

Dr. Thomas Zacher

Beschränkungen und Mißbrauch der Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers

Der BGH und die Instanzgerichte befassen sich zunehmend mit der Frage der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und gesellschaftsnahen oder außenstehenden Personen. Drittwirkung gesellschaftsinterner Kompetenzbeschränkungen des Geschäftsführers, Mißbrauch der Vertretungsmacht und Unwirksamkeit verdeckter Ausschüttungen sind nur einige der hier einschlägigen Stichworte. Die einzelfall-

I. Einleitung

Einige der Grundpfeiler des GmbH-Rechts sind in den letzten Jahren ins Wanken geraten. Die Haftungsbeschränkung gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG schien nicht nur unter die Räder des ‚Autokrane-Urteils‘ und seiner Nachfolger zu geraten, auch die Rechtsprechung zur persönlichen Außenhaftung des Gesellschafter-Geschäfts-

bezogene, in ihrem Gesamtbild vielfach unheitliche Rechtsprechung hat jedoch zur Verunsicherung der Rechtspraxis beigetragen. Der folgende Beitrag beleuchtet daher die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung kritisch und erörtert Leitlinien eines stringenten Lösungsmodells.

Dr. Thomas Zacher ist Rechtsanwalt in der Sozietät Klumpe & Partner in Köln.

führers aus dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigeninteresses bei maßgeblicher Beteiligung an einer GmbH² ließ manche Befürchtungen an ein faktisches

1 BGHZ 95, 330 (T. = GmbHR 1986, 78).

2 Grundlegend BGHZ 14, 313 (318); RGZ 120, 249 (252 f.); umfangreiche Nachweise bei *Soergel/Wiedemann*, BGB, 12. Aufl., Vor § 275 Rz. 220 ff.

Beschränkung und Mißbrauch der Vertretungsmacht

Ende der Haftungslimitierung wach werden. Inzwischen ist jedenfalls der „Automatismus“ einer unbeschränkten Konzernhaftung bei mehrfacher unternehmerischer Betätigung durch das „TBB-Urteil“³ und seine Nachfolger eingeschränkt worden; die Außenhaftung des Gesellschafter-Geschäftsführers ausschließlich aufgrund des wirtschaftlichen Eigeninteresses wurde ebenfalls vom BGH ausdrücklich aufgegeben, wenn auch unter gleichzeitiger Ausweitung der Haftung des Geschäftsführers im Insolvenzfall in bezug auf die Neugläubiger⁴.

Vielleicht nicht ganz so beachtet vollzog sich eine Entwicklung in der Rechtsprechung und Teilen der Literatur, welche ebenfalls an den „Grundpfeilern“ des GmbH-Rechts rüttelt. Meist unter dem Stichwort des „Mißbrauchs der Vertretungsmacht“ ist eine wachsende Anzahl von Urteilen zu finden, welche die Vertragspartner einer GmbH darauf verweisen, daß entgegen der gesetzlichen Anordnung der §§ 35,36,37 Abs. 2 GmbHG das mit dem Geschäftsführer der GmbH abgeschlossene Rechtsgeschäft keine Wirkung zugunsten und insbesondere zu Lasten der GmbH entfalten soll. Dies führt bei bereits durchgeführten Geschäften zu einer formell gegenseitigen Rückabwicklungsverpflichtung, die aber immer dann zu einer wirtschaftlich einseitigen Belastung des Geschäftspartners führt, wenn die GmbH - wie in diesen Fällen häufig - ihrerseits eine eventuell erhaltene Gegenleistung aufgrund ihrer (inzwischen eingetretenen) finanziellen Situation nicht mehr zurückerstatten kann.

Die Unwirksamkeit der betroffenen Rechtsgeschäfte wirkt sich damit primär zugunsten des Gesellschaftsvermögens der GmbH und dem Schutz der hieran wirtschaftlich beteiligten Gesellschafter aus. Im Ergebnis begünstigt sind vielfach die (übrigen) Gläubiger der GmbH, die durch Pfändung von Rückerstattungsansprüchen der GmbH oder im Wege der Geltendmachung durch den Konkursverwalter eine Befriedigung ihrer Forderungen oder jedenfalls eine höhere Quote hierauf erlangen.

Die Anwendung des „Mißbrauchs der Vertretungsmacht“ zielt damit auf den Schutz des Gesellschaftsvermögens vor Aushöhlung - neben §§ 30 ff. GmbHG - ab, funktionell ist diese Rechtsfigur oft ein Instrument des Interessenausgleichs zwischen einzelnen Geschäftspartnern und der Gesamtheit der Gläubiger, ähnlich der allgemeinen und konkursrechtlichen Anfechtungstatbestände.

II. Die Innenhaftung des Geschäftsführers als Regelfall

Nun zeigt gerade der Umstand, daß § 37 Abs. 2 GmbHG die Kompetenzen des GmbH-Geschäftsführers

3 GmbHR 1993, 283 ff.

4 BGH, GmbHR 1993,420 ff. und 733f.; vgl. hierzu auch *Me-dicus*, GmbHR 1993, 533ff.

5 Ob die gesetzliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers vertraglich eingeschränkt werden, ist im einzelnen stark umstritten, vgl. etwa *Heisse*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, 1988, S. 90(T.); *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., §43 Rz. 2; *Baumbach Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 43 Rz. 6; jeweils m.w.N.

6 Problematisch ist dies aber in allen Fällen der Einpersonen-GmbH, bei der Pflicht zur Respektierung eines selbständigen Eigeninteresses der GmbH kaum begründbar ist; vgl. BGHZ 95, 330 (340) = GmbHR 1986, 78; ausführlich hierzu *Winter*, ZGR 1994, 570 ff.

7 Das Argument der Rechtssicherheit auch im Hinblick auf den europäischen Waren- und Dienstleistungsverkehr hervorhebend *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 35 Rz. 3.

8 Vgl. etwa den Tatbestand bei BGH, DB 1992,1628.

im Außenverhältnis für unbeschränkt erklärt und der Ausgleich allzu nachteiliger Rechtsgeschäfte zu Lasten der GmbH nur in den gesetzlichen (Ausnahme-)Fällen der §§3 ff. AnfG und §§30 ff. KO „Drittwirkung“ hat, daß nach dem System des GmbH-Rechts der Innenausgleich die Regel sein soll.

Ein Geschäftsführer, der - außerhalb seiner innergesellschaftlichen Befugnisse oder innerhalb seiner Kompetenzen, aber außerhalb der Spannbreite kaufmännischer Einschätzungsprärogative - Geschäfte zum Nachteil seiner Gesellschaft abschließt, haftet dieser grundsätzlich für den daraus entstandenen Schaden. Es liegt eine objektive Verletzung sowohl seines organschaftlichen (vgl. § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG) als auch seines regelmäßig daneben bestehenden dienstvertraglichen Pflichtenkreises vor. Die danach in Betracht kommende Haftung kann aber durch besondere vertragliche bzw. gesetzliche Anforderungen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite beschränkt sein⁵. Sie ist in ihrem praktischen Wert auch letztendlich von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des haftenden Geschäftsführers abhängig. Entsprechendes gilt, wenn der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist. Zwar ist hier neben den vorgenannten Verantwortungsebenen auch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht berührt, welche gleichfalls gesellschaftsschädigendes Verhalten verbietet⁶. Die allgemeine Treuepflicht führt jedoch zu keiner stärkeren Bindung an das Gesellschaftsinteresse, als sie bereits die Organpflicht des Geschäftsführers vermittelt; unzulängliches Haftungsvermögen beim Betroffenen vermag auch sie nicht auszugleichen.

Gleichwohl besteht grundsätzlich weder bei Überschreitung interner Kompetenzbeschränkungen durch den Geschäftsführer noch aufgrund - selber krasser - wirtschaftlicher Disparität zum Nachteil der GmbH ein Ersatz- oder Rückabwicklungsanspruch der GmbH gegenüber ihrem Geschäftspartner. Dieser ist kein Garant dafür, daß sich der Geschäftsführer bei Abschluß des Geschäfts nicht kompetenzanmaßend oder gesellschaftsschädigend verhalten hat. Die Gesellschaft muß ihr Recht bei ihrem Geschäftsführer suchen. Dem Geschäftspartner hierfür die Sorge (mit-)aufzuerlegen, hieße, jeden Vertragsschluß mit einer GmbH mit einer kaum tragbaren Rechtsunsicherheit - auch für evtl. mit telbar betroffene Dritte - zu belasten⁷. Es ergäbe sich im übrigen auch für den Geschäftspartner ein unzumutbarer Interessenkonflikt, wenn er bei der durchaus legitimen Verfolgung des eigenen Vorteils zur Vermeidung der Unwirksamkeit des Geschäfts zugleich die sachlichen und/oder wirtschaftlichen Interessen der durch ihren Geschäftsführer kontrahierenden GmbH zu berücksichtigen hätte.

III. Ansatzpunkte einer „Drittwirkung“ von Kompetenzüberschreitungen und Geschäftsführungsfehlern

Angesichts der im wirtschaftlichen Sinne oft unzureichenden Möglichkeit, das Ergebnis von unternehmensschädigenden Pflichtverletzungen allein durch die Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers auszugleichen, ist es jedoch naheliegend, (auch) an eine Inanspruchnahme des tatsächlich begünstigten und oft Wirtschaft potenteren Vertragspartners zu denken. Vielfach ist dort der von der Gesellschaft erbrachte Leistungsgegenstand noch in natura oder immerhin ein entsprechendes Wertsurrogat vorhanden. Gerade deshalb ist häufig die Liquidation⁸

Beschränkung und Mißbrauch der Vertretungsmacht

oder Insolvenz" der Gesellschaft der Anlaß, welcher derartige Ansprüche ins Blickfeld rücken läßt. Dies gilt insbesondere, wenn die allgemeinen oder konkursrechtlichen Anfechtungsansprüche - z.B. wegen der dort meist eingreifenden engen zeitlichen Beschränkungen (vgl. §§3 ff. AnfG, §§30 ff. KO) - nicht (mehr) erfolgreich durchgesetzt werden können.

Ähnlich der Lage bei den Anfechtungstatbeständen ist es aber nicht nur die angemessene wirtschaftliche Risikoverteilung, sondern auch der Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Geschäftspartners, welche den Bezugspunkt für die Einschränkung des oben dargelegten Grundsatzes bietet, daß der Geschäftspartner sich um die internen Kompetenzen, Zuständigkeiten und ein ordnungsgemäßes Wirtschaften des Geschäftsführers der GmbH nicht zu kümmern braucht¹⁰.

Dabei ist die Vertretungsmacht des beteiligten Geschäftsführers - neben den Anfechtungstatbeständen und extremen deliktsrechtlich und/oder strafrechtlich relevanten Kollisionsfällen¹¹ - der Ansatzpunkt für eine direkte Inanspruchnahme des zu Lasten der Gesellschaft begünstigten Geschäftspartners. Es können 3 Fallgruppen unterschieden werden, in denen bei einem Verstoß gegen interne Bindungen eine Außenwirkung hinsichtlich der Vertretungsmacht des Geschäftsführers diskutiert wird¹²:

- Überschreitung der abstrakt festgelegten internen Entscheidungsbefugnisse;
- Fehlentscheidungen im Rahmen formell allerdings bestehender Entscheidungsbefugnisse, so etwa beim Verkauf von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens zu einem deutlich unter dem Marktwert liegenden Preis. Vielfach wird dieser Bereich auch mit dem Stichwort „Handeln gegen den mutmaßlichen Willen der Gesellschafter“ umschrieben¹³;
- der Verstoß gegen den jeweiligen Gesellschaftszweck (§ 1 GmbHG) wird teilweise als weitere Fallgruppe angesehen¹⁴.

Die Folgen eines in diesen Fällen angenommenen Mißbrauchs der Vertretungsmacht können für den Geschäftspartner sehr einschneidend sein¹⁵.

Zunächst kann die mangelnde Bindung der Gesellschaft an die schuldrechtliche Verpflichtung zur Ausführung des fraglichen Rechtsgeschäfts geltend gemacht werden. Überwiegend werden dabei die Rechtsfolgen der §§ 177 ff. BGB - schwebende Unwirksamkeit des genehmigungsfähigen Rechtsgeschäfts - herangezogen¹⁶. Soweit das Geschäft bereits durchgeführt ist und die Genehmigung nicht erteilt wird, führt dies zumindest zu Bereicherungsansprüchen.

Soweit man den Mangel der Vertretungsmacht auch auf die dingliche Ebene „durchschlagen“ läßt, sind die aus der Sicht der Gesellschaft oft vorzugswürdigeren vindiktionsrechtlichen Ansprüche nach §§98 5 ff. BGB zu prüfen¹⁷.

Im Hinblick auf Anspruchsumfang und Einwendungsmöglichkeiten möglicherweise noch erfolgversprechender können Schadensersatzansprüche sein, welche der BGH als Ausfluß des in § 242 BGB verankerten Grundsatzes von Treu und Glauben bei einem Mißbrauch der Vertretungsmacht der Gesellschaft gegenüber dem bösgläubigen Vertragspartner zuerkennt¹⁸.

Demgegenüber wächst die Besorgnis, daß über die Rechtsfigur des Mißbrauchs der Vertretungsmacht weit

reichende Nachforschungspflichten hinsichtlich der inneren Bindungen des (vermeintlich) vertretungsberechtigten Geschäftsführers statuiert werden, welche die durch Gesetz und Statut getroffenen eindeutigen Regelungen des Außenverhältnisses aushöhlen könnten¹⁹.

IV. Voraussetzungen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht

I. Existenz und Ausgestaltung der Vertretungsmacht

Der Begriff des Mißbrauchs setzt voraus, daß eine formal bestehende Position in unredlicher Weise ausgenutzt wird. Was tatsächlich nicht existiert, kann auch nicht mißbraucht werden. Daraus folgt, daß z.B. auf den „Mißbrauch“ einer nur aufgrund von Rechtsschein- oder Vertrauensschutzaspekten zugunsten des Geschäftspartners fingierten Geschäftsführerstellung nicht rekurriert werden kann. Durfte der Geschäftspartner nicht redlicherweise auf die Eigenschaft des auf seinen der GmbH Kontrahierenden als Geschäftsführer vertrauen, so kommt es schon nicht zur Fiktion der umfassenden Vertretungsmacht. Die GmbH muß demgegenüber nicht erst nachweisen, daß die scheinbare Vertretungsmacht - hätte sie existiert - wiederum mißbraucht worden wäre. Ein Vertrauen in einen Tatbestand, der selbst bei einer tatsächlich existenten Vertretungsmacht als deren Mißbrauch darstellen würde, kann nicht schützenswert sein. Ein praktisch wichtiger Unterschied liegt in der Beweislast, welche bei der Vertretungsmacht nach Rechtsscheingrundsätzen grundsätzlich beim Geschäftspartner des (vermeintlich) Vertretenen liegt²⁰, wohingegen die Voraussetzungen eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht vom Vertretenen vorzutragen und notfalls zu beweisen sind.

Auch bilden Verstöße gegen Gesamtvertretungsregelungen nicht den Gegenstand des hier diskutierten Problems. In diesen Fällen besteht auch im Außenverhältnis keine Vertretungsmacht, so daß eine Verpflichtung der Gesellschaft nur unter Rechtsscheing Gesichtspunkten in Betracht kommt. Dann sind aber die soeben aufgezeigten Grundsätze maßgeblich.

Allerdings verdient es gegenüber der überwiegenden Praxis in der Vertragsgestaltung in Erinnerung gerufen

9 Vgl. etwa die Tatbestände BGH, WM 1985, 696; DB 1984, 661 = GmbHR 1984,96; eine wirtschaftliche Krise lag wohl auch bei BGH, WM 1980, 953 vor.

10 *Baumhachl/Hueck*, GmbHG, § 37 Rz. 26 u. 28; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 35 Rz. 12; *Schob/Uwe H. Schneider*, GmbHG, ³⁵Kz. 132.

11 Zur Anwendung von § 138 BGB vgl. BGH, WM 1988, 1380 (1381); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 224; jeweils m.w.N.

12 Vgl. etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 223; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 35 Rz. 13; zu den einzelnen Fallgruppen näheres unter IV.

13 BGH, NJW 1984, 1462; *Lutter/Hommelhoff*, aaO.

14 RGZ 145, 311 (313 f.); *K. Schmidt*, aaO; *Lutter/Hommelhoff*, aaO.

15 Vgl. zu den Rechtsfolgen im einzelnen unten V.

16 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 35 Rz. 12; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 224; *Heckelmann*, JZ 1970, 62 ff.; *Mi-chalski*, GmbHR 1991, 349 (356).

17 Vgl. *Heckelmann*, JZ 1970, 62 (64 f.).

18 BGH, WM 1980, 953 (954).

19 Vgl. etwa *Bawnbachl/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 37 Rz. 27 ff.; *Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 35 Rz. 134 u. 136.

20 *RGKKISteffen*, BGB, 12. Aufl., § 167 Rz. 30.

Beschränkung und Mißbrauch der Vertretungsmacht

zu werden, daß nach dem gesetzlichen Leitmodell bei mehreren Geschäftsführern die Aktiwertretung nur gemeinsam möglich ist, eine abweichende Regelung also einer besonderen Entscheidung der Gesellschafter bedarf (§ 35 Abs. 2 GmbHG). Hierdurch bietet bereits das Gesetz einen gewissen Schutz vor Mißbräuchen durch einzelne Geschäftsführer. Würde man nicht in einigen Fällen allzu selbstverständlich Alleinvertretungsbefugnisse statuiert haben, brauchte man vielleicht manchmal hinterher nicht den Mißbrauch der Vertretungsmacht zu bemühen, um Schäden von der Gesellschaft abzuwenden.

2. Verletzung generell geltender interner Beschränkungen

a) Objektive Voraussetzungen des Mißbrauchstatbestands

Jede Überschreitung abstrakt formulierter Beschränkungen der internen Geschäftsführungszuständigkeit verletzt die Pflichtenbindung des Geschäftsführers²¹. Dies kann z.B. dadurch geschehen, daß der Geschäftsführer seinen Zuständigkeitsbeschränkungen in sachlicher Hinsicht (technischer/kaufmännischer Geschäftsführer) oder der Größenordnung nach („Aufträge mit einem Volumen von mehr als 500.000 DM bedürfen ...“) nicht beachtet. Auch kann die Pflichtverletzung sowohl in der mangelnden Beteiligung übergeordneter Organe (Zustimmung der Gesellschafterversammlung) als auch gleichgeordneter Entscheidungsträger (interne Abstimmung mit Mitgeschäftsführern anderer Ressorts) liegen. Selbst im Verhältnis zu nachgeordneten Funktionsträgern (Prokuristen) können durch die Satzung oder den Dienstvertrag Beteiligungspflichten für den Geschäftsführer konstituiert werden. Alle derartigen Verstöße gegen interne Eingrenzungen der Geschäftsführungsbefugnisse können Grundlage eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht sein.

21 Die Wahrnehmung von Notzuständigkeiten kann hier außer Betracht bleiben.

22 Spahn, AG 1988, 337 (340); Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 35 Rz. 134 f.; i.E. auch John, GmbHR 1983, 90 (92).

23 Vgl. etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rz. 13; Roth, ZGR 1985, 265 (275 ff.).

24 Vgl. zum Überblick über den Meinungsstand auch Michalski, GmbHR 1991, 349 (351 ff.).

25 Baumbach/Hueck/Jöllner, GmbHG, § 37 Rz. 28; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rz. 13; Rowedderf Koppenscheider, GmbHG, § 37 Rz. 53.

26 BGH, GmbHR 1988, 260 (261); 1984, 96 (97).

27 OLG Koblenz, GmbHR 1991, 264 (268); vgl. auch OLG Frankfurt, AG 1988, 335 (336).

28 Vgl. die in Fn. 25-27 Genannten, jeweils aaO. Siehe aber nunmehr wiederum BGH, NJW-RR 1992, 1135 (1136), wo ein Treueverstoß beim Geschäftsführer und dessen Evidenz beim Geschäftspartner angesprochen wird.

29 BGH, NJW 1984, 661; BGH, WM 1980, 953 (954); Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 35 Rz. 138: „... durch subjektive Elemente geleiteten Fehlgebrauch ...“; wohl auch Michalski, GmbHR 1991, 349 (354). In BGH, NJW 1988, 3012 (3013) wird ausgeführt, daß bei rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht jedenfalls auf vorsätzliches Handeln des Vertreters verzichtet werden könne, womit sich ein entsprechender Gegenschluß aufdrängt.

30 So aber noch BGHZ 50, 112 (114); BGH, DB 1976, 1278.

31 Anderenfalls müßte es etwa heißen: „Fehlgebrauch“.

32 So aber - damit konsequent auf alle subjektiven Elemente beim Geschäftsführer verzichtend - Baumbach/Hueck/Jöllner, GmbHG, § 37 Rz. 26 ff.

Weiterhin ist es jedenfalls in den in der Unternehmenspraxis relevanten Fällen erforderlich, daß durch diese formelle Pflichtverletzung materiell der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist²². Zwar wird gelegentlich auch das Erfordernis einer objektiven Schädigung verneint²³, was aber oft in Vermengung milder Frage der subjektiven Schädigungsabsicht oder aufgrund eines zu engen Schadensbegriffes geschieht. Ein unternehmerischer Schaden kann z.B. auch dadurch entstehen, daß ein hierzu nicht befugter Geschäftsführer eigenmächtig eine Anzeigenkampagne in Auftrag gibt, die zwar an sich durchaus „ihr Geld wert“ ist, aber überhaupt nicht in das gefestigte Konzept der Präsentation des Unternehmens paßt. Andererseits wird wohl niemand auf den Mißbrauch der Vertretungsmacht rekurren, wenn der eigentlich nur für den Marketingbereich zuständige Geschäftsführer für die Produktion benötigte Normteile bei einem wesentlich günstigeren Lieferanten bestellt, mag dies auch zu innerbetrieblichen Konflikten führen.

b) Verschulden des Geschäftsführers

Heftig diskutiert und praktisch relevant ist dagegen die Frage, ob und ggf. welche subjektiven Voraussetzungen auf seiten des Geschäftsführers erfüllt sein müssen²⁴. Ein Teil der neueren Kommentarliteratur will auf subjektive Voraussetzungen beim Geschäftsführer ganz verzichten²⁵. Vielfach wird auch in der jüngeren Rechtsprechung des BGH²⁶ und der Instanzgerichte²⁷ nur noch darauf abgestellt, daß die Kompetenzüberschreitung dem Geschäftspartner positiv bekannt war oder sich ihm jedenfalls aufdrängen mußte²⁸. Andere Entscheidungen und Literaturmeinungen fordern zwar eine subjektiv schuldhaftige Überschreitung der internen Bindungen seitens des Geschäftsführers, verlangen aber keine besondere Schädigungsabsicht²⁹. Letztere wird kaum noch als konstitutives Merkmal angesehen³⁰.

Auf die Feststellung eines subjektiv zumindest grob fahrlässigen Verhaltens des Geschäftsführers sowohl in bezug auf die Kompetenzüberschreitung selbst als auch auf den daraus resultierenden Schaden sollte freilich nicht verzichtet werden. Daß schon der Wortsinn des „Mißbrauchs“ ein subjektives Element in sich birgt³¹, mag dabei angesichts der ohnehin praeter legem entstandenen Rechtsfigur als reichlich formales Argument angesehen werden. Bedeutsamer ist, daß eine auf wertenden Gesichtspunkten beruhende Einschränkung des ausdrücklichen gesetzlichen Prinzips des § 37 Abs. 2 GmbHG nur dann gerechtfertigt ist, wenn Umstände vorliegen, welche derart vom Normalfall des gesetzlichen Leitbildes abweichen, daß ohne Korrektur ein Regelungsdefizit entstünde. Es muß also zunächst begründet werden, wann und warum die vertretene GmbH eines besonderen und im Gesetz zunächst nicht angelegten Schutzes vor den Auswirkungen des § 37 Abs. 2 GmbHG bedarf. Hierzu reicht allein der Verweis auf die mangelnde Schutzbedürftigkeit des Geschäftspartners bei Kenntnis oder Evidenz der objektiven Umstände einer Kompetenzüberschreitung im Innenverhältnis nicht aus³².

Erst der Fall, daß sich der Geschäftsführer nicht nur unbewußt oder aus situationsbedingter Nachlässigkeit über seine internen Bindungen hinwegsetzt, ist eine derartige Ausnahme. Hiermit muß die GmbH und ihre Ge-

sellschafter im Normalfall nicht rechnen; das „allgemeine Lebensrisiko“ jeder Einsetzung einer natürlichen Person als vertretungsberechtigter Entscheidungsträger wird

Beschränkung und Mißbrauch der Vertretungsmacht

erst mit dessen grober Fahrlässigkeit bei der Beobachtung seiner Kompetenzen überschritten³³.

Freilich werden die meisten der diskutierten Fälle auch unter der Voraussetzung einer mindestens grob fahrlässigen Handlungsweise des Geschäftsführers als Mißbrauch der Vertretungsmacht zu werten sein. In der hier zunächst angesprochenen Fallgruppe eines Verstoßes gegen generell statuierte Kompetenzbeschränkungen ist es dem Geschäftsführer meist ohne weiteres möglich, die Grenzen seiner Befugnisse zu erkennen und in diesem Bewußtsein auch in jeder entscheidungserheblichen Situation zu handeln. Wer die seinem Organ- und Anstellungsverhältnis zugrundeliegenden Kompetenzregelungen nicht kennt oder sich darüber hinwegsetzt, verletzt regelmäßig die zu beobachtende Sorgfalt in einem außergewöhnlich hohen Maße. Es werden allenfalls die Fälle nicht erfaßt, in denen die Einordnung einer bestimmten Entscheidungssituation unter eine abstrakte Kompetenzregelung zweifelhaft war und der Geschäftsführer irrtümlich seine Kompetenz angenommen hat. Auch hier ist aber im Einzelfall zu prüfen, ob nicht wegen der Erkennbarkeit der zweifelhaften Kompetenzsituation die Pflicht zur Abstimmung mit den Gesellschaftern grob fahrlässig verletzt worden ist.

Es erscheint auch zweifelhaft, ob der BGH und das ihm folgende Schrifttum mit dem Abstellen auf die Evidenz des Mißbrauchs für den Geschäftspartner tatsächlich auf diese subjektiven Anforderungen im Bereich des Geschäftsführers verzichten wollten. Zum einen wird häufig von Kenntnis oder Erkennbarkeit eines „bewußten Mißbrauchs“³⁴, „Treueverstoßes“³⁵ oder der „verdächtigen Weise“³⁶ der Ausübung der Vertretungsmacht gesprochen, was subjektive Erfordernisse beim Geschäftsführer nicht ausschließt. Zum anderen wird in den Fällen der Kenntnis oder Evidenz der Kompetenzüberschreitung für den Geschäftspartner als Außenstehenden ein grob sorgfaltswidriges Handeln des Geschäftsführers regelmäßig zu vermuten sein, da dieser als „Insider“ erst recht sein Kompetenzdefizit hätte erkennen müssen³⁷. Prozessual mag daher im Falle einer festgestellten Evidenz für den Geschäftspartner vielfach die subjektiv vom Geschäftsführer zu verantwortende Kompetenzüberschreitung im Wege einer tatsächlichen Vermutung unterstellt werden können, was jedoch zumindest widerlegbar bleiben muß.

c) Obliegenheiten des Geschäftspartners

Hinsichtlich des Verhaltens des Geschäftspartners besteht inzwischen weitgehend Einigkeit darüber, daß - neben den ohnehin unproblematischen Fällen des kollusiven Zusammenwirkens mit dem Geschäftsführer - Kenntnis oder zumindest Evidenz festgestellt werden muß³⁸. Ernstgenommen werden sollte dabei der mit allerdings unterschiedlicher Gewichtung vorgenommene Hinweis, daß in keinem Fall Erkundigungspflichten des betroffenen Geschäftspartners über die innergesellschaftlichen Verhältnisse bestehen³⁹. Evidenz des Mißbrauchs für den Geschäftspartner liegt vielmehr nur dann vor, wenn er trotz offenkundiger Umstände die Augen davor verschließt, daß eine Vertretung der GmbH nach dem Innenverhältnis geltenden Regelungen bei diesem Rechtsgeschäft nicht gewollt sein kann. Dies deckt sich praktisch mit den Maßstäben, an denen grobe Fahrlässigkeit im objektiven Sinne gemessen wird⁴⁰.

Abzulehnen ist die Auffassung, daß vorsätzliches oder gar doloses Handeln aus der Sicht des Geschäftspartners geringere Anforderungen an die subjektive Verantwortlichkeit des Geschäftsführers - und vice versa - ermögliche⁴¹. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß eine möglicherweise herabgesetzte Schutzbedürftigkeit des Geschäftspartners allein nicht dazu geeignet ist, den gesetzlich zwingend und abstrakt ausgestalteten Verkehrsschutz des § 37 Abs. 2 GmbHG zu überspielen. Dies ist nur dann gerechtfertigt, wenn auch auf Seiten der vertretenen GmbH derart besondere Umstände vorliegen, daß das allgemeine Risiko einer jeden Vertretung deutlich überschritten ist.

Weiterhin muß vor Versuchen gewarnt werden, den Mißbrauch der Vertretungsmacht als allgemeines Korrektiv für verdeckte Gewinnausschüttungen oder durch Konzernatbestände begründete Vermögensverschiebungen zu instrumentalisieren. Teilweise wird angenommen, daß Gesellschafter, Mitgesellschafter, Organe von konzernangehörigen Gesellschaften und sogar Angestellte bzw. diesen nahestehende Personen generell alle internen Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis gegen sich gelten lassen müßten⁴². Unter dieser Prämisse könnten z.B. alle nicht durch einen umfassenden Gesellschafterkonsens gedeckten verdeckten Ausschüttungen, welche oberhalb der Stammkapitalgrenze nicht den §§ 30 ff. GmbHG unterfallen, zurückgeführt werden⁴³. Ebenso wird unter Berufung darauf, daß für Geschäfte mit der Gefahr konzernbedingter Benachteiligung der GmbH dem Geschäftsführer mangels besonderer Gestattung durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß generell die interne Zuständigkeit fehle, ein konzernspezifischer Unwirksamkeitsgrund bzw. Ausgleichsanspruch postuliert⁴⁴.

Die Annahme einer selbständigen Fallgruppe „Geschäfte mit Insidern“ unter Verzicht auf die Feststellung

33 Ähnlich *John*, GmbHR 1983, 90 (91), der das „Lebensrisiko“ der GmbH allerdings erst im Falle des Vorsatzes des Geschäftsführers überschritten sieht.

34 BGH, NJW 1990, 384 (385); ähnlich auch BGH, WM 1980, 953 (954).

35 *Heckelmann*, JZ 1970, 62.

36 BGH, NJW-RR 1992, 1135 (1136); 1989, 642.

37 Siehe z.B. BGH, GmbHR 1988, 260 (261), wo zwar ausschließlich auf die Lage beim Erklärungsempfänger abgestellt wird, tatsächlich aber ein In-sich-Geschäft vorlag.

38 Vgl. neben den in Fn. 26 und 27 genannten Urteilen *Baumbach I Hueck I Zöllner*, GmbHG, § 37 Rz. 28; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 223; *Lutter/Hommelhoff*, GmbH, § 35 Rz. 14; *Michalski*, GmbHR 1991, 349 (354).

39 BGH, NJW-RR 1992, 1135 (1136); GmbHR 1984, 96 (97); WM 1976, 1278; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, aaO; *Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 35 Rz. 136.

40 BGH, GmbHR 1991, 264 (268); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 223.

41 So auch *Michalski*, GmbHR 1991, 349 (353).

42 *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 37 Rz. 29; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 37 Rz. 51; jeweils m.w.N.; in diesem Sinne wohl auch OLG Frankfurt, AG 1988, 335 (336); differenzierend BAG, NZA 1994, 934 (936).

43 So etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 947; *Baumhoch/Hueck*, GmbHG, § 29 Rz. 76; *Schulze-Osterloh*, FS Stimpel (1985), S. 487 (492 f.); *Uwe H. Schneider*, ZGR 1985, 279 (284); zur Kritik vgl. *Zacher*, Kapitalsicherung und Haltung in der GmbH & Co. KG, 1992, S. 172fT.

44 OLG Frankfurt, GmbHR 1989, 254 (255); *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 35 Rz. 15; *Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 35 Rz. 29.

Beschränkung und Mißbrauch der Vertretungsmacht

der Evidenz des Mißbrauchs für den Geschäftspartner ist jedoch abzulehnen. Zunächst ist kaum eine hinreichende generelle Abgrenzung möglich, wer als schon so „nahestehend“ angesehen werden müßte, daß ihm alle internen Geschäftsführungsbeschränkungen entgegengehalten werden könnten oder wer noch so „außenstehend“ ist, daß ihm nur bei einem Evidenzfall der Schutz des § 37 Abs. 2 GmbHG versagt werden soll. Der Vorstand in einer Muttergesellschaft, welche mehrfach vermittelte Beteiligungen an einer Tochter-GmbH hält, kennt die Befugnisse „seiner“ Geschäftsführer bei den Enkel-GmbHs vielleicht genauer als ein unmittelbar beteiligter Familien-GmbH-Gesellschafter, der im Wege einer vorzeitigen Erbauseinandersetzung seinen Gesellschaftsanteil erhalten hat. Ein engagierter Altgesellschafter wiederum wird bei Geschäften mit dem von ihm als Geschäftsführer eingesetzten hoffnungsvollen Sohn weniger schutzwürdig sein als mancher Geschäftsführer einer anderen GmbH im Konzernverbund. Im übrigen sind selbst mit dem im Zentrum des „Insiderbereichs“ stehenden Mitgeschäftsführern und Gesellschaftern sog. Drittgeschäfte grundsätzlich möglich und zulässig; sogar im Bereich der Stammkapitalbindung nach § 30 GmbHG begegnen sie keinen Bedenken, soweit es sich um echte Austauschgeschäfte handelt⁴⁵.

Selbstverständlich ist zu berücksichtigen, daß mit zunehmender Nähe zur Gesellschaft der formal als Dritter auftretende Geschäftspartner weitreichendere Einblicke in die internen Bindungen des Geschäftsführers haben und damit auch weniger schutzwürdig sein kann. Auch hier hilft das Kriterium der Evidenz mit dem Maßstab des objektiv grob sorgfaltswidrigen Verhaltens jedoch weiter: Wer selbst den Gesellschaftsvertrag oder den Gesellschafterbeschuß (mit-)unterzeichnet hat, welcher die Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis im Hinblick auf das in Rede stehende Geschäft statuiert, für den muß sich in der Tat die Unwirksamkeit einer Überschreitung dieser Befugnisse „geradezu aufdrängen“⁴⁶. Entsprechendes kann für andere Organmitglieder oder Entscheidungsträger in verbundenen Unternehmen und selbst für angestellte Mitarbeiter der GmbH gelten, denen die einschlägige Regelung informations- oder zuständigkeitshalber zur Kenntnisnahme oder Genehmigung vorgelegt worden ist. Eine umfanglichere Anwendung des Mißbrauchs der Vertretungsmacht in diesem Bereich muß damit nicht durch eine spezielle Ausnahmeregelung bei den rechtlichen Voraussetzungen erreicht werden. Vielmehr werden hier die tatsächlichen Umstände häufiger die Bejahung der allgemein geltenden Tatbestandsmerkmale rechtfertigen, als dies bei ansonsten unbeteiligten Dritten der Fall ist. Einem möglicherweise geringeren Verkehrsschutzbedürfnis kann so ohne Bildung weiterer „Ausnahmen vom Ausnahmetatbestand“ Rechnung getragen werden.

45 Vgl. statt aller *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 30 Rz. 23.

46 So die ständige Formulierung des BGH, vgl. zuletzt BGH, NJW - RR1992, 1135(1136).

47 Aufgrund vereinbarter Weisungsbefugnisse oder in ihrer Gesamtheit als beschließendes Organ, nicht durch faktische Einflüsse einzelner Gesellschafter.

48 Vgl. *Zacher*, DStR 1994, 138 (141 u. 143).

49 So etwa *Roth*, ZGR 1985, 265 (275 ff.); vgl. auch *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 35 Rz. 35: „... mutmaßlich nicht gebilligt...“.

50 Vgl. für die GoA etwa *Palandt/Thomas*, BGB, 53. Aufl., § 683 Rz. 4 und 6 f.

3. Verletzung von Gesellschaftsinteressen oder Gesellschafterwillen im Einzelfall

Ein Verstoß gegen die Interessen der vertretenen GmbH kann auch darin liegen, daß der Geschäftsführer - unter Einhaltung seiner abstrakt definierten innergesellschaftlichen Kompetenzen - ein wirtschaftlich erkennbar nachteiliges Geschäft abschließt, z.B. beim Verkauf weit unter Marktwert oder Ankauf zu überhöhten Preisen. Hier gilt zunächst im besonderen Maße der Grundsatz, daß der Geschäftspartner einer GmbH nicht verantwortlich für ein ordnungsgemäßes Wirtschaften des Geschäftsführers ist. Da die Grenze zwischen „gutem“ und „zu gutem“ Geschäft auch kaum objektiv zu ziehen sein dürfte, bedarf es bei der Feststellung der subjektiven Voraussetzungen auf beiden Seiten besonderer Sorgfalt.

Der Geschäftsführer muß gröblich gegen seine Pflicht verstoßen haben, im Gesamtinteresse der GmbH vernünftige unternehmerische Entscheidungen zu treffen. In diesem Sinne kann es aber aus der Sicht ex ante durchaus legitim sein, z.B. zur Beschaffung als dringend notwendig erachteter Liquidität wirtschaftlich an sich unvorteilhafte Verkäufe zu tätigen, auch wenn sich objektiv herausstellt, daß eine Liquiditätslücke nicht bestanden hat. Dem Element des Verschuldens im Hinblick auf eine Gesamtschädigung der Gesellschaft kommt in dieser Fallgruppe besondere Bedeutung zu, da eine schuldhaft überschreitende genereller Kompetenzbeschränkungen ja nicht vorliegt. Selbstverständlich wirkt hier eine entsprechende Anweisung durch die Gesellschafter⁴⁷ für den Geschäftsführer entlastend, so daß das objektiv gesellschaftsschädigende Geschäft in diesem Fall - unbeschadet der §§ 30 GmbHG ff. - wirksam bleibt.

Weiterhin ist auch hier die Kenntnis oder Evidenz auf selten des Geschäftspartners hinsichtlich der objektiven Schädigung und der verwertbaren Pflichtverletzung sorgfältig zu überprüfen, um den Rechtsverkehr vor der Überwälzung des Risikos der mangelhaften Überwachung ungetreuer oder unfähiger GmbH-Geschäftsführer zu schützen. Dies gilt auch für die Geschäfte zwischen Gesellschaftern und GmbH, welche durch einen selbständigen Geschäftsführer vertreten wird. Als Ansatzpunkt für die spezifische Pflicht der Gesellschafter zur Rücksichtnahme auf die Vermögensinteressen der GmbH reichen die §§ 30 ff. GmbHG sowie die Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der verbandsrechtlichen Treuepflicht durchaus aus⁴⁸.

Die zusätzliche Annahme eines „automatischen“ Mißbrauchs der Vertretungsmacht bei nachteiligen Verträgen zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern ist darüber hinaus nicht erforderlich. Natürlich gilt hier ebenfalls, daß bei Gesellschaftern die Kenntnis oder Evidenz eines objektiv und subjektiv mißbräuchlichen Handelns des Geschäftsführers oftmals eher als bei Außenstehenden vorliegen wird. Insoweit kann dann das Argument des Mißbrauchs der Vertretungsmacht auch zur Rückführung verdeckter Gewinnausschüttungen herangezogen werden.

Nur in äußerst eingeschränktem Umfang sollte schließlich auf eine Abweichung vom - wirklichen oder mutmaßlichen - Willen der Gesellschafter rekurriert werden⁴⁹. Der subjektive Wille, sofern er rechtlich dem objektiven Interesse gegenübergestellt wird, deutet auf einen inneren, der an objektivierbaren wirtschaftlichen Interessen ausgerichteten unternehmerischen Vernunft nicht unmittelbar zugänglichen Umstand hin⁵⁰. Ein Han-

Beschränkung und Mißbrauch der Vertretungsmacht

dein des Geschäftsführers, daß lediglich gegen den Willen der Gesellschafter und nicht auch bereits gegen das Interesse der Gesellschaft verstieße, müßte also darauf beruhen, daß er ein wirtschaftlich durchaus vernünftiges Rechtsgeschäft entgegen der subjektiv entgegenstehenden GesellschafteraufTassung vornimmt. Es könnte sich hierbei praktisch wohl nur um wirtschaftlich neutrale Entscheidungen handeln, bei denen es in aller Regel schon objektiv am Schaden und subjektiv an dem groben Sorgfaltsverstoß des Geschäftsführers fehlen wird. Wenn kein entgegenstehender Gesellschafterbeschuß vorliegt - womit schon die formale Geschäftsführungskompetenz des Geschäftsführers geendet hätte - oder der Wille der Gesellschafter aufgrund besonderer Umstände als abweichend von dem allgemein zu vermutenden vernünftigen wirtschaftlichen Interesse offenbar wird, wird man dem Geschäftsführer eine primäre Orientierung an letzterem oder hilfsweise ein pflichtgemäßes Ermessen zubilligen müssen. Nach strafrechtlicher Lesart kann der Geschäftsführer sogar Untreue gegenüber der GmbH begehen, wenn er dem Willen der Gesellschafter folgend eine wirtschaftlich nachteilige Entscheidung für die GmbH trifft⁵¹! Auch die teilweise als Beleg für die Orientierung am Willen der Gesellschafter genannte Entscheidung des BGH⁵² betraf tatsächlich den Fall einer Grundlagenentscheidung, bei deren Vorwegnahme der Geschäftsführer bereits formell außerhalb der ihm im Innenverhältnis gezogenen Schranken handelte. Dessen verwertbare Pflichtverletzung lag in der Kompetenzanmaßung⁵³, nicht in der vermeintlichen oder tatsächlichen Abweichung von einem inneren Willen der Gesellschafter.

4. Verstöße gegen den Gesellschaftszweck

Die auf die ältere reichsgerichtliche Rechtsprechung zurückgehende Fallgruppe von Verstößen gegen den Gesellschaftszweck⁵⁴ ist wohl richtigerweise als Unterfall der oben angesprochenen Verstöße gegen formellabstrakte Regelungen der internen Befugnisse des Geschäftsführers aufzufassen und nach den gleichen Kriterien zu behandeln. Sofern ein Gesellschaftszweck - und nicht lediglich der Untermögensgegenstand⁵⁵ - überhaupt in der Satzung definiert wird, verstößt ein hiergegen gerichtetes Rechtsgeschäft ohnehin gegen die Geschäftsführungsbefugnis⁵⁶, was unter den bereits erörterten Voraussetzungen auch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers berührt. Sofern nur der Unternehmensgegenstand festgelegt ist, ist dieser nach der gängigen Kautelarpraxis ohnehin meist derart weit gefaßt, daß hieraus allein keine hinreichend konkreten und auch für den Geschäftspartner erkennbaren Begrenzungen der Befugnisse des Geschäftsführers ableitbar wären. Ein eindeutiger und ggf. auch die Vertretungsmacht berührender Verstoß gegen solche Beschränkungen wird sich damit nur im Zusammenhang mit den bereits unter IV. 2. und 3. genannten Gesichtspunkten leistungstellen lassen⁵⁷.

5. Rechtsfolgen

Ist nach den vorstehend erörterten Kriterien ein Mißbrauch der Vertretungsmacht zu bejahen, so ergeben sich die Rechtsfolgen aus entsprechender Anwendung der §§ 177 ff. BGB⁵⁸. Es ist dann hinreichender Anlaß vorhanden, die zunächst innergesellschaftliche Pflichtverletzung ausnahmsweise auch auf das Außenverhältnis „durchschlagen“ zu lassen. Bei dieser vorweg zu beantwortenden Frage spielt - unabhängig von dem jeweiligen

diesbezüglichen Meinungsstand - der Rechtsgedanke des § 242 BGB eine zentrale Rolle.

Daß dieser dann aber entsprechend der Auffassung des BGH nochmals auf der Rechtsfolgenseite bemüht werden soll⁵⁹, scheint wenig konsequent. Erst recht gilt dies, wenn hierdurch der Weg zu einer Teilunwirksamkeit unter Berücksichtigung eines Überwachungsverschuldens der GmbH einerseits und der Vorwerfbarkeit des Nichterkennens der Pflichtverletzung des Geschäftsführers auf seilen des Geschäftspartners andererseits in Anwendung des Rechtsgedankens des § 254 BGB geebnet werden soll⁶⁰. Eine derartige „Einschränkung der Vertretungsmacht“ ist nur dann nötig, wenn man an die Annahme eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht zu niedrige Anforderungen stellt⁶¹, um schließlich doch unbillige Ergebnisse zu vermeiden. Fordert man dagegen beim Geschäftsführer mindestens eine grob fahrlässige Kompetenzüberschreitung, wird bei den Gesellschaftern der GmbH kaum ein Überwachungsverschulden denkbar sein. Mit schwerwiegenden Pflichtverletzungen ihres Geschäftsführers müssen sie ja gerade im Regelfall nicht rechnen, was ja auch erst der Grund dafür ist, sie von dem allgemeinen Risiko der gesetzlich angeordneten unbeschränkten Vertretungsmacht freizustellen. Außerdem müßte selbst bei einer Abwägung der Verschuldensgrade die richtigerweise ebenfalls am Maßstab der groben Fahrlässigkeit zu messende Evidenz beim Geschäftspartner regelmäßig dazu führen, daß diese gegenüber etwaigen Versäumnissen der Gesellschaft bei der Überwachung weitaus überwäge. Eine allgemeine drittschützende Pflicht zur dauernden Überwachung des Geschäftsführers durch die „Gesellschaft“ (durch die Gesellschafter oder etwaige Mitgeschäftsführer?) besteht gerade deshalb nicht, weil die Gesellschaft sich das Handeln des Geschäftsführers im Regelfall ohnehin zurechnen lassen muß. Im übrigen ist schon von Heckelmann darauf hingewiesen worden, daß etwa bei der gegenständlichen (Rück-)Abwicklung von unter

51 Vgl. BGHSt 35, 333{T.; 34, 379ff., s. hierzu auch *Schafer*, GmbH 1993, 780 (787 ff.).

52 BGH, NJW 1984, 1461 (1462).

53 Vgl. auch *Roth*, ZGR 1985, 265 (266f.).

54 Vgl. oben Fn. 14.

55 Zur - vom RG teilweise vernachlässigten - Trennung beider Begriffe vgl. *Baumbach/Hwck*, GmbHG, § 1 Rz. 5; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, § 1 Rz. 2 f.

56 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 1 Rz. 13.

57 So i.E. auch *John*, GmbH 1983, 90 (92).

58 *Heckelmann*, JZ 1970, 62 (64f.); *John*, GmbH 1983, 90 (92);

Michalsh, GmbH 1991, 349 (356); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 224; *Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 35 Rz. 139.

59 BGHZ 50, 112 (114); BGH, WM 1980, 953 (954); DB 1976, 1278; vgl. auch BGHZ 44, 367 (372); ihm folgend etwa *Ro-wedder*, GmbHG, § 37 Rz. 52. Vgl. allerdings auch BGH, NJW 1990, 384 (385); NJW 1988, 3012 (3013); NJW 1984, 1461 (1462); GmbH 1988, 260, wo lediglich ausgeführt wird, der Geschäftspartner könne aus dem Handeln des Geschäftsführers keine Rechte herleiten bzw. dieses sei unwirksam. Bewußt offenlassend OLG Koblenz, GmbH 1991, 264 (268).

60 BGHZ 50, 112 (114f.); vgl. hierzu ablehnende Bespr. von *Heckelmann*, JZ 1970, 62 ff.

61 Vgl. BGH, aaO, der lediglich schuldhaftes Handeln des Geschäftspartners forderte, siehe aber die nunmehr wohl schärferen Anforderungen auch in der Rechtsprechung in Fn. 26, 27 und 46.

Beschränkung und Mißbrauch der Vertretungsmacht

Mißbrauch der Vertretungsmacht vollzogenen Geschäften die Anwendung von § 254 BGB kaum sinnvoll ist.⁶²

Entsprechendes gilt für eine Regelung nach dem Rechtsgedanken der c.i.c.⁶³. Da das Verschulden des Geschäftspartners ein etwaiges Überwachungsverschulden regelmäßig bei weitem überwiegen wird, ist für eine gegenläufige Einschränkung der - mangels Genehmigung⁶⁴ - eintretenden Unwirksamkeit kein Raum⁶⁵.

Somit kann die GmbH - liegen die Voraussetzungen eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht vor - die Erfüllung des Geschäfts verweigern. Wird das Geschäft erfüllt, so kann darin nur dann eine schlüssige Genehmigung im Sinne des § 177 Abs. 1 BGB gesehen werden, wenn dies offenkundig in Kenntnis des vorherigen Mißbrauchs der Vertretungsmacht sowie des daraus resultierenden Leistungsverweigerungsrechts geschieht und die entsprechende Erfüllungshandlung nicht aufgrund eigener Entscheidung durch den betroffenen Geschäftsführer, sondern nach erkennbarer Konsultation der Gesellschafter oder eines anderen etwaigen Kon-trollgrenzüms (Verwaltungsrat, Beirat etc.) vorgenommen worden ist.

Anderenfalls ist auch ein etwaiges Erfüllungsgeschäft unwirksam und entfaltet keine dingliche Wirkung. Trotz Geltung des Abstraktionsprinzips ist der Mißbrauch der Vertretungsmacht geradezu ein typischer Fall eines „Doppelmangels“, da der Unwirksamkeitsgrund seinem Sinn und Zweck entsprechend auch der sachenrechtliche Vermögensverschiebung entgegensteht⁶⁶. Sofern nicht andere Gründe (z.B. gutgläubiger Dritterwerb) etc. entgegenstehen, kann die GmbH gemäß § 985 BGB Herausgabe ihres Leistungsgegenstands verlangen. Nutzungen und Schadensersatz können gemäß § 987 BGB bzw. § 989 BGB beansprucht werden, wobei die Voraussetzungen des § 990 BGB aufgrund der hier vertretenen tatbestandlichen Voraussetzungen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht immer erfüllt sein dürften. Auch insofern können also durchaus einschneidende Folgerungen auf der Rechtsfolgenseite gezogen werden, wenn nicht eine allzu extensive Handhabung der Tatbestandsvoraussetzungen gleichsam als Korrektiv eher halbherzige Rechtsfolgen notwendig macht.

Erst in zweiter Linie kommen daher die subsidiären Bereicherungsansprüche gemäß §§812 ff. BGB in Betracht. Auf § 817 S. 2 BGB kann sich der Geschäftspart-

ner nicht berufen, da ein etwaiger Verstoß gegen die guten Sitten durch das mißbräuchliche Handeln des Geschäftsführers insoweit nicht der GmbH als dem Leistenden zugerechnet werden kann⁶⁷. Im übrigen werden in der Regel auch die Voraussetzungen des § 819 BGB erfüllt sein, wobei allerdings besonders gelagerte Fälle unterhalb dieser Schwelle nicht auszuschließen sein werden, solange man tatbestandlich bereits ein grob fahrlässiges Verhalten des Geschäftspartners genügen läßt.

Schließlich wurde vom BGH darüber hinaus ein genereller Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftspartner bei Ausnutzung der aufgrund eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht erlangten Rechtsposition zuerkannt⁶⁸. Diesem aus Treu und Glauben abgeleiteten Schadensersatzanspruch müßte allerdings der Geschäftspartner den insoweit allerdings einschlägigen § 254 BGB entgegenhalten können⁶⁹, und zwar im Hinblick auf das meist erhebliche Mitverschulden des ungetreuen Geschäftsführers (arg. § 31 BGB). Soweit über die Rückabwicklung und die damit im Zusammenhang stehenden Nebenansprüche hinaus ein allgemeiner Schadensersatzanspruch im Räume steht, ist kein Grund dafür ersichtlich, daß der Verursachungsbeitrag des Geschäftsführers, der ja auch im Innenverhältnis zur GmbH gemäß § 43 GmbHG ohnehin für den Schaden verantwortlich ist, nicht auch im Verhältnis zum Geschäftspartner berücksichtigt wird.

6. Zusammenfassung

Die Unwirksamkeit des Handelns eines Geschäftsführers läßt sich sowohl gegenüber der Gesellschaft nahestehenden Personen als auch gegenüber Gesellschaftsfremden außerhalb der Fälle der KoUusion (§§ 138, 826 BGB) nur aus den Regeln über den Mißbrauch der Vertretungsmacht ableiten. Dieser erfordert objektiv einen pflichtwidrigen Verstoß gegen die im Innenverhältnis bestehenden Beschränkungen und Verhaltensanforderungen durch den Geschäftsführer sowie einen daraus entstehenden Schaden für die Gesellschaft. Subjektiv muß der Geschäftsführer mindestens grob fahrlässig gehandelt haben. Der Geschäftspartner muß diese Umstände gekannt oder in objektiv grob sorgfaltswidriger Weise für ihn evidente Umstände unbeachtet gelassen haben.

Für Drittgeschäfte mit Gesellschaftern, Angehörigen, Konzernunternehmen etc. gilt im Grundsatz nichts anderes, wenn auch die tatbestandlichen Voraussetzungen bei diesem Personenkreis aufgrund der in der Regel genaueren Kenntnis der innergesellschaftlichen Beschränkungen und Pflichtenbindungen vielfach eher zutreffen werden.

Die Rechtsfolge eines festgestellten Mißbrauchs der Vertretungsmacht besteht zunächst in der schwebenden Unwirksamkeit gemäß §§ 177 ff. BGB, im Falle eines bereits durchgeführten Rechtsgeschäfts kann dieses von der GmbH mangels Genehmigung nach vindiktions-rechtlichen bzw. bereicherungsrechtlichen Grundsätzen bei regelmäßig verschärfter Haftung des Geschäftspartners rückabgewickelt werden.

62 Heckelmann, JZ 1970, 62 (64).

63 Vgl. die Nachweise bei Hachenburg/Mertens, GmbHG, 7. Aufl., § 37 Rz. 37.

64 Vgl. § 177 Abs. 1 BGB; selbstverständlich nicht des ungetreuen Geschäftsführers selbst.

65 Vgl. John, GmbHR 1983, 90 (92).

66 Heckelmann, JZ 1970, 62 (64).

67 Vgl. zur Einschränkung von § 817 S. 2 BGB im Falle des

Mißbrauchs der Vertretungsmacht BGHZ 34, 396 (401 f.).

68 BGH, WM 1980, 953 (954 f.).

69 Dies wird vom BGH, aaO, nicht diskutiert.