils durch die Inanspruchnahme des beklagten Ehemanns behoben sei. Dessen gesetzliche Haftung aus § 179 BGB. ändert nichts an der Unwirksamkeit, obwohl er auf Erfüllung in Anspruch genommen ist. Höchstens ließe sich fragen, ob unter diesen Umständen der Ausnahmefall des § 139 BGB. gegeben sei. Aber auch das müßte nach der bisherigen Sachlage verneint werden. Denn beim Fehlen gegenseitiger Ausführungen ist anzunehmen, daß es für die beklagte Ehefrau einen wesentlichen Unterschied bedeutet, ob neben ihr S. als Mitkäufer oder ihr Ehemann als Vertreter ohne Vertretungsmacht haftet; die Haftung des letzteren kann sie empfindlich in Mitleidenschaft ziehen. Hätte sie allerdings das Auftreten ihres Ehemanns als Vertreters ohne Vertretungsmacht von vornherein gekannt und gebilligt, so könnte sie sich nicht auf die Unwirksamkeit des Vertrags berufen. Denn dann müßte angenommen werden, daß sie die Gefahr der Nichtgenehmigung auf sich genommen und den Vertrag auch ohne den unwirksamen Teil geschlossen hätte (RGZ. Bd. 68 S. 322, Bd. 79 S. 437; RGUrt. vom 13. Juli 1908 II 94/08; Pfand-Flad BGB. 4. Aufl. § 139 Bem. 2). Allein bisher ist in dieser Richtung nichts behauptet worden.

Bei der jetzt vorhandenen Sachlage haftet der beklagte Ehemann aus § 179 BGB. Die Kläger konnten ihn ebenso auf Erfüllung in Anspruch nehmen wie den S., wenn dieser Vollmacht erteilt oder den Vertrag genehmigt hätte. Sie haben das durch ihre Auforderungen getan, zusammen mit der beklagten Ehefrau den Vertrag zu erfüllen. Wenn die beklagte Ehefrau, auf die Unwirksamkeit des Vertrags sich stützend, ihre Mitwirkung versagte, oder wenn der beklagte Ehemann die erforderliche Genehmigung des Landrats

nicht beschaffen konnte, so waren das Umstände, die er nach seinem zum Teil vollmachtlosen Vertragsschluß zu vertreten hatte, die also das Wahlrecht der Kläger, ihn aus § 179 BGB. auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch zu nehmen, nicht beschränkten (§ 265 BGB.). Konnten sie auch von der einmal getroffenen Wahl nicht beliebig abgehen, so ist doch dem Berufungsgericht darin nicht beizutreten, daß ihnen, nachdem sie Erfüllung gewählt hatten, auch der Weg des § 326 BGB. verschlossen gewesen sei. Dies rügt die Revision mit Recht. Hätten die Kläger Erfüllung gewählt und geriet der beklagte Ehemann damit in Verzug, so konnten sie ihm — ebenso wie sie es gegenüber S. gelohnt hätten, wenn der Vertrag mit ihm zustandegekommen wäre — eine Frist mit der Erklärung bestimmen, daß sie die Annahme seiner Leistung nach Fristablauf ablehnen würden; nach fruchtlosem Ablauf der Frist konnten sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung von ihm verlangen. Zwar wird der Vertreter ohne Vertretungsmacht dadurch, daß er auf Grund des § 179 BGB. auf Erfüllung in Anspruch genommen wird, nicht selbst zur Vertragspartei, seine Haftung ist vielmehr eine gesetzliche; aber er muß sich doch so behandeln lassen, als wäre er Vertragspartei, wie er auch wegen der Gegenleistung die aus §§ 320ffg. BGB. sich ergebenden Rechte geltend machen kann (vgl. Staudinger-Riezler BGB. 9. Aufl. § 179 Bem. 4a; Pand-Find BGB. 4. Aufl. § 179 Bem. 4a; Vertmann BGB. 3. Aufl. § 179 Erl. 2a; Komm. von RGR. 6. Aufl. § 179 Num. 1). Nach dem Grundgedanken des § 179 BGB. soll der andere Teil nicht darunter leiden, daß ein Vertreter ohne Vertretungsmacht mit ihm einen Vertrag geschlossen hat. Er wäre aber benachteiligt, wenn ihm, nachdem er Erfüllung gewählt hat, der Weg des § 326 BGB. verschlossen sein würde.

Mit Recht rügt die Revision aber auch, daß das Berufungsgericht in dem Schreiben vom 12. April 1926 keine Erklärung gefunden hat, wie § 326 Abs. 1 Satz 1 sie verlangt. Die Kläger stellen dort für den Fall fruchtlosen Fristablaufs anderweitigen Verkauf des Gutes und Forderung von Schadensersatz in bestimmte Aussicht, begnügen sich also nicht damit, sich diese Maßnahmen nur „vorzubehalten“, wie dies im Falle der Entscheidung RGR. Bd. 91 S. 164 geschehen war. Derartige Androhungen sind, wenn sie nicht mißverstanden werden können, in der Rechtsprechung des

Reichsgerichts für genügend erachtet worden (RGZ. Bd. 114 S. 7). Hier war kein Mißverständnis darüber möglich, daß die Kläger nach fruchtlosem Fristablauf die Leistung der Beklagten ablehnen wollten. Die Beklagten haben auch nicht geltend gemacht, daß sie das Schreiben anders aufgefaßt hätten; seine Deutlichkeit ist nicht bemängelt worden. Es muß also für ausreichend erachtet werden. Da das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annimmt, daß die Kläger während der Nachfrist vertragstreu und erfüllungsbereit geblieben waren, weil sie sich dem B. gegenüber noch nicht gebunden hatten, so ist die Abweisung der Klage gegen den beklagten Ehemann nicht gerechtfertigt.

Aber auch die beklagte Ehefrau ist nach der bisherigen Sachlage haftbar. Allerdings läßt sich ihre Haftung aus § 326 BGB. nur dann begründen, wenn ihr die Berufung auf § 139 BGB. zu versagen ist, und dafür fehlt es einstweilen an der Behauptung, daß sie um das vollmachtlose Auftreten ihres Ehemanns von vornherein gewußt und es gebilligt habe. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts haftet sie indessen auch ohnehin für ein von ihrem Ehemann und Gehilfen beim Vertragsschluß begangenes Verschulden (Komm. von RGZ. 6. Aufl. § 276 Anm. 3). Dieses Verschulden besteht darin, daß er sich als Bevollmächtigten des S. ausgegeben hat, ohne Vollmacht von ihm zu haben, und daß er dadurch die Kläger in einen Irrtum versetzt hat. Daß es für die Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluß des Zustandekommens eines wirksamen Vertrags nicht bedarf und daß dabei auch § 278 BGB. anzuwenden ist, hat das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen (RGZ. Bd. 114 S. 159). Freilich werden die Kläger auf diesem Wege von der beklagten Ehefrau nur das sog. negative Vertragsinteresse beanspruchen können (RGZ. Bd. 103 S. 51), aber nach ihrer Berechnung haben sie den Hauptteil ihres Schadens gerade dadurch erlitten, daß sie auf die Wirksamkeit des Vertrags vertrauten.