

## 08/2020

23. JAHRGANG  
SEITEN 511 - 582



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

---

### ZIVILRECHT

- Zurückweisung der Kündigung namens einer GbR mangels Vorlage einer Vollmacht? Unter Umständen möglich!
- Mobile-Home auf eigenem Grundstück! Scheinbestandteil oder wesentlicher Bestandteil?
- Keine Aufklärungspflicht des Verkäufers eines Hausgrundstücks über fehlende Gebäudeversicherung
- „Durchbrechung“ des Kausalverlaufs: nicht nur im Schadensrecht denkbar!
- Stacheldraht auf Waldweg: Voraussetzungen einer Verkehrssicherungspflicht

### STRAFRECHT

- Zum Begriff der Freiwilligkeit beim Rücktritt gem. § 24 StGB
- Amtsanmaßung gem. § 132 StGB ist kein eigenhändiges Delikt

### ÖFFENTLICHES RECHT

- BVerfG: strikte formale Vorgaben für Äußerungen von Regierungsmitgliedern
- BVerfG: Die Grundrechte des GG gelten auch im Ausland – BND-Gesetz teilweise verfassungswidrig

### AKTUELLE GESETZGEBUNG

---

- Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

### GRUNDFÄLLE

---

- Handeln auf eigene Gefahr
- Der vermeintliche Beamte

### HEMMER.LIFE

---

- Anwaltshaftung - Haftungsrisiken für Berufseinsteiger  
Interview mit Julian Oehlenschläger



# E-BOOK LIFE&LAW AUGUST 2020

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## ZIVILRECHT

### 1 ZURÜCKWEISUNG DER KÜNDIGUNG NAMENS EINER GBR MANGELS VORLAGE EINER VOLL- MACHT? UNTER UMSTÄNDEN MÖGLICH!

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

#### C) Lösung

- I. Keine Präklusion gem. §§ 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG
- II. Einhaltung der Frist für die ordentliche Kündigung, § 622 I BGB
- III. Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 174 S. 1 BGB
  1. Anwendbarkeit von § 174 BGB?
    - a) § 174 BGB nur bei Vollmacht anwendbar
    - b) Analoge Anwendbarkeit von § 174 BGB?
      - aa) Keine Analogie des § 174 BGB auf gesetzliche Vertreter
      - bb) Grds. keine Analogie des § 174 BGB auf organschaftliche Vertreter
      - cc) Aber: Analoge Anwendung des § 174 BGB auf Ermächtigung eines Gesellschafters, wenn Gesamtvertretungsmacht besteht?
        - (1) Vergleichbare Unsicherheit
        - (2) Vergleichbare Situation wie bei einer Bevollmächtigung
  2. Rechtzeitige Zurückweisungserklärung i.S.d. § 174 S. 1 BGB
  3. Ausschluss der Zurückweisung nach § 174 S. 2 BGB
    - aa) Grundsätze zu § 174 S. 2 BGB
    - bb) Prüfung im konkreten Fall
  4. Ausschluss der Zurückweisung nach § 242 BGB
- III. Endergebnis

#### D) Kommentar

#### E) Wiederholungsfrage

#### F) Zur Vertiefung

### 2 MOBILE-HOME AUF EIGENEM GRUNDSTÜCK! SCHEINBESTANDTEIL ODER WESENTLICHER BESTANDTEIL?

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

- I. Bestandteil und Zubehör
  1. Definition Bestandteil
  2. Definition Zubehör, §§ 97, 98 BGB

3. **Examensrelevante Problemkreise zu Bestandteilen und Zubehör**
  - a) Zubehör ist gem. § 311c BGB im Zweifel mitverkauft
  - b) Übereignung von Zubehör
  - c) Erstreckung des Haftungsverbandes von Hypothek und Grundschuld auf Zubehör, § 1120 BGB bzw. §§ 1192 I, 1120 BGB
  - d) Bedeutung im Verfahrensrecht
    - aa) Zwangsversteigerung
    - bb) Pfändungsverbot gem. § 865 ZPO
- II. **Wesentlicher Bestandteil**
  1. **Wesentlicher Bestandteil i.S.d. § 93 BGB**
  2. **Wesentlicher Bestandteil i.S.d. § 94 BGB**
  3. **Rechtsfolge: Wesentliche Bestandteile sind dinglich sonderrechtsunfähig**
- III. **Ausnahme: Scheinbestandteile nach § 95 BGB**
- IV. **Problem im vorliegenden Fall:**

### C) Lösung

- I. **Erstreckung des Miteigentums am Grundstück auf die Mobilheime gem. §§ 94 I S. 1, 93 BGB**
  1. **Feste Verbindung mit Grund und Boden gem. § 94 I S. 1 BGB**
  2. **Mobilheime hier fest verbunden**
- II. **Sonderrechtsfähigkeit der Mobilheime gem. § 95 I S. 1 BGB?**
  1. **Verbindung mit Grund und Boden zu einem lediglich vorübergehenden Zweck**
  2. **Problem: A und B sind Miteigentümer des Grundstücks**
    - a) **Ansicht des Beschwerdegerichts (LG Köln)**
    - b) **Ansicht des BGH**
- III. **Endergebnis**

### D) Kommentar

### E) Wiederholungsfragen

### F) Zur Vertiefung

## 3 KEINE AUFKLÄRUNGSPFLICHT DES VERKÄUFERS EINES HAUSGRUNDSTÜCKS ÜBER FEHLENDE GEBÄUDEVERSICHERUNG

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. **Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II Var. 3 BGB**
  1. **Schuldverhältnis**
  2. **Schutzpflichtverletzung des V?**
    - a) **Pflichtverletzung wegen des nicht erfolgten Abschlusses einer Gebäudeversicherung nach Kündigung**
    - aa) **Keine vertragliche Verpflichtung des V zum Abschluss einer Versicherung**
    - bb) **Keine Verpflichtung aus § 95 I VVG**

b) Pflichtverletzung wegen nicht erfolgter Aufklärung über Kündigung der Wohngebäudeversicherung?

aa) Pflicht des V zur Rücksichtnahme auf die Interessen des K, §§ 241 II Var. 3, 242 BGB

bb) Keine Pflicht des V zur Unterrichtung über erfolgte Kündigung einer Versicherung

cc) Die Üblichkeit einer Gebäudeversicherung begründet keine Aufklärungspflicht

dd) Etwas anderes gilt nur, wenn Verkäufer vor/bei Vertragsschluss einen bestehenden Versicherungsschutz bejaht hat

c) Im vorliegenden Fall bestand keine Pflicht des V zur Aufklärung

3. Ergebnis

II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 4 „DURCHBRECHUNG“ DES KAUSALVERLAUFS: NICHT NUR IM SCHADENSRECHT DENKBAR!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch auf Provisionszahlung aus § 652 I BGB

1. Vertragsschluss zwischen M und B

2. Provisionshöhe von 1 % vereinbart

3. Wirksamkeit des vermittelten Vertrages zwischen E und B

4. Kausalität zwischen Maklerleistung und Vertragsschluss E/B

a) Grundsätze für die Kausalität

aa) Vermutung bei zeitlich engem Zusammenhang zwischen Nachweis und Abschluss

bb) Übertragung auf den vorliegenden Fall

b) Unterbrechung des Kausalzusammenhangs?

5. Inhaltliche Kongruenz

II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 5 STACHELDRAHT AUF WALDWEG: VORAUSSETZUNGEN EINER VERKEHRSSICHERUNGSPFLICHT

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 823 I, 249 II S. 1, 253 II BGB

2. Verletzungshandlung
  3. Haftungsbegründende Kausalität
  4. Rechtswidrigkeit
    - a) Vermutung nach der Lehre vom Erfolgsunrecht
    - b) Ausnahme: mittelbare Verletzungen
    - c) Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht
  5. Verschulden
  6. Kausaler Schaden
  7. Kürzung wegen Mitverschuldens, § 254 I BGB
    - a) Keine Kürzung wegen Handelns auf eigene Gefahr
    - b) Kürzung wegen Verletzung des Gebots, auf Sicht zu fahren, § 3 I S. 4 StVO?
    - c) Auch keine Kürzung wegen (erkennbarer) Lücke zwischen Latten und Boden
    - d) Auch kein „falsches Bremsen“
- II. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 823 II BGB, 229 StGB
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

# STRAFRECHT

## 6 ZUM BEGRIFF DER FREIWILLIGKEIT BEIM RÜCKTRITT GEM. § 24 STGB

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Versuchter Totschlag gem. §§ 212 I, 22, 23 I Alt. 1 StGB
  1. Vorprüfung
  2. Tatentschluss
  3. Unmittelbares Ansetzen
  4. Kein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 I S. 1 Alt. 1 StGB
    - a. Kein fehlgeschlagener Versuch
    - b. Abgrenzung unbeendeter/beendeter Versuch
    - c. Freiwilliges Aufgeben der weiteren Tatausführung
- II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 7 AMTSANMASSUNG GEM. § 132 STGB IST KEIN EIGENHÄNDIGES DELIKT

## A) Sound

## B) Problemaufriss

## C) Lösung

### I. Strafbarkeit des A wegen Amtsanmaßung gem. § 132 Alt. 1 StGB

1. Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

### II. Strafbarkeit des B wegen Amtsanmaßung in Mittäterschaft gem. §§ 132 Alt. 1, 25 II StGB

1. Tatbestand
  - a) § 132 StGB ist kein eigenhändiges Delikt
  - b) Zurechnung der Anrufe des A über die allgemeinen Regeln der Mittäterschaft
2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

## D) Kommentar

## E) Wiederholungsfragen

## F) Zur Vertiefung

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 8 BVERFG: STRIKTE FORMALE VORGABEN FÜR ÄUSSERUNGEN VON REGIERUNGSMITGLIEDERN

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

#### I. Begründetheit

1. Maßstäbe der chancengleichen Teilnahme am politischen Wettbewerb der Parteien gem. Art. 21 I S. 1 GG
  - a) Schutzbereich des Art. 21 I S. 1 GG
  - b) Unvereinbarkeit jeder parteiergreifender Einwirkung von Staatsorganen zugunsten oder zulasten einzelner Parteien
  - c) Beachtung des Neutralitätsgebots auch bei der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung
  - d) Geltung dieser Grundsätze für Minister, soweit diese in Wahrnehmung ihres Amtes handeln
  - e) Notwendige Betrachtung des Einzelfalls
2. Beurteilung im konkreten Fall
  - a) Keine Verletzung des Rechts auf chancengleiche Teilnahme am politischen Wettbewerb durch das Interview als solches
    - aa) Beinhaltung negativer Qualifizierungen der Antragstellerin
    - bb) Keine Beschränkung auf die Bundestagsfraktion der A.-Partei
    - cc) Verletzung des Neutralitätsgebots
  - b) Verletzung des Art. 21 I S. 1 GG durch die Veröffentlichung des Interviews auf der Internetseite

des Ministeriums

II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 9

### BVERFG: DIE GRUNDRECHTE DES GG GELTEN AUCH IM AUSLAND – BND-GESETZ TEILWEISE VERFASSUNGSWIDRIG

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Begründetheit

1. Anwendbarkeit der Grundrechte im Ausland

- a) Anknüpfung der Grundrechtsbindung an die Ausübung deutscher Staatsgewalt
- b) Einbindung in die internationale Staatengemeinschaft
- c) Differenzierter Grundrechtsgehalt bei Maßnahmen im Ausland
- d) Bedeutung des Grundrechtsschutzes gegenüber der Auslandsaufklärung

2. Materielle Verfassungswidrigkeit des BND-Gesetzes

- a) Schutzbereich
- b) Eingriff
- c) Rechtfertigung
  - aa) Maßstab für die Rechtfertigung
  - bb) Nichteinhaltung dieser Maßstäbe durch §§ 6 und 7 BNDG

II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## AKTUELLE GESETZGEBUNG

GESETZ ÜBER DIE VERTEILUNG DER MAKLERKOSTEN BEI DER VERMITTLUNG VON KAUFVERTRÄGEN ÜBER WOHNUNGEN UND EINFAMILIENHÄUSER

## GRUNDFÄLLE

HANDELN AUF EIGENE GEFAHR

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

1. Rechtsgutsverletzung
2. Kausale Handlung
3. Rechtswidrigkeit
4. Verschulden
5. Haftungsausfüllender Tatbestand

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

## DER VERMEINTLICHE BEAMTE

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

I. Betrug, § 263 I StGB

1. Objektiver Tatbestand

2. Ergebnis

II. Diebstahl, § 242 I StGB

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

4. Ergebnis

III. Amtsanmaßung, § 132 Alt. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

4. Ergebnis

IV. Konkurrenzen

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

# HEMMER.LIFE

# ZIVILRECHT

BAG, URTEIL VOM 05.12.2019, 2 AZR 147/19, NJW 2020, 1456 FF. = JURISBYHEMMER

## 1 ZURÜCKWEISUNG DER KÜNDIGUNG NAMENS EINER GbR MANGELS VORLAGE EINER VOLLMACHT? UNTER UMSTÄNDEN MÖGLICH!

+++ GbR +++ Alleinvertretungsrecht eines Gesellschafters +++ Kündigung des Arbeitsvertrages +++ Zurückweisung mangels Vollmachtvorlage +++ §§ 174, 242, 709, 710, 714 BGB

**Sachverhalt (abgewandelt und stark verkürzt):** A, B und C sind Gesellschafter der in Berlin ansässigen AG-GbR. AN ist neben drei weiteren Angestellten seit dem 02.01.2019 bei der AG-GbR als Arbeitnehmer beschäftigt.

Nach dem Gesellschaftsvertrag der AG-GbR ist der Gesellschafter A in Abweichung zu §§ 714, 709 BGB zur Vertretung der AG-GbR alleinvertretungsberechtigt. Dies war dem AN nicht positiv bekannt. Der Entwurf des im Januar 2019 geschlossenen Arbeitsvertrages wurde dem AN aber auch von A übergeben.

Am 01.07.2020 übergab A ein von ihm namens der AG-GbR unterschriebenes Kündigungsschreiben, wonach die AG-GbR das mit AN bestehende Arbeitsverhältnis zum 31.07.2020 kündigt. Am 03.07.2020 wies AN die Kündigung mangels Vorlage einer Vollmachtsurkunde zurück.

Da die AG-GbR hierauf nicht reagierte, erhob AN beim Arbeitsgericht Berlin Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung, welche der AG-GbR am 15.07.2020 ordnungsgemäß zugestellt wurde.

Ist die Kündigungsschutzklage begründet?

### A) Sounds

§ 174 BGB findet analoge Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte, die ein abweichend von der gesetzlichen Grundregel der §§ 709, 714 BGB allein vertretungsberechtigter Gesellschafter im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornimmt.

### B) Problemaufriss

Im Mittelpunkt des für die Besprechung in der Life&Law deutlich „abgespeckten“ Falles steht die Frage der wirksamen Stellvertretung einer GbR bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses.

Eine Kündigung mittels Stellvertreter ist wirksam, wenn der Vertreter gem. § 164 I S. 1 BGB die Kündigungserklärung im Namen des AG mit Vertretungsmacht abgibt.

Die Bevollmächtigung selbst bedarf wegen § 167 II BGB nicht der Schriftform des § 623 BGB.

Auch wenn die Voraussetzungen der Vertretung vorliegen, kann die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft nach § 174 S. 1 BGB unwirksam sein, wenn der Bevollmächtigte seine Vollmacht nicht durch Vorlage einer Originalurkunde nachweist und der andere die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich (§ 121 I S. 1 BGB) zurückweist.

**Anmerkung:** Verwechseln Sie § 174 BGB nicht mit § 180 S. 1 BGB. § 180 BGB erfasst die Fälle, in denen keine Vollmacht bestand, § 174 BGB hingegen setzt eine wirksame Bevollmächtigung voraus, die nur nicht ausreichend nachgewiesen wird.

Das Zurückweisungsrecht des § 174 S. 1 BGB dient dem Schutz des Erklärungsempfängers. Er soll so rasch wie möglich Klarheit über die Wirksamkeit einer durch einen Vertreter des AG ausgesprochenen Kündigung gewinnen.

Dieses Schutzes bedarf der AN aber in den Fällen nicht, in denen ihm bereits vorher bekannt war, dass der Kündigende eine solche Kündigung für den AG aussprechen darf. Aus diesem Grund sieht § 174 S. 2 BGB den Ausschluss des Zurückweisungsrechts dann vor, wenn der Empfänger einer einseitigen Willenserklärung vom Vollmachtgeber über die Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt wurde.

**hemmer-Methode: Zwar setzt § 174 S. 2 BGB seinem Wortlaut nach eine entsprechende Mitteilung des Vollmachtgebers voraus, sodass es an sich nicht genügt, wenn der Geschäftsgegner die Kenntnis in anderer Weise erlangt hat. Allerdings müssen auch die Grundsätze über die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Handelsrecht berücksichtigt werden. Ist im Handelsregister eine Prokura eingetragen und öffentlich bekannt gemacht, so muss der AN diese gegen sich gelten lassen, da er so zu behandeln ist, als ob er die eingetragene Tatsache kennt, § 15 II HGB. Die Handelsregistereintragung und ihre Bekanntmachung ersetzen daher die ansonsten erforderliche individuelle Mitteilung der Vollmachtserteilung an den AN.<sup>1</sup>**

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob die Vorschrift des § 174 BGB, welche ihrem Wortlaut nach eindeutig auf die Vollmacht und damit die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht (vgl. § 166 II S. 1 BGB) zugeschnitten ist, auch auf die Kündigung durch nur einen Gesellschafter einer Gesellschaft Bürgerlichen Rechts i.S.d. § 705 BGB (im Folgenden GbR) zur Anwendung kommt, wenn dieser zur Einzelvertretung ermächtigt wurde. Oder anders gefragt: Gilt § 174 BGB auch bei der organschaftlichen Vertretung?

## C) Lösung

Die Kündigungsschutzklage des AN ist begründet, wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 01.07.2020 unwirksam war.

### I. Keine Präklusion gem. §§ 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG

Die Kündigung würde gem. § 7 HS 1 KSchG als wirksam fingiert, wenn AN nicht innerhalb von drei Wochen ab Zugang der schriftlichen Kündigung (§§ 623, 130 I S. 1 BGB) Klage erhoben hätte.

Die schriftliche Kündigung wurde AN am 01.07.2020 übergeben, sodass die Frist gem. § 187 I BGB am 02.07.2020 zu laufen begann und mit Ablauf des 22.07.2020 endete, § 188 II Alt. 1 BGB.

Da AN am 15.07.2020 und damit innerhalb von drei Wochen nach Zugang (§ 130 I BGB) der schriftlichen (§ 623 HS 1 BGB) Kündigung am 01.07.2020 beim Arbeitsgericht Berlin Kündigungsschutzklage erhob, wird die Wirksamkeit der Kündigung nicht nach § 7 HS 1 KSchG fingiert.

**Aufbauhinweis: Nach h.M. ist die dreiwöchige „Klagefrist“ des § 4 KSchG eine materielle Präklusionsfrist. Prüfen Sie im Examen diese Frist auf keinen Fall als Klagefrist in der Zulässigkeit. In der Zulässigkeit werden die §§ 4, 7 KSchG lediglich als Argument zur Bejahung des Feststellungsinteresses gem. § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 256 I ZPO herangezogen. Da ohne Klageerhebung die Kündigung als wirksam fingiert würde, besteht das rechtliche Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung. In der Begründetheit der Klage müssen Sie die Frage einer evtl. materiellen Präklusion nach §§ 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG zwingend vor der Rechtmäßigkeit der Kündigung prüfen, da kein Gericht die Rechtmäßigkeit einer Kündigung prüft, wenn diese fingiert wird. Prüfen Sie diese Frage erst am Schluss der Begründetheit, so wird Ihre Klausur von einem Praktiker als „praxisuntauglich“ bewertet werden! Schieben Sie diesen Prüfungspunkt auch nicht aus klausurtaktischen Gründen „nach hinten“. Ist die Frist des § 4 S. 1 KSchG verstrichen, so stellen Sie die Wirksamkeitsfiktion der Kündigung fest und schreiben im Anschluss ein Hilfsgutachten!**

### II. Einhaltung der Frist für die ordentliche Kündigung, § 622 I BGB

Da AN zum Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung erst seit 1 ½ Jahren beschäftigt war, beträgt die Kündigungsfrist 4 Wochen zum Monatsende. Daher wurde die ordentliche Kündigungsfrist mit der zum 31.07.2020 ausgesprochenen Kündigung gewahrt.

**hemmer-Methode: Die unzutreffende Berechnung der ordentlichen Kündigungsfrist gem. § 622 BGB durch den Arbeitgeber**

1 BAG, NZA 2011, 683 ff. = jurisbyhemmer; BAG, DB 1992, 895 ff. = jurisbyhemmer.

macht die ordentliche Kündigung nicht insgesamt unwirksam. Im Wege der ergänzenden Auslegung nach § 133 BGB i.V.m. § 157 BGB ist davon auszugehen, dass der Erklärende ihre Wirkung auch für den „richtigen“ Zeitpunkt wünscht. Daher kann der AN die Nichteinhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auch außerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG rügen.<sup>2</sup>

Nur der fünfte Senat des BAG sieht dies anders und hält eine Kündigung bei Nichteinhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist für nichtig.<sup>3</sup>

Die Kündigung könne aber gem. § 140 BGB in eine fristgemäße Kündigung umgedeutet werden. Dies aber nur dann, wenn deren Wirksamkeit nicht nach §§ 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG fingiert wird.

Wegen dieser „Uneinigkeit“ beim BAG sollten Sie in der Klausur die §§ 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG daher vor der ordentlichen Kündigungsfrist prüfen!

### III. Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 174 S. 1 BGB

Die Kündigung wäre aber unwirksam, wenn die nach inzwischen allgemeiner Meinung rechtsfähige AG-GbR nicht wirksam vertreten wurde.

Nach dem Gesetz wird die GbR gem. §§ 714, 709 BGB grds. im Wege der Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter zusammen vertreten. Diese Regelung ist jedoch gem. § 710 BGB abdingbar.

Da nach dem Gesellschaftsvertrag der A zur Einzelvertretung berechtigt war, wurde die AG-GbR am 01.07.2020 wirksam von A bei der Kündigung vertreten.

Die Kündigung wurde aber am 03.07.2020 von AN mangels Vorlage einer Vollmachtsurkunde zurückgewiesen, sodass die Kündigung gem. § 174 S. 1 BGB unwirksam sein könnte.

**hemmer-Methode: Wenn die Vertretung nicht wirksam war, fehlt es bereits an der wirksamen Abgabe einer Kündigung. Sollte der AN in diesem Fall die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG nicht eingehalten haben, so führt dies nach Ansicht des BAG nicht zur Wirksamkeitsfiktion nach § 7 HS 1 KSchG.<sup>4</sup> Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung setzt der Beginn der dreiwöchigen Präklusionsfrist den Zugang einer vom Arbeitgeber stammenden, ihm jedenfalls zurechenbaren Kündigung voraus.**

**Insbesondere eine Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ist dem Arbeitgeber aber nicht zuzurechnen, weil sie nicht von seinem Willen getragen ist.**

**Auch eine etwaige Geschäftsunfähigkeit des Kündigenden (§§ 104, 105 BGB) oder dessen fehlende Vertretungsmacht (§ 180 BGB) sind keine „anderen Gründe“ i.S.d. § 4 KSchG; die Frist von § 4 KSchG läuft in diesen Fällen nicht an.**

**Diese Grundsätze lassen sich auf den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 BGB nicht übertragen, da hier die Kündigung durch einen Vertreter mit Vertretungsmacht erfolgte und damit dem AG die Kündigung zurechenbar war.**

**Der AN muss diesen Unwirksamkeitsgrund daher innerhalb der dreiwöchigen Frist des § 4 S. 1 KSchG geltend machen, da anderenfalls die Kündigung als wirksam fingiert wird.<sup>5</sup>**

Nach § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein wirksam Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn

- der Bevollmächtigte keine Vollmachtsurkunde vorlegt,
- der Erklärungsempfänger vom Vollmachtgeber nicht von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt wurde (§ 174 S. 2 BGB) und
- der Erklärungsempfänger das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist.

### 1. Anwendbarkeit von § 174 BGB?

#### a) § 174 BGB nur bei Vollmacht anwendbar

Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut („Bevollmächtigter“, „Vollmachtgeber“, „Vollmachtsurkunde“) gilt § 174 BGB

2 BAG, Life&Law 07/2006, 456 ff. = NZA 2006, 791 ff. = jurisbyhemmer; BAG, NZA 2006, 1405 ff = jurisbyhemmer.

3 BAG, Life&Law 02/2011, 92 ff. = NJW 2010, 3740 ff. = jurisbyhemmer; BAG, Life&Law 12/2013, 888 ff. = NZA 2013, 1076 ff. = jurisbyhemmer.

4 BAG, Life&Law 11/2009, 793 f. = NZA 2009, 1146 ff. = jurisbyhemmer; BAG, NZA 2013, 524 f. = jurisbyhemmer; Hemmer/Wüst/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 86a.

5 So zutreffend Erfurter Kommentar/ Kiel, 20. Auflage 2020, KSchG, § 4 Rn. 7 a.E.; Niemann, NZA 2019, 65 (68); LAG Hamm, ArbRAktuell 2017, 582 = jurisbyhemmer.

unmittelbar lediglich für das Handeln eines Vertreters aufgrund einer **durch Rechtsgeschäft** erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht; vgl. die Legaldefinition in § 166 II S. 1 BGB).

## b) Analoge Anwendbarkeit von § 174 BGB?

Fraglich ist allerdings, ob § 174 BGB außer in den Fällen einer Bevollmächtigung wenigstens analog<sup>6</sup> angewendet werden kann.

Die Analogie setzt voraus, dass

- für einen bestimmten Sachverhalt keine Rechtsnorm existiert (**Regelungslücke**),
- eine andere Norm aber einen vergleichbaren Regelungsgehalt hat (**vergleichbare Interessenlage**)
- und das Fehlen einer passenden Rechtsnorm vom Gesetzgeber bei der Regelung eines Komplexes schlicht übersehen wurde (**Planwidrigkeit** der Regelungslücke).

Da für die gesetzliche Vertretung keine dem § 174 BGB vergleichbare Norm existiert, ist eine Regelungslücke zu bejahen.

Eine dem § 174 BGB vergleichbare Interessenlage wäre nur dann gegeben, wenn für den Erklärungsempfänger eine vergleichbare Unsicherheit über die vom Vertreter in Anspruch genommene Vertretungsmacht besteht und andererseits die Vertretungsmacht auf einer Willensentscheidung des Vertretenen beruht, die von ihm gegenüber dem Erklärungsempfänger nachgewiesen werden kann.

### aa) Keine Analogie des § 174 BGB auf gesetzliche Vertreter

Auf gesetzliche oder ihnen gleichzustellende Vertreter wird § 174 BGB mangels vergleichbarer Interessenlage nach ganz h.M. nicht analog angewendet.

Die gesetzliche Vertretungsmacht beruht nicht auf einer Willensentscheidung des Vertretenen. Sie kann nicht durch eine „Vollmachtsurkunde“ nachgewiesen werden. Deshalb wird dem Erklärungsempfänger die mit der Inanspruchnahme gesetzlicher Vertretungsmacht verbundene Unsicherheit über das Bestehen der behaupteten Vertretungsmacht zugemutet.<sup>7</sup>

### bb) Grds. keine Analogie des § 174 BGB auf organschaftliche Vertreter

Das Recht zur Zurückweisung besteht auch im Fall der organschaftlichen Vertretung (etwa nach §§ 125 I, 161 II HGB) grundsätzlich nicht.

Die organschaftliche Vertretungsmacht beruht auf der Bestellung des Vertreters zum Organ einer Personenhandels-gesellschaft (oder bei der AG bzw. GmbH einer juristischen Person), die nur durch ihre Organe am Rechtsverkehr teilnehmen kann.<sup>8</sup>

Der Unsicherheit über die in Anspruch genommene organschaftliche Vertretungsmacht wirkt die grundsätzlich vorgeschriebene Eintragung des Vertreters als Organ in ein öffentliches Register entgegen.

Hieraus ergibt sich in vielen Fällen die Person des Organs und der Umfang seiner Vertretungsmacht, vgl. z.B. §§ 106, 107, 162 HGB.

### cc) Aber: Analoge Anwendung des § 174 BGB auf Ermächtigung eines Gesellschafters, wenn Gesamtvertretungsmacht besteht?

Eine analoge Anwendung des § 174 BGB könnte aber dann geboten sein, wenn eine organschaftliche *Gesamt*vertretungsmacht kraft Ermächtigung eines einzelnen Organmitglieds durch die zusammen mit ihm gesamtvertretungs-befugten Organmitglieder zu einer organschaftlichen Alleinvertretungsmacht erweitert wird.

6 Unter **Analogie** versteht man die Übertragung der für einen Tatbestand im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen nicht im Gesetz geregelten Tatbestand.

7 Vgl. BAG NZA 2020, 505 [RN 36]; BAGE 64, 50; BAG, NZA 2007, 377 = [jurisbyhemmer](#); Palandt, § 174, RN 4.

8 Vgl. BGH, NJW 2014, 1587 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2020, 1194 ff. = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2007, 377 = [jurisbyhemmer](#); Palandt, § 174, RN 4.

## (1) Vergleichbare Unsicherheit

Beim Erklärungsgegner besteht in diesem Fall eine vergleichbare Unsicherheit über die vom handelnden Gesellschafter in Anspruch genommene Alleinvertretungsmacht wie im Fall der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht).

Diese Alleinvertretungsmacht lässt sich nämlich keinem öffentlichen Register entnehmen. Bei einer GbR können die Vertretungsverhältnisse - anders als bei OHG, KG, GmbH und AG - keinem öffentlichen Register entnommen werden.

Sie ergeben sich vielmehr aus einem keiner Publizität unterliegenden Gesellschaftsvertrag.

Soweit die Gesellschaft nicht entsprechend der gesetzlichen Grundregel der §§ 709, 714 BGB durch sämtliche Gesellschafter handelt, liegt damit auch bei Teilnahme einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Rechtsverkehr eine Situation vor, die der des § 174 BGB entspricht.

## (2) Vergleichbare Situation wie bei einer Bevollmächtigung

Die Alleinvertretungsmacht beruht – wie bei einer Bevollmächtigung – auf einer Willensentscheidung der Gesellschafter.

Diese Entscheidung kann – wenn keine Vollmacht der übrigen Gesellschafter erteilt ist – entweder durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags (ggf. in Auszügen) oder durch eine Erklärung der anderen Gesellschafter über die von §§ 709, 714 BGB abweichende Vertretungsbefugnis des Handelnden belegt werden.

Die im Gesellschaftsvertrag umfassend eingeräumte alleinige Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters beschränkt sich ebenso wenig auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft wie die einem Gesellschafter von der Gesellschafterversammlung erteilte umfassende Vollmacht.

Daher muss der dem Erklärungsempfänger einmal vorgelegte Gesellschaftsvertrag, die ihm einmal vorgelegte Erklärung aller oder der übrigen Gesellschafter oder eine ihm einmal überreichte Vollmachtsurkunde nicht vor jedem einseitigen Rechtsgeschäft erneut vorgelegt werden.

Eines neuen bzw. ergänzten Nachweises bedarf es nur - aber auch immer - dann, wenn Änderungen im Gesellschafterbestand oder in den Vertretungsverhältnissen zu verzeichnen sind.

Unerheblich ist es hingegen, dass der Gesellschaftsvertrag jederzeit - auch mündlich - geändert werden könnte. Das von § 174 BGB geschützte Gewissheitsinteresse erstreckt sich nicht auf Zweifel darüber, ob die nachgewiesene bzw. mitgeteilte Vertretungsmacht (noch) den Tatsachen entspricht. Die Norm schützt den Erklärungsempfänger nicht davor, dass er der Mitteilung über die Vertretungsverhältnisse keinen Glauben schenkt, sondern will ihm nur die Nachforschung darüber ersparen.

Wenn er die ihm mitgeteilten Vertretungsverhältnisse anzweifelt, kann er gemäß § 180 BGB das Fehlen der vermeintlichen Vertretungsmacht rügen. Der durch § 180 BGB vermittelte Schutz ersetzt nicht denjenigen nach § 174 BGB, er ergänzt ihn.

Die analoge Anwendung von § 174 BGB hat auch nicht zur Folge, dass die übrigen Gesellschafter trotz der anderslautenden Regelung im Gesellschaftsvertrag in Teilbereichen doch an der Geschäftsführung mitwirken müssten. Sie haben lediglich dafür Sorge zu tragen, dass der exklusiv zur Führung der Geschäfte berufene Gesellschafter seine Entscheidungen auch im Außenverhältnis zu Dritten rechtssicher allein „exekutieren“ kann.

**Ergebnis:** § 174 BGB muss daher auf einseitige Rechtsgeschäfte, die ein abweichend von der Grundregel der §§ 709, 714 BGB gemäß § 710 BGB allein vertretungsberechtigter Gesellschafter im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornimmt, analog angewendet werden.<sup>9</sup>

## 2. Rechtzeitige Zurückweisungserklärung i.S.d. § 174 S. 1 BGB

AN müsste die ihm am 01.07.2020 zugegangene Kündigung unverzüglich zurückgewiesen haben.

Ob eine Zurückweisung i.S.d. § 174 S. 1 BGB unverzüglich erfolgt ist, bestimmt sich nach der in § 121 I S. 1 BGB enthaltenen Legaldefinition.

Die Frist beginnt mit der tatsächlichen Kenntnis des Empfängers von der Kündigung und der fehlenden Vorlegung einer Vollmachtsurkunde.

Die Zurückweisung muss nicht sofort erfolgen. Dem Erklärungsempfänger ist vielmehr eine gewisse Zeit zur Überle-

9 Vgl. auch BGH, NJW 2014, 1587 f. = jurisbyhemmer.

gung und zur Einholung des Rats eines Rechtskundigen darüber einzuräumen, ob er das einseitige Rechtsgeschäft wegen fehlender Vorlage eines Vollmachtbelegs zurückweisen soll. Innerhalb welcher Zeitspanne der Erklärungsempfänger das Rechtsgeschäft zurückweisen muss, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Zurückweisung einer Kündigungserklärung nach einer Zeitspanne **von mehr als einer Woche** ohne Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls nicht mehr unverzüglich i.S.d. § 174 S. 1 BGB.<sup>10</sup>

Da AN innerhalb von zwei Tagen die Kündigung zurückgewiesen hat, geschah dies auf jeden Fall unverzüglich.

### 3. Ausschluss der Zurückweisung nach § 174 S. 2 BGB

Die Zurückweisung könnte aber in analoger Anwendung von § 174 S. 2 BGB ausgeschlossen sein, wenn „der Vollmachtgeber“ den Erklärungsempfänger von der „Bevollmächtigung“ in Kenntnis gesetzt hat.

#### aa) Grundsätze zu § 174 S. 2 BGB

Für das In-Kennntnis-Setzen ist keine Form vorgeschrieben. Es genügt eine Mitteilung des Vollmachtgebers, die sich an den (späteren) Erklärungsempfänger richtet.<sup>11</sup>

Ein In-Kennntnis-Setzen liegt auch vor, wenn der AG bestimmte Mitarbeiter z.B. durch die Bestellung zu einem Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung in eine Position berufen hat, die üblicherweise mit der Ausübung des Kündigungsrechts verbunden ist.

Dabei reicht allerdings die bloße Übertragung einer solchen Funktion nicht aus, wenn diese Funktionsübertragung aufgrund der Stellung des Bevollmächtigten im Betrieb nicht ersichtlich ist und auch keine sonstige Bekanntmachung erfolgt.

Vielmehr muss der Erklärungsempfänger davon in Kenntnis gesetzt werden, dass der Erklärende diese Stellung tatsächlich innehat. Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass die Berufung eines Mitarbeiters auf die Stelle eines Personalleiters oder eine ähnliche Stelle zunächst ein rein interner Vorgang ist.

Ein In-Kennntnis-Setzen i.S.d. § 174 S. 2 BGB verlangt aber begriffsnotwendig zudem einen **äußeren Vorgang**, der diesen inneren Vorgang öffentlich macht und auch die Arbeitnehmer erfasst, die erst nach einer eventuell im Betrieb bekannt gemachten Berufung des kündigenden Mitarbeiters in eine mit dem Kündigungsrecht verbundene Funktion eingestellt worden sind.

Denn das In-Kennntnis-Setzen muss ungeachtet der fehlenden Formbedürftigkeit stets ein gleichwertiger Ersatz für die mangelnde Vorlage einer „Vollmachtsurkunde“ sein.

**hemmer-Methode: Eine direkte Kundgabe der „Bevollmächtigung“ und der Person des „Bevollmächtigten“ durch den „Vollmachtgeber“ selbst ist nur bei entsprechender Publizität des Handelsregisters entbehrlich, an der es bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gerade fehlt (vgl. dazu den Problemaufriss).**

#### bb) Prüfung im konkreten Fall

Im vorliegenden Fall haben die Gesellschafter B und C dem A im Gesellschaftsvertrag die alleinige Vertretungsmacht übertragen und ihn damit gleichsam in die Stellung eines allein geschäftsführenden Gesellschafters „berufen“.

Doch fehlt es an einer Kundgabe dieses zunächst rein internen „Bestellungsakts“ gegenüber dem AN durch die „Vollmachtgeberin“, also durch alle drei Gesellschafter der AG-GbR.

Ein solches In-Kennntnis-Setzen des AN von der gesellschaftsvertraglichen Alleinvertreterstellung des A ist auch durch die Übergabe des Arbeitsvertrages an AN nicht erfolgt, da dies ebenfalls allein durch A erfolgte und nicht durch die von A, B und C zu vertretende GbR.

Vereinzelt wird zwar vertreten, dass in teleologischer Auslegung von § 174 S. 2 BGB eine Zurückweisung auch ausgeschlossen ist, wenn der Erklärungsempfänger vernünftigerweise nicht an der Vertretungsmacht des Handelnden zweifeln durfte.<sup>12</sup>

10 BAG, ArbR 2013, 209 = jurisbyhemmer.

11 BAG, NZA 2016, 102 ff. = jurisbyhemmer.

12 So Häublein NJW 2002, 1398 ff.

Das BAG lässt im vorliegenden Fall dahinstehen, ob für eine derartige Ausnahme angesichts des entgegenstehenden Gesetzeswortlauts Raum ist, da keine erforderliche Klarheit einer „Bevollmächtigung“ des Gesellschafters A betreffend der Kündigung des Arbeitsvertrages mit AN bestanden hat. Aus dem Umstand, dass der Arbeitsvertragsentwurf von A ausgehändigt wurde, war für AN nicht zuverlässig ersichtlich, dass der Vertragsentwurf „mit Wissen“ aller Gesellschafter der AG-GbR gestaltet worden war.

Selbst wenn der Gesellschafter A bevollmächtigt war, Arbeitsverträge im Namen der AG-GbR abzuschließen, konnte AN hieraus noch nicht auf dessen Befugnis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses schließen.

**Ergebnis:** Die Zurückweisung der Kündigung war daher nicht in analoger Anwendung von § 174 S. 2 BGB ausgeschlossen.

#### 4. Ausschluss der Zurückweisung nach § 242 BGB

Das Zurückweisungsrecht könnte aber nach § 242 BGB ausgeschlossen gewesen sein.

Die Zurückweisung ist gemäß § 242 BGB unzulässig, wenn der Kündigungsempfänger den Vertreter in der bestehenden Geschäftsverbindung auch ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde wiederholt als solchen anerkannt hat, solange kein begründeter Zweifel am Bestehen der Vollmacht aufgetreten und deshalb ein Vertrauenstatbestand für den Kündigenden entstanden ist, aufgrund dessen er von der Vorlage einer „Vollmachtsurkunde“ abgesehen hat.<sup>13</sup>

AN hat aber vor der Kündigung keinen Vertrauenstatbestand für die AG-GbR begründet, dass er von einer Alleinvertretungsmacht oder doch einer alleinigen Kündigungsbefugnis des Gesellschafters A ausgeht.

Es kommt nicht darauf an, ob der Gesellschafter A nach den gegebenen Umständen eine Anscheinsvollmacht für die AG-GbR hatte. Hieraus würde nämlich kein Ausschluss des Zurückweisungsrechts des AN folgen. Die gewohnheitsrechtlich anerkannte Figur der Anscheinsvollmacht dient ausschließlich dem Schutz des Erklärungsempfängers. In dessen Interesse liegt aber ein Ausschluss des Rechts, ihn belastende einseitige Rechtsgeschäfte zurückzuweisen, gerade nicht.

Im Übrigen setzt die Annahme einer Anscheinsvollmacht voraus, dass der Erklärungsempfänger auf den erzeugten Rechtsschein einer Vertretungsmacht vertraut. Dies hat AN vorliegend gerade nicht getan.

**Ergebnis:** Der Kündigung ist daher in analoger Anwendung von § 174 S. 1 BGB unwirksam.

### III. Endergebnis

Die Kündigungsschutzklage des AN ist begründet.

## D) Kommentar

**(mty).** Das Urteil des BAG ist sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis absolut überzeugend.

Der Anwendungsbereich des § 174 BGB außerhalb der Bevollmächtigung ist daher auf Fälle der organschaftlichen Gesamtvertretungsmacht beschränkt, bei welcher einer einzelnen Person in Ausnahme hierzu Einzelvertretungsbefugnis erteilt wurde und dies nicht aus dem Handelsregister ersichtlich ist.

Faktisch kommt daher nur die GbR als Anknüpfungspunkt für eine analoge Anwendung des § 174 BGB in Betracht.

Die Examensrelevanz der Entscheidung des BAG ist daher sehr hoch!

## E) Wiederholungsfrage

### • Wie sind § 180 S. 1 BGB und § 174 S. 1 BGB voneinander abzugrenzen?

§ 180 BGB erfasst die Fälle, in denen keine Vollmacht bestand, § 174 BGB hingegen setzt eine wirksame Bevollmächtigung voraus, die nur nicht ausreichend nachgewiesen wird.

- **Wann ist eine Kündigung nach § 174 S. 1 BGB unwirksam?**

Nach § 174 S. 1 BGB ist eine Kündigung unabhängig vom Bestehen einer Vollmacht unwirksam, wenn

- der Vertreter keine Vollmachtsurkunde im Original vorlegt,
- der Gekündigte vom Vollmachtgeber nicht von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt wurde (§ 174 S. 2 BGB) und
- der Gekündigte die Kündigung aus diesem Grund unverzüglich zurückweist.

## **F) Zur Vertiefung**

### **Stellvertretung bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses**

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 95 ff.