

Lösungshinweise

Teil 1:

Die Kündigung ist wirksam, wenn sie ordnungsgemäß erklärt wurde und die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen oder die Wirksamkeit der Kündigung fingiert wird.

I. Kündigungserklärung

Gemäß § 623 BGB bedarf eine Kündigung der Schriftform. Sie muss also gem. § 126 BGB eigenhändig vom Aussteller unterschrieben sein. Zudem muss eindeutig zum Ausdruck kommen, dass es sich um eine außerordentliche Kündigung handelt (vgl. BAG v. 6.3.1974, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Kündigungserklärung). Die Kündigung wurde laut Sachverhalt schriftlich und fristlos durch P erklärt und ist A auch (sofort) zugegangen.

P war zur Kündigung berechtigt, wenn er innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt hat, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Als Prokurist des G ist er zur Vornahme sämtlicher Rechtshandlungen berechtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, § 49 Abs. 1 HGB. Dazu zählt insbesondere auch die arbeitsrechtliche Vertretung des Unternehmens gegenüber den Mitarbeitern (MüKo-HGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 18).

Fraglich ist, ob sich durch § 51 HGB die eigenhändige Unterschrift nach § 126 BGB auf den Prokurazusatz erweitert. Gem. § 51 HGB hat der Prokurist in der Weise zu unterzeichnen, dass er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatz beifügt. P hat die Kündigung nur mit seinem Nachnamen unterzeichnet. § 51 HGB ist jedoch eine reine Ordnungsvorschrift (MüKo-HGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, § 51 Rn. 1 f.). Die Norm zielt lediglich auf die Erleichterung des Handelsverkehrs und hat keinerlei Auswirkung auf die formelle Wirksamkeit einer Kündigung (Oetker-HGB/Schubert, 7. Aufl. 2021, § 51 Rn. 1, 8). Folglich liegt eine ordnungsgemäße Kündigungserklärung vor.

II. Wirksamkeitsfiktion gem. §§ 4, 7, 13 Abs. 1 S. 2 KSchG

Nach den §§ 7, 4 S. 1 KSchG wird eine Kündigung, gegen die nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht erhoben worden ist, als wirksam angesehen. Dies gilt gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG auch für außerordentliche Kündigungen. A hat noch keine Kündigungsschutzklage erhoben, es ist aber nicht ersichtlich, warum ihm eine rechtzeitige Klageerhebung nicht möglich sein sollte. Die Wirksamkeit der Kündigung wird also (noch) nicht fingiert.

III. Besonderer Kündigungsschutz

Die Anwendbarkeit von besonderen Kündigungsschutzvorschriften kommt bei A nicht in Betracht.

IV. Nichtigkeit der Kündigung gem. § 125 BGB

Die Kündigung könnte aufgrund des fehlenden Prokurazusatzes gem. § 125 BGB nichtig sein. § 51 HGB ist jedoch keine Formvorschrift i.S.v. § 125 S. 1 BGB (Oetker-HGB/Schubert, 7. Aufl. 2021, § 51 HGB Rn. 10), sondern eine reine Ordnungsvorschrift (s.o.), so dass die Kündigung nicht gem. § 125 BGB nichtig ist.

Anmerkung: Da zuvor bereits erwähnt wurde, dass § 51 HGB eine bloße Ordnungsvorschrift ist, muss dieser Prüfungspunkt nicht unbedingt angesprochen werden.

V. Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 BGB

Die Kündigung könnte nach § 174 BGB unwirksam sein. Bei der Kündigung handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die Norm ist mithin anwendbar.

1. Fehlendes Vorlegen der Vollmachtsurkunde

§ 174 BGB ist anwendbar, wenn P seine Bevollmächtigung nicht durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde ordnungsgemäß nachgewiesen hat. Dies ist vorliegend der Fall. P hat laut Sachverhalt keine Vollmachtsurkunde vorgelegt.

2. Unverzügliche Zurückweisung „aus diesem Grund“

A müsste die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückgewiesen haben. A hat die Kündigung gegenüber P zurückgewiesen, weil er der Auffassung war, dieser dürfe ihm ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde nicht kündigen. Die Kündigung erfolgte damit „aus diesem Grund“ i.S.d. des § 174 BGB. Dies müsste auch unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, erfolgt sein. A hat die Kündigung unmittelbar nach deren Ausspruch durch P zurückgewiesen. Damit handelte er jedenfalls unverzüglich.

3. Ausschluss des Zurückweisungsrechts

Das Recht eine Kündigung nach § 174 BGB zurückweisen zu können, könnte jedoch ausgeschlossen gewesen sein.

a) Kenntnis von der Bevollmächtigung

Eine Zurückweisung ist gem. § 174 S. 2 BGB dann ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den Rechtsgeschäftsgegner von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Das „Inkenntnissetzen“ kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent geschehen. Es muss einen gleichwertigen Ersatz für das Vorlegen der Vollmachtsurkunde darstellen (BAG v. 14.04.2011 – 6 AZR 727/09, NZA 2011, 683). Ein konkludentes „Inkenntnissetzen“ liegt u.a. dann vor, wenn der Arbeitgeber einen Mitarbeiter in eine Stellung beruft, mit der das Kündigungsrecht regelmäßig verbunden ist (st. Rspr. des BAG seit BAG v. 30.05.1972 - 2 AZR 298/71, BAGE 24, 273). Das gilt insbesondere bei der Erteilung

einer Prokura (BAG v. 25.09. 2014 – 2 AZR 567/13, NJW 2014, 3595). Die Prokura ermächtigt gem. § 49 Abs. 1 HGB zu allen Arten von außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, folglich auch zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers. Das gilt allerdings nicht bei einem Gesamtprokuristen, der laut Handelsregister nur zusammen mit einem anderen Prokuristen oder einem Geschäftsführer den Arbeitgeber rechtsgeschäftlich vertreten darf (LAG Hamm v. 16.05.2013 - 17 Sa 310/13, BeckRS 2013, 69958). Vorliegend hat G dem P aber eine Einzelprokura erteilt, so dass ein konkludentes „Inkenntnissetzen“ gegeben ist.

b) Kenntnis von der Stellung

A müsste zudem Kenntnis von der Stellung des P als Prokurist gehabt haben. Laut Sachverhalt kannte A den P jedoch nicht einmal. Die Kenntnis könnte aber gem. § 15 Abs. 2 HGB fingiert werden. Liegen die Voraussetzungen dieser Norm vor, ist die Kundgabe der Bevollmächtigung und der Person des Bevollmächtigten durch den Arbeitgeber aufgrund der Publizität des Handelsregisters entbehrlich (BAG v. 14.04.2011 – 6 AZR 727/09, NZA 2011, 683). Bei der Erteilung der Prokura müsste es sich zunächst um eine einzutragende Tatsache i.S.v. § 15 Abs. 1 HGB handeln. Welche Tatsachen eintragungspflichtig sind, wird durch das HGB und Spezialgesetze abschließend bestimmt (MüKo-HGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, § 15, Rn. 29). Gem. § 53 HGB ist die Erteilung der Prokura zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, so dass diese Voraussetzung vorliegt. Zudem müsste die Prokura gem. § 15 Abs. 2 S. 2 HGB im Zeitpunkt der Kündigung bereits länger als 15 Tage im Handelsregister eingetragen gewesen sein und die Eintragung müsste durch das Registergericht i.S.v. § 10 Abs. 1 HGB bekanntgemacht worden sein. P ist im Zeitpunkt der Kündigung bereits seit einem Monat als Prokurist im Handelsregister eingetragen, was laut Sachverhalt auch bekannt gegeben wurde. Die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 HGB liegen damit vor. A muss die Prokura gegen sich gelten lassen und wird damit so behandelt, als ob er ihre Erteilung kennt (BAG v. 11.07.1991 – 2 AZR 107/91, ZIP 1992, 497).

***Anmerkung:** Die hier vorgeschlagene Lösung orientiert sich an der h.M. und der aktuellen Rechtsprechung nach der § 15 HGB im Rahmen des § 174 S. 2 BGB unproblematisch anwendbar ist (s. BAG v. 25.09.2014 – 2 AZR 567/13, NJW 2014, 3595; zuletzt: LAG Hessen v. 09.03.2015 – 16 Sa 843/14, BeckRS 2016, 66233, Linck/Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 123, Rn. 22, a.A.: Lux, in: NZA-RR 2008, 393).*

4. Zwischenergebnis

Die Kündigung ist nicht aufgrund der Zurückweisung durch A unwirksam.

VI. Voraussetzungen des § 626 BGB

Die Voraussetzungen des § 626 BGB müssten gegeben sein. Dies sind das Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 626 Abs. 1 BGB und die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB.

1. Kündigungserklärungsfrist

Nach § 626 Abs. 2 BGB kann eine fristlose Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erklärt werden, nachdem der Kündigungsberechtigte (hier der Arbeitgeber G) von den maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Zwischen der Entdeckung des „Tankkosten-Betruges“ durch G und dem Ausspruch der fristlosen Kündigung vergingen laut Sachverhalt nur einige Tage, also eindeutig weniger als zwei Wochen. G hat die Kündigungserklärungsfrist somit eingehalten.

2. Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB ist eine fristlose Kündigung nur dann möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der es dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile unzumutbar macht, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der entsprechenden Kündigungsfrist fortzusetzen. Die Überprüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des BAG zweistufig: Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Auf der zweiten Stufe ist dann zu fragen, ob im konkreten Einzelfall und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht.

a) „an sich“ wichtiger Grund

Es ist also zunächst fraglich, ob das Verhalten des A als wichtiger Grund „an sich“ tauglich erscheint. A hat eine Tankquittung seiner Frau als seine eigene eingereicht, um von G Kosten erstattet zu bekommen, die bei ihm selbst gar nicht angefallen waren. Ein solches Vermögensdelikt könnte eine erhebliche Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten des A darstellen.

Allerdings hat G, bevor er die Kündigung aussprach, A schon wegen des fraglichen Vorfalls abgemahnt. Eine wirksame Abmahnung könnte der erneuten Verwendung des Sachverhalts als Kündigungsgrund entgegenstehen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (BAG v. 10.11.1988, NZA 1989, 633) stellt die Abmahnung wegen eines bestimmten Verhaltens oder Vorkommnisses einen konkludenten Verzicht auf das Kündigungsrecht wegen des Abmahnungsgegenstandes dar. Durch die Abmahnung mache der Arbeitgeber deutlich, dass er das Arbeitsverhältnis als noch nicht so gestört ansehe, dass ihm eine weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer nicht mehr möglich sei. Es ist daher zu klären, ob die im Gespräch mit A gemachten Äußerungen des G eine wirksame Abmahnung darstellen.

Der Arbeitgeber muss bei einer Abmahnung, damit sie ihre Ankündigungs- und Warnfunktion erfüllen kann, das Fehlverhalten des Arbeitnehmers genau bezeichnen, ihn zur Änderung des Verhaltens auffordern und unmissverständlich darauf hinweisen, dass im Falle der Wiederholung des Verhaltens der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist (BAG v. 18.1.1980, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG

1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Die Einhaltung einer besonderen Form ist für die Wirksamkeit der Abmahnung nicht erforderlich, sie muss jedoch dem Arbeitnehmer zugehen (ErfK/Niemann, 21. Aufl. 2021, § 626 BGB Rn.30). Für A war eindeutig erkennbar, dass G ihn wegen der zu Unrecht geforderten Tankkosten abmahnen wollte. G hat auch mit dem Verlust des Arbeitsplatzes für den Fall einer Wiederholung des Verhaltens gedroht. Die mangelnde Schriftform der Abmahnung ist nicht schädlich, sie ist dem A auch sofort zugegangen. Eine wirksame Abmahnung aufgrund des Tankkostenbetruges liegt also vor.

b) Zwischenergebnis

Das Vorliegen eines „an sich“ wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB muss daher verneint werden.

VII. Ergebnis

Die fristlose Kündigung ist mangels eines wichtigen Grundes gemäß § 626 Abs. 1 BGB unwirksam.

Teil 2:

B könnte gegen G Ansprüche auf Ersatz immaterieller und materieller Schäden haben.

A. Ersatz immaterieller Schäden: Entschädigung für Benachteiligung, § 15 Abs. 2 AGG

B könnte einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG gegenüber G haben. Dazu müssten die Vorschriften des AGG anwendbar sein und B müsste wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe ungerechtfertigt benachteiligt worden sein.

I. Anwendbarkeit des AGG

1. Sachlicher Anwendungsbereich, § 2 AGG

Der sachliche Anwendungsbereich wird durch § 2 AGG bestimmt. Bei der Stellenausschreibung und der Einstellung des X bzw. der Nichteinstellung des B handelt es sich um Bedingungen, einschließlich der Auswahlkriterien, für den Zugang zu unselbstständiger Erwerbstätigkeit. Damit ist der Anwendungsbereich gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG eröffnet.

Anmerkung: Der sachliche Anwendungsbereich des AGG ist sehr weit. Es werden alle Vereinbarungen (z.B. Arbeitsverträge, Aufhebungsverträge) und Maßnahmen (z.B. Weisungen, Kündigungen) im Zusammenhang mit Begründung, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfasst.

2. Persönlicher Anwendungsbereich, § 6 AGG

Den persönlichen Anwendungsbereich regelt § 6 AGG. Zwischen B und G wurde kein Arbeitsverhältnis begründet, sodass B kein Arbeitnehmer ist und damit auch nicht nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1

AGG in den persönlichen Anwendungsbereich fällt. Nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG gelten aber auch Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis als Beschäftigte. B hat sich auf die ausgeschriebene Stelle, mithin ein Beschäftigungsverhältnis, beworben.

Nach § 6 Abs. 2 S. 1 AGG ist Arbeitgeber, wer Personen nach § 6 Abs. 1 AGG beschäftigt. „Arbeitgeber“ eines Bewerbers ist derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet.

Folglich unterfallen sowohl B als auch G dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG.

***Anmerkung:** Auch Bewerber, die für die ausgeschriebene Stelle objektiv ungeeignet sind (was im vorliegenden Fall nicht so ist), unterfallen nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG dem persönlichen Anwendungsbereich. Aufgrund einer Vorlage des BAG hat der EuGH allerdings am 28.07.2016 - C-423/15, NZA 2016, 1014 entschieden, dass eine Person nicht im Sinne der Antidiskriminierungsrichtlinien „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit“ sucht, wenn sie mit ihrer Stellenbewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, nur den formalen Status als Bewerber erlangen möchte. Wenn die nach Unionsrecht erforderlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen, könne das Verhalten als Rechtsmissbrauch bewertet werden. Sogenannte Scheinbewerber fallen damit nicht unter den Schutz der Richtlinien. Das BAG hat im Anschluss an die Vorlage das Erfordernis der subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung im Rahmen des § 6 Abs. 1 S. 2 AGG aufgegeben, so dass den Anspruchsgegnern lediglich der Einwand des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB bleibt. An die Annahme einer Scheinbewerbung stellt das BAG überdies strenge Anforderungen (BAG v. 11.08.2016 – 8 AZR 4/15, NZA 2017, 310).*

3. Zwischenergebnis

Die Regelungen des AGG sind anwendbar.

II. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, § 7 AGG

Für die Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG ist auf die Anspruchsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 AGG zurückzugreifen. Es müsste ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG gegeben sein. In der Nichtberücksichtigung des B für das angestrebte Beschäftigungsverhältnis könnte eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters und damit ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG liegen.

1. Benachteiligungsgrund, § 1 AGG

Es müsste zunächst ein in § 1 AGG genannter Grund vorliegen oder von G als vorliegend angenommen werden. Unter dem Alter ist das biologische Lebensalter zu verstehen. Die Stellenanzeige bezog sich ausdrücklich auf Personen, deren biologisches Lebensalter zwischen 25 und 35 liegt. B gehört nicht zu dieser Altersgruppe. Damit ist das verpönte Merkmal „Alter“ betroffen.

2. Benachteiligungsform, § 3 AGG

Weiterhin müsste es zu einer Benachteiligung gekommen sein. § 3 AGG unterscheidet u.a. zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Benachteiligung. Vorliegend kommt eine unmittelbare Benachteiligung durch die Nichtberücksichtigung des B in Betracht. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 AGG

liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

a) Unmittelbare Anknüpfung an das verbotene Differenzierungsmerkmal

Bei einer unmittelbaren Benachteiligung knüpft die sich nachteilig auswirkende Maßnahme direkt an das verpönte Merkmal an. Die in der Stellenanzeige gestellte Anforderung, ein biologisches Lebensalter zwischen 25 und 35 Jahren zu haben, knüpft direkt an das Alter der Stellenbewerber an.

b) Weniger günstige Behandlung in vergleichbarer Situation

B müsste einen Nachteil erfahren haben, den eine Vergleichsperson nicht erlitten hat oder erlitten hätte. Nach ständiger Rechtsprechung erfährt ein Bewerber im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens bereits dann einen Nachteil, wenn er nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird. Die ungünstigere Behandlung liegt darin, dass einem Bewerber bereits im Vorfeld der eigentlichen Besetzungsentscheidung die Chance auf Einstellung genommen wird (BAG v. 28.05.2009 - 8 AZR 536/08, Rn. 31, NZA 2009, 1016; BAG v. 25.04.2013 – 8 AZR 287/08, Rn. 32, EzA § 22 AGG Nr. 9). Nachdem sich G die Bewerbungsunterlagen beider Bewerber angeschaut hat, hat er B direkt eine schriftliche Absage erteilt und dessen Bewerbung nicht weiter beachtet. Den Bewerber X hat G dagegen zunächst zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und anschließend für die ausgeschriebene Stelle eingestellt. Er hat B also bereits im Vorfeld der eigentlichen Besetzungsentscheidung die Chance auf Einstellung genommen. Dies stellt eine Zufügung eines objektiven Nachteils dar, unabhängig davon, ob B von G bei „passendem“ Alter eingestellt worden wäre.

Folglich hat B einen objektiven Nachteil erfahren, den der Bewerber X nicht erfahren hat.

*Anmerkung: Nach der früheren Rechtsprechung des BAG lag eine vergleichbare Situation i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG nur bei objektiver Eignung des benachteiligten Bewerbers vor. Dieses Erfordernis der objektiven Eignung hat die neuere Rechtsprechung (BAG v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14, NZA 2016, 1394) aus systematischen Gründen aufgegeben: Nach § 15 Abs. 2 S. 2 AGG ist der Entschädigungsanspruch der Personen, die bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wären, lediglich der Höhe nach begrenzt. Dass ein Bewerber ungeeignet ist, schließt den Entschädigungsanspruch mithin nicht mehr aus. Die objektive Eignung ist von den Bewerber*innen daher nicht mehr zu prüfen.*

c) Kausalität zwischen ungleicher Behandlung und Merkmal

Das biologische Lebensalter des B müsste der Grund für die ungleiche Behandlung sein.

G behauptet, dass das Alter des B nicht der Grund für dessen vorzeitige Aussonderung aus dem Bewerbungsverfahren war. Vielmehr führt er andere Gründe für die Nichtberücksichtigung an. Der Mitbewerber X habe mehr Erfahrung aufzuweisen und die Bewerbung des B sei nicht ansprechend gewesen.

Fraglich ist, ob aufgrund dieser Behauptung die Kausalität zwischen der ungleichen Behandlung und dem Differenzierungsmerkmal abzulehnen ist. Der Kausalzusammenhang ist bereits dann zu bejahen, wenn die ungleiche Behandlung an ein Merkmal anknüpft oder durch das Merkmal motiviert ist (BT-Drs. 16/1780 S. 32). Es reicht aus, wenn das jeweilige Merkmal Bestandteil eines Motivbündels war und die Auswahlentscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es gerade nicht an (BAG v. 25.04.2013 – 8 AZR 287/08, Rn. 34, EzA § 22 AGG Nr. 9).

Entscheidend ist also, ob (auch) das Alter des B ein Grund für G war, ihn nicht einzustellen. Dazu enthält der Sachverhalt keine Aussage, sodass an sich davon auszugehen wäre, dass das Alter des B bei der Auswahl keine Rolle gespielt hat. Etwas anderes könnte sich aber aus § 22 AGG ergeben. Hinsichtlich der inneren Tatsachen, nämlich der Kausalität zwischen ungleicher Behandlung und Merkmal, enthält § 22 AGG eine besondere Beweislastregelung. Demnach genügt es, wenn der Benachteiligte Indizien beweist, die seine Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals vermuten lassen (sog. Vermutungstatsachen). Er muss Tatsachen vortragen, die aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen eines Merkmals erfolgt ist. Der Anspruchsgegner trägt dann die Beweislast dafür, dass gerade keine ungerechtfertigte Benachteiligung vorgelegen hat. Eine entgegen § 11 AGG formulierte Stellenausschreibung begründet die Vermutung, dass der Arbeitgeber bei dem Bewerbungsverfahren gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat (BAG v. 19.08.2010 - 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412). Die von G in der Zeitung veröffentlichte Stellenanzeige war altersdiskriminierend formuliert und stand im Widerspruch zu § 11 AGG. Die Stellenausschreibung ist ein Indiz i.S.d. § 22 AGG, das auf eine altersdiskriminierende Auswahlentscheidung des G schließen lässt. Daher trägt G nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass bei der Nichtberücksichtigung des B eine Benachteiligung wegen des Alters nicht vorgelegen hat. Er müsste beweisen, dass die Nichtberücksichtigung nicht auch auf dessen Alter beruht hat. Allein aus der Behauptung des G ergibt sich allerdings nicht, dass ausschließlich die anderen genannten Gründe und eben nicht das Lebensalter des G die Gründe für die vorzeitige Aussonderung des B waren. G kann nicht beweisen, dass in seinem Motivbündel das Alter des B gar keine Rolle gespielt hat und ausschließlich die anderen aufgezählten Gründe zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben.

Die Kausalität zwischen der Nichtberücksichtigung des B und dessen Lebensalter ist zu bejahen.

d) Zwischenergebnis

Es liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor.

3. Keine Rechtfertigung der Benachteiligung

Das AGG bietet mit § 8 AGG einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund, der für alle verbotenen Differenzierungsmerkmale gilt. § 9 AGG enthält darüber hinaus einen Grund, der allein eine Benachteiligung wegen der Religion oder der Weltanschauung rechtfertigen kann. In § 10 AGG sind Gründe genannt, die eine Benachteiligung wegen des Alters rechtfertigen können.

Es liegen keine Sachverhaltsangaben vor, die die Benachteiligung des B rechtfertigen könnten.

4. Zwischenergebnis

Durch die Nichtberücksichtigung des B liegt ein nicht gerechtfertigter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG vor.

III. Fristgerechte Geltendmachung des Anspruchs, § 15 Abs. 4 AGG und § 61b ArbGG

Nach § 15 Abs. 4 S. 1 AGG müsste B seinen Anspruch auf Entschädigung innerhalb einer Frist von zwei Monaten bei G schriftlich geltend machen. § 15 Abs. 4 S. 2 AGG regelt den Fristbeginn. Nach dem Wortlaut beginnt die Frist im Falle einer Bewerbung bereits mit dem Zugang der Ablehnung. Die Norm ist allerdings unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass die Frist auch im Falle einer Bewerbung erst zu dem Zeitpunkt beginnt, zu dem der Benachteiligte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt (BAG v. 21.06.2012 – 8 AZR 188/11, Rn. 38, NZA 2012, 1211, 1214; ErfK/*Schlachter*, 21. Aufl. 2021, § 15 AGG Rn. 16a, 18).

Durch die schriftliche Absage wusste B, dass seine Bewerbung keine Berücksichtigung für das ausgeschriebene Beschäftigungsverhältnis gefunden hat oder finden wird. Bereits in dieser Nichtberücksichtigung ist die Benachteiligung zu sehen. Zu diesem Zeitpunkt hatte B auch schon Kenntnis von der altersdiskriminierenden Stellenausschreibung. Er hatte demnach beim Zugang der Absage nicht nur Kenntnis von der Benachteiligung als solcher (also von der Nichtberücksichtigung), sondern auch von den Indizien, die auf eine Benachteiligung wegen des Alters schließen lassen (also von der altersdiskriminierende Stellenausschreibung). Die Frist hat daher auch bei unionsrechtskonformer Auslegung des § 15 Abs. 4 S. 2 AGG bereits mit dem Zugang der schriftlichen Absage begonnen.

B hat G bereits zwei Tage nach Erhalt der Absage schriftlich dazu aufgefordert, ihm „eine Art Entschädigung für das diskriminierende Verhalten“ zu zahlen. Damit hat er den Anspruch fristgerecht geltend gemacht. G hat den Anspruch zurückgewiesen. B muss, um den Anspruch nicht zu verlieren, innerhalb von drei Monaten, nachdem er den Anspruch bei G geltend gemacht hat, Klage erheben, § 61b Abs. 1 ArbGG. Andernfalls erlischt der Anspruch (ErfK/*Koch*, 21. Aufl. 2021, § 61b ArbGG Rn. 2).

Anmerkung: In einer Entscheidung hat das BAG sogar die Einhaltung der (weniger strengen) Textform nach § 126b BGB für die schriftliche Geltendmachung genügen lassen. Bei der Geltendmachung nach § 15 Abs. 4

AGG handele es sich um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, für die das Schriftformerfordernis des § 126 BGB nicht gelte (BAG v. 19.08.2010, 8 AZR 530/09, Rn. 42-47).

IV. Rechtsfolge: Umfang der Entschädigung

Nach § 15 Abs. 2 S. 1 AGG kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Welcher Geldbetrag angemessen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Bei der Bestimmung der genauen Höhe sind etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalles zu berücksichtigen. Ferner ist auch der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, sodass die Höhe auch danach zu bemessen wäre, was zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung erforderlich ist (BAG v. 23.08.2012 - 8 AZR 285/11, Rn. 38, NZA 2013, 37, 40). Nach § 15 Abs. 2 S. 2 AGG darf die Höhe der Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

Es kann nicht festgestellt werden, ob B oder X die beste fachliche Qualifizierung für die ausgeschriebene Stelle hat. Daher kann auch nicht ermittelt werden, ob B bei benachteiligungsfreier Auswahl tatsächlich für das ausgeschriebene Beschäftigungsverhältnis eingestellt worden wäre. Möglicherweise hätte sich auch in einem benachteiligungsfreien Auswahlverfahren der Mitbewerber X durchgesetzt. Fraglich ist, zu wessen Lasten diese Unklarheit geht.

Ist ein Entschädigungsanspruch gem. § 15 Abs. 2 S. 1 AGG dem Grunde nach gegeben, hat der Arbeitgeber die für ihn günstigere Tatsache zu beweisen, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre und damit die in § 15 Abs. 2 S. 2 AGG festgelegte Höchstgrenze für die Entschädigung zum Tragen kommt. Durch § 15 Abs. 2 S. 2 AGG wird von dem in § 15 Abs. 2 S. 1 AGG aufgestellten Grundsatz, dass die Höhe der Entschädigung nur durch das Kriterium der Angemessenheit begrenzt wird, eine Ausnahme zugunsten des Arbeitgebers geschaffen (BAG v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412, 1416, Rn. 67, m.w.N.).

Demnach hat B einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, dessen Höhe nicht begrenzt ist.

V. Ergebnis

B hat gegen G einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG.

B. Ersatz materieller Schäden: Schadensersatz wegen Benachteiligung, § 15 Abs. 1 AGG

I. Anwendbarkeit des AGG

Das AGG ist in sachlicher und persönlicher Hinsicht anwendbar.

II. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

In der Nichtberücksichtigung des B für das ausgeschriebene Beschäftigungsverhältnis ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG zu sehen.

III. Vertretenmüssen, § 15 Abs. 1 S. 2 AGG

G müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben, § 15 Abs. 1 S. 2 AGG. Dies wird vermutet. Es ist umstritten, ob das Verschuldenserfordernis mit dem europäischen Recht vereinbar ist oder ob der Gesetzgeber die Haftung verschuldensunabhängig regeln müsste (vgl. *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 335 f.). Dieser Streit kann aber dahinstehen, da G schuldhaft gehandelt hat. Die notwendige Pflichtverletzung ist der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG durch G. G hat B bewusst nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Dabei war ihm das Alter des B bekannt. G handelte daher vorsätzlich und hat die Pflichtverletzung zu vertreten.

IV. Fristgerechte Geltendmachung, § 15 Abs. 4 AGG

B hat G bereits zwei Tage nach Erhalt der Absage schriftlich dazu aufgefordert, ihm das entgangene Arbeitsentgelt und die Portokosten zu erstatten. Damit hat er den Anspruch fristgerecht geltend gemacht.

Anmerkung: Die dreimonatige Klagefrist des § 61b ArbGG gilt beim Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG nicht.

V. Schaden

Sowohl die von B aufgewendeten Portokosten i.H.v. 1,45 € als auch das Arbeitsentgelt, das B erhalten hätte, wenn er für die ausgeschriebene Stelle eingestellt worden wäre, könnten einen Schaden darstellen. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße. Ob eine solche Einbuße eingetreten ist, ist auch im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG nach der Differenzhypothese zu ermitteln. Dies erfolgt durch einen Vergleich zwischen der tatsächlich vorliegenden Situation und derjenigen Situation, wie sie ohne das schädigende Ereignis vorliegen würde.

1. Entgangenes Arbeitsentgelt

Bei einem benachteiligungsfreien Bewerbungsverfahren wäre B möglicherweise für die ausgeschriebene Stelle eingestellt worden. Dann hätte er als Gegenleistung Arbeitsentgelt erhalten, § 611a Abs. 2 BGB. Das wegen der Nichteinstellung entgangene Arbeitsentgelt kommt daher als Vermögenseinbuße und damit als Schaden in Betracht. Im Rahmen eines Zivilprozesses muss allerdings der Kläger grundsätzlich alle anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen. Der benachteiligte Bewerber muss daher beweisen, dass er ohne die Benachteiligung eingestellt worden wäre und ihm daher wegen der Benachteiligung ein Schaden in Form des entgangenen Entgelts entstanden ist. Dies kann er durch das Indiz belegen, der bestgeeignete Bewerber, jedenfalls aber besser als der

tatsächlich eingestellte Bewerber geeignet zu sein (ErfK/*Schlachter*, 21. Aufl. 2021, § 15 AGG Rn. 4).

Es kann nicht festgestellt werden, welcher der beiden Bewerber die beste fachliche Qualifizierung für die ausgeschriebene Stelle hat. B kann nicht beweisen, dass er besser geeignet ist als der tatsächlich eingestellte X. Er kann die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Benachteiligung und dem entgangenen Arbeitsentgelt nicht beweisen.

Folglich kann B das Arbeitsentgelt, das er erhalten hätte, wenn er an Stelle des X eingestellt worden wäre, nicht nach § 15 Abs. 1 AGG ersetzt verlangen.

***Anmerkung:** Von der allgemeinen Beweislastregel macht § 15 Abs. 2 AGG für den Entschädigungsanspruch eine Ausnahme, die für den Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG nicht gilt. Aus der Gesetzesformulierung und der Systematik des § 15 Abs. 2 S. 2 AGG folgt, dass der Arbeitgeber, der gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, darlegen und ggf. beweisen muss, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre und damit die in § 15 Abs. 2 S. 2 AGG geregelte Höchstgrenze für die Entschädigungshöhe zum Tragen kommt. § 15 Abs. 2 S. 2 AGG formuliert nämlich eine Ausnahme vom Grundsatz der Angemessenheit und enthält mithin eine (teilweise) rechtsvernichtende Einwendung, die der Anspruchsgegner darzulegen und zu beweisen hat. Eine dem § 15 Abs. 2 S. 2 AGG vergleichbare Bestimmung enthält § 15 Abs. 1 AGG aber nicht. Dies führt dazu, dass im Rahmen der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 1 AGG den Bewerber die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass er als der am besten geeignete Bewerber bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte (BAG v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412, 1417, Rn. 78).*

2. Portokosten

Bei den Portokosten könnte es sich um einen Schaden handeln. Ein Vergleich zwischen der tatsächlich vorliegenden Vermögenslage des B und der Vermögenslage, die ohne die Benachteiligung des B bestehen würde, ergibt allerdings, dass keine Vermögensminderung vorliegt. B hätte die Portokosten unabhängig von einer späteren Einstellung und dem Ablauf des Bewerbungsverfahrens in jedem Fall aufgewandt. Eine Auffassung lehnt daher die Bewerbungskosten als ersatzfähigen Schaden generell ab. Nach anderer Ansicht sind Bewerbungskosten und sonstige frustrierte Aufwendungen im Rahmen eines diskriminierenden Bewerbungsverfahrens nach § 15 Abs. 1 AGG ersatzfähig (BeckOK ArbR/*Roloff*, Stand: 01.12.2020, § 15 AGG Rn. 4; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, 7. Aufl. 2018, § 5 Rn. 36). Für die zuletzt genannte Ansicht spricht, dass die vom benachteiligten Bewerber getätigten Aufwendungen von vornherein nutzlos und vergeblich sind. Der benachteiligte Bewerber hat wegen des diskriminierenden Bewerbungsverfahrens niemals eine Chance auf Einstellung. Der zweiten Ansicht ist zu folgen.

Bei den von B vergeblich aufgewandten Portokosten i.H.v. 1,45 € handelt es sich um einen Schaden.

VI. Rechtsfolge: Umfang des Schadensersatzes

Die Höhe des Schadensersatzes richtet sich nach den allgemeinen Regelungen der §§ 249 ff. BGB. B kann den Ersatz der Portokosten im Wege der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB verlangen.

VII. Ergebnis

B hat gegen G einen Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens, nämlich auf Erstattung der Portokosten i.H.v. 1,45 € gem. § 15 Abs. 1 AGG.

Endergebnis

B kann von G eine angemessene Entschädigung für die Benachteiligung nach § 15 Abs. 2 AGG, sowie den Ersatz der Portokosten i.H.v. 1,45 € gem. § 15 Abs. 1 AGG verlangen.

Teil 3:

A. Anspruch des V gegen G auf Zahlung von 250 € aus § 433 Abs. 2 BGB

V könnte gegen G einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 250 € aus dem Kaufvertrag i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB haben. Dafür müsste zwischen V und G ein Kaufvertrag durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (§§ 145 ff. BGB) zustande gekommen sein.

I. Angebot des V, § 145 BGB

Das Einstellen des Mountainbikes auf der Internetauktionsplattform könnte ein Angebot i.S.d. § 145 BGB sein. Erforderlich ist jedoch eine Abgrenzung zu einer invitatio ad offerendum verbunden mit einer antizipierten Annahme des Höchstgebots. Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein Rechtsbindungswille besteht, §§ 133, 157 BGB. In diesen Konstellationen gibt es nur einen Höchstbietenden, so dass ein Warenkapazitätsproblem nicht besteht. Ein Rechtsbindungswille besteht bereits beim Einstellen der Ware.

Fraglich ist allerdings, ob alle Hauptpunkte des Vertrages (essentialia negotii) hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind. Zwar ist das Angebot an eine Vielzahl von Personen gerichtet (offerta ad incertas personas), der Vertragspartner steht aber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fest. Zudem ist als Kaufpreis das Höchstgebot festgelegt, so dass auch die Gegenleistung hinreichend bestimmbar ist. Das Einstellen des Fahrrads ist ein Angebot des V.

II. Annahme des G

Das Angebot des V könnte G durch die Abgabe des Höchstgebots angenommen haben. Der Vertragsschluss könnte jedoch gemäß § 156 S. 1 BGB von einem Zuschlag abhängen. Dafür müsste es sich bei dem Verkauf über die Internetplattform um eine Versteigerung i.S.d. § 156 BGB handeln. Auktionen über eine Internetplattform werden jedoch nicht durch den Zuschlag des Auktionators,

sondern durch Ablauf der Bieterfrist beendet (MüKo-BGB/*Busche*, 8. Aufl. 2018, § 156 Rn. 3). Es handelt sich mithin nicht um einen Anwendungsfall des § 156 BGB.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass G bei der Abgabe des Höchstgebots das Benutzerkonto des B verwendet hat (sog. Handeln unter fremdem Namen). Bei der Ermittlung des Vertragspartners ist entscheidend, wie der Erklärungsempfänger das Verhalten des Handelnden verstehen durfte. Es erfolgt mithin eine Auslegung der Willenserklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont. Zu beachten ist bei der Auslegung insbesondere, welche Bedeutung der vom Handelnden verwendete Name für den Erklärungsempfänger hat (Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack/*Stoffels*, BGB, 4. Aufl. 2021, § 164 Rn. 71). Zu differenzieren sind insoweit die Namens- und die Identitätstäuschung. Eine Namenstäuschung liegt vor, wenn es dem Vertragspartner nicht darauf ankommt, mit dem wirklichen Namensträger zu kontrahieren. Die Benutzung eines fremden Namens ruft bei dem Vertragspartner dann keine Fehlvorstellung über die Identität des Handelnden hervor (Jauernig/*Mansel*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 164 Rn. 3). In der Folge wird derjenige aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet, der tatsächlich gehandelt hat. Kommt es dem Vertragspartner hingegen darauf an, mit dem wirklichen Namensträger zu kontrahieren, handelt es sich um eine Identitätstäuschung mit der Rechtsfolge, dass die §§ 164 ff. BGB analog anwendbar sind (st. Rspr. des BGH seit BGH v. 03.03.1966 – II ZR 18/64, NJW 1966, 1069). Es ist ein berechtigtes Interesse des V, dass er sich zur (gerichtlichen) Durchsetzung seiner Ansprüche an den Inhaber des Benutzerkontos halten kann. Es kommt ihm darauf an, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Verhältnis zum Namensträger eintreten. Ein Eigengeschäft des G liegt nicht vor.

III. Ergebnis

V hat gegen G keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 250 €.

Anmerkung: Bei der Verfügung eines Nichtberechtigten unter dem Namen des Berechtigten kann es sich um ein Eigengeschäft handeln. Voraussetzung dafür ist, dass der Erwerber sich mit derjenigen Person dinglich einigen möchte, die ihm gegenübersteht. Für den Gebrauchtwagenkauf hat der BGH entschieden, dass es für den Erwerber grundsätzlich auf die Übereinstimmung der Namen des Veräußerers und des aus dem Fahrzeugbrief ersichtlichen Halters ankommt, nicht jedoch auf die hinter dem Namen stehende Person (BGH v. 01.03.2013, V ZR 92/12, NJW 2013, 1946 (1947)). Etwas anderes muss jedoch gelten, wenn keine sofortige Abwicklung des Geschäfts erfolgt oder noch Gewährleistungsansprüche denkbar sind.

B. Anspruch des V gegen B auf Zahlung von 250 €

V könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 250 € aus dem Kaufvertrag i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB haben. Dafür müsste zwischen V und B ein Kaufvertrag durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (§§ 145 ff. BGB) zustande gekommen sein.

I. Angebot des V

Das Einstellen des Fahrrads auf der Internetplattform durch V ist ein Angebot i.S.d. § 145 BGB.

II. Annahme des B

B hat das Angebot des V nicht selbst angenommen. Zudem kommt eine unmittelbare Anwendung der §§ 164 ff. BGB nicht in Betracht, wenn sich das Auftreten des Handelnden aus Sicht des Erklärungsempfängers nicht als Stellvertretung darstellt (Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack/Stoffels, BGB, 4. Aufl. 2021, § 164 Rn. 70). Eine Verpflichtung des Namensträgers kann sich in der Konstellation des Handelns unter fremdem Namen aber aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 164 ff. BGB ergeben. Die Erklärung des G müsste dafür in Ausübung einer bestehenden Vertretungsmacht erfolgt oder nachträglich vom Namensträger genehmigt worden sein. Mangels Bevollmächtigung wirkt die Willenserklärung des G nicht gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB analog für und gegen B. Eine nachträgliche Genehmigung des Vertragsschlusses gemäß § 177 Abs. 1 BGB analog hat B durch die fehlende Bereitschaft zur Kaufpreiszahlung konkludent verweigert.

1) Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht

Es könnten aber die Grundsätze über die Anscheins- und Duldungsvollmacht eingreifen. Fraglich ist dabei zunächst, ob diese Grundsätze bei einem Handeln unter fremdem Namen anwendbar sind. Eine Rechtsscheinvollmacht schützt das Vertrauen des Erklärungsempfängers in eine nicht vorhandene Bevollmächtigung (Drei-Personen-Konstellation). Beim Handeln unter fremdem Namen geht der Erklärungsempfänger demgegenüber nicht von einer Bevollmächtigung aus, sondern von einer Zwei-Personen-Konstellation (*Linardatos*, Jura 2012, 53 (54)). Es besteht aber bei einem zurechenbaren Verhalten eines anderen unter fremdem Namen eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners wie bei dem zurechenbaren Hervorrufen des Rechtsscheins einer Stellvertretung. Die Grundsätze über die Anscheins- und Duldungsvollmacht sind beim Handeln unter fremdem Namen entsprechend anwendbar (BGH v. 11.05.2011, VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2422)). Voraussetzung einer Duldungsvollmacht ist, dass der Namensträger das unberechtigte Auftreten kennt und es wissentlich geschehen lässt. B hat seine Zugangsdaten gegenüber G nicht offengelegt und er hatte auch keine Kenntnis von der Nutzung seines Mitgliedskontos durch G. Eine Duldungsvollmacht besteht nicht. Für eine Anscheinsvollmacht muss er das unberechtigte Auftreten nicht kennen. Erforderlich ist aber, dass er es bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können und das unberechtigte Auftreten von einer gewissen Dauer und Häufigkeit ist. Es bestehen schon keine Anhaltspunkte dafür, dass B mit einer unbefugten Nutzung seines Mitgliedskontos durch G rechnen musste. Zudem hat G die Zugangsdaten des B zum ersten Mal verwendet, so dass es jedenfalls an einer gewissen Häufigkeit der unbefugten Verwendung fehlt. Die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht sind ebenfalls nicht gegeben.

2) Rechtsscheinhaftung bei passwortgeschützten Nutzerkonten

Ausgehend vom Grundtatbestand der Rechtsscheinhaftung könnte für die Nutzung individualisierter Legitimationskennzeichen ein eigenständiger Tatbestand der Rechtsscheinhaftung zu entwickeln

sein (*Herresthal*, JZ 2011, 1171 (1172)). Uneinigkeit besteht darüber, ob es sich bei dem Passwortschutz eines Mitgliedskontos um einen hinreichenden Rechtsscheintatbestand handelt. Dagegen spreche, dass ein Passwort nicht hinreichend verlässlich sei (*Hoeren/Sieber/Holzner/Neubauer/Steinmetz*, Multimedia-Recht, Teil 14 Rn. 57). Wird hingegen der Passwortschutz als Rechtsscheintatbestand anerkannt (*Borges*, NJW 2011, 2400 (2402)), setzt eine Haftung darüber hinaus eine Zurechnung dieses Rechtsscheins voraus. Vorliegend kommt als Grundlage für eine Zurechnung nur die Aufbewahrung des Passworts in der Schreibtischschublade in Betracht. Maßgeblich ist, ob B einen ohne nennenswerten Aufwand möglichen Zugriff auf das Passwort geschaffen hat. B musste nicht damit rechnen, dass ein Dritter die in seinem Büro in der Schublade aufbewahrten Zugangsdaten verwendet. Es fehlt daher jedenfalls an einem hinreichenden Zurechnungsgrund, so dass es auf die Frage, ob ein Rechtsscheintatbestand vorliegt, nicht ankommt.

3) Zurechnung mangels hinreichender Sicherheitsvorkehrungen

Fraglich ist, ob B die rechtsgeschäftliche Erklärung des G aufgrund unzureichender Sicherheitsvorkehrungen gegen den Zugriff Dritter auf die Zugangsdaten zum Mitgliedskonto zugerechnet werden kann. Im Rahmen der deliktischen Haftung stellt eine unsorgfältige Verwahrung der Zugangsdaten einen eigenständigen Zurechnungsgrund dar (BGH v. 11.03.2009, I ZR 114/06, NJW 2009, 1960). Die Haftung für unterlassene Schutzvorkehrungen ist allerdings eine deliktsrechtliche Konstruktion, die keinen Vertragsschluss begründen kann (*Stadler*, JA 2011, 627 (629)). Das Gesetz weist das Risiko einer fehlenden Vertretungsmacht des Handelnden dem Geschäftspartner zu (§§ 164, 177, 179 BGB). Ein Abweichen von dieser gesetzlichen Risikoverteilung ist nur gerechtfertigt, wenn die berechtigten Interessen des Geschäftspartners schutzwürdiger sind als die Belange des Nutzerkontoinhabers. Aufgrund der bei Passwörtern bestehenden Missbrauchsgefahr überwiegen die Interessen des Erklärungsempfängers nicht schon beim Vorliegen eines passwortgeschützten Mitgliedskontos (BGH v. 11.05.2011, VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2423)). Eine Erfüllungshaftung des B lässt sich nicht auf die unsorgfältige Verwahrung der Zugangsdaten stützen.

4) Haftung aufgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen

Eine Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises könnte sich aus § 5 der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Diese wirken jedoch nur im Verhältnis zu B und E, so dass sich auf die Regelung allenfalls eine Einstandspflicht der Mitglieder gegenüber dem Plattformbetreiber für diesem entstandene Schäden stützen lässt. Soweit die Klausel dahingehend ausgelegt wird, dass es sich um einen Vertrag zugunsten zukünftiger Vertragspartner gemäß § 328 BGB handelt, vermag dies vor dem Hintergrund der unzumutbaren Haftungsrisiken und einer entsprechenden Unwirksamkeit einer solchen Klausel gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu überzeugen. Die AGB-Klausel kann im Ergebnis keine Verantwortlichkeit gegenüber Dritten begründen (BGH v. 11.05.2011, VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2423)).

III. Ergebnis

V hat gegen B keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 250 €.

Anmerkung: Ein Schadensersatzanspruch des V gegen B gemäß § 280 Abs. 1 BGB könnte auf eine Verletzung der Pflicht zur Geheimhaltung des Passworts gestützt werden, die in den AGB der Internetauktionshäuser regelmäßig enthalten ist. Die AGB gelten allerdings nur zwischen dem Mitglied und dem Plattformbetreiber. Die vertragliche Haftung eines Mitglieds kommt daher nur in Betracht, wenn die Geheimhaltungspflicht eine Schutzpflicht zugunsten aller anderen Mitglieder darstellt. Eine Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich der Geheimhaltungspflicht setzt jedoch die Erkennbarkeit für den Schuldner voraus. Eine Einbeziehung sämtlicher Mitglieder ist mit unabsehbaren Risiken verbunden. Ein Anspruch auf Schadensersatz bestünde daher ebenfalls nicht (Borges, NJW 2005, 3313 (3315)).

C. Anspruch des V gegen G auf Zahlung von 250 € aus § 179 Abs. 1 BGB

V könnte gegen G einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 250 € gemäß § 179 Abs. 1 BGB haben.

I. Voraussetzungen des § 179 Abs. 1 BGB

§ 179 Abs. 1 BGB gilt entsprechend für das Handeln unter fremdem Namen, wenn es sich um einen Fall der Identitätstäuschung handelt (MüKo-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 179 Rn. 20). G war nicht zur Vertretung des B berechtigt. Zudem muss der Vertretene gemäß § 179 Abs. 1 BGB die Genehmigung des Vertrags verweigert haben. B hat den Kaufvertrag nicht genehmigt (§ 184 Abs. 1 BGB). Der Vertrag wirkt mithin gemäß § 177 Abs. 1 BGB nicht für und gegen B, sondern wird endgültig unwirksam.

II. Kein Ausschluss

Die Haftung des G könnte gemäß § 179 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Vorliegend hatte V weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis vom Mangel der Vertretungsmacht, so dass der Ausschlussgrund nicht einschlägig ist.

III. Rechtsfolge

V kann von G gemäß § 179 Abs. 1 Alt. 1 BGB Erfüllung verlangen. Insbesondere hatte G Kenntnis vom Mangel seiner Vertretungsmacht, so dass der Anspruch nicht auf das negative Interesse begrenzt ist (Umkehrschluss aus § 179 Abs. 2 BGB). V hat gegen G mithin einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 250 € aus § 179 Abs. 1 Alt. 1 BGB.