

BGH, Urteil vom 09.01.2024, II ZR 220/22 = [jurisbyhemmer](#)

# 1 Der Missbrauch der Vertretungsmacht ist auch im Anwendungsbereich eines Rechtsscheintatbestandes denkbar!

+++ GmbH +++ Abberufung eines Geschäftsführers +++ Eintragung in das Handelsregister +++ Negative Publizität des Handelsregisters +++ Missbrauch der Vertretungsmacht +++ Zustimmender Beschluss der Gesellschafterversammlung +++ §§ 164, 433 BGB +++ § 15 I HGB +++ §§ 13, 35, 37, 39 GmbHG +++

**Sachverhalt (sehr stark vereinfacht und abgewandelt):** Die A-GmbH ist im Bereich „Projektentwicklung Grundstücksvermittlung, Bauplanung und Bauüberwachung, Wohnungs- und Geschäftshausbau“ tätig.

Geschäftsführer der A-GmbH ist V. Im Anstellungsvertrag zwischen V und der A-GmbH ist vereinbart, dass V ohne vorherigen zustimmenden Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung nicht zum Verkauf von Gewerbe- und Wohnimmobilien berechtigt ist.

Anfang 2024 wurde V in einer Gesellschafterversammlung durch wirksamen Gesellschafterbeschluss als Geschäftsführer abberufen (§ 46 Nr. 6 GmbHG). Die Beendigung der Vertretungsbefugnis wurde aber entgegen § 39 I GmbHG nicht in das Handelsregister eingetragen.

Im Mai 2024 verkaufte V im Namen der A-GmbH mit notariellem Vertrag eine Gewerbeimmobilie an B. B wusste zwar nicht, dass V als Geschäftsführer abberufen wurde. Allerdings war ihm aufgrund der schon länger bestehenden Geschäftsbeziehung mit der A-GmbH bekannt, dass V verpflichtet war, vor Abschluss von Grundstückskaufverträgen einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss herbeizuführen.

B verlangt daraufhin von der A-GmbH die Übereignung des Grundstücks. Diese weigert sich und beruft sich auf die Abberufung des V als Geschäftsführer und damit auf die Unwirksamkeit des Kaufvertrages.

**Kann B von der A-GmbH die Übereignung der Gewerbeimmobilie verlangen?**

## A) Sound

1. Die Berufung auf die fehlende Eintragung einer eintragungspflichtigen Tatsache ist dem Dritten gemäß § 15 I HGB nur dann verwehrt, wenn er positive Kenntnis von der einzutragenden Tatsache hat; ein Kennenmüssen oder eine grob fahrlässige Unkenntnis genügen demgegenüber nicht.

2. Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht gelten auch im Anwendungsbereich des Rechtsscheintatbestandes des § 15 I HGB.

## B) Problemaufriss

Der im Vergleich zum Original etwas abgewandelte und sehr stark vereinfachte Sachverhalt befasst sich mit einem Klassiker des BGB-AT, nämlich mit dem Missbrauch der Vertretungsmacht.

## I. Handeln ohne Vertretungsmacht

Die Vertretungsmacht beschreibt das *rechtliche Können* des Vertreters. Nur soweit sein Handeln durch die Vertretungsmacht gedeckt ist, ist die Stellvertretung wirksam. Überschreitet der Stellvertreter ihre Grenzen, handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht; das Geschäft wirkt nicht für den Geschäftsherrn. Es greifen dann vielmehr die §§ 177 ff. BGB.<sup>1</sup>

Bei der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht, der sog. **Vollmacht** (vgl. § 166 II S. 1 BGB), ist deren Umfang im Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und seinem Vertreter festgelegt. Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht auf ein bestimmtes Geschäft beschränken (*Spezialvollmacht*), auf bestimmte wiederkehrende oder ähnliche Geschäfte (*Art- oder Gattungsvollmacht*) erweitern oder für alle Rechtshandlungen (*Generalvollmacht*) erteilen.

<sup>1</sup> Vgl. dazu Hemmer/Wüst/Tyroller, BGB-AT I, Rn. 289 ff.

Im Zweifel ist der Umfang der Vollmacht durch Auslegung der Erklärung des Vollmachtgebers (§§ 133, 157 BGB<sup>2</sup>) zu ermitteln. Maßgebend ist hierbei stets die Verständnismöglichkeit durch den Erklärungsempfänger: Bei der Innenvollmacht (§ 167 I Alt. 1 BGB) ist somit auf den Vertreter, bei der Außenvollmacht (§ 167 I Alt. 2 BGB) auf den Geschäftsgegner abzustellen.

**Ohne** Vertretungsmacht handelt ein Vertreter, wenn er entweder gar keine Vertretungsmacht hat oder keine Vertretungsmacht in dem Umfang, in dem er nach außen im Namen des Vertretenen gehandelt hat.

**Beispiel:** K erteilt D eine Vollmacht, um eine Barockkommode für maximal 5.000 € bei V käuflich zu erwerben. D kauft die Kommode im Namen des K für 6.000 €.

K hat dem D eine Innenvollmacht erteilt, für ihn einen Barockkommode käuflich zu erwerben, § 167 I Alt. 1 BGB. D hatte daher grds. Vertretungsmacht. Da diese aber auf einen Höchstbetrag von 5.000 € beschränkt war, handelte D ohne **entsprechende** Vollmacht und damit als sog. „falsus procurator“.

Der Kaufvertrag war daher schwebend unwirksam gem. § 177 I BGB. K kann den Vertrag genehmigen, wodurch dieser rückwirkend wirksam wird, §§ 182 I, 184 I BGB. Verweigert K die Genehmigung, ist der Vertrag endgültig von Anfang an unwirksam.

D haftet in diesem Fall als Vertreter ohne Vertretungsmacht dem V gegenüber nach § 179 BGB auf Schadensersatz. Da D positive Kenntnis hatte, dass er keine entsprechende Vertretungsmacht besaß, richtet sich die Haftung nach § 179 I BGB auf das sog. „positive Interesse“.<sup>3</sup>

**Vertiefungshinweis:** Der Geschäftsgegner V kann vom Vertreter D nach § 179 I Alt. 1 BGB kraft Gesetzes Schadensersatz in Form der „Erfüllung“ nach Maßgabe des Vertretergeschäftes verlangen.

Der Vertreter wird dadurch natürlich nicht selbst Vertragspartner. § 179 I Alt. 1 BGB begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis, dessen Inhalt sich lediglich nach dem unwirksamen Vertrag mit dem Vertreter richtet. Es handelt sich damit im Grunde um eine Naturalrestitution, da der Geschäftsgegner alle Ansprüche, die er gegen den Vertretenen hätte geltend machen können, nun gegen den Vertreter geltend machen kann.<sup>4</sup>

Der Geschäftsgegner kann nach § 179 I Alt. 2 BGB auch Schadensersatz (statt der Leistung) verlangen, der nach der Differenztheorie zu berechnen ist.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Es entspricht mittlerweile allgemeiner Meinung, dass § 157 BGB nicht nur auf Verträge, sondern auch auf **empfangsbedürftige** Willenserklärungen angewendet werden kann, sei es analog, sei es kraft Gewohnheitsrechts.

<sup>3</sup> Vgl. dazu **Hemmer/Wüst/Tyroller, BGB-AT I, Rn. 289 ff.**

<sup>4</sup> MüKo/Schubert, BGB, 9. Auflage 2021, § 179, Rn. 39.

<sup>5</sup> MüKo/Schubert, a.a.O., § 179, Rn. 47.

Ob es sich bei diesem Wahlrecht um einen Fall der Wahlschuld (§§ 262 ff. BGB)<sup>6</sup> oder der elektiven Konkurrenz (§ 242 BGB)<sup>7</sup> handelt, ist umstritten.

Hat der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt, so haftet er nach § 179 II BGB nur auf das negative Interesse, welches der Höhe nach – wie beim Anspruch aus § 122 I BGB – auf das positive Interesse beschränkt ist.

## II. Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Es gibt aber auch Fälle, in denen keine Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis, sondern lediglich eine Weisung im Innenverhältnis vorliegt, welche gegenüber Dritten keine Wirkung entfaltet.

### 1. Examensrelevante Konstellationen

Die examensrelevantesten Konstellationen des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind die Fälle, in welchen gesetzlich geregelt ist, dass eine Beschränkung Dritten gegenüber keine Wirkung entfaltet.

Bei der Vollmacht (also der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht, § 166 II S. 1 BGB) gibt es nur einen Fall, in welchem die Beschränkung des Umfangs Dritten gegenüber keine Wirkung entfaltet, nämlich bei der **Prokura, § 50 I HGB**.

Bei den anderen Fällen handelt es sich um die gesetzliche Vertretungsmacht der Organe einer rechtsfähigen Personengesellschaft (GbR, OHG oder KG) oder einer juristischen Person (GmbH und AG). Nicht beschränkt werden können die gesetzliche Vertretungsmacht

- ⇒ der vertretungsbefugten GbR-Gesellschafter, vgl. **§ 720 III S. 2 und S. 3 BGB**,
- ⇒ der vertretungsbefugten OHG-Gesellschafter, vgl. **§ 124 IV S. 2 und S. 3 HGB**,
- ⇒ der Komplementäre einer KG, **§ 161 II i.V.m. § 124 IV S. 2 und S. 3 HGB**,
- ⇒ der Geschäftsführer der GmbH, **§ 37 II GmbHG**,
- ⇒ und des Vorstands einer AG, **§ 82 I AktG**.

Hält sich der Vertreter in diesem Fall nicht an seine Vorgaben aus dem Innenverhältnis (z.B. aus dem Anstellungsvertrag bzw. einer einzelnen Weisung, vgl. § 106 GewO), so verletzt der Vertreter „nur“ seine Pflichten im Innenverhältnis zum Geschäftsherrn.

<sup>6</sup> So MüKo/Schubert, a.a.O., § 179, Rn. 37.

<sup>7</sup> So Grüneberg/Ellenberger, BGB, 83. Auflage 2024, § 179, Rn. 5.

Hier stellt sich die Frage, ob die Vertretung wirksam ist bzw. wer das Risiko dieses sog. **Missbrauchs der Vertretungsmacht** trägt.

**Anmerkung:** Diese soeben genannten Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind in der Praxis nicht die einzigen Anwendungsfälle. Denkbar sind Missbrauchsfälle auch dann, wenn eine Vollmacht grds. unbeschränkt erteilt wurde, aber der Vertreter von dieser Vollmacht missbräuchlich Gebrauch macht.

Da aber die Auslegung regelmäßig ergibt, dass eine Beschränkung aus dem Innenverhältnis auch den Umfang der Vollmacht beschränkt, liegt in den sonstigen Fällen meistens ein Fall vollmachtlosen Handelns vor. In Examensklausuren wird Ihnen der Missbrauch der Vertretungsmacht daher i.d.R. in den Fällen begegnen, in denen eine Beschränkung aus dem Innenverhältnis gegenüber Dritten, also im Außenverhältnis, keine Wirkung entfaltet (s.o.).

## 2. Rechtsfolgen des Missbrauchs der Vertretungsmacht

### a) Grundsatz: Bindung des Vertretenen

Der Missbrauch der Vertretungsmacht betrifft – anders als das Überschreiten der Vertretungsmacht i.S.d. §§ 177 ff. BGB – nicht das Außenverhältnis, sondern die Grenzen, die der Vertretene dem Vertreter für die Ausübung der Rechtsmacht im Innenverhältnis gezogen hat.

**Mit anderen Worten:** Der Vertreter hält sich im Rahmen seines rechtlichen Könnens, überschreitet aber die Befugnisse des rechtlichen Dürfens!

Diese Pflichtverletzung hat grds. keine Wirkung für das Außenverhältnis, zumal der Missbrauch der Vertretungsmacht keine Regelung im Gesetz gefunden hat.<sup>8</sup>

Nach ganz h.M. geht dieser Missbrauch daher zu Lasten des Vertretenen. Dieser ist weniger schutzwürdig, da er sich dazu entschlossen hat, nicht selbst zu handeln. Da er sich seinen Vertreter selbst ausgesucht hat, geht ein missbräuchliches Verhalten auch grds. zu seinen Lasten.<sup>9</sup>

Die Vertretung ist also wirksam und der Vertretene wird Vertragspartner.

**hemmer-Methode:** Der Vertretene kann aber von seinem Vertreter Schadensersatz verlangen. Als Anspruchsgrundlage kommt § 280 I BGB in

<sup>8</sup> MüKo/Schubert, a.a.O., § 164, Rn. 225.

<sup>9</sup> BGH, NJW 1999, 2883 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NZG 2010, 1397 (1399) = jurisbyhemmer.

Verbindung mit dem der Vertretung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (z.B. §§ 611, 611a I BGB bzw. der Gesellschaftsvertrag nach § 705 I BGB, ggfs. i.V.m. §§ 161 II, 105 III HGB) in Betracht.

Handelt der Vertreter vorsätzlich, so ist auch noch an § 826 BGB zu denken.

Ein Anspruch aus §§ 823 II BGB, 266 StGB scheitert i.d.R. an den strengen Voraussetzungen des § 266 StGB.

### b) Ausnahmen: Kollusion und Evidenz

Von diesem Grundsatz machen die Rechtsprechung des BGH und die h.L. jedoch eine Ausnahme, wenn die Schutzwürdigkeit des Vertragspartners nicht mehr gegeben ist.<sup>10</sup>

Die beiden Ausnahmefälle, die Sie in der Klausur kennen müssen, sind die sog. „**Kollusion**“ und die „**Evidenz**“.

#### aa) Kollusion, § 138 BGB<sup>11</sup>

Wirken der Vertreter und der Vertragsgegner bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammen, wird dieser trotz bestehender Vertretungsmacht des Vertreters nicht gebunden. Das bewusste Zusammenwirken in Schädigungsabsicht stellt ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten dar (§ 138 I BGB, sog. *Kollusion*), aufgrund dessen der Vertretene nicht verpflichtet werden kann; der Vertrag ist nichtig.<sup>12</sup>

**hemmer-Methode:** Nach einer M.M. soll in diesem Fall § 177 BGB analog gelten, damit der Vertretene die Möglichkeit bekommt, das Geschäft an sich zu ziehen.<sup>13</sup> Da eine Kollusion aber nur dann vorliegt, wenn zum Nachteil des Vertretenen gehandelt wurde, besteht für diese Ansicht kein echtes Bedürfnis.

Sollte der Vertretene den Vertrag aber tatsächlich einmal gegen sich gelten lassen wollen, so kann er diesen nach § 141 I, II BGB bestätigen.

#### bb) Evidenter Missbrauch

Der Vertretene kann auch ohne Kollusion nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in *ersichtlich verdächtiger Weise* Gebrauch gemacht.

<sup>10</sup> BeckOK/Schäfer, BGB, 69. Ed. 1.2.2024, § 167, Rn. 49.

<sup>11</sup> Vgl. dazu MüKo/Schubert, a.a.O., § 164, Rn. 227.

<sup>12</sup> BGH, NJW-RR 1987, 42 ff.; BGH, NJW 2000, 2896 (2897); BGH, NJW-RR 2016, 1138 ff. (für alle BGH-Urteile vgl. = jurisbyhemmer); BeckOK/Schäfer, a.a.O., § 167, Rn. 50; MüKo/Schubert, a.a.O., § 164, Rn. 227; Grünberg/Ellenberger, a.a.O., § 164, Rn. 13.

<sup>13</sup> Soergel/Bayer, BGB, 14. Auflage 2022, § 164, Rn. 222.

Dieser evidente Missbrauch der Vertretungsmacht stellt einen Fall des Rechtsmissbrauchs dar.<sup>14</sup>

### (1) Voraussetzungen der Evidenz

(a) Nach einhelliger Meinung liegt ein Rechtsmissbrauch vor, wenn dem Geschäftsgegner bei Abschluss des Geschäfts der Missbrauch der Vertretungsmacht bekannt war.<sup>15</sup>

(b) Umstritten ist dagegen, inwieweit sich der Geschäftsherr auf den Rechtsmissbrauch berufen kann, wenn dem Geschäftsgegner der Missbrauch der Vertretungsmacht zwar nicht bekannt war, er ihn aber bei entsprechender Sorgfalt hätte kennen müssen. Da den Vertragsgegner keine Prüfungspflicht trifft, greifen diese Grundsätze nur dann ein, wenn aufgrund massiver Verdachtsmomente eine **objektive Evidenz des Missbrauchs** vorliegt. Einfache Fahrlässigkeit des Geschäftsgegners genügt - entgegen vereinzelter früherer Urteile des BGH<sup>16</sup> - nicht (mehr). Ein objektiv evidenter Missbrauch liegt erst dann vor, wenn der Vertreter von der Vertretungsmacht in *ersichtlich verdächtiger Weise* Gebrauch gemacht hat und beim Geschäftsgegner deswegen *begründete Zweifel* an der Vertretungsmacht entstehen mussten.<sup>17</sup>

**Mit anderen Worten:** Es muss also ein Fall grob fahrlässiger Unkenntnis vorliegen!

(c) In den Fällen, in denen das Gesetz die *Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht* im Außenverhältnis anordnet (§§ 50 I, 124 IV S. 2 HGB, § 37 II GmbHG; § 82 I AktG), wird teilweise vertreten, dass die Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht nur dann zur Anwendung gelangen sollen, wenn der Vertreter *bewusst* zum Nachteil des Geschäftsherrn gehandelt hat.<sup>18</sup> Als Beleg hierfür werden mehrere Entscheidungen des BGH zitiert, in denen dies angeblich so entschieden worden sei.<sup>19</sup>

Die herrschende Lehre hat diese Einschränkung stets kritisiert und völlig zu Recht eingewendet, dass der Schutz des Geschäftsgegners maßgeblich und das Verhalten des Vertreters insoweit unbeachtlich sein muss.<sup>20</sup>

Inzwischen hat der BGH ausdrücklich klargestellt, dass er diese Ansicht nicht vertritt und auch so nie vertreten habe.<sup>21</sup>

Die Grundsätze zum evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht setzen auch im Fall der *Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht* im Außenverhältnis (konkret ging es um § 37 II GmbHG) **nicht** voraus, dass der Geschäftsführer (bewusst) zum Nachteil der Gesellschaft handelt. Es reicht aus, dass der Geschäftsführer (objektiv) gegen die internen Beschränkungen verstößt.<sup>22</sup>

### (2) Rechtsfolge eines evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht

Die Rechtsfolge des evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht ist zwischen BGH und Literatur umstritten.

#### (a) Ansicht des BGH

Wenn in diesem Fall beim Vertragsgegner begründete Zweifel an der Befugnis des Vertreters für den Abschluss eines derartigen Vertrages entstehen mussten, kann der Geschäftsherr nach der Rechtsprechung des BGH einer Inanspruchnahme aus dem geschlossenen Vertrag den *Einwand des Rechtsmissbrauchs* (§ 242 BGB) entgegenhalten.<sup>23</sup>

#### (b) Ansicht der Literatur

Nach überwiegender Ansicht in der Literatur<sup>24</sup> entfällt in dem Fall evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht die vertragliche Bindung in analoger Anwendung der §§ 177 ff. BGB. Der Geschäftsherr hat es deshalb in der Hand, ob er den unter Missbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrag gelten lassen möchte oder nicht.

Genehmigt er analog § 177 I i.V.m. §§ 182 I, 184 I BGB, wird er selbst berechtigt und verpflichtet.

Wenn der Vertretene hingegen die Genehmigung verweigert, ist der Vertrag zwischen ihm und dem Geschäftspartner von Anfang an unwirksam. In diesem Fall besteht auch keine Ansprüche auf

<sup>14</sup> BGH, NJW 1968, 1379 ff.; BGH, NJW 1984, 1461 ff.; BGH, 1988, 3012 ff.; BGH, NJW 1990, 384 ff.; BGH, NJW 1991, 1813 ff. (für alle Urteile vgl. [jurisbyhemmer](#)).

<sup>15</sup> BeckOK/Schäfer, a.a.O., § 167, Rn. 51 m.w.N.

<sup>16</sup> BGH, NJW 1968, 1379 ff. = [jurisbyhemmer](#); ablehnend Prölss JuS 1985, 577 (579).

<sup>17</sup> BGH, NZG 2021, 239 ff.; BGH, NJW 2019, 1512 ff.; BGH, NJW 2017, 3337 ff.; BGH, NJW 2002, 1497 (1498).

<sup>18</sup> Grüneberg/Ellenberger, a.a.O., § 164 BGB, Rn. 14.

<sup>19</sup> So z.B. BGHZ 50, 112 (114) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>20</sup> Vgl. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Auflage 2023, Rn. 117 f.; BeckOK/Schäfer, a.a.O., § 167, Rn. 53; MüKo/Schubert, a.a.O., § 164, Rn. 233.

<sup>21</sup> Vgl. BGH, **Life&LAW 10/2006, 657 ff.** = NJW 2006, 2776 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>22</sup> Der BGH beteuert, dass er nur betont habe, dass ein evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht „*insbesondere*“ in Betracht kommt, wenn das Geschäft für den Vertretenen nachteilig ist, weil sich dann dem Vertragspartner ein missbräuchliches Verhalten des Vertretungsorgans aufdrängen muss. Damit sei aber nicht gesagt, dass ein bewusst nachteiliges Handeln eine tatbestandliche Voraussetzung für die Annahme eines Missbrauchs der Vertretungsmacht sei.

<sup>23</sup> Vgl. BGH, NJW 1999, 2883 (2884) = [jurisbyhemmer](#); BGH, WM 1989, 1069 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>24</sup> MüKo/Schubert, a.a.O., § 164, Rn. 239 m.w.N.

Schadensersatz gegen den Vertreter nach § 179 I BGB, weil dieser Anspruch beim evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht in Analogie zu § 179 III S. 1 BGB ausscheidet.

**hemmer-Methode:** Die Ansicht des BGH unterscheidet sich von der h.L. im Ergebnis kaum. Insbesondere ist die Lösung über das Wahlrecht analog § 177 BGB nicht flexibler als die Lösung des BGH, wie oft (zu Unrecht) behauptet wird. Diese „flexible Rechtsfolge“ wird auch nach der Ansicht des BGH erreicht, da die Arglistenrede nur zugunsten des Vertretenen berücksichtigt wird, wenn sich dieser hierauf auch beruft („wo kein Kläger, da kein Richter“). Auch hier besteht also ein „Wahlrecht“ des Vertretenen.

### (3) Missbrauch der Vertretungsmacht beim Insichgeschäft

Die Grundsätze zum evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht sind auf den Fall eines grds. gestatteten **Insichgeschäfts (§ 181 BGB)**, bei dem ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt, nicht uneingeschränkt übertragbar.

**Beispiel:** V ist sowohl Geschäftsführer der A-GmbH als auch der B-GmbH. Beide Gesellschaften haben den V vom Verbot des Insichgeschäfts befreit.

V schließt im Namen der A-GmbH einen Kaufvertrag mit der B-GmbH, wobei er auch diese vertritt. Vor dem Abschluss dieses Vertrages musste jedoch V nach dem Anstellungsvertrag mit der A-GmbH einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss der A-GmbH herbeiführen. Einen solchen Beschluss holte V vor Abschluss dieses Vertrages aber nicht ein, weil V der Meinung war, das Geschäft sei für die A-GmbH von Vorteil.

#### Ist der Vertrag wirksam?

1. Die A-GmbH wurde von V wirksam vertreten, wenn V mit Vertretungsmacht gehandelt hat. Nach § 37 II S. 1 GmbHG hat eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung. Dies gilt nach § 37 II S. 2 GmbHG insbesondere für den Fall, dass für die Vertretung die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich ist.

2. In Betracht kommt jedoch ein evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht. Nach Ansicht des BGH sind aber die Grundsätze zum evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht auf den hier vorliegenden Fall des grds. gestatteten Insichgeschäfts gemäß § 181 BGB nicht uneingeschränkt anwendbar.

Nach § 166 I BGB kommt es nämlich für die Kenntnis und das Kennenmüssen nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die Person des Vertreters an. Bei einem auf beiden Seiten durch einen Vertreter abgeschlossenen Vertrag läge daher auf Seiten des Vertragspartners (B-GmbH) **stets positive Kenntnis**

von einem Verstoß gegen interne Begrenzungen der Vertretungsmacht des Geschäftsführers vor. Bei der uneingeschränkten Anwendung der Grundsätze des evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht läge hier stets ein Fall des § 242 BGB (BGH) bzw. der §§ 177 ff. BGB analog (h.L.) vor.

Damit käme trotz der grds. Gestattung ein Insichgeschäft auch dann nicht in Betracht, wenn es vorteilhaft wäre oder nur in der Erfüllung einer die A-GmbH treffenden Verbindlichkeit besteht, vgl. § 181 a.E. BGB. Um ein Leerlaufen des § 37 II GmbHG<sup>25</sup> zu verhindern, fordert der BGH für die Verneinung einer vertraglichen Bindung zu Recht, dass das Insichgeschäft für die vertretene A-GmbH nachteilig war.<sup>26</sup>

**Ergebnis:** Gemessen an diesen Grundsätzen lag zwar formal ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch die B vor. Dieser hat die A-GmbH aber nicht benachteiligt, weil das Geschäft für die A-GmbH von Vorteil war.

## 3. Zusammenfassung

**Rechtsfolge:** Geschäftsherr wird wirksam verpflichtet, da das Risiko des Missbrauchs grundsätzlich der Vertretene trägt

### Ausnahmen

#### Evidenz

Geschäftsgegner hätte sich **obj. aufdrängen müssen**, dass Vertreter sein rechtl. Dürfen aus dem Innenverhältnis überschreitet

**Rspr.:** Einrede, § 242, gegen die Inanspruchnahme aus dem Vertrag

**Lit.:** § 177 I analog  
⇒ Genehmigungsmöglichkeit gem. §§ 182 I, 184 BGB

#### Kollusion

**Bewusstes Zusammenwirken** von Vertreter und Geschäftsgegner zum Nachteil des Vertretenen; dieser wird trotz Vertretungsmacht nicht gebunden, § 138 I BGB

## C) Lösung

B könnte von der A-GmbH nach § 433 I S. 1 BGB die Übereignung der Gewerbeimmobilie verlangen, wenn mit der A-GmbH ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

### I. Formwirksamkeit, § 311b I S. 1 BGB

Der Kaufvertrag wurde notariell beurkundet und damit die Formvorschrift des § 311b I S. 1 BGB beachtet. Eine Formnichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB kommt daher nicht in Betracht.

<sup>25</sup> Bzw. der §§ 50 I, 124 IV S. 2 HGB, § 82 I AktG.

<sup>26</sup> Vgl. dazu BGH, **Life&LAW 03/2018, 173 ff.**; bestätigt von BGH, MDR 2021, 21 ff. = **jurisbyhemmer**.

## II. Wirksame Vertretung der A-GmbH

Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Antrag und Annahme, §§ 145, 147 BGB) zustande.

Fraglich ist, ob die A-GmbH bei der Abgabe ihrer Willenserklärung wirksam von V vertreten wurde. Hierzu müsste V eine Willenserklärung im Namen der A-GmbH mit Vertretungsmacht abgegeben haben, § 164 I S. 1 BGB.

V hat im Mai 2024 im Namen der A-GmbH die Gewerbeimmobilie an B verkauft und damit eine Willenserklärung offenkundig in fremdem Namen der A-GmbH abgegeben.

Fraglich ist, ob V hierzu Vertretungsmacht hatte.

### 1. Keine Vollmacht nach §§ 166 II S. 1, 167 I BGB

Eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht (Vollmacht, vgl. § 166 II S. 1 BGB) scheidet aus, da die A-GmbH dem V weder eine Innen- noch eine Außenvollmacht nach § 167 I BGB erteilt hat.

### 2. Keine gesetzliche Vertretungsmacht nach § 35 I S. 1 GmbHG

V könnte aber nach § 35 I S. 1 GmbHG kraft Gesetzes zur Vertretung befugt gewesen sein. Dies wäre aber dann nicht mehr Fall, wenn V als Geschäftsführer wirksam abberufen worden wäre, was gem. § 38 I GmbHG jederzeit möglich ist.

#### a) Wirksamer Abberufungsbeschluss gem. §§ 46 I Nr. 5, 47 ff. GmbHG

Laut Sachverhalt wurde V in einer Gesellschafterversammlung (§ 48 GmbHG) durch einen wirksamen Gesellschafterbeschluss (§ 47 GmbHG) als Geschäftsführer abberufen, vgl. § 46 I Nr. 5 GmbHG.

Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Einberufung der Versammlung nach § 49 GmbHG formgerecht nach § 51 GmbHG erfolgte. Ein wirksamer Gesellschafterbeschluss lag daher vor.

**Anmerkung:** Die Abberufung des Geschäftsführers bleibt ohne Wirkung, wenn der ihr zugrunde liegende Beschluss der Gesellschafterversammlung nichtig ist.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Auflage 2021, § 38, Rn. 194.

*Eine Beschlussnichtigkeit läge analog §§ 121 II, 241 I Nr. 1 AktG vor, wenn die Versammlung von einer hierzu nicht berechtigten Person einberufen worden wäre.*

*Dies war im vorliegenden Fall problematisch, aber letztlich nicht der Fall. Die Ausführungen des BGH zu dieser Problematik gehören aber in keinem Bundesland zum Pflichtstoff im Ersten und Zweiten Staatsexamen, sodass wir Ihnen in der Life&LAW derartige Ausführungen ersparen.*

*Wer GmbH-Recht aber als Schwerpunktbereich gewählt hat, sollte die Ausführungen des BGH hierzu in der Originalentscheidung nachlesen.*

#### b) Fehlende Eintragung im Handelsregister (§ 39 I GmbHG) unschädlich

Nach § 39 I Alt. 2 GmbHG hätte die Beendigung der Vertretungsbefugnis des V im Handelsregister eingetragen werden müssen.

Diese Eintragung ist aber nach allgemeiner Meinung nur deklaratorisch. Für die Wirksamkeit der Abberufung ist die Eintragung im Handelsregister daher nicht erforderlich.

Solange die Eintragung nicht erfolgt ist, wird der Rechtsverkehr aber durch § 15 I HGB geschützt.<sup>28</sup>

### 3. Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins nach §§ 15 I HGB, 39 I Alt. 2 GmbHG

Die Vertretungsmacht könnte sich aber aufgrund der negativen Publizität des Handelsregisters nach § 15 I HGB ergeben.

#### a) Voraussetzungen des § 15 I HGB

Die Abberufung des Geschäftsführers V und die damit verbundene Entziehung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis ist eine nach § 39 I Alt. 2 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumeldende und dort einzutragende Tatsache.

Eine Eintragung in das Handelsregister ist hier aber nicht erfolgt.

#### b) Keine Kenntnis des B von der Abberufung des V

Die Berufung auf die fehlende Eintragung einer eintragungspflichtigen Tatsache wäre B gemäß § 15 I HGB nur dann verwehrt, wenn er positive Kenntnis von der einzutragenden Tatsache, hier also der wirksamen Abberufung, gehabt hätte.

Dies war aber nicht der Fall.

<sup>28</sup> Vgl. dazu BGHZ 86, 177 (182 f.) = [jurisbyhemmer](#); BGHZ 115, 78 (80) = [jurisbyhemmer](#); BGHZ 222, 32 ff. (Rn. 34) = [jurisbyhemmer](#).

Da weder Kennenmüssen noch grob fahrlässige Unkenntnis schadet<sup>29</sup>, kommt es auf die Frage, ob die Unkenntnis des B aufgrund der schon länger bestehenden Geschäftsbeziehung mit der A-GmbH auf Fahrlässigkeit beruht, nicht an.

Für den abstrakten Vertrauensschutz des § 15 I HGB kommt es schließlich auch nicht darauf an, wieviel Zeit zwischen dem Entstehen der eintragungspflichtigen Tatsache (hier: der Abberufung) und dem rechtsgeschäftlichen Vorgang (hier: der Beurkundung) liegt.

Die Kürze des Zeitraums ist nicht geeignet, abweichend vom allgemeinen Grundsatz, dass § 15 I HGB keine Nachforschungen gebietet, ausnahmsweise Erkundigungsobliegenheiten auszulösen.

**Zwischenergebnis:** Die Voraussetzungen des § 15 I HGB liegen damit vor. B hat daher ein Wahlrecht, ob er sich auf die wahre Rechtslage (V hat keine Vertretungsmacht) oder den durch das Schweigen des Handelsregisters verursachten Rechtsschein berufen will. Da B von der A-GmbH die Übereignung des Grundstücks verlangt, macht er die Wirksamkeit der Vertretung der A-GmbH durch den V geltend und beruft sich daher auf das Schweigen des Handelsregisters.

#### c) Rechtsfolge: V ist für den B nach wie vor als Geschäftsführer der A-GmbH anzusehen

Nach § 15 I HGB ist daher A nach wie vor als Geschäftsführer der A-GmbH anzusehen.

Als Geschäftsführer ist A zur Vertretung der A-GmbH nach § 35 I S. 1 GmbHG berechtigt.

Diese gesetzliche Vertretungsmacht des V wurde aber im Anstellungsvertrag mit der A-GmbH dahingehend beschränkt, dass V verpflichtet war, vor Abschluss von Grundstückskaufverträgen einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss herbeizuführen.

Dies hat V nicht getan, sodass er ohne Vertretungsmacht gehandelt haben könnte.

Allerdings bestimmt § 37 II S. 1 GmbHG, dass eine Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer GmbH gegen dritte Personen - also im Außenverhältnis - keinerlei rechtliche Wirkung entfaltet. Die Vertretungsmacht ist also nicht beschränkbar.

Dies gilt nach § 37 II S. 2 GmbHG insbesondere für den Fall, dass die Vertretung die Zustimmung der Gesellschafter erfordert.

**Ergebnis:** Der Umstand, dass V verpflichtet war, vor Abschluss des Grundstückskaufvertrages einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss herbeizuführen, ändert nichts an der gesetzlichen Befugnis des V, auf die sich B über § 15 I HGB i.V.m. § 39 I Alt. 2 GmbHG berufen kann. V handelte damit nach den Rechtsscheingrundsätzen **mit** Vertretungsmacht.

#### 4. Unwirksamkeit des Kaufvertrages nach den Grundsätzen zum Missbrauch der Vertretungsmacht?

##### a) Missbrauch der Vertretungsmacht

Der Kaufvertrag könnte aber wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam sein.

Schranken der gesetzlich unbeschränkten und auch unbeschränkbar Vertretungsmacht eines Geschäftsführers ergeben sich nämlich auch mit Wirkung gegenüber Dritten aus den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht.<sup>30</sup>

V hat als ehemaliger Geschäftsführer der A-GmbH mit dem Abschluss des Grundstückskaufvertrags ohne Gesellschafterbeschluss die im Innenverhältnis bestehenden Grenzen seiner nach § 15 I HGB i.V.m. § 39 I Alt. 2 GmbHG als fortbestehend anzusehenden Vertretungsmacht missachtet.

**aa)** Handelt der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht, führt dies grundsätzlich zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung des Vertretenen. Das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung der Vertretungsmacht hat grundsätzlich der Vertretene zu tragen (vgl. dazu den ausführlichen Problemaufriss).

**bb)** Die Missachtung von Regeln und Weisungen, die sich aus dem Innenverhältnis des Vertreters zum Vertretenen ergeben, wirkt sich erst dann im Außenverhältnis aus, wenn die Grenzen des rechtlich Tragbaren überschritten werden.

**(1)** Das Vertrauen des Geschäftsgegners B ist nicht schutzwürdig, wenn der Vertreter und der Geschäftsgegner bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken (sittenwidrige sog. Kollusion, § 138 I BGB).

Im vorliegenden Fall fehlt es aber am kollusiven Zusammenwirken zum Nachteil der A-GmbH.

**(2)** Das Vertrauen des Geschäftsgegners B wäre aber auch dann nicht schutzwürdig, wenn ihm der Missbrauch der Vertretungsmacht seitens des V bekannt war oder es sich dem B geradezu aufdrängen musste, dass V seine Vertretungsmacht missbraucht (sog. **Evidenz**).

<sup>29</sup> RGZ 144, 199 (204); OLG Oldenburg, ZIP 2011, 175 (176) = **juris**byhemmer; Hopt/Merkel, HGB, 43. Auflage 2024, § 15, Rn. 7.

<sup>30</sup> BGH, NJW 2006, 2776 = **juris**byhemmer.

B wusste aufgrund der schon länger bestehenden Geschäftsbeziehung mit der A-GmbH, dass V vor dem Abschluss des Grundstückskaufvertrages einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss herbeiführen musste. Der Missbrauch der Vertretungsmacht durch V war dem B daher bekannt, sodass ein Fall der Evidenz vorlag.

**Anmerkung:** Im Originalfall hatte B keine positive Kenntnis von der Notwendigkeit der Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses.

Der BGH war allerdings entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts<sup>31</sup> der Meinung, dass dies einen Evidenzfall nicht ausschließt. Befindet sich der Dritte im Irrtum über das Beschlusserfordernis im Sinne der Notwendigkeit einer Rückversicherung bei den Gesellschaftern, so ist er nur dann schutzbedürftig, wenn sich ihm die Notwendigkeit eines zustimmenden Beschlusses nicht aufdrängen musste. Ein auf **einfacher Fahrlässigkeit** beruhender Irrtum ist unschädlich. Die Schutzbedürftigkeit des Dritten entfällt aber, wenn er einem **evidenten** Rechtsirrtum unterliegt, sich das Erfordernis des Gesellschafterbeschlusses für B geradezu aufdrängen musste.

Da sich das Berufungsgericht mit dieser Frage nicht ausreichend auseinandergesetzt hat, war die Sache für den BGH als reiner Rechtsinstanz nicht entscheidungsreif. Er hat daher das Urteil des KG Berlin nach § 562 I ZPO aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, vgl. § 563 I S. 1 und S. 3 ZPO.

Beim evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht ist die vertretene A-GmbH geschützt. In einem solchen Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht kann der Geschäftsgegner aus dem formal durch die Vertretungsmacht gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte herleiten.

Dies begründet der BGH mit den Grundsätzen zum Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB), wohingegen die ganz überwiegende Meinung in der Literatur die Vorschrift des § 177 I BGB analog anwendet.

**Zwischenergebnis:** Da sich die A-GmbH weigert, den Kaufvertrag zu erfüllen, stünde dem B nach beiden Ansichten kein Anspruch auf Übereignung gegen die A-GmbH zu.

#### b) Anwendbarkeit dieser Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht auf den Rechtsscheintatbestand des § 15 I HGB?

Nach der zutreffenden Ansicht des BGH kommen diese Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht auch im Anwendungsbereich

des Rechtsscheintatbestands des § 15 I HGB zur Anwendung.

Die Rechtsscheinregeln bewirken, dass sich derjenige, der den Rechtsschein zurechenbar gesetzt hat, dem gutgläubigen Dritten gegenüber, der sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat, nicht auf die wahre Rechtslage berufen kann.

**Aus Rechtsscheingrundsätzen können aber keine weitergehenden Rechte hergeleitet werden, als sie bestünden, wenn der Rechtsschein zuträfe.**<sup>32</sup>

**hemmer-Methode:** Diese Aussage des BGH trifft den Nerv der Problematik!

Vielleicht kennen Sie diese Argumentation auch aus der Parallelproblematik der Analogie. Eine solche kann nämlich auch nicht weiter reichen als die direkte Anwendung der fraglichen Norm. Wenn Sie ein derartiges Verständnis für juristische Methodik im Examen beweisen, wird das jeder Korrektor entsprechend honorieren!

### III. Endergebnis

Aufgrund des evidenten Missbrauchs der nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß § 15 I HGB i.V.m. § 39 I Alt. 2 GmbHG weiterbestehenden Vertretungsmacht des V nach § 35 I S. 1 GmbHG steht dem B gegen die A-GmbH kein Anspruch auf Übereignung des Grundstücks zu. Dies folgt nach Ansicht des BGH aus § 242 BGB und nach Ansicht der Literatur aufgrund der analog § 177 I BGB verweigerten Genehmigung des Kaufvertrages.

### D) Kommentar

**(mty).** Ein genialer Fall, der im Original noch viel komplizierter und v.a. durch das Berufungsgericht nicht vollständig aufgeklärt war.

Im Examen kann dieser Fall auch sehr gut mit der Vertretung einer OHG/KG oder - seit dem 01.01.2024 - auch mit der Vertretung einer eGbR (vgl. § 707a III S. 1 BGB) kombiniert werden.

Auch bei diesen Gesellschaften sind Änderungen der Vertretungsmacht in das Handelsregister nach § 106 VI Var. 6 HGB (ggfs. i.V.m. § 161 II HGB) bzw. bei der eGbR in das Gesellschaftsregister nach § 707 III S. 1 Var. 3 BGB einzutragen.

<sup>31</sup> KG Berlin, NZG 2023, 413 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>32</sup> BGH, NJW 1954, 793 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 1955, 985 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2012, 3368 ff. = [jurisbyhemmer](#).



Wird einem Gesellschafter durch Beschluss der Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen und diese Änderung nicht in das Handelsregister bzw. Gesellschaftsregister eingetragen, so kann sich ein gutgläubiger Vertragspartner gem. § 15 I HGB auf das Schweigen des Handelsregisters berufen.

Bei der eGmbH kann sich über § 707a III S. 1 BGB i.V.m. § 15 I HGB ein gutgläubiger Vertragspartner auf das Schweigen des Gesellschaftsregisters berufen.

Sollte der Gesellschafter, dem nachträglich die Vertretungsbefugnis entzogen wurde, für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Gesellschafter einholen müssen, so ist diese Beschränkung der Vertretungsbefugnis Dritten gegenüber zwar ohne rechtliche Wirkung (§ 124 IV S. 2 i.V.m. S. 3 HGB bzw. § 720 III S. 2 i.V.m. S. 3 BGB). Wenn dem Geschäftspartner aber diese konkrete Beschränkung der Vertretungsbefugnis bekannt war, so liegt ein evidenter Missbrauch der kraft Rechtsscheins nach §§ 15 I, 106 VI Var. 6 HGB bzw. nach §§ 707 III S. 1 Var. 3, 707a III S. 1 BGB i.V.m. § 15 I HGB weiterhin fortbestehenden Vertretungsmacht vor.

Diese Problematik wird mit Sicherheit Gegenstand von Examensklausuren werden, sodass Sie sich diese Entscheidungsbesprechung vor Ihrem Examenstermin ganz genau anschauen sollten!

## E) Wiederholungsfrage

- **Gelten die Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht auch im Anwendungsbereich des Rechtsscheintatbestands des § 15 I HGB?**

Nach der zutreffenden Ansicht des BGH kommen diese Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht auch im Anwendungsbereich des Rechtsscheintatbestands des § 15 I HGB zur Anwendung.

Die Rechtsscheinregeln bewirken, dass sich derjenige, der den Rechtsschein zurechenbar gesetzt hat, dem gutgläubigen Dritten gegenüber, der sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat, nicht auf die wahre Rechtslage berufen kann.

Aus Rechtsscheingrundsätzen können aber keine weitergehenden Rechte hergeleitet werden, als sie bestünden, wenn der Rechtsschein zuträfe.

## F) Zur Vertiefung

### Die Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB

- Hemmer/Wüst/Tyroller, BGB-AT I, Rn. 182 ff.