

# Zur Haftung des Treuhänders von Kapitalanlegern als vollmachtloser Vertreter in sog. Altfällen

Von Prof. Dr. Friedrich L. Ekey, Köln\*

Unabhängig vom Schicksal der geplanten Novellierung des RBerG<sup>1</sup> sehen sich die Rechtsprechung sowie die wissenschaftliche Diskussion mit einer noch schwer absehbaren Zahl von Fällen konfrontiert, in denen Treuhänder ohne Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG mit der umfassenden Durchführung von Rechtsgeschäften für Gesellschaften und Anleger betraut waren. Betroffenen Wirtschaftsprüfer und Steuerberatern mag der nachfolgende Beitrag eine Argumentationshilfe an die Hand geben, wie sie Schadenersatzansprüchen der Kreditinstitute begegnen können.

## 1. Ausgangslage

Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 28. 9. 2000<sup>2</sup> bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorgt, der Genehmigung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG. Verfügt er darüber nicht, ist ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag und damit auch die vom Erwerber erteilte Vollmacht gemäß § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen das RBerG als Verbotsgesetz nichtig<sup>3</sup>. Unter Berufung auf die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages und der erteilten Vollmacht zum Erwerb der Grundstücke sowie zum Abschluss der dem Erwerb dienenden Darlehensverträge verlangen viele Grundstückserwerber die Rückabwicklung der Darlehensverträge. Den betroffenen Kreditinstituten droht dadurch ein Schaden in beträchtlicher Höhe, sofern die Erwerber mit ihrem Begehren Erfolg haben. Aus diesem Grund müssen die Treuhänder damit rechnen, von den Kreditinstituten oder den anderen Vertragspartnern persönlich in Anspruch genommen zu werden. Häufig erfolgt dies zunächst dadurch, dass ihnen nach §§ 72 ff. ZPO der Streit verkündet wird. Da dem Treuhänder jedenfalls bis zur Veröffentlichung der Entscheidung des BGH vom 28. 9. 2000 die Unkenntnis des Erfordernisses der Erlaubnis nach dem RBerG nicht vorzuwerfen ist, scheiden als Anspruchsgrundlage gegen ihn alle Normen und Rechtsinstitute aus, die ein Vertretenmüssen – sei es auch nur in der Form der leichten Fahrlässigkeit – verlangen. Somit kommt insbesondere eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 RBerG oder eine Haftung aus culpa in contrahendo (seit dem 1. 1. 2002 in § 311 Abs. 2 BGB kodifiziert) nicht in Betracht.

## 2. Die Haftung nach § 179 BGB

In Frage kommt dagegen die Inanspruchnahme des vollmachtlosen Vertreters gemäß § 179 BGB<sup>4</sup>.

§ 179 Abs. 1 BGB ordnet eine Garantiehafung an, die dem Vertreter ohne nachgewiesene Vertretungsmacht das verschul-

densunabhängige Risiko auferlegt, seine zumindest stillschweigend erfolgte Erklärung, er habe die für den abgeschlossenen Vertrag erforderliche Vertretungsmacht, sei richtig<sup>5</sup>. Dies hat zur Folge, dass der Vertragsgegner grundsätzlich auf die behauptete Vertretungsmacht vertrauen darf<sup>6</sup>.

Während die Haftung gemäß § 179 Abs. 1 BGB nach Wahl des Geschäftsgegners auf Erfüllung oder Schadensersatz gerichtet ist, haftet der „falsus procurator“, der den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, gemäß § 179 Abs. 2 BGB nur auf den sog. Vertrauensschaden, d. h. die Nachteile, die durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts entstanden sind, das sog. negative Interesse. Dieses umfasst die aufgewandten Kosten, die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts erbrachten Leistungen, aber auch die Nachteile durch das Nichtzustandekommen eines möglichen anderen Geschäfts<sup>7</sup>.

Bevor nun die Frage zu beantworten ist, ob eine vorliegend nur in Betracht zu ziehende Haftung nach § 179 Abs. 2 BGB auf das negative Interesse möglicherweise unbillig erscheint<sup>8</sup>, bedarf es zunächst der Untersuchung, ob § 179 BGB überhaupt Anwendung findet.

### 2.1 Unmittelbare Anwendbarkeit von § 179 BGB

Nach zutreffender ganz h. M. setzt die Haftung des Vertreters nach § 179 BGB voraus, dass der Vertrag gerade an der fehlenden Vertretungsmacht scheitert und nicht bereits aus anderen Gründen unwirksam ist<sup>9</sup>.

So findet § 179 BGB zunächst keine Anwendung, wenn der Vertrag gegen die §§ 134 und 138 BGB verstoßen würde oder wegen eines Formmangels nichtig wäre<sup>10</sup>.

Die Anwendbarkeit von § 179 BGB hängt jedoch auch noch von der Beantwortung der Frage ab, ob die unwirksame Vollmacht genehmigungsfähig war<sup>11</sup>. Muss diese Frage verneint werden, weil wie hier das RBerG als Verbotsgesetz die Nichtigkeit der mit dem unwirksamen Geschäftsbesorgungsvertrag verbundenen Vollmacht zwingend und losgelöst vom Willen der Beteiligten anordnet, ist die Vollmacht also nicht wegen Mängeln in der Bevollmächtigung selbst, sondern aus anderen Gründen unheilbar nichtig, scheidet die Anwendung von § 179 BGB ebenfalls aus. Dies folgt aus dem Schutzzweck von § 179 BGB, im Wesentlichen das Vertrauen von Dritten in eine behauptete Bevollmächtigung zu schützen.

4 Vgl. nur *Derleder*, Der Kapitalanlegerschutz durch verbraucherrechtliche Formanforderungen an die Vollmachten für Kapitalsammelstellen, VuR 8/2006, www.vur-online.de/beitrag/1.html.

5 BGH v. 9. 11. 2004, X ZR 101/03, NJW-RR 2005, 268 f.; v. 2. 2. 2000, VIII ZR 12/99, NJW 2000, 1407.

6 BGH v. 10. 5. 2001, III ZR 111/99, NJW 2001, 2626.

7 BGH v. 17. 4. 1984, VI ZR 191/82, NJW 1984, 1950; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 122 Rn. 4.

8 So mit sehr bedenkenswerten Argumenten *Dorka/Losert*, DStR 2005, 1145 und *Gräfe/Lenzen/Schmer*, Steuerberaterhaftung, 4. Aufl., S. 289.

9 RG v. 16. 12. 1922, V 21/22, RGZ 106, 68, 71; v. 25. 6. 1934, VI 120/34, 145, 40, 43; RG v. 7. 7. 1926, I 329/25, WarnR 1926 Nr. 152; *Palm*, in: *Erman*, BGB, 11. Aufl., § 179 Rn. 5; *Schramm*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 1, AT, 2001, 4. Aufl., § 179 Rn. 22; *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 7), § 179 Rn. 1a; *Schilken*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Aufl. 2004, m. w. N., § 179 Rn. 9.

10 RG v. 16. 12. 1922, V 21/22, RGZ 106, 68 ff.; RG v. 7. 7. 1926, I 329/25, WarnR 1926 Nr. 152; *Steffen*, in: *BGB-RGRK*, 12. Aufl., § 179 Rn. 4; *Palm*, (Fn. 9); *Schramm*, (Fn. 9), Rn. 27; *Schilken*, (Fn. 9).

11 RG v. 16. 12. 1922, V 21/22, RGZ 106, 68, 73.

\* Prof. Dr. Friedrich L. Ekey ist als Rechtsanwalt in der Kanzlei Prof. Dr. Ekey & Kollegen und als Honorarprofessor an der Rheinischen Fachhochschule in Köln tätig.

1 Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes (RDG-E), vorgestellt von *Hund*, DStR 2006, 2001.

2 IX ZR 279/99, DStR 2000, 2049.

3 Zum Charakter des RBerG als Verbotsgesetz nach § 134 BGB st. Rspr. BGH v. 18. 5. 1995, III ZR 109/94, NJW 1995, 3122; v. 25. 6. 1962, VII ZR 120/61, NJW 1962, 2010 und *Mayer-Maly/Armbrüster*, MüKo-BGB, 4. Aufl., § 134 Rn. 92.

## AUFSATZ

Der Mangel der Vollmacht des Treuhänders im zu beurteilenden Fall beruht auf einem Verstoß gegen § 134 BGB i. V. m. Art. 1 Abs. 1 RBerG und nicht etwa auf einem Mangel in der Bevollmächtigung selbst. Der in § 179 BGB zum Ausdruck kommende Gesichtspunkt, dass der Vertreter für seine von ihm behauptete Vertretungsmacht einzustehen hat, kommt deshalb nicht zum Tragen, weil nur durch die Wirkung eines gesetzlichen Verbotes die an sich wirksam erteilte Vollmacht ihrer Wirksamkeit beraubt wurde, was dann die Nichtigkeit auslöste. Danach scheidet eine Haftung des vollmachtlosen Treuhänders nach § 179 BGB aus.

## 2.2 Analoge Anwendung von § 179 BGB

In Rechtsprechung und Literatur wird eine entsprechende Anwendung von § 179 BGB befürwortet, wenn der ohne Vertretungsmacht geschlossene Vertrag aus anderen Gründen als der fehlenden Vertretungsmacht (auch) nichtig gewesen wäre<sup>12</sup>.

Dann müssen die Voraussetzungen für die analoge Anwendung von § 179 BGB vorliegen. Langjähriger Rechtsstradition folgend bedarf es dabei zunächst der Feststellung einer planwidrigen Lücke im BGB<sup>13</sup>. Dort, wo der Gesetzgeber einer Rechtsnorm einen nur begrenzten Anwendungsbereich zugebilligt hat, verbietet sich nämlich die Erweiterung des begrenzten Anwendungsbereichs im Wege analoger Anwendung. Somit kann als Kontrollfrage formuliert werden, ob der Gesetzgeber im Bewusstsein einer Lücke im Gesetz eine erweiterte Formulierung von § 179 BGB vorgenommen hätte.

Weiterhin bedarf es für die Annahme einer Analogie, dass der Regelungsgehalt von § 179 BGB auch für den hier zu beurteilenden Fall nach Sinn und Zweck des Gesetzes eine adäquate Lösung anbietet. Hieraus folgt das Erfordernis der Sachgerechtigkeit. Die analoge Anwendung darf also nur erfolgen, wenn das Regelungsziel von § 179 BGB auch die Berücksichtigung der dann durch eine analoge Anwendung einbezogenen Sachverhalte legitimiert<sup>14</sup>.

Eine analoge Anwendung von § 179 BGB erscheint nach den o. g. Voraussetzungen geboten, wenn z. B. die Genehmigung des abgeschlossenen Vertrages daran scheitert, dass der Vertretene nicht geschäftsfähig ist und der Vertreter dies verschwiegen hat<sup>15</sup>.

Gleiches wird für die Haftung des Vertreters einer bereits gelöschten GmbH gelten. Zwar sind Schadensersatzansprüche gegen den Vertreter einer nicht existierenden Partei im Prozess gesetzlich nicht geregelt. Insoweit kommt dann sogar eine doppelt analoge Anwendung des § 179 BGB als Haftungsgrundlage für den Vertreter in Betracht. Denn haftet bereits der vollmachtlose Vertreter nach dieser Norm, muss derjenige, der eine nicht existierende Person vertritt, erst recht haften<sup>16</sup>. Eine entsprechende Anwendung von § 179 BGB wurde mit Recht ebenfalls für das Auftreten für eine GmbH unter Fortlassung des GmbH-Zusatzes angenommen<sup>17</sup>.

Diese Fälle sind sämtlich davon geprägt, dass der vollmachtlose Vertreter vorwerfbar als Vertreter aufgetreten ist und des-

halb für den von ihm gesetzten Rechtsschein nach § 179 BGB analog mit Recht in Anspruch genommen wird.

Dagegen war es auch nach den Ausführungen in der Entscheidung des BGH vom 28. 9. 2000 selbst für einen durchschnittlich sorgfältigen Volljuristen nicht erkennbar, dass die Rechtsprechung einen Verstoß gegen das RBerG annehmen würde, da eine mit der vorliegenden Sachlage vergleichbare Fallgestaltung weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung behandelt worden war<sup>18</sup>.

Ähnlich wie bei der rückwirkenden Änderung eines Gesetzes durften die Vertragspartner nicht darauf vertrauen, dass es nicht zu dieser rechtlichen Entwicklung kommt<sup>19</sup>.

Weiterhin ist darauf abzustellen, ob die Behauptung der Vertretungsmacht für den Schaden des Vertragspartners ursächlich war<sup>20</sup>. Der Schaden des Vertragspartners des durch den „falsus procurator“ Vertretenen hat seine Ursache in dem Verstoß des Geschäftsbesorgungsvertrages und der damit verbundenen Vollmacht gegen das RBerG i. V. m. § 134 BGB und nicht etwa in einer angemessenen Vollmacht.

Ähnlich judizierte der BGH bereits im Jahre 1963 für den Fall, dass durch die Entscheidung des BVerfG über die Ungültigkeit eines die Vertretung regelnden Gesetzes die Haftung des rückwirkend vollmachtlosen Vertreters entfällt<sup>21</sup>. Der Gedanke des § 179 BGB bestehe nämlich in der Begründung der Haftung des vollmachtlosen Vertreters, der durch sein Auftreten als Vertreter rechtliche Beziehungen zu dem Vertretenen kündigt und dadurch in dem Dritten das Vertrauen erweckt, das Geschäft komme mit dem Vertretenen zu Stande. In seinem Handeln als Vertreter liegt zumindest stillschweigend die Behauptung, auf Grund seiner Beziehungen zu dem Vertretenen zu dessen Vertretung berechtigt zu sein. Im Interesse der Verkehrssicherheit muss das Vertrauen auf diese Behauptung der Richtigkeit, die der Dritte im Gegensatz zum Vertreter nur schwer nachprüfen kann, geschützt werden<sup>22</sup>. Der BGH argumentiert dann mit Recht, es widerspreche der Billigkeit, Umstände, die dem Vertreter nicht besser bekannt sind als dem Dritten, zu Lasten des Vertreters über § 179 BGB wertungsmäßig diesem zu überbürden.

Genauso verhält es sich in den hier zu beurteilenden Fällen: Der Treuhänder kannte das Nichtbestehen seiner Vollmacht nicht besser als der Vertragspartner selbst, dem sämtliche die Unwirksamkeit nach § 134 BGB begründenden Sachverhalte bekannt waren. Dies gilt umso mehr, als diese Unwirksamkeit nicht einmal einem durchschnittlich sorgfältigen Volljuristen hätten auffallen können.

## 3. Ergebnis

Der Vertreter, dessen Vertretungsmacht wegen Verstoßes gegen das RBerG gemäß § 134 BGB nichtig ist, haftet weder nach § 179 BGB unmittelbar noch nach § 179 BGB analog, wenn der Verstoß von einem durchschnittlich sorgfältigen Volljuristen nicht erkannt zu werden brauchte.

12 RG v. 16. 12. 1922, V 21/22, RGZ 106, 68 ff.; RG v. 25. 6. 1934, VI 120/34, 145, 40 ff.; *Palm*, (Fn. 9), Rn. 6; *Schilken*, (Fn. 9), Rn. 25, m. N.

13 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 354 ff.; ähnlich bereits *Dernburg*, Pandekten Bd. 1, 7. Aufl. 1902, S. 83.

14 *Larenz*, (Fn. 13), S. 359 ff.

15 RG v. 16. 12. 1922, V 21/22, RGZ 106, 68 ff.; *Schilken*, (Fn. 9), Rn. 21.

16 AG Hamburg v. 14. 2. 1996, 21a C 2244/95, NJW-RR 1996, 1060; RG v. 16. 12. 1922, V 21/22, RGZ 106, 74; *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 32 II.

17 BGH v. 24. 6. 1991, II ZR 293/90, NJW 1991, 2627 m. zust. Anm. *Canaris*.

18 So ausdrücklich BGH v. 28. 9. 2000, IX ZR 279/99, DStR 2000, 2049.

19 So formuliert auch *Schilken*, (Fn. 9), Rn. 24, eine analoge Anwendbarkeit des § 179 BGB setze jedenfalls voraus, dass der andere Teil auf die Gültigkeit des Vertrages vertrauen durfte, unter Hinweis auf RGZ 106, 68 ff., m. N.

20 *Schramm*, (Fn. 9), Rn. 22; *Palm*, (Fn. 9), Rn. 5; *Schilken*, (Fn. 9).

21 BGH v. 29. 1. 1963, VI ZR 119/62, NJW 1963, 759 ff.

22 BGH v. 29. 1. 1963, VI ZR 119/62, NJW 1963, 760 und Hinw. auf Protokolle zum BGB I, 162 ff.