

**FALL 1**  
**Vereinsmeiereien**

**LÖSUNG**

(Probleme des Vereinsrechts; Stellvertretung und Vertretungsmacht; Haftung des "falsus procurator")

**Zeittafel:**

- |   |                 |
|---|-----------------|
| 1. Eintragung TC e.V. ins Vereinsregister               |                 |
| 2. Satzungsänderung ohne Eintragung ins Vereinsregister |                 |
| 3. Vorstandssitzung ohne K                              | 1. Mai 2011     |
| 4. Niederlegung des Vorstandsamtes durch A zum          | 30. Mai 2011    |
| 5. Bestellung Bälle bei H durch A                       | 15. Juni 2011   |
| 6. Tennisturnier  | 15. Juli 2011   |
| 7. Eintragung Ausscheiden des A                         | 30. August 2011 |

**Frage 1: Zahlungsanspruch des C und des D in Höhe von je € 10.000,- gegen den Verein**

**A. Anspruch aus Vertrag entstanden?**

I. Zustandekommen eines Vertrages zwischen dem Verein, C und D

Das Zustandekommen eines Vertrages erfordert übereinstimmende Willenserklärungen über die wesentlichen Gegenstände, die Vertragsparteien und die Rechtsbindung, §§ 145 ff. BGB.

1.a) Wurde namens des Vereins gehandelt?

A hat Verpflichtungserklärungen gegenüber C und D abgegeben. Für wen er handelte, ist – sofern kein ausdrückliches Handeln in fremdem Namen vorliegt – durch Auslegung zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Nach den Umständen ist nicht davon auszugehen, dass A für sich persönlich, also unter seinem eigenen Namen handeln wollte. Vielmehr handelte er als Vorstandsmitglied für den Verein. Zwar stellt er dies nicht ausdrücklich klar im Sinne des § 164 I 2 1.HS BGB, jedoch ergibt es sich bereits aus den Umständen, vgl. § 164 I 2 2.HS BGB. Bestätigend können im vorliegenden Fall die Grundsätze des sog. „unternehmensbezogenen Geschäfts“ herangezogen werden; danach geht der Wille der Beteiligten im Zweifel dahin, dass das

Unternehmen (hier der Verein) Vertragspartner werden soll.<sup>1</sup> A engagierte B und C im Rahmen des Turnierprogramms und handelte damit ersichtlich für den Verein. C und D konnten also nicht davon ausgehen, A wolle den Schaukampf als Privatmann organisieren.

b) Fähigkeit des Vereins, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (Rechtsträgerprinzip, § 21 BGB)

aa) Der rechtsfähige Verein i. S. d. § 21 BGB ist eine Körperschaft, die nach dem Willen ihrer Mitglieder als rechtsfähiger bürgerlich-rechtlicher Verein organisiert sein soll<sup>2</sup>. Der Verein kann daher selbst Träger von Rechten und Pflichten sein; er ist juristische Person.

bb) Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangen die Rechtsfähigkeit durch Eintragung im Vereinsregister, § 21 BGB; Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, durch staatliche Verleihung, § 22 BGB. Fraglich ist, ob sich die Tätigkeit des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb richtet. Bei Sportvereinen, insbesondere bei Amateurvereinen wie dem TC e.V., handelt es sich regelmäßig um einen nicht wirtschaftlichen Verein (Idealverein)<sup>3</sup>. Dies kann jedoch vorliegend dahinstehen, da jedenfalls eine Eintragung erfolgt ist. Die Voraussetzungen des § 21 BGB sind nur solange maßgeblich, bis die Eintragung erfolgt. Der TC e.V. ist somit – aufgrund Eintragung – rechtsfähig.

c) Vertragspartner des Vereins

Fraglich könnte sein, wer Vertragspartner des Vereins geworden ist.

Als Vertragspartner kommen entweder C und D – jeder für sich – oder C und D als BGB-Gesellschaft mit dem gemeinsamen Zweck der Durchführung von Schaukämpfen in Betracht. Da im Sachverhalt nicht ersichtlich ist, dass C und D häufig in Schaukämpfen gegeneinander spielen bzw. mit der Durchführung von Schaukämpfen einen gemeinsamen Zweck verfolgen (Erlangung des Entgelts genügt nicht als gemeinsamer Zweck), ist davon auszugehen, dass zwischen Verein und C bzw. zwischen Verein und D jeweils ein eigener Vertrag zustande kommen sollte.

2. Vertragstyp

In Betracht kommt vorliegend entweder ein Dienstvertrag i. S. d. §§ 611 ff. BGB oder ein Werkvertrag i. S. d. §§ 631 ff. BGB. Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen Dienst- und Werkvertrag ist, dass beim Dienstvertrag die bloße Dienstleistung als solche, beim Werkvertrag dagegen die Herbeiführung des vereinbarten Erfolges geschuldet wird. Fraglich ist daher, ob hier lediglich das Tennisspielen an sich (dann Dienstvertrag) oder ein spezieller Erfolg, z.B. professionelle Unterhaltung der Zuschauer, geschuldet war. Dies kann im Rahmen des Primäranspruchs an dieser Stelle dahinstehen, da Primäranspruch bei beiden Vertragstypen ein Zahlungsanspruch ist.

3. Zwischenergebnis

Es ist jeweils ein Vertrag zwischen Verein und D und zwischen Verein und C zustande gekommen.

<sup>1</sup> ...

<sup>2</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2002, 2.A. Rn. 1.

<sup>3</sup> Allerdings dürfte der Status als Idealverein für Fußballvereine mit Lizenzfußballabteilung vielfach nur noch traditionelle Gründe haben; vgl. Grunewald, a.a.O., Rn. 28 m.w.N.

## II. Wirksamkeit des Vertrages

### 1. Wirksame Vertretung des Vereins durch A. §§ 164 ff. BGB<sup>4</sup>

#### a) Handeln mit Vertretungsmacht

##### aa) Vertretungsmacht kraft Gesetzes, § 26 I 2 BGB

A muss für den Verein mit Vertretungsmacht gehandelt haben, anderenfalls ist der Vertrag nicht wirksam geworden, § 177 BGB. Bei einem aus mehreren Personen bestehenden Vorstand bestimmt grundsätzlich die Satzung, ob den Vorstandsmitgliedern Einzel- oder Gesamtvertretungsmacht zusteht. Im vorliegenden Fall wiederholt die Satzung nur den Gesetzeswortlaut, nämlich: „Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich“. Enthält die Satzung keine besondere Bestimmung, gilt der Grundsatz der Gesamtvertretung in Form des Mehrheitsprinzip (§ 26 II 1 BGB). Danach muss die Vertretung durch die Mehrheit oder durch ein Mitglied erfolgen, das mindestens mit der Billigung (Ermächtigung) eines weiteren Vorstandsmitglieds handelt (s. u.). A war daher nicht einzelvertretungsberechtigt.

##### bb) Besonderer Vertreter gem. § 30 BGB?<sup>5</sup>

Dem Sachverhalt lässt sich keine Satzungsbestimmung entnehmen, aus der sich eine Stellung des A als besonderer Vertreter i.S.d. § 30 BGB ergeben würde. Ferner handelt es sich hier nicht um einen besonders abgegrenzten örtlichen oder sachlichen Aufgabenkreis, der einen besonderen Vertreter im Sinne des § 30 BGB erforderlich machen würde. Es kommt im vorliegenden Fall also lediglich ein „normaler“ Ermächtigungsbeschluss in Betracht.

##### cc) Vertretungsmacht kraft Ermächtigung

Nach allgemeiner Ansicht können gesetzliche Vertreter ihrerseits Bevollmächtigte bestellen; bei Gesamtvertretung spricht man stattdessen von „Ermächtigung“. Durch eine solche Ermächtigung entsteht eine sogenannte mehrstufige Vertretung. Trotz dieser Mehrstufigkeit der Bestellung vertritt nach richtiger Ansicht auch der Ermächtigte den Vertretenen unmittelbar, nicht den Hauptvertreter<sup>6</sup>. Eine Ermächtigung hat hier B gegeben, indem er zusammen mit A einen entsprechenden Beschluss gefasst hat. Denn in der gemeinsamen Beschlussfassung und dem Auftrag an A, das Nötige zu veranlassen, wird dieser sogar ausdrücklich ermächtigt (Innenvollmacht i.S.v. § 167 I Var. 1 BGB) für B mitzuhandeln.

##### dd) Wirksamer Vorstandsbeschluss?

Fraglich ist, ob zur wirksamen Ermächtigung des A nicht auch ein wirksamer Vorstandsbeschluss vorliegen müsste. § 28 BGB schreibt für die Beschlussfassung des Vorstands, der aus mehreren Personen besteht, die Beachtung der §§ 32 und 34 BGB vor. Dies setzt eine ordnungsgemäße Ladung (vgl. § 32 Abs. 1 S. 2 BGB), die Entscheidung über einen Beschlussvorschlag in einer Versammlung und einen Mehrheitsbeschluss (vgl. § 32 Abs. 1 S. 3 BGB) voraus. Diese Voraussetzungen sind hier jedoch sämtlich erfüllt. K ist

<sup>4</sup> Im Vertretungsrecht ist zwischen Zustandekommen und Wirksamwerden des Vertretergeschäfts zu unterscheiden. Der vorgeschlagene Aufbau basiert auf dieser grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Zustandekommen und Wirksamwerden von Rechtsgeschäften, der mittlerweile wohl als allgemein anerkannt gelten kann, vgl. Leenen, AcP 1988, 381 ff.; Soergel/Leptin, 13. Aufl., 1999, § 164 Rn. 1 u. Vor § 164 Rn. 14, 15, der die Vertretungsmacht ausdrücklich als Wirksamkeitsvoraussetzung ansieht. Sie gehört nicht zu den Begriffselementen des Vertretergeschäfts, wie sich schon aus §§ 177, 179 BGB ergibt, vgl. Soergel/Leptin, a.a.O.; ebenso für eine Unterscheidung zwischen Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertretergeschäfts: MüKo/Schramm, 5. Aufl., 2006, § 164 Rn. 2; im Ergebnis auch Palandt/Ellenberger, 72. Aufl., 2013, Einf. v. § 164 Rn. 5, § 164 Rn. 13.

<sup>5</sup> § 30 BGB hat nach seiner Entstehungsgeschichte den Zweck, größeren Vereinen eine differenzierte Vertretungsorganisation zu ermöglichen. Sie sollen neben dem Organ Vorstand und dem rechtsgeschäftlichen Vertreter als Zwischenform ein Vereinsorgan („besondere Vertreter“) mit beschränkter Zuständigkeit bestellen können. Für die Bestellung ist die Mitgliederversammlung zuständig, die Satzung kann aber eine Bestellung durch den Vorstand vorsehen. Der besondere Vertreter muss Vertretungsmacht besitzen. Dies ist jedoch untechnisch zu verstehen: Eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ist nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, dass ihm ein bestimmter örtlicher oder sachlicher Aufgabenkreis übertragen ist und er nach außen selbständig handeln kann. Die Rechtsstellung des besonderen Vertreters muss allerdings eine satzungsmäßige Grundlage haben. Dafür genügt es, dass die Satzung Geschäftsbereiche vorsieht, für die ein besonderer Vertreter erforderlich ist.

<sup>6</sup> Vgl. Medicus, AT, 8. Aufl., 2002, Rn. 950.

einer ordnungsgemäß geladenen Vorstandssitzung ferngeblieben. Der Beschluss wurde zu einem ausreichend genau angekündigten Tagesordnungspunkt gefasst. Der Wirksamkeit des Beschlusses steht auch nicht entgegen, dass A an dem Beschluss, dem seine Ermächtigung zum Alleinhandeln zu entnehmen ist, mitgewirkt hat. Zwar ist gemäß § 34 BGB einem Mitglied die Teilnahme an einer Beschlussfassung verwehrt, wenn diese die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm selbst betrifft, doch ist die Ermächtigung als rechtlich neutrales Rechtsgeschäft zu werten (arg: § 165 BGB).

Im Übrigen ist die Beschlussfassung gemäß § 28 BGB keine Wirksamkeitsvoraussetzung für das Handeln des Vorstands im Außenverhältnis (vgl. Erman/Westermann, § 28 Rn. 1). Für die Wirksamkeit des Vertreterhandelns des A genügt hier das Mithandeln des B in Form einer konkludenten oder ausdrücklichen Ermächtigung.

ee) Im Rahmen seiner Vertretungsmacht?

(1) Keine Einschränkung gem. § 26 I 3 BGB?

Die Satzung bestimmt in dem neu aufgenommenen Passus, dass Dienstleistungsverträge jeglicher Art der vorherigen Zustimmung durch die Hauptversammlung bedürfen, soweit das vertraglich zu zahlende übliche Entgelt € 5.000,- überschreitet. Somit hätte der Vorstand ohne Mitgliederversammlung den vorliegenden Vertrag nicht selbst abschließen und daher auch nicht A zum Vertragsschluss ermächtigen dürfen. § 26 I 3 BGB bestimmt jedoch, dass die Vertretungsmacht des Vorstands nur durch eine Satzungsbestimmung eingeschränkt werden kann. Die Ursprungssatzung sah keine Einschränkung der Vertretungsmacht vor. Eine Satzungsänderung wird bei einem rechtsfähigen Verein gem. §§ 33, 71 BGB nur dann wirksam, wenn sie in das Vereinsregister eingetragen wurde. Das gilt sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis<sup>7</sup>. Hier fehlt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit C und D jedoch noch die Eintragung der Satzungsänderung im Vereinsregister, so dass die Beschränkung der Vertretungsmacht nicht wirksam geworden ist. Damit konnte A durch den Vorstandsbeschluss bevollmächtigt werden, die Verträge mit C und D über je € 10.000,- abzuschließen.

(2) Innerhalb des – erkennbaren – Vereinszwecks

Die Vertretungsmacht erstreckt sich ferner nicht auf Geschäfte, die – auch für Dritte erkennbar – außerhalb des Vereinszwecks liegen<sup>8</sup>. Strittig ist dabei allerdings, wann dies der Fall ist. Einerseits wird auf Treu und Glauben abgestellt<sup>9</sup>, wobei das fragliche Geschäft in seiner typischen Eigenart den Zwecken eines derartigen Vereins widersprechen muss; andererseits sollen allein die Grenzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht anwendbar sein<sup>10</sup>. Bei der Organisation eines Schaukampfs handelt es sich um ein Geschäft innerhalb des Vereinszwecks. Problematisch könnte nur sein, dass es sich hier um die Anwerbung von Profis durch einen Amateurverein handelt. Da es hier allerdings um einen bloßen Schaukampf geht, ist dieses Geschäft wohl als vom Nebenzweckprivileg gedeckt anzusehen.

b) Unwirksamkeit des Handelns des A wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht

aa) Grundsatz

Handelt der Vertreter, wie hier, in den Grenzen seiner Vertretungsmacht, überschreitet er diese also nicht, ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam. Hier war der satzungsändernde, die Vertretungsmacht des Vorstandes einschränkende Beschluss der Mitgliederversammlung noch nicht eingetragen und daher materiell – nach innen und nach außen – ohne Wirkung<sup>11</sup>. Dem Dritten kommt insofern ausdrücklich die sogenannte "negative Registerpublizität" zugute, vgl. §§ 70, 68 BGB. Doch hat der satzungsändernde Beschluss im Verhältnis zum Vorstand, dann, wenn er dessen Geschäftsführungs- und Vertretungstätigkeit betrifft, schon vor Eintragung die Qualität einer Weisung gem. §§ 27 III, 665 BGB, der der Vorstand nicht

<sup>7</sup> Wegen der Unwirksamkeit der Satzungsänderung sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis bedarf es keiner Anwendung der §§ 68, 70 BGB. Bei einer Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands finden diese Vorschriften nur dann Anwendung, wenn diese Beschränkung bereits in der Gründungssatzung enthalten, aber nicht im Vereinsregister eingetragen ist oder die Satzung die Mitgliederversammlung ermächtigt, die Vertretungsmacht des Vorstands durch einen Beschluss zu beschränken, und diese Beschränkung nicht ins Vereinsregister eingetragen wird. Nach richtiger Ansicht sollte auf den Gegenstand abgestellt werden.

<sup>8</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 26 Rn. 6 m.w.N.; RGZ 145, 314; BGH JZ 1953, 474.

<sup>9</sup> Vgl. Staudinger/Weick, § 26 Rn. 9.

<sup>10</sup> Vgl. Soergel/Hadding, § 26 Rn. 20; ebenso Flume, AT, 1983, § 10 II 2 d).

<sup>11</sup> BGHZ 23, 122, 128.

zuwiderhandeln darf. Handelt er einer Weisung zum eingeschränkten Gebrauch seiner Vertretungsmacht zuwider, missbraucht er diese.

bb) Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bei kollusivem Missbrauch der Vertretungsmacht gem. § 138 I BGB

Überschreitet ein Vertreter mit Wissen und Wollen des Vertragspartners seine Befugnisse aus dem Innenverhältnis, scheidet das Rechtsgeschäft nach herrschender Meinung an § 138 I BGB<sup>12</sup>. Nach der Mindermeinung soll das Geschäft entsprechend § 177 BGB als schwebend unwirksam zu behandeln sein mit der Möglichkeit für den Vertretenen, das Geschäft zu genehmigen<sup>13</sup>. Ein Handeln mit Nachteilsabsicht oder mit Nachteilsbewusstsein wird zwar in Literatur und Rechtsprechung gefordert, in der Praxis aber bei weisungswidrigem Verhalten nicht ausdrücklich geprüft<sup>14</sup>.

cc) Evidenter Vollmachtmissbrauch

In Fällen evidenten Vollmachtmissbrauchs erkennt der Vertragspartner oder es ist für ihn evident, dass der Vertreter seine Vertretungsmacht missbräuchlich nutzt, indem er gegen anderslautende Bindungen oder Weisungen im Innenverhältnis verstößt oder zum Nachteil des Vertretenen handelt<sup>15</sup>. Ein bewusstes Handeln des Vertreters zum Nachteil des Vertretenen ist allerdings nicht Voraussetzung<sup>16</sup>. Evidenz des Vollmachtmissbrauchs wird nach Rechtsprechung und Lehre nach objektiven Kriterien beurteilt:

Es müssen ausreichende Verdachtsmomente für ein pflichtwidriges Vertreterverhalten vorliegen, die den Verdacht eines Missbrauchs der Vertretungsmacht geradezu aufdrängen<sup>17</sup>. Die adäquate Rechtsfolge haben Rechtsprechung und Lehre lange Zeit in dem auf § 242 BGB gestützten Einwand unzulässiger Rechtsausübung gesehen<sup>18</sup>. Heute wird zunehmend schwebende Unwirksamkeit des Vertretergeschäfts analog § 177 BGB mit Genehmigungsmöglichkeit für den Vertretenen befürwortet<sup>19</sup>.

Im Ergebnis ähneln sich die beiden Wege. Der Vertretene muss den Einwand unzulässiger Rechtsausübung nicht erheben; das Rechtsgeschäft bleibt dann bestehen.

dd) Zwischenergebnis

A und B haben hier zwar weisungswidrig verhandelt und sich insofern rechtlich zum Nachteil des Vereins verhalten. C und D mussten dies aber nicht erkennen, da weder die Art des Engagements noch dessen finanzieller Umfang ungewöhnlich war.

2. Ergebnis

A hat den Verein wirksam vertreten. Es liegt daher ein wirksamer Vertrag vor; für C und D ist somit jeweils ein Anspruch auf Zahlung von € 10.000,- entstanden.

## **B. Anspruch untergegangen?**

I. Unmöglichkeit?

1. Teilunmöglichkeit/Gesamtunmöglichkeit der Leistung, §§ 326 I 1, 275 I BGB?

C und D müssten ihre Leistungen unmöglich geworden sein. Geschuldete Leistung war hier jeweils das Tennisspielen während des Turniers. Diese Pflicht könnte den beiden aufgrund des Dauerregens unmöglich geworden sein, weil es nicht nachholbar war. Möglicherweise handelt es sich aber nur um einen Fall der teilweise vorliegenden Unmöglichkeit. Teilunmöglichkeit setzt voraus, dass die Leistung teilbar ist. Dann treten die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit grundsätzlich nur hinsichtlich des unmöglich gewordenen Teils der Leistung ein. Hinsichtlich des noch möglichen Teils der Leistung bleibt der Schuldner weiter leistungs-

<sup>12</sup> MüKo/Reuter § 26 Rn. 25; BGH NJW 2000, 2896, 2897.

<sup>13</sup> Wolf/Neuner, BGB-AT, 10. Auflage, 2012, § 49 Rn. 107; Bork, AT, 3. Aufl., 2011, Rn. 1575.

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2008, 977, 978 m.w.N.

<sup>15</sup> BGH NJW-RR 2008, 977, 979.

<sup>16</sup> BGH NJW 2006, 2776; 2008, 69, 75 Rn. 69.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NZG 2010, 1397 ff.

<sup>18</sup> BGH NJW-RR 2008, 977, 979; MüKo/Schramm, § 164 Rn. 111.

<sup>19</sup> Wolf/Neuner, BGB-AT, § 49, Rn. 104; Bork, AT, Rn. 1578.

pflichtig (vgl. § 275 I BGB: „soweit“). Der Zahlungsanspruch könnte gemäß § 326 I 1 2.HS i.V.m. § 441 III BGB entsprechend gemindert sein. Fraglich ist, ob es sich hier um eine teilbare Leistung handelte. Dies muss durch Auslegung ermittelt werden, §§ 133, 157 BGB. Zu klären ist, ob C und D lediglich Tennisspielen oder die Durchführung des gesamten Schauturniers schuldeten. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass bei einem Vertrag über die Durchführung eines Schaukampfes ein vollständiges Tennisspiel gemeint ist und nicht lediglich einzelne Ballwechsel. Dies muss auch dann gelten, wenn es sich nicht um einen Werkvertrag handelt. Es ist daher davon auszugehen, dass C und D eine unteilbare Leistung schuldeten, mit der Konsequenz, dass Gesamtunmöglichkeit der Leistung vorliegt und der Gegenanspruch insgesamt erloschen ist.

## 2. Eingreifen einer Ausnahmegvorschrift

### a) § 616 BGB als Ausnahmegvorschrift zu § 326 BGB?

#### aa) Vertragstyp

Gerade bei einem Schaukampf kann man nicht davon ausgehen, dass ein Erfolg geschuldet wird. Es werden vielmehr nur "profimäßige" Dienste geschuldet. Es liegt also kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag<sup>20</sup> (§§ 611 ff. BGB) vor.

#### bb) Kein Verhinderungsgrund in der Person des Dienstverpflichteten, § 616 BGB

§ 616 BGB enthält eine Ausnahme zu dem Grundsatz "ohne Arbeit kein Lohn". Fraglich ist, ob diese Vorschrift hier anwendbar ist und welche Auswirkungen dies auf die Anwendbarkeit des § 326 BGB hätte. § 616 BGB gilt für alle Dienstverhältnisse, nicht nur für dauernde. Er bildet eine Ausnahme zu § 326 BGB. Soweit § 616 gilt, ist daher § 326 BGB nicht anwendbar<sup>21</sup>. Voraussetzung des § 616 BGB ist allerdings, dass ein Verhinderungsgrund in der Person des Dienstverpflichteten vorliegt und sich direkt auf diesen bezieht. Der Grund darf sich also nicht auf einen größeren Personenkreis erstrecken oder rein objektiv gegeben sein<sup>22</sup>. Der Grund für die Unmöglichkeit liegt hier gerade nicht in der Person des C bzw. des D. Vielmehr machte der anhaltende Regen die Durchführung des Schaukampfes unmöglich. § 616 kommt daher nicht in Betracht. Er steht somit der Anwendung des § 326 BGB nicht entgegen.

### b) §§ 326, 615 S. 3 BGB

Gem. § 326 II würden C und D den Anspruch auf die Gegenleistung behalten, wenn der Verein für den Umstand, aufgrund dessen sie nach § 275 I BGB nicht zu leisten brauchen, allein oder überwiegend verantwortlich wäre. § 326 II BGB greift auch ein, wenn der Verein nach der vertraglichen Risikoverteilung die Gefahr für ein bestimmtes Leistungshindernis übernommen hat<sup>23</sup>. Schlechtes Wetter bei Freiluftveranstaltungen gehört regelmäßig in den Risikobereich des Veranstalters<sup>24</sup>. Da der Verein damit die Unmöglichkeit i.S.d. § 326 II BGB zu verantworten hat, entfällt die Gegenleistung ausnahmsweise nicht nach § 326 I BGB.

## II. Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Etwas anderes könnte sich aus den Grundsätzen der Störung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ergeben. Die Grundsätze der Geschäftsgrundlage sind jedoch gegenüber §§ 275, 326 BGB subsidiär<sup>25</sup>. Da hier die Regelungen über die Unmöglichkeit eingreifen, kann eine Minderung oder Versagung des Vergütungsanspruchs nicht auf § 313 BGB gestützt werden.

## C. Ergebnis

Die Vergütungsansprüche des C und des D bestehen in voller Höhe.

<sup>20</sup> Unterscheide davon allerdings die Qualifikation des Veranstaltungsvertrages, also die Vertragsbeziehung zwischen Veranstalter und Besucher. Dieser Vertrag ist nach ganz h.M. ein Werkvertrag, eingehend dazu: Ultsch, ZGS 2005, 261, 263.

<sup>21</sup> Vgl. Palandt/Weidenkaff, § 616 Rn. 3; Palandt/Grüneberg, § 326 Rn. 4.

<sup>22</sup> Vgl. Palandt/Weidenkaff, § 616 Rn. 8.

<sup>23</sup> Palandt/Grüneberg, § 326 Rn. 9; § 615 ist Ausnahme zu § 326 I; BGH NJW 1980, 700; NJW 1998, 2284, 2286.

<sup>24</sup> Vgl. RAG ARS 5, 366; 7, 415; 8, 407: "anhaltende Regengüsse".

<sup>25</sup> Palandt/Grüneberg, § 313 Rn. 13.

## **Frage 2: Zahlungsanspruch des H gegen TC e.V. für 10.000 Tennisbälle**

### **A. Vertragliche Erfüllungsansprüche gegen den Verein**

Es könnte sich ein Zahlungsanspruch aus Kaufvertrag ergeben, § 433 II BGB. Voraussetzung ist, dass ein Kaufvertrag zwischen dem Verein und H wirksam zustande gekommen ist.

#### I. Zustandekommen eines Kaufvertrages

##### 1. Vertragsparteien/Vertretergeschäft

Fraglich ist zunächst, wer Vertragspartei geworden ist.

Auf der einen Seite ist H Vertragspartei geworden; auf der anderen Seite hat – auch hier – A gehandelt. Dieser könnte wiederum entweder sich selbst oder den Verein verpflichtet haben. Auch hier könnten § 164 I 2 BGB bzw. die Grundsätze des unternehmensbezogenen Geschäfts eingreifen. Dass A nicht mehr Mitglied des Vorstands war, ist eine Frage der Wirksamkeit der Vertretung und damit der Wirksamkeit des Vertrages, nicht dessen Zustandekommens. H wusste nicht, dass A sein Vorstandsamt mit Wirkung zum 30.05.2011 niedergelegt hatte, insofern war aus seiner Sicht der Verein Vertragspartner.

##### 2. Übereinstimmende Willenserklärungen über die wesentlichen Vertragspunkte

Es sollten 10.000 Tennisbälle an den Verein geliefert werden. Damit lagen zwei übereinstimmende Willenserklärungen vor.

##### 3. Zwischenergebnis

Es ist ein Kaufvertrag zwischen H und dem Verein zustande gekommen.

#### II. Wirksamkeit des Kaufvertrages

##### 1. Wirksame Vertretung durch A, §§ 164 ff. BGB

###### a) Vertretungsmacht

Fraglich ist, ob A (noch) Vertretungsmacht besaß.

###### aa) Gesetzliche Vertretungsmacht

In Betracht käme eine gesetzliche Vertretungsmacht gemäß § 26 I 2 BGB. A hatte sein Vorstandsamt aber mit Wirkung zum 30. Mai 2011 – also vor Vertragsschluss am 15. Juni 2011 – niedergelegt. Damit war er nicht mehr Vorstand und nicht mehr Mitglied des gesetzlichen Vertretungsorgans.

###### bb) Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht?

A war auch nicht bevollmächtigt.

###### cc) Vertretungsmacht wegen fortwirkenden Rechtsscheins, §§ 70, 68 BGB

§ 70 i.V.m. § 68 BGB schützt nicht den guten Glauben daran, dass das, was eingetragen ist, rechtlich gilt (positive Publizität), sondern nur den guten Glauben daran, dass das, was nicht (besser: noch nicht) eingetragen ist, rechtlich nicht gilt (negative Publizität)<sup>26</sup>. Aufgrund der negativen Publizität kann sich ein Dritter daher nicht auf die Richtigkeit der Eintragung verlassen. Ist somit ein Vorstandsmitglied zu Unrecht im Vereinsregister eingetragen, begründet diese Eintragung keinen so weit gehenden Vertrauensschutz darauf, dass es sich dabei tatsächlich um ein Mitglied des Vorstands handelt bzw. dass Vertretungsmacht besteht<sup>27</sup>. Vielmehr wirkt die negative Publizität der §§ 68, 70 BGB nach einem ähnlichen Mechanismus wie die §§ 170

<sup>26</sup> Vgl. MüKo/Reuter, § 68 Rn. 1.

<sup>27</sup> Anders i.R.d. § 15 III HGB, der im Ergebnis positivem Gutgläubensschutz nahe kommt, da auch die Berücksichtigung unrichtiger Eintragungen und Bekanntmachungen in Betracht kommt, vgl. Soergel/Hadding, § 68.

ff. BGB, soweit das Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen gesetzlichen oder tatsächlichen Rechtslage betroffen ist<sup>28</sup>. In beiden Fällen schadet dem Dritten – ähnlich § 173 BGB – nur Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der wahren Rechtslage.

### Zwischenergebnis

Daraus folgt hier, dass H mangels Eintragung nach wie vor auf die Vorstandseigenschaft des A vertrauen durfte (Fortwirkung des Rechtsscheins der tatsächlich zuvor bestehenden Rechtslage); dagegen durfte H nicht darauf vertrauen, dass A allein vertreten durfte, da das Gesetz keine Einzelvertretungsmacht vorsieht, sondern diese durch die Satzung bestimmt werden muss.

#### dd) Duldungsvollmacht/Duldungsermächtigung

Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene weiß, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, er dagegen nicht einschreitet und der Geschäftsgegner dieses Gewährenlassen nach Treu und Glauben dahin versteht und verstehen durfte, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist<sup>29</sup>. Bei der juristischen Person müsste das zuständige Organ, hier also der Vorstand, Kenntnis vom Handeln des „Vertreters“ haben. Dies setzt zwingend die Kenntnis von Vorstandsmitgliedern in der zur Vertretung erforderlichen Anzahl voraus. Hier waren B und K als verbliebene Vorstandsmitglieder nur gesamtvertretungsberechtigt, so dass beide vom Handeln des A hätten Kenntnis gehabt haben müssen. Diese hatten jedoch keine Kenntnis davon, dass A weiterhin als Vertreter des Vereins auftrat. Was sie nicht wussten, konnten sie auch nicht dulden.

Auf die Kenntnis des A selbst kommt es selbst dann nicht an, wenn man die Auffassung vertritt, dass er qua Rechtsschein noch gegenüber dem Rechtsverkehr als Organmitglied des Vereins zu behandeln ist. Würde man die Kenntnis des A, d.h. sein Bewusstsein davon, dass er den Verein ohne Vertretungsmacht vertritt, dem Verein als solchem zurechnen, mit der Wirkung, dass das Nichteinschreiten seitens B und K dem Verein als Duldungsvollmacht – fiktiv – zuzurechnen wäre, würde dies die zwingende Vertretungsordnung des Vereinsrechts auf den Kopf stellen, weil sich der Verein durch das die Anordnung von Gesamtvertretungsberechtigung nie gegen die unrechtmäßige Vertretung durch Einzelne schützen könnte.

Zum gleichen Ergebnis käme man hier, wenn man statt von einer Duldungsvollmacht von einer Duldungsermächtigung der Vorstandsmitglieder untereinander ausgehen würde. Die Ermächtigung durch Duldung folgt den Regeln der Duldungsvollmacht. Sie setzt voraus, dass gesamtvertretungsberechtigte Mitglieder des Vorstands (allg. des Gesamtvertretungsorgans) wissen, dass ein Vorstandsmitglied in einem konkreten Fall allein handelt sowie diese dagegen nicht einschreiten und der Geschäftsgegner das Nichteinschreiten nach Treu und Glauben dahingehend verstanden hat und auch verstehen durfte, dass der allein Handelnde ermächtigt sei. Auch an einer solchen Duldungsermächtigung fehlt es hier, weil weder B noch K von dem Alleingang des A wussten.

<sup>28</sup> Vgl. Canaris, Handelsrecht, § 5 Rn. 5.

<sup>29</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 8; BGH NJW 2002, 2325; NJW-RR 2004, 1275. Strittig ist allerdings die dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht. Die h.M. nimmt bei der Duldungsvollmacht – ebenso wie bei der Anscheinsvollmacht (s. u.) – eine Rechtsscheinhaftung an. Danach unterscheidet sich die Duldungsvollmacht von der stillschweigend erteilten Vollmacht dadurch, dass der Vertretene bei der Duldungsvollmacht gerade keinen Willen zur Bevollmächtigung hat (Medicus, AT, Rn. 930: Duldung bringt nicht zum Ausdruck, dass Vollmacht erteilt werde (konstitutiv), sondern dass solche erteilt worden sei (lediglich deklaratorisch); ebenso Wolf/Neuner, BGB-AT, 10. Auflage, 2012, § 50 Rn. 86: Duldungsvollmacht als bewusst hingenommene Anscheinsvollmacht). Flume, § 49, 3, 4, dagegen stellt richtigerweise die Duldungsvollmacht im engeren Sinne (vgl. Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 29a) der – konkludent erteilten – Außenvollmacht gleich. Hierfür spricht, dass der durch die Duldungsvollmacht gewährte Schutz konsequenterweise nicht weiterreichen darf als derjenige, den die gem. §§ 171, 172 BGB der Außenvollmachterteilung gleichgesetzte Vollmachtsgundgabe bietet. Wer bloß geduldet hat, darf nicht stärker an den Rechtsschein der Vollmacht gebunden sein als an eine ausdrücklich erteilte Außenvollmacht, die etwa wegen eines Willensmangels anfechtbar oder nichtig sein könnte. Ebenso sieht Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 8, entgegen der h.M. eine Duldungsvollmacht stets als rechtsgeschäftlichen Tatbestand und damit als anfechtbare Willenserklärung an. Sämtliche Stimmen scheinen hierbei aber zu übersehen, dass einer analogen Anwendung der §§ 171 ff. BGB auf die Duldungsvollmacht im Grunde die Basis einer Analogie fehlt: Schließlich setzt jemand, der lediglich duldet, dass ein anderer als falsus procurator für ihn handelt, keinen eigenen Rechtsscheintatbestand durch Erklärung, die einer Kundgabe i.S.d. § 171 BGB oder dem Erstellen bzw. Aushändigen einer Urkunde i.S.d. § 172 BGB vergleichbar ist.



ee) Anscheinsvollmacht/Anscheinsermächtigung

Eine Anscheinsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der andere Teil annehmen durfte, der Vertretene dulde und billige das Handeln des Vertreters<sup>30</sup>. Im vorliegenden Fall könnte eine Zurechnung über die Grundsätze der Anscheinsvollmacht bereits daran scheitern, dass H nicht annehmen durfte, der Vertretene dulde und billige das Handeln des A. Es könnte also am schutzwürdigen Vertrauen des H fehlen. Fraglich ist daher, ob H hier erkennen konnte, dass A nicht zur Bestellung von 10.000 Tennisbällen berechtigt war. Dies wird man bejahen können: Bei der von A bestellten Menge handelt es sich nicht um eine geringfügige Abweichung von der sonst bestellten Anzahl. Bei einer geringen Abweichung hätte H davon ausgehen können, der Verein brauche zu diesem Turnier einfach etwas mehr Bälle. Bereits bei einer Bestellung von doppelt so vielen Bällen wie normal hätte H misstrauisch werden müssen. Bei einer so großen Abweichung von der üblichen Bestellung musste sich ihm die Tatsache aufdrängen, dass hier etwas nicht stimmen kann. Es liegt somit Evidenz vor. Bei der Anscheinsvollmacht beseitigt Evidenz i. S. v. Erkennenkönnen bzw. -müssen bereits das subjektive Vertrauen auf den Vollmachtsanschein<sup>31</sup>. Nach heute herrschender Literaturmeinung werden Fälle der Anscheinsvollmacht nicht nach dem Recht der Vollmacht behandelt, sondern nach den Regeln der culpa in contrahendo, §§ 280, 311 II, 241 II BGB<sup>32</sup>. Anders aber die Rechtsprechung, nach ihr tritt bei fahrlässiger Nichtverhinderung des Vollmachtsanscheins eine Bindung des Vertretenen ein<sup>33</sup>.

b) Zwischenergebnis

A hat ohne Vertretungsmacht gehandelt.

2. Teilwirksamkeit wegen Genehmigung, §§ 179 I, 182 BGB

Möglicherweise hat der Verein – vertreten durch seinen Vorstand – einen Teil des Geschäfts mit H zumindest konkludent genehmigt, §§ 179 I, 182, 139 BGB.

Dies ist wohl für eine Anzahl von 500 Tennisbällen zu bejahen.

Zwischen dem Verein und H ist ein wirksamer Vertrag über 500 Bälle zustande gekommen. Insofern besteht ein Zahlungsanspruch des H.

## **B. Anspruch aus §§ 179 I oder II, 31 BGB**

§ 179 I BGB gewährt dem Dritten einen quasivertraglichen Anspruch gegen A auf Erfüllung des Vertretergeschäfts oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (positives Interesse). § 179 II gibt dem Dritten einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses (Vertrauensschaden – vgl. § 122 BGB), wenn der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt hat, wofür der Vertreter darlegungs- und beweispflichtig ist.

§ 179 BGB ist auch auf gesetzliche Vertreter und Organe anwendbar<sup>34</sup>. Dies hätte damit grundsätzlich auch eine Haftung des Vereins gem. § 31 BGB für das ohne Vertretungsmacht seines Organs geschlossene Rechtsgeschäft zur Folge. Konsequenz wäre die Uneinschränkbarkeit organschaftlicher Vertretungsmacht. Daher schließen ganz herrschende Meinung und Rechtsprechung § 179 BGB aus dem Anwendungsbereich des § 31 BGB aus.

<sup>30</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 11; BGH NJW 1951, 309; 1952, 218; 1981, 1727; 1998, 1854; WM 2011, 1148 Rn. 16; MüKo/Schramm, § 167 Rn. 57.

<sup>31</sup> Palandt/Ellenberger, § 172, Rn. 15.

<sup>32</sup> Diese Ungleichbehandlung von Duldungs- und Anscheinsvollmacht wird damit begründet, dass Willenserklärungen und Verschulden verschiedene Kategorien seien. Nur die Willenserklärung führe zu vertraglichen Primäransprüchen auf Erfüllung; das Verschulden bei Vertragsverhandlungen dagegen führe auch sonst nur zur Haftung auf Schadensersatz. Es gebe keinen stichhaltigen Grund dafür, bei der Anscheinsvollmacht beide Kategorien zu vermengen und aus culpa in contrahendo regelwidrig einen Erfüllungsanspruch zu folgern, vgl. hierzu Medicus, BR, Rn. 101 m.w.N.; kritisch Brox/Walker, AT, 34. Aufl., 2010, § 25 Rn. 566.

<sup>33</sup> Vgl. nur Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 11.

<sup>34</sup> BGHZ 39, 52.

## C. Schadensersatzansprüche gegen den Verein?

### Ansprüche aus §§ 280, 311 II, 241 II, 278 oder 31 BGB gegen den Verein

Möglicherweise ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des H gegenüber dem Verein wegen der übrigen 9.500 Bälle aus §§ 280, 311 II, 241 II BGB.

#### I. Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob die §§ 280, 311 II, 241 II BGB im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar sind. A hat sich dem H gegenüber unredlich verhalten, indem er Vertretungsmacht vorgetäuscht hat, die er nicht hatte. Dabei kann die Täuschung über sein Ausscheiden aus dem Vorstand vernachlässigt werden, weil sie weder zu einem Nachteil noch zu einer Gefährdung des H geführt hat. A tat aber so, als handele er – wie in den Vorjahren – mit gesetzlicher Vertretungsmacht und mit Ermächtigung seiner Vorstandskollegen. Durch diese – konkludente – Täuschung wurde H zum Vertrag und zur Lieferung der Tennisbälle verleitet. Liegt die Pflichtwidrigkeit aber gerade im Vortäuschen von Vertretungsmacht, könnte die Anwendbarkeit von §§ 280, 311 II, 241 II BGB den Schutz vor ungewünschten Rechtsgeschäften aufgrund fehlender Vertretungsmacht unterlaufen.

#### II. Sonderverbindung

##### 1. Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 II Ziff. 1 BGB?

Bei §§ 311 II, 241 II BGB handelt es sich um eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Die Haftung tritt unabhängig davon ein, ob es überhaupt zu einem Vertrag kommt. Voraussetzung ist aber ein Verhalten, das auf Abschluss eines Vertrages oder Anbahnung geschäftlicher Kontakte abzielte. Zwar ist nicht der Verein in Vertragsverhandlungen mit H eingetreten, sondern A, der den Verein nicht mehr wirksam vertreten konnte, vgl. oben. Eine Sonderverbindung zwischen H und dem Verein wird hier auch erst durch die Aufnahme des Kontaktes zum Abschluss eines Kaufvertrages begründet. Doch steht das im Einklang mit Tatbestand und Funktion des § 311 II BGB, wonach die Kontaktaufnahme und das Entstehen der Sonderverbindung sowie das dem Geschäftsherren zuzurechnende Verschulden zusammenfallen können. Dementsprechend müsste A bereits zu diesem Zeitpunkt entweder als Erfüllungsgehilfe des Vereins oder als dessen Organ gehandelt haben.

Um eine Kontaktaufnahme des Vereins handelt es sich, weil A für den Verein aufgetreten ist. Im Pflichtenkreis des Vereins hat A gehandelt, weil es sich um ein Geschäft handelte, das nach Art und Umfang aus objektiver Sicht in den Tätigkeitsbereich des Vereins fällt.

##### 2. Handeln des A als Erfüllungsgehilfe?

Der Verein hat sich des A aber zur Kontaktaufnahme nicht bedient, da A weder mit Verhandlungsauftrag noch im Auftrag des Vereins gehandelt hat. Eine Erfüllungsgehilfenstellung infolge Rechtscheins kommt angesichts des klaren Wortlauts ("sich bedient") grundsätzlich nicht in Betracht (Staudinger/Loewe/Kaspers § 787 Rn. 19; a.A. Bamberger/Unberath § 278 Rn. 15; aus BGH NJW-RR 1988, 241, 243 ergibt sich nicht, dass Fahrlässigkeit im Hinblick auf das Handeln eines Dritten genügt; in dem vom BGH dort entschiedenen Fall hatte der Gläubiger einen Dritten bewusst eingeschaltet, indem er ihn mit bestimmten Vertragsvorbereitungsmaßnahmen beauftragt hatte. Der Dritte hatte sich dabei um Verhandlungsthemen gekümmert, zu denen er nicht beauftragt war, und dabei getäuscht. Das musste sich der Auftraggeber nach § 278 BGB zurechnen lassen).

### Zwischenergebnis

A hat die Sonderverbindung zu H nicht als Erfüllungsgehilfe des Vereins begründet.

##### 3. Handeln des A als Organ, §§ 278 oder 276, 31?

Der Verein muss sich das Verschulden seines Organs entweder gem. § 278 BGB, weil das Organ die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat (vgl. § 26 BGB), oder gem. § 31 BGB zurechnen lassen. Die Rechtsprechung lässt die Frage nach der zutreffenden Zurechnungsnorm bei Haftung aus Sonderverbindungen unbeantwortet. Die herrschende Meinung geht mittlerweile von einer Maßgeblichkeit des § 31 BGB aus. Eine Mindermeinung wendet dagegen § 278 BGB auch auf Organe an.

Letztlich kommt es jedoch nur darauf an, ob A tatsächlich als Organ des Vereins gehandelt hat. A hatte zum Zeitpunkt der Bestellung der Tennisbälle sein Vorstandsamt bereits niedergelegt. Dies ist als Gegenstück zum jederzeit möglichen Widerruf (vgl. § 27 II 1 BGB) dem Vorstand nach herrschender Meinung jederzeit gestattet.

Die Amtsniederlegung wirkt auch ohne Eintragung, da diese nur für die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle konstitutiv ist. Bis zur Eintragung des Ausscheidens eines Vorstandsmitglieds kann sich der Verein jedoch auf eine Änderung des Vorstands nicht berufen, soweit es sich um rechtsgeschäftliche Betätigungen früherer Vorstandsmitglieder handelt (vgl. § 68 S. 2 BGB und Soergel/Hadding § 31 Rn. 9 für die Haftung aus cic). Die negative Publizität des Vereinsregisters schützt also das Vertrauen des Rechtsverkehrs, soweit es sich auf den Fortbestand einer zuvor bestandenen Organstellung bezieht.

### III. Verletzung einer Schutzpflicht

Das Organ selbst ist – abgesehen von den Fällen des § 311 III BGB – nicht Adressat der aus der Sonderverbindung mit dem Verein resultierenden Schutzpflichten. Adressat dieser Schutzpflichten ist wie immer der Verein. Doch gehört die Erfüllung der Verpflichtungen des Vereins zu den ureigensten Geschäftsführungsaufgaben des Vorstands (vgl. § 27 BGB). Verletzt der Handelnde objektiv eine Pflicht des Vereins, ist dies als eigene Pflichtverletzung des Vereins anzusehen (§§ 27, 280 I BGB).

§ 241 II BGB schützt u. a. die wirtschaftliche/rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners. Daraus resultieren für den rechtsgeschäftlich Handelnden Pflichten zu richtiger Information über rechtsgeschäftlich relevante Umstände und in den Grenzen von Treu und Glauben auch Pflichten zur Aufklärung über entscheidungserhebliche Umstände, die der Vertragspartner nicht kennt.

Hier hat A den H zumindest konkludent über die Tatsache getäuscht, dass er nicht mehr Vorstand des Vereins war und für diesen nicht mehr handeln durfte. Dies hat den H zum Abschluss eines Vertrages bewegt, den er andernfalls möglicherweise nicht abgeschlossen hätte. Das Handeln des A hat daher zu einer Pflichtverletzung des Vereins geführt.

### IV. Verschulden des Vereins, §§ 276, 31, 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Fraglich ist, ob die Nichtaufklärung zumindest fahrlässig durch den Verein verursacht wurde oder die Nichtaufklärung durch A dem Verein zugerechnet werden kann.

Die Täuschung des H durch A war arglistig (dolus eventualis genügt). Fraglich ist, ob A schuldhaft gehandelt hat und ob sein Verhalten dem Verein zugerechnet werden kann. Gemäß § 31 BGB haftet der Verein für Schäden, die ein Vorstandsmitglied durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt, wenn die Handlung „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ begangen wurde. Dass A im Verhältnis zu H so anzusehen ist, als sei er noch Vorstand gewesen, ergibt sich aus § 68 S. 1 BGB.

Weiter müsste A in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt haben.

§ 31 erstreckt sich auch und gerade auf Fälle, in denen das Organ seine Vertretungsmacht überschritten hat; sogar auf vorsätzlich weisungswidrige oder strafbare Handlungen, sofern sich das Organ nicht zu weit von seinem Aufgabenbereich entfernt hat, d.h. solange nur eine objektiv generelle Zuständigkeit besteht und wahrgenommen wird. Bereits wegen §§ 70, 67, 68 BGB muss ein Handeln in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen bei A bejaht werden, da Abschlüsse von Verträgen mit Dritten zu den Geschäftsführungsmaßnahmen eines Vorstandsmitglieds gehören. Insofern ist ein Handeln des A in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen zu bejahen

Fraglich ist, ob eine Haftung des Vereins aus §§ 280, 311 II, 241 II i.V.m. § 31 BGB nicht in den Fällen ausscheidet, in denen die Pflichtverletzung darin liegt, dass ein „Vertreter“ seine Organstellung missbraucht hat. Diese Frage ist umstritten, weil durch die Haftung aus cic ein Teil der Bestimmungen leer laufen kann, aus denen sich die Beschränkung der Vertretungsmacht zum Schutz des Vertretenen ergibt. Lässt man z.B. im vorliegenden Fall den Verein aus §§ 280, 311 II, 241 II i.V.m. § 31 BGB haften, nützt ihm die o.g. Beschränkung (Mehrheitsprinzip) nichts mehr. Andererseits führt ein absoluter Vorrang der Vertretungsordnung (§§ 177, 179 BGB) zu einer Einschränkung der Haftungspflichten auf Kosten des Geschäftspartners, die sich mit dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes (§ 31 BGB) kaum vereinbaren lässt. Die wohl überwiegende Meinung akzeptiert deshalb die Haftung aus §§ 280, 311 II, 241 II i.V.m. § 31 BGB<sup>35</sup>, mit einer wichtigen Einschränkung: Die Pflichtverletzung darf nicht allein darin bestehen, dass das Organ als falsus procurator handelt, indem es seine Vertretungsmacht vortäuscht. Insoweit ist die Regelung der §§ 177 ff. BGB

<sup>35</sup> BGH WM 1966, 494; wohl auch NJW 1980, 115; Medicus, BR, Rn. 121; Staudinger/Weick, § 31 Rn. 13 ff.

abschließend<sup>36</sup>. Bei stärkerer Aktivität des Vertreters greift dagegen die allgemeine Haftung ein. Der Schutzzweck der Vertretungsregeln steht dem nicht entgegen. Sie bezwecken einen Schutz vor rechtsgeschäftlicher Bindung, nicht aber vor einer Haftung für die schädigenden Handlungen des Organs allgemein<sup>37</sup>. Im vorliegenden Fall muss man eine Haftung aus §§ 280, 311 II, 241 II i.V.m. § 31 BGB verneinen. Denn der Verein konnte das Verhalten des A nicht verhindern, sodass er tatsächlich ausschließlich aufgrund des Auftretens des A für ihn aus einem Rechtsgeschäft haften würde, das ihm nach Vertretungsrecht gerade nicht zurechenbar ist.

#### V. Zwischenergebnis

Eine Haftung des Vereins aus dem Vertrag mit H scheidet aus.

Der Schadensersatzanspruch aus cic ist – anders als bei §§ 122, 179 BGB – der Höhe nach nicht auf das Erfüllungsinteresse beschränkt. Aus §§ 280, 311 II, 241 II BGB kann sich ausnahmsweise auch ein Anspruch in Höhe des Erfüllungsinteresses ergeben, dies aber nach BGH nur dann, wenn die Verweisung auf das negative Interesse schlechthin unzumutbar ist. Im Sachverhalt deutet nichts darauf hin, dass der Vertrag anderweitig zu günstigeren Bedingungen für den Geschädigten abgeschlossen worden wäre<sup>38</sup>. Diese Problematik kann aber hier dahinstehen, weil H de facto einen Vertrauensschaden erlitten hat, der dem positiven Interesse gleichkommt. Denn er kann 10.000 Bälle bei normalem Geschäftsverlauf nicht, auch nicht mit vertretbaren Abschlägen, anderweitig verkaufen.

#### VI. Ergebnis

Ein Anspruch aus §§ 280, 311 II, 241 II BGB auf Schadensersatz in Geld (§§ 249 ff. BGB) für die übrigen 9.500 Bälle und frustrierte Vertragsaufwendungen scheidet aus.

### D. **Gesetzliche Ansprüche gegen den Verein**

#### I. Anspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB

##### 1. Etwas erlangt

Voraussetzung für eine Haftung des Vereins aus § 812 I 1 Var. 1 BGB ist, dass der Verein "etwas erlangt" hat im Sinne dieser Vorschrift. Hierbei genügt jeder objektive Vermögensvorteil<sup>39</sup>. Möglicherweise ist der Verein um 9.500 Tennisbälle bereichert. Bereichert wäre er aber allenfalls um den Besitz, da auch beim „Eigentumserwerb“ von vollmachtlosem Auftreten des A auszugehen ist. Auch unmittelbarer oder mittelbarer Besitz kann jedoch Bereicherungsgegenstand sein. Dies gilt jedenfalls im Fall der Leistungskondition (im Fall der Eingriffskondition wären die Vorschriften der §§ 861 ff. BGB ggf. vorrangig).

##### 2. Durch Leistung des H

Unter Leistung versteht man jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Hier übertrug H den Besitz an den Bällen mit dem Zweck der Erfüllung des – vermeintlich vollumfänglich wirksamen – Kaufvertrages. Eine Leistung des H im Sinne des § 812 I 1 Var. 1 BGB liegt demnach unproblematisch vor<sup>40</sup>.

##### 3. Ohne Rechtsgrund

Es dürfte ferner kein Rechtsgrund für die Leistung des H bestehen. Mangels Vertretungsmacht ist der Kaufvertrag bzgl. der Bälle, die über 500 Stück hinausgehen, nicht wirksam. Folglich bestand kein Rechtsgrund für die Leistung des H.

<sup>36</sup> Unter diese Einschränkung fällt auch noch die bloße Fälschung der Unterschrift der anderen Gesamtvertreter.

<sup>37</sup> a.A. Canaris in Jus 1980, 334: Er argumentiert: Führt die Anerkennung der cic zu einer Haftung, die der Wirksamkeit des Vertrages im Ergebnis gleichkommt, soll die cic immer ausscheiden. Sie soll andererseits immer eingreifen, wenn nur ein normaler Fall des negativen Interesses zu ersetzen ist, z.B. wenn der Geschäftsgegner wegen des Vertreterhandelns ein anderes gewinnträchtiges Angebot ausgeschlagen hat.

<sup>38</sup> Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 56.

<sup>39</sup> Vgl. Palandt/Sprau, § 812 Rn. 15 m.w.N.

<sup>40</sup> Der Besitz wird hierbei durch die Organe des Vereins ausgeübt (sog. Organbesitz) – str.

#### 4. Rechtsfolge

Grundsätzlich hat der Verein das Erlangte herauszugeben, dies wären also die restlichen 9.500 Bälle. Sollte ihm dies nicht möglich sein, ist gem. § 818 II BGB Wertersatz zu leisten. Anhaltspunkte für eine mögliche Entreicherung des Vereins gem. § 818 III BGB sind nicht ersichtlich.

#### 5. Ergebnis:

Es besteht insofern ein Anspruch des H auf Herausgabe der übrigen 9.500 Bälle bzw. auf Wertersatz gem. § 818 II BGB.

#### II. Anspruch aus §§ 823 ff. i.V.m. § 31 BGB

§ 31 BGB rechnet dem Verein grundsätzlich auch eine unerlaubte Handlung eines Organs im Sinne der §§ 823 ff. BGB zu. Es handelte sich bei A zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses jedoch nicht mehr um ein Organ des Vereins. §§ 68, 70 BGB können darüber nicht hinweghelfen, weil § 68 S. 1 BGB das Vertrauen ausdrücklich nur im Hinblick auf rechtsgeschäftliches Verhalten von Scheinorganen schützt. Ein Dritter kann sich nicht auf §§ 68, 70 BGB berufen, wenn er von einem zu Unrecht noch im Vereinsregister eingetragenen ehemaligen Vorstandsmitglied an einem Rechtsgut i.S.d. §§ 823 ff. BGB verletzt wurde. Deliktische Schädigungen treten nicht gerade deshalb ein, weil der Verletzte auf die Vorstandsstellung des Täters vertraut<sup>41</sup>. Eine deliktische Haftung kommt daher nicht in Betracht.

#### III. Anspruch aus § 831 i.V.m. § 31 BGB

§ 831 begründet eine Haftung für eigenes Verschulden (Auswahl- bzw. Überwachungsverschulden des Vereins). Hierbei wird dem Verein das Verschulden seiner Organe über § 31 BGB zugerechnet. Jedoch handelt es sich bei A nicht um einen Verrichtungsgehilfen des Vereins. Eine Haftung aus § 831 i.V.m. § 31 BGB scheidet daher ebenfalls aus.

#### IV. Ergebnis:

H hat gegen den Verein einen Herausgabeanspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB.

---

<sup>41</sup> Vgl. MüKo/Reuter, § 68 Rn. 2.