

anspruchs des Bekl. zu 3 gegen die Streithelferin führen könnte, dessen Abtretung der Bekl. zu 3 der Kl. bereits vorgerichtlich angeboten hat. Der voraussichtliche Vollstreckungserfolg ist für die Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses einer Klage im Erkenntnisverfahren ohne Belang. Mit der Klage begehrt die Kl. von dem Bekl. zu 3 die Zahlung des nach ihrer Auffassung von dem Bekl. zu 3 geschuldeten Honorars. Der Bekl. zu 3 hat die Zahlung des Honorars verweigert. Bereits dies begründet das Rechtsschutzbedürfnis der Klage.

3. Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, weil das Berufungsgericht hinsichtlich der Frage des Inhalts und der Erforderlichkeit der mit der Kl. vereinbarten Beratungstätigkeit und der weiteren Grundlagen einer Haftung der Bekl. zu 1 und 2 entsprechend § 179 BGB – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen hat und die Sache daher nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). 52

Anmerkung (1): I. 1. Der 3. Senat des BGH hatte darüber zu befinden, ob ein Betriebsratsvorsitzender und seine Stellvertreterin, die als Vertreter des Betriebsrats mit einem Unternehmen eine Beratung vereinbarten, gegenüber dem Beratungsunternehmen haften; zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats gemäß § 111 BetrVG war die Beratung nicht erforderlich. Der Betriebsratsvorsitzende und seine Stellvertreterin führten mit der Beauftragung des Unternehmens einen entsprechenden Beschluss des Betriebsrats in dessen Namen aus.

2. Der 3. Senat des BGH befürwortete die Haftung analog § 179 BGB. Allerdings könne sie nach § 179 Abs. 2 und 3 BGB beschränkt oder ausgeschlossen sein. Der Inanspruchnahme des Betriebsrats selbst als Vertragspartner stehe dessen fehlende Rechtsfähigkeit entgegen. Er habe nämlich keinen Kostenerstattungs- oder Freistellungsanspruch nach § 40 Abs. 1 BetrVG, und das „rechtliche Können“ sei durch das ... „vermögensmäßige Können“ begrenzt (BGH 25. 10. 2012 – III ZR 266/11 – NJW 2013, 464, 467 = EzA BetrVG 2001 § 40 Nr. 24). Das Risiko, dass der Betriebsrat als Vertragspartei fehle, wird dem Betriebsratsvorsitzenden und seiner Stellvertreterin mit der Folge ihrer Haftung zugewiesen, wenn sie namens des Betriebsrats kontrahieren. Im Ergebnis und in wesentlichen Teilen begegnet das Urteil Bedenken.

II. 1. Die Haftung nach § 179 BGB ist ein besonderer gesetzlich geregelter Tatbestand der culpa in contrahendo (RG 21. 10. 1881 – IVa 644/80 – RGZ 6, 258, 260), bei dem ein Dritter in das vorver-

tragliche Schuldverhältnis einbezogen wird. Die Bestimmung wurde dem Handels- und Wechselrecht entnommen. Art. 55 Abs. 1 ADHGB lautete: „Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter schließt, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluß eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen“. Art. 95 ADWO: „Wer eine Wechselklärung als Bevollmächtigter eines Anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre.“ Dem Vertreter wird das Risiko zugewiesen, dass ihm die Vertretungsmacht fehlt, weil er – wie das RG (7. 5. 1885 – III 31/95 – RGZ 35, 145, 146) annahm – die „stillschweigende Garantie dafür ausspricht und übernimmt, daß sein Auftreten ein berechtigtes sei“. Das bedeutet im Grunde: „... selbst die größte Umsicht befreit den Vertreter nicht, wenn sie sich faktisch als unzulänglich erwiesen hat“ (Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 1903, S. 184). Die Unwahrheit der Behauptung des Vertreters, er sei zur Vertretung berechtigt, löst eine strenge verschuldensunabhängige (Erfolgs-)Haftung selbst eines Vertreters aus, der in gutem Glauben handelt (vgl. RG 7. 5. 1895 – III 31/95 – RGZ 35, 145, 146; 27. 5. 1905 – I 665/04 – RGZ 60, 344, 345). Der historische Hintergrund dieser strengen Haftung ist zu bedenken, wenn die Haftung ausgedehnt werden soll. Die Haftung nach § 179 BGB auf andere Behauptungen zu erweitern, lässt sich mit dem Prinzip der Culpa-Haftung schwerlich in Einklang bringen, welches das BGB beherrscht. Grundlage der Haftung nach § 179 BGB ist der Gedanke des Vertrauensschutzes im Rechtsverkehr. Es geht aber nicht um den Schutz jedweden durch einen Mittelsmann hervorgerufenen Vertrauens, sondern allein um das Vertrauen, welches durch die Behauptung des Vertreters geschaffen wird, er sei zur Vertretung berechtigt und der Vertrag scheitere nicht daran, dass der Vertretene nicht selbst handle. § 179 BGB begründet keine allgemeine Garantiehaftung für unrichtige Erklärungen eines Mittelsmanns und enthält schon gar keine Haftung für Fälle, in denen das Vertrauen eines Kontrahenten auf das Zustandekommen eines Vertrags enttäuscht wird und dieser dadurch einen Schaden erleidet.

2. Der Regelungsplan des Gesetzgebers setzt nicht nur voraus, dass ein Vertretener existiert, sondern auch dass der Vertrag, den der Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen hat, gemäß § 177 BGB (wie nach § 108 BGB) durch Genehmigung wirksam werden kann. Der Vertretene soll darüber entscheiden können, ob das Geschäft gelten soll. Der Kontrahent kann ihm gegenüber das Geschäft nach § 178 BGB widerrufen. § 179 BGB soll dem Vertragspartner diejenige Rechtsposition verschaffen, die er bei einem

Vertragsabschluss mit dem Vertretenen gehabt hätte. Die Haftung des Vertreters ist subsidiär oder eventuell: „... in erster Linie haftet der Vertretene, gleichsam als Substitut der Vertreter“ (*Schlossmann*, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, 1902, S. 393). Der gesetzliche Tatbestand ist dagegen nicht erfüllt, wenn es an einer Stellvertretung mangelt, weil es weder einen Vertretenen, dadurch auch keinen Vertreter, noch ein genehmigungsfähiges Geschäft und damit auch keine potentielle Rechtsposition auf Seiten des Kontrahenten gibt. In diesem Fall scheidet der Vertragsschluss daran, dass eine Vertragspartei fehlt, welche der Vertretung fähig ist (*Hupka*, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 1903, S. 174), nicht am Fehlen der Vertretungsmacht. Diese Lage erfassen eigens § 11 Abs. 2 GmbHG und § 41 Abs. 1 S. 2 AktG. Für eine solche Fallgestaltung sollte man auf den allgemeinen Tatbestand der Haftung für culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 und 3 BGB) zurückgreifen: Der Mittelsmann (Schein-Vertreter) hat die Existenz eines angeblichen Vertretenen und damit einer Vertragspartei behauptet und das Vertrauen des Kontrahenten enttäuscht, mit dieser könne ein Vertrag geschlossen werden. Freilich setzt § 311 Abs. 3 S. 3 BGB voraus, dass der „Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluß erheblich beeinflusst“ – etwa indem er eine Garantie übernimmt. So hatte es sich in einem Fall zugetragen, über den das OLG München (L 365/31 II – 8. 10. 1931 – Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1932, Nr. 11, S. 183) zu entscheiden hatte. Aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt sich außerdem, dass der Mittelsmann die wahrheitswidrige Behauptung zu vertreten haben muss. Unrichtige Behauptungen eines Mittelsmanns führen demnach nicht stets, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen zu seiner Haftung. Somit handelt es sich regelmäßig um eine Culpa-Haftung (§ 276 Abs. 1 BGB), bei der sich Besonderheiten der Betriebsverfassung (*Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990, S. 244–252) und ein etwaiges Mitverschulden (§ 254 Abs. 1 BGB) berücksichtigen lassen.

3. Die Analogie zu § 179 BGB ist zweifelhaft, weil es im Hinblick auf § 280 Abs. 1 iVm. § 311 Abs. 2 und 3 BGB an einer Gesetzeslücke fehlt. Solange es diese Bestimmungen nicht gab, lag die Annahme einer Regelungslücke nicht allzu fern. Der erkennende Senat hat die Analogie nicht begründet, sondern verweist nur auf ältere Entscheidungen, in denen sich aber ebenfalls kaum Argumente finden lassen. Es hätte auch das Urteil des OLG München (aaO) heranziehen können, das ebenfalls die Haftung eines Betriebsratsvorsitzenden gemäß § 179 BGB bejahte. In der Entscheidung vom 8. 7. 1974 (II ZR 180/72 – BGHZ 63, 45, 48f. = NJW

1974, 1905) ging es um die Haftung von Gründern einer nicht zur Entstehung gelangten GmbH & Co. KG, in der Entscheidung vom 20. 10. 1988 (VII ZR 219/87 – BGHZ 105, 283 = NJW 1989, 894) um die Haftung eines Treuhänders einer noch zu gründenden Bauherrengemeinschaft für den Abschluss eines Vertrags (vgl. auch BAG 12. 7. 2006 – 5 AZR 613/05 – AP AktG § 41 Nr. 2). Der BGH nahm in der Entscheidung vom 21. 7. 2005 (IX ZR 193/01 – NJW-RR 2005, 1585) die Haftung eines Vertreters für eine nicht zu bestimmende oder möglicherweise gar nicht existente Person an. Den ersten beiden Fällen war gemeinsam, dass der Vertretene als Person hätte entstehen können und der Vertreter haftete, weil er das Risiko der Gründung trug. Nach der zuletzt genannten Entscheidung soll § 179 Abs. 1 BGB entsprechend gelten, wenn der Vertreter einen Vertrag namens einer nicht, noch nicht oder nicht mehr existierenden Person geschlossen hat. In den vom BGH in Bezug genommenen Fällen ging es um das enttäuschte Vertrauen des Kontrahenten in die (fehlende) Vertretungsmacht und damit in das (unterbliebene) Zustandekommen des avisierten Vertretergeschäfts, weil der „Vertretene“ noch nicht, nicht oder nicht mehr existierte und der „Vertreter“ folglich ohne Rechtsmacht handelte, davon aber hätte wissen können oder gar müssen (§ 179 Abs. 1 oder 2 BGB analog). Die Analogie „überwindet“ in diesen Fällen die fehlende/nicht existierende Vertreterperson und die demzufolge fehlende Rechtsmacht, auf die der Dritte aber vertrauen konnte, weil dieser von den internen Angelegenheiten bzw. Fragen um die Existenz der Vertreterperson keine Ahnung zu haben braucht. Die BGH-Rechtsprechung geht auf das RG zurück: In dem vom BGH herangezogenen Urteil des RG vom 16. 12. 1922 (V 21/22 – RGZ 106, 68, 71) wurde zwar die analoge Anwendung von § 179 BGB befürwortet, wenn die angeblich vertretene Person nicht existiert. Es war freilich nur ein obiter dictum; denn ein solcher Fall lag dem RG nicht zur Entscheidung vor (16. 12. 1922 – V 21/22 – aaO S. 74). Vielmehr ging es darum, dass „die vertretene Person existiert, aber zum Abschlusse eines derartigen Geschäfts, wie es in ihrem Namen vorgenommen, rechtlich nicht befähigt ist“. In der Entscheidung des RG vom 30. 4. 1909 (VII 336/08 – Recht, 1909 Nr. 1841) hielt das Gericht es für „nicht ausgeschlossen, daß unter den besonderen Umständen des Falles das Verkehrsinteresse in folgerichtiger Durchführung des im § 179 zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedankens eine analoge Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung auch im Falle des Nichtbestehens der angeblich vertretenen Person fordert.“ Das OLG Celle (17. 3. 1909 – 4 U 360/08 – SeuffArch. Bd. 64, 219f.) lehnte dagegen eine solche Haftung ab. Der BGH schafft durch die analoge Anwendung von § 179 BGB eine allgemeine Handelndenhaftung (vgl. § 11 Abs. 2 GmbHG und § 41 Abs. 1 S. 2 AktG) und unterwirft dieser einen Betriebsratsvorsitzenden. Diesen wie den Gründer einer Kapitalgesellschaft zu behandeln, löst nicht nur im Hinblick auf die Ehren-

amtlichkeit des Betriebsrats zumindest Zweifel aus. Vom BGH war zu erwarten, wenigstens die vom RG vorausgesetzten besonderen Umstände des Falls hervorzuheben, besser aber die Analogie zu begründen, um seiner Konstruktion ein stabiles Fundament zu verschaffen. Dazu gehört es nachzuweisen, dass bei dem nicht geregelten Sachverhalt die gleiche Interessenlage gegeben ist und daher die der Norm zugrundeliegende Wertung ebenfalls zutrifft. Die Begründung ist nicht zuletzt deshalb gefordert, weil die Ausdehnung der enumerativ kodifizierten verschuldensunabhängigen Haftung durch Analogie restriktiv erfolgen muss (Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2011, Rn. 933; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 1996, Rn. 652f.; BGH 15. 10. 1970 – III ZR 169/67 – BGHZ 54, 332 = NJW 1971, 32).

3. a) § 179 BGB hat nicht den Sinn, die Vermögenslosigkeit des Vertretenen zu überwinden, wie schon Schlossmann (aaO, 397f.) festgestellt hat. Hat der Betriebsrat keinen Kostenerstattungsanspruch gegen den Arbeitgeber, weil die Beratung nicht erforderlich ist, ist er vermögenslos. Am telos von § 179 BGB müsste die Analogie scheitern.

b) Doch der erkennende Senat spricht in dieser Lage dem Betriebsrat die Rechtsfähigkeit ab und eröffnet sich so den Weg, auf die wiedergegebene Rechtsprechung zurückgreifen und den Betriebsratsvorsitzenden haftbar machen zu können. Dem Betriebsrat fehle die Rechtsfähigkeit nicht erst, wenn der Gegenstand des geschlossenen Vertrags nicht mehr innerhalb des gesetzlichen Aufgabenkreises des Betriebsrats liege, sondern „bereits dann, wenn und soweit die vereinbarte Beratung in ihrer konkreten Ausgestaltung für die Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats im Einzelfall nicht erforderlich ist und ihr daher kein korrespondierender Erstattungs- oder Freistellungsanspruch ... aus § 40 I BetrVG gegenübersteht.“ Diese Annahme ist bemerkenswert. Der erkennende Senat meint mit dem vermögensmäßigen Können die Vermögensfähigkeit. Doch diese setzt die Rechtsfähigkeit voraus und nicht umgekehrt. Die Vermögensfähigkeit ist (zwar wesentlicher, aber nicht notwendiger) Bestandteil der Rechtsfähigkeit, wie sich bei den Organen der Aktiengesellschaft zeigt. Der Senat will dagegen von der Vermögensfähigkeit auf die Rechtsfähigkeit schließen. Wer nichts hat oder haben kann, ist kein Rechtssubjekt. Die (Teil-)Rechtsfähigkeit des Betriebsrats lässt sich nicht nach dem Bestehen eines Erstattungs- oder Freistellungsanspruchs aus § 40 Abs. 1 BetrVG bestimmen. Soll die (Teil-)Rechtsfähigkeit dem Betriebsrat auch fehlen, wenn er gegenüber dem Arbeitgeber einen Erstattungs- oder Freistellungsanspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG geltend macht, der unverhältnismäßig ist? Oder fehlt dem Betriebsrat nur der Anspruch? Oder soll zwischen Innen- und Außenrechtsfähigkeit differenziert werden?

c) Die Rechtsfähigkeit wird von der Rechtsordnung unabhängig von Anerkennung konkreter Rechtsgeschäfte bestimmt; sie geht über die Vornahme wirksamer und erfüllbarer Rechtsgeschäfte hinaus. Ein Rechtsgeschäft mag nichtig sein. Die Rechtsfähigkeit des oder der Beteiligten bleibt von den Wirksamkeitsmängeln des Rechtsgeschäfts aber unberührt. Die Rechtsfähigkeit ist abstrakt typisierend zu bestimmen, aber nicht im Hinblick auf konkrete Rechtsgeschäfte. Das deutsche Recht folgt bei juristischen Personen auch nicht der Verknüpfung der Rechtsfähigkeit mit dem Gegenstand oder Zweck der Korporation (*Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 84), sondern hat den Wirkungsbereich der Rechtsfähigkeit erheblich erweitert. Die Ultra-Vires-Lehre im anglo-amerikanischen Rechtskreis hat sich im Interesse des Verkehrsschutzes nicht durchgesetzt. Aber eben diese zieht der erkennende Senat heran, um die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats zu begrenzen.

d) Die Grenze der Rechtsfähigkeit des Betriebsrats wird durch seine funktionelle Zuständigkeit nach dem BetrVG bestimmt. Seine Mitglieder bilden ein zu einer rechtlichen Einheit zusammengefasstes Kollegium (*Belling* aaO, S. 222), vergleichbar den Selbstverwaltungsorganen der Sozialversicherung oder dem Vorstand oder Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, denen verschiedentlich ebenfalls Teilrechtsfähigkeit beigemessen wird (*Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288, 294, 303; *Bork*, ZGR 1989, 1, 13f.). Die funktionelle Zuständigkeit umfasst die Inanspruchnahme externer Beratung. Wie auch der erkennende Senat annimmt, ist der Betriebsrat daher befähigt, Beratungsverträge abzuschließen, und haftet dem Kontrahenten. Dem Senat ist beizupflichten, wenn er ausführt, der Betriebsrat könne „mit externen Beratern im eigenen Namen wirksam Verträge schließen, aus denen er selbst berechtigt und verpflichtet wird, sofern sich diese Verträge im Rahmen des ihm gesetzlich übertragenen Wirkungskreises bewegen“. Aus dieser Vertragsbeziehung werden die Betriebsratsmitglieder aber nicht persönlich verpflichtet. Denn Vertragspartner ist der Betriebsrat. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, wenn es ausführt, eine „persönliche Einstandspflicht der Mitglieder des Betriebsrats für die von diesem im Rahmen seines gesetzlichen Wirkungskreises begründeten Verbindlichkeiten sei weder dem Betriebsverfassungsgesetz zu entnehmen noch ergebe sich eine solche aus gesellschafts- oder vereinsrechtlichen Grundsätzen.“ Auch der erkennende Senat verneint die Haftung der Betriebsratsmitglieder. Ist der Betriebsrat vermögenslos, weil er keinen Erstattungs- oder Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat, geht der Kontrahent leer aus. Das ist sein Risiko – wie auch das Berufungsgericht angenommen hat. Das Zahlungsrisiko wird den Kontrahenten veranlassen, sorgfältig zu prüfen, ob der Betriebsrat einen Anspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG hat und in welchem Umfang er zahlungsfähig ist. Dieses Risiko – eingeschränkt nur durch § 179 Abs. 2 und 3 BGB – dagegen dem Betriebsratsvorsitzenden

aufzuerlegen, ist nicht angebracht. Unter den Umständen des entschiedenen Falls hätte er ablehnen müssen, den Beschluss des Betriebsrats auszuführen, dem er vorsteht. Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung ist dem Betriebsratsvorsitzenden zur Vermeidung seiner Haftung zu empfehlen, vorsorglich den Kontrahenten darauf hinzuweisen, dass der Betriebsrat zum Vertragsschluss nur befähigt sei, wenn ihm ein Anspruch nach § 40 Abs. 1 BetrVG zustehe.

III. Als Ergebnis ist festzuhalten: Der Betriebsratsvorsitzende sollte – wie gezeigt – ausnahmsweise nur haften, wenn er für die Leistungsfähigkeit des Betriebsrats in besonderem Maße Vertrauen in Anspruch genommen und einen Pflichtverstoß zu vertreten hat (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 und 3 BGB).

Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M. C. L. (U. of Ill.),
Potsdam, Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht