

**GESELLSCHAFTSRECHT
UND UNTERNEHMENSRECHT**



[Handwritten signature]

GESELLSCHAFTSRECHT
UND
UNTERNEHMENSRECHT

Festschrift für
WOLFGANG SCHILLING
zum 65. Geburtstag
am 5. Juni 1973

Herausgegeben
von
Robert Fischer
und
Wolfgang Hefermehl



1973

Walter de Gruyter · Berlin · New York

ISBN 3 11 004263 0



Copyright 1973 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1 Berlin 36

Inhaltsverzeichnis

Grußwort	VII
----------------	-----

I. *Recht der Personengesellschaft*

ROBERT FISCHER, Dr. iur., Präsident des Bundesgerichtshofes, Karlsruhe: Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, auch unter Berücksichti- gung der Handelsgesellschaften	3
WERNER FLUME, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Bonn: Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters	23
GEORG KUHN, Dr. iur., Senatspräsident a. D., Karlsruhe: Konkursrechtliche Probleme bei der GmbH & Co. KG	69
PETER ULMER, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Hamburg: Die Sonderzuordnung des vererbten OHG-Anteils. — Zum Einfluß von Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs auf die Gesellschaftsbeteiligung	79
HERBERT WIEDEMANN, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Uni- versität Köln: Verbandssouveränität und Außeneinfluß. Gedanken zur Errich- tung eines Beirats in einer Personengesellschaft	105

II. *Recht der Kapitalgesellschaft*

CARL HANS BARZ, Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt/M.: Abänderung festgestellter Jahresabschlüsse einer Aktiengesell- schaft	127
ERNST GESSLER, Dr. iur., Ministerialdirektor a. D., Honorarprofes- sor an der Universität Bonn: Die Behandlung eigener Aktien bei der Verschmelzung	145
WOLFGANG HEFERMEHL, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Heidelberg, Honorarprofessor an den Universitäten Mannheim und Salzburg: Zur Haftung der Vorstandsmitglieder bei Ausführung von Hauptversammlungsabschlüssen	159
HANS HENGELER, Dr. iur. h. c., Rechtsanwalt, Düsseldorf: Zum Beratungsgeheimnis im Aufsichtsrat einer Aktiengesell- schaft	175

Inhaltsverzeichnis

MARCUS LUTTER, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Bochum:	
Gescheiterte Kapitalerhöhungen	207
JOACHIM MEYER-LANDRUT, Dr. iur., Rechtsanwalt, Düsseldorf:	
Der „Mißbrauch“ aktienrechtlicher Minderheits- oder Individualrechte, insbesondere des Auskunftsrechts	235
PHILIPP MÖHRING, Dr. iur., Dr. rer. pol. h. c., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, Honorarprofessor an den Universitäten Heidelberg, Köln und Salzburg:	
Zur Systematik der §§ 311, 317 AktG	253
HARRY WESTERMANN, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Münster:	
Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 Umwandlungsgesetz von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge	271

III. Unternehmensrecht

KURT BALLERSTEDT, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Bonn:	
Das Unternehmen als Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs	289
KONRAD DUDEN, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Mannheim, Honorarprofessor an der Universität Heidelberg:	
Zur Methode der Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum „Unternehmensrecht“	309
OTTO KUNZE, Professor Dr. iur., Rechtsanwalt, Düsseldorf:	
Bemerkungen zum Verhältnis von Arbeits- und Unternehmensrecht	333
FRITZ RITTNER, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Freiburg i. Br.:	
Unternehmensverfassung und Eigentum	363

Grußwort

Lieber, herzlich verehrter Wolfgang Schilling!

Hier naht sich Ihnen zur Feier Ihres fünfundsechzigsten Geburtstages eine Schar Ihrer Freunde und Verehrer mit einem bunten Strauß von Beiträgen aus dem Gesellschafts- und Unternehmensrecht, dem Sie vornehmlich Ihr Interesse und Ihre Arbeitskraft gewidmet und das Sie durch die Fülle Ihrer Gedanken bereichert haben.

Die Verschiedenheit der Aufsätze möge Ihnen ein Zeichen der großen Mannigfaltigkeit der von Ihnen ausgegangenen Anregungen sein, für die wir Ihnen dankbar sind. Mit Ihnen zusammen zu arbeiten, ist uns stets eine besondere Freude.

Wir, die wir uns zu diesem Buch vereinen, reichen es Ihnen mit dem Wunsche, daß uns die Jugendfrische Ihres Herzens und Schaffens noch lange erhalten bleiben möge!

Heidelberg, den 5. Juni 1973

Die Verfasser

I. RECHT DER PERSONENGESELLSCHAFT

Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, auch unter Berücksichtigung der Handelsgesellschaften

ROBERT FISCHER

Seit 70 Jahren bemühen sich Rechtsprechung und Rechtslehre um das Problem des Mißbrauchs der Vertretungsmacht, um seine Tatbestandsmerkmale und seine Rechtsfolgen sowie um seinen Anwendungsbereich. Gleichwohl ist es, ungeachtet eines umfangreichen Rechtsprechungsmaterials und eingehender Untersuchungen im Schrifttum, bisher noch nicht gelungen, zu einigermaßen gefestigten Grundsätzen auf diesem Gebiet zu gelangen. Ein Blick in die Untersuchungen der letzten Jahre zeigt, wie sehr gerade neuerdings die Fragen in diesem Zusammenhang wieder streitig geworden sind¹. Dabei ist in der Rechtslehre das Bemühen unverkennbar, durch neue dogmatische Ansatzpunkte dem Problem des Mißbrauchs der Vertretungsmacht Rechnung zu tragen, während in der höchstrichterlichen Rechtsprechung das Bestreben obwaltet, durch mehr allgemein gefaßte Formulierungen dem Einzelfall gerecht zu werden. Hervorzuheben ist hierbei, daß sich nach meinem Eindruck — zum Teil wohl un bemerkt — in der Rechtsprechung ein Bedeutungswandel vollzieht, der für die Bewältigung des Problems m. E. von wesentlichem Gewicht sein kann².

I.

Die Entwicklung der Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht nahm schon bald nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs

¹ Vgl. etwa *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1965, S. 788 ff.; *Mertens*, Die Schranken gesetzlicher Vertretungsmacht in Juristische Analysen, Heft 6 (Handels- und Gesellschaftsrecht) 1970 S. 30 ff.; *Schott*, Arch. f. ziv. Prax. 171, 385 ff.; *Heckelmann*, JZ 1970, 62 ff.; *Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl. 1971 S. 295 ff.

² In diesem Zusammenhang gehören nicht die Fälle der Kollusion, des bewußten Zusammenwirkens von Vertreter und Vertragspartner zum Schaden des Vertretenen. Diese Fälle finden ihre sachgerechte Beurteilung im Rahmen des § 138 BGB; darüber hinaus können auch Schadensersatzansprüche des Vertretenen nach § 826 BGB in Betracht kommen (vgl. dazu schon RGZ 9 148 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts). Nur *Kipp* (Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts 1929 2. Bd. S. 287) hat zu erwägen gegeben, auch die Kollusionsfälle in die sonstigen Mißbrauchsfälle einzuordnen und sie entsprechend seiner allgemein vertretenen Ansicht als Tatbestand einer Vertretung ohne Vertretungsmacht anzusehen. Auf diese vereinzelt gebliebene Auffassung ist man später — m. E. mit Recht — nicht mehr zurückgekommen.

von der Rechtsprechung ihren Ausgang. Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1909 hat das Reichsgericht geglaubt, die vom Bürgerlichen Gesetzbuch streng durchgeführte begriffliche Trennung von Außen- und Innenverhältnis hier nicht durchhalten zu können, sondern mit Hilfe der Einrede der Arglist gegebenenfalls Ansprüche des Geschäftspartners aus einem abgeschlossenen Vertrag mit einem Bevollmächtigten trotz bestehender Vollmacht abwehren zu müssen³. Auffallend an dieser Entscheidung ist es, daß sie verhältnismäßig allgemein gefaßt ist und m. E. erkennen läßt, daß das Reichsgericht damit keineswegs nur einem besonderen Einzelfall Rechnung tragen, sondern für die Rechtsprechung offenbar eine neue Entwicklungslinie aufzeigen wollte. Andererseits ist es bemerkenswert, daß diese Entscheidung eine Reihe von einschränkenden Formulierungen verwendet. Die Worte „unter offenbarem, dem Kontrahenten erkennbarem Mißbrauch“ und „wenn das fragliche Geschäft von so ganz ungewöhnlicher Art wäre, daß sich der Dritte sagen müßte, der Vollmachtgeber könne ein derartiges Geschäft unmöglich im Sinne gehabt haben“⁴, deuten nach revisionsrichterlicher Erfahrung darauf hin, daß sich hier das Reichsgericht wohl noch eine Rückzugslinie offen halten, jedenfalls aber einer noch nicht voll übersehbaren Ausuferung dieser neuen Rechtsprechung durch die Instanzgerichte gegebenenfalls vorbeugen wollte. Diese Zurückhaltung hat das Reichsgericht jedoch verhältnismäßig schnell, schon nach zwei Jahren, aufgegeben und unter Benutzung der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches (vgl. § 122 Abs. 2 BGB) ausgesprochen, daß ein Dritter aus einem mit einem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft keine Rechte herleiten könne, wenn der Vertreter seine Vollmacht mißbraucht und der Dritte dieses hätte erkennen müssen⁵. Dabei erscheint mir an dieser Entscheidung bemerkenswert, daß sie sich nicht mehr auf die Einrede der Arglist stützt, sondern sich „auf die gesetzlichen Vorschriften über die Vollmacht“ beruft und den Rechtsgedanken der §§ 169/72 BGB analog heranzieht. Mit dieser Begründung stellt das Reichsgericht den allgemeinen Satz auf, daß der Vertretene geschützt ist, wenn der Dritte bei einem Vollmachtsmißbrauch den Mißbrauch hätte erkennen müssen. In der Folgezeit hat das Reichsgericht in einer großen Anzahl von Entscheidungen an diesen Grundsätzen festgehalten und darüber hinaus ausgesprochen, daß diese Grundsätze auch bei der gesetzlich nicht beschränkbaren Vertretungsmacht (§§ 49, 50, 126 HGB, §§ 82, 269 Abs. 5 AktG, § 37 GmbHG, § 27 GenG) zu gelten haben⁶.

³ RGZ 71, 219.

⁴ A. a. O. S. 222.

⁵ RGZ 75, 299.

⁶ RGZ 145, 311, 314/15.

Bei einer kritischen Beurteilung dieser Rechtsprechung ist es für einen Revisionsrichter auffallend, daß sich das Reichsgericht gar nicht auf den naheliegenden Versuch eingelassen hat, beim Vollmachtsmißbrauch durch eine restriktive Auslegung der Vollmacht zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen. Das hängt wohl damit zusammen, daß der Sachverhalt in der ersten dieser Entscheidungen⁷ von vornherein ganz deutlich gemacht hat, daß man dem Problem auf diesem Weg nicht mit Erfolg beikommen kann⁸. Für die Entwicklung der weiteren Rechtsprechung war dieser Umstand, wie ich meine, von besonderer Bedeutung. Er nötigte nämlich die Rechtsprechung dazu, das eigentliche Problem des Mißbrauchs der Vertretungsmacht darin zu erblicken, dem Dritten Ansprüche aus dem geschlossenen Vertrag trotz bestehender Vertretungsmacht unter bestimmten Voraussetzungen zu versagen. Von hier aus wird verständlich, warum das Reichsgericht in der Folgezeit niemals auf die vom Schrifttum vertretene Meinung, das Problem des Mißbrauchs der Vertretungsmacht sei sachgerecht unter dem Gesichtspunkt der Vertretung ohne Vertretungsmacht zu lösen⁹, eingegangen ist. Andererseits muß hervorgehoben werden, daß das Reichsgericht bei seinen Darlegungen den eigentlichen Interessenwiderstreit zwischen dem Dritten und dem Vertretenen im Grunde genommen gar nicht berücksichtigt hat. Dieser Interessenwiderstreit ist vor allem dadurch gekennzeichnet, daß der Anstoß für das Auftreten dieses Widerstreits vom Vertretenen ausgeht, und zwar dadurch, daß er die Vertretungsmacht begründet und bei der Vollmacht ihren Umfang und die Person des Bevollmächtigten bestimmt. Dieser Gesichtspunkt der Veranlassung ist der entscheidende Gedanke für den Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches gewesen, durch die scharfe Trennung von Außen- und Innenverhältnis die Gefahr für den Mißbrauch der Vertretungsmacht dem Vertretenen aufzulasten¹⁰. Es ist auffallend, wie wenig dieser gesetzliche Grundgedanke in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bei der Abwägung der sich widerstreitenden Interessen Berücksichtigung gefunden hat. Damit hängt es eng zusammen, daß die Besonderheiten bei der unbeschränkbaren Vertretungsmacht auf dem Gebiet des Han-

⁷ RGZ 71, 219.

⁸ Dem entspricht es, daß das Reichsgericht trotz des umfangreichen Rechtsprechungsmaterials nur in einem Fall (RGZ 143, 196) zu dem Mittel einer restriktiven Auslegung greifen konnte. Auch *Schott* (Arch. ziv. Prax. 171, 396) hält die Möglichkeiten für eine restriktive Auslegung in diesem Bereich für sehr gering.

⁹ Vgl. dazu Anm. 18, 19.

¹⁰ Vgl. dazu *Schott*, Arch. ziv. Prax. 171, 386: „Das BGB entscheidet sich eindeutig für die Verkehrssicherheit und mißt der Weisungs- und Interessenwidrigkeit Bedeutung nur für das Innenverhältnis zu.“

delsrechts und dem damit ausdrücklich verfolgten Schutzzweck in der Rechtsprechung des Reichsgerichts keine Beachtung gegeben worden ist¹¹. Auch hängt es nach meinem Eindruck mit dieser Betrachtungsweise zusammen, daß das Reichsgericht in der Folgezeit niemals auf die immer wieder laut werdenden Bedenken der Rechtslehre gegen den zu weit gezogenen Schutz des Vollmachtgebers eingegangen ist. Nachdem es mit Hilfe der Analogie zu § 169 BGB dem Dritten auch bei leicht fahrlässigem Verhalten Ansprüche aus dem mit dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Rechtsgeschäft versagt hatte, ohne die insoweit gegebenen Unterschiede in der Interessenlage zu erkennen¹², hatte sich das Reichsgericht wohl die Möglichkeit genommen, in einer wertenden Beurteilung zu einer sachgerechten Abwägung der sich insoweit widerstreitenden Interessen zu gelangen und den in der Rechtslehre laut gewordenen Bedenken unter diesem Gesichtspunkt Rechnung zu tragen. Auf diese Weise ist das Reichsgericht bei seiner verhältnismäßig recht schematischen Beurteilung geblieben.

Die Fortführung dieser Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof erweckt zunächst den Eindruck, daß sich in dieser Hinsicht kaum etwas verändert hat. Dieser Eindruck wird dadurch hervorgerufen, daß der Bundesgerichtshof nach seiner äußeren Diktion an die Rechtsprechung des Reichsgerichts anknüpft und insoweit nicht ohne weiteres erkennen läßt, daß nunmehr in der Sache eine andere Beurteilung Raum gewinnt. Schon der Ausgangspunkt in der Betrachtungsweise des Bundesgerichtshofes ist ein grundsätzlich anderer als beim Reichsgericht. Der Bundesgerichtshof stellt an den Anfang seiner Erwägungen den zutreffenden Grundsatz, daß der Vertretene grundsätzlich das Risiko eines Vollmachtmißbrauchs zu tragen habe, und daß dem Vertragsgegner im allgemeinen eine besondere Prüfungspflicht über die Bindungen des Vertreters im Innenverhältnis nicht obliege. Nur wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht habe, so daß beim Vertragsgegner begründet Zweifel hätten entstehen müssen, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege, könne sich der Vertragsgegner nicht auf die Vollmacht berufen¹³. Dabei spricht der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang davon, daß insoweit eine Abwägung der Umstände gemäß § 242 BGB geboten sei.

Immerhin macht der Bundesgerichtshof in den ersten Entscheidungen mit dieser beiderseitigen Interessenabwägung noch nicht voll Ernst. Das wird besonders deutlich bei der Beurteilung, die er dem

¹¹ Anders allerdings RG JW 1935, 1084.

¹² Vgl. dazu *Stoll*, Festschrift für Heinrich Lehmann 1937, S. 115 ff., 128 ff.

¹³ BGH, WM 1966, 491; 1968, 841.

Mißbrauch bei einer gesetzlich unbeschränkbaren Vertretungsmacht zuteil werden läßt¹⁴. Die Tragfähigkeit dieser neuen Beurteilung wird erst in der Entscheidung des II. Zivilsenats in BGHZ 50, 112 erkennbar. Hier wird die besondere Interessenlage bei der gesetzlich unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis gewürdigt und demgemäß dem Dritten ein erhöhter Vertrauensschutz zugebilligt^{14a}. Auch wird im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung dem eigenen Verschulden des Vertretenen eine entsprechende Bedeutung zugemessen und ausgesprochen, es könne nach Treu und Glauben nicht zugelassen werden, daß die sich aus einem Vollmachtmißbrauch ergebenden Nachteile dem Vertragsgegner auch dann ganz zur Last fallen, wenn der Vertretene die Gebote des eigenen Interesses im Rechtsverkehr außer acht gelassen hat, indem er die ihm zuzumutenden Kontrollmaßnahmen gegenüber seinem Vertreter unterlassen hat.

II.

Die Rechtslehre hat gegenüber dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung zunächst einen zurückhaltenden Standpunkt eingenommen und an der scharfen Trennung von Innen- und Außenverhältnis festgehalten¹⁵. Aber zugleich werden — und zwar im Laufe der Jahre in zunehmendem Umfang — auch Stimmen laut, die sich dieser Rechtsprechung anschließen, ohne ihrerseits eine eigene dogmatische Begründung für diese Ansicht zu geben¹⁶. Dagegen blieb das handelsrechtliche Schrifttum anfangs fast geschlossen ablehnend und betonte, daß im Bereich des Handelsrechts bei der gesetzlich unbeschränkbaren

¹⁴ Die beiden in sich widersprüchlichen Sätze in der Entscheidung BGH, WM 1966, 491 lassen insoweit noch eine gewisse Unsicherheit erkennen: „Es ist jedoch nicht einzusehen, warum auf diesem Teilgebiet (gemeint ist: bei der Prokura) etwas anderes gelten sollte. Die Sicherheit des handelsrechtlichen Geschäftsverkehrs kann im Einzelfall bei der erforderlichen Abwägung der Umstände gemäß § 242 BGB in genügender Weise berücksichtigt werden.“ In der Entscheidung WM 1960, 612 hatte der BGH noch eine völlige Gleichstellung dieser Tatbestände mit denen der beschränkbaren (bürgerlichrechtlichen) Vollmacht vorgenommen.

^{14a} Vgl. dazu auch schon BGHZ 26, 330, 336/37 und meine Anm. bei LM Nr. 13 zu § 105 HGB, wo diese Frage ausdrücklich offen gelassen worden ist.

¹⁵ Vgl. etwa v. Thur, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II. Band 2. Hälfte 1918 S. 400 Anm. 152: „Zu weit geht m. E. RG 75, 300, indem es Nichtigkeit des Geschäfts schon dann annimmt, wenn der Vertreter die Vollmacht mißbrauchte und dies dem Dritten ohne grobe Fahrlässigkeit nicht unbekannt sein konnte“; ferner Oertmann Komm. Allg. Teil 3. Aufl. 1927 § 167 Bem. 6 a. E.

¹⁶ Vgl. Planck-Flad, Komm. BGB 4. Aufl. 1914 § 167 Gem. 7 c; Enneccerus, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 7. Bearbeitung 1919 170 I, 4; Staudinger/Riezler Komm. BGB 9. Aufl. 1925 § 167 Bem. 8 b.

Vertretungsmacht kein Raum für die Anwendung dieser Grundsätze sei¹⁷.

Mit dem Aufsatz von Kipp¹⁸ tritt ein grundsätzlicher Wandel in der Behandlung dieses Problems durch die Rechtslehre ein. Hier wird erstmals der Versuch unternommen, für die Auffassung des Reichsgerichts eine eigene dogmatische Begründung zu geben und die Tatbestände des Mißbrauchs der Vertretungsmacht in dem Anwendungsbereich der §§ 177 ff. BGB anzusiedeln. Der Kernsatz dieser Begründung geht dahin, daß Mißbrauch durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt werde, daß also der Mißbrauch die Legitimation der Vertretungsmacht beseitige¹⁹.

Des weiteren macht sich in der Rechtslehre zunehmend ein Mißbehagen gegenüber der Rechtsprechung insoweit bemerkbar, als die Meinung des Reichsgerichts, schon bei leicht fahrlässigem Verhalten des Geschäftspartners könne der Vertretene immer die Einrede der Arglist geltend machen, als unbefriedigend angesehen wird²⁰. Die Untersuchungen der Rechtslehre unter diesem Gesichtspunkt liefern gewichtige Hinweise für die weitere Behandlung des Problems, weil sie der Abwägung der hierbei sich widerstreitenden Interessen ein besonderes Augenmerk zuwenden und vor allem hervorheben, daß der Vertretene der Nähere für die Schadenstragung sei, weil er den Vertreter als seinen Vertrauensmann ausgewählt hat²¹. „Wer sich einen Vertreter bestellt, soll sich ihn anschauen. Wenn er sich in ihm getäuscht hat, muß dies sein Schaden sein. Es ist durch nichts gerechtfertigt, daß der Geschäftsherr seinen Schaden auf den Geschäftsgegner abwälzt und von diesem verlangt, daß er mit aller Sorgfalt prüfe, ob er dem durch die Vollmacht ausgewiesenen Vertreter auch wirklich

¹⁷ Vgl. *Wieland*, Handelsrecht, 1. Bd. 1921 S. 593; *Flechtheim* bei *Düringer-Hackenburg* 3. Aufl. 1932 § 126 Bem. 9; *Staub-Pinner* 14. Aufl. 1932 § 126, Bem. 15; *Neufeld/Schwarz*, Komm. HGB 1931 § 126, Bem. 3; a. M. *Ritter*, Komm. HGB 2. Aufl. 1932 § 126, Bem. 2, Vorbem. 2 vor § 48.

¹⁸ In der Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts 1929, II. Bd. S. 273 ff.

¹⁹ *Nipperdey* ist schon in der ersten von ihm besorgten Bearbeitung des Lehrbuchs von *Enneccerus* 13. Bearbeitung 1931 § 170 I 4 dieser Meinung beigetreten; ähnlich wohl auch *H. Lehmann* Anm. JW 1934, 683; dagegen kritisch insoweit *Stoll* in der Festschrift für *Heinrich Lehmann* 1937 S. 115 ff., 121/22; und *Egger*, Festgabe für *Wieland* 1934 S. 59. In der Folgezeit sind der Meinung von *Kipp* beigetreten *H. Lehmann*, Allg. Teil 5. Aufl. 1946 § 36 II 4; *Staudinger/Coing* § 167 Bem. 17 a; *Lehmann/Hübner*, Allg. Teil, 15. Aufl. S. 328; *Larenz* Allg. Teil 2. Aufl. 1972 S. 475/76; *Palandt/Heinrichs* 31. Aufl. § 167 Anm. 3 a; für entsprechende Anwendung der §§ 177 ff. BGB *Soergel/Schultze-von Lassaulx* Komm. 10. Aufl. § 177 Anm. 16.

²⁰ *Egger* a. a. O. S. 69; *Stoll* a. a. O. S. 128; *Lehmann* JW 1934, 683.

²¹ *Egger* a. a. O.

vertrauen darf²².“ Diese grundsätzliche Beurteilung im Ausgangspunkt hat dazu geführt, die Tatbestände des Mißbrauchs der Vertretungsmacht einer näheren Betrachtung zu unterziehen und zwischen pflichtwidrigem und treuwidrigem²³ oder zwischen auftragswidrigem und bewußt mißbräuchlichem Verhalten des Vertreters²⁴ zu unterscheiden. In der Folgezeit verlieren diese entscheidenden Erwägungen für das Mißbehagen gegenüber der Annahme des Reichsgerichts und später des Bundesgerichtshofs, auch ein leicht fahrlässiges Verhalten könne die Arglistenrede des Vertretenen begründen, ihr Gewicht. Es bleibt jedoch in der Rechtslehre bei der vielfach vertretenen Meinung, nur grob fahrlässiges Verhalten des Geschäftspartners rechtfertige es, diesem Ansprüche aus dem mit dem Vertretenen geschlossenen Geschäft zu versagen²⁵.

In Fortführung der Grundgedanken von Kipp hat Flume²⁶ versucht, für die Einordnung des Mißbrauchs der Vertretungsmacht in das Recht der Stellvertretung eine nähere Begründung zu geben und damit eine praktikable Lösung für die einzelnen Mißbrauchstatbestände zu ermöglichen. Auch er schränkt wie Kipp beim Mißbrauch der Vertretungsmacht den Umfang der Vertretungsmacht ein und benutzt dazu das Merkmal der Evidenz des Mißbrauchs. Immer wenn der Vertreter zum Nachteil des Vertretenen handelt und dieses für den Geschäftspartner evident ist, werden die Grenzen der Vertretungsmacht überschritten. Ein solches Handeln ist nicht mehr von der Vertretungsmacht gedeckt. Dabei ist es nach Meinung Flumes nicht notwendig, daß der Vertreter selbst schuldhaft gehandelt hat, so wie es auch nicht auf eine Nachprüfungspflicht des Geschäftspartners über das etwaige Vorliegen eines Mißbrauchs ankommt. Maßgeblich ist vielmehr das als objektiv verstandene Kriterium der Evidenz des Mißbrauchs, das die Legitimation der Vertretungsmacht beseitigt. „Der Mißbrauch ist evident, wenn ein ‚reasonable man‘ ihn erkennen würde oder das Handeln des Vertreters doch so fragwürdig erscheint, daß ein ‚reasonable man‘ sich auf das Geschäft nicht einlassen würde.“

Des weiteren hat man versucht, der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit der Lehre von der culpa in contrahendo eine selbständige dogmatische Begründung zu geben. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich in der Tat für die von der Rechtsprechung hervorgehobene

²² Stoll a. a. O. 128.

²³ Stoll a. a. O.

²⁴ Lehmann a. a. O.

²⁵ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 183 I 5; Soergel/Schultze-von Lassaulx § 177 Anm. 16; Larenz a. a. O. S. 476; einschränkend auch Lehmann-Hübner a. a. O.; Schott Arch. ziv. Prax. 171, 397.

²⁶ Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II Bd. 1965 S. 788 ff.

Nachprüfungspflicht des Geschäftspartners eine entsprechende Rechtfertigung geben. Dagegen nötigt die Lehre von der culpa in contrahendo auch dazu, dem Geschäftspartner bei jeder — also auch leicht fahrlässigen — Verletzung der Nachprüfungspflicht Ansprüche aus dem mit dem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft zu versagen, weil der Vertretene so zu stellen ist, wie wenn der Dritte seiner Nachprüfungspflicht nachgekommen wäre (Ersatz des negativen Interesses)²⁷.

Schließlich hat sich auch im handelsrechtlichen Schrifttum ein Wandel der Auffassungen vollzogen, für den zwei verschiedene, zeitlich aufeinander folgende Etappen festzustellen sind. Mit dem Ausgang der 30er Jahre verstummen die Stimmen, die der Rechtsprechung des Reichsgerichts für die handelsrechtliche Vertretungsmacht die Gefolgschaft versagen²⁸. Als Hueck jedoch in seiner Monographie zum Recht der offenen Handelsgesellschaft gegen die Meinung des Reichsgerichts mit eingehender Begründung erneut Bedenken erhob²⁹, wurden die alten Bedenken gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts wieder aufgegriffen, so daß heute im handelsrechtlichen Bereich wohl allgemein der Standpunkt vertreten wird, daß die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze zum Mißbrauch der Vertretungsmacht hier nur angewendet werden können, wenn der Vertreter bewußt zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat³⁰.

III.

Dieser Überblick über den Stand der Rechtsprechung sowie der in der Rechtslehre vertretenen Meinungen vermittelt ein verwirrendes Bild, das im Grunde genommen zur Verwunderung Anlaß gibt, und zwar deshalb, weil es noch immer nicht gelungen ist, in dieser Frage zu einer einigermaßen gesicherten Ansicht zu gelangen. Dabei habe ich den Eindruck, daß die entscheidenden Gesichtspunkte für die Beurteilung dieser Frage im Laufe der langen Zeit erörtert und geprüft worden sind, und daß das umfangreiche Rechtsprechungsmaterial aus der zurückliegenden Zeit den Schluß erlaubt, daß in dieser

²⁷ Heckelmann, JZ 1970 S. 65, vgl. auch Lehmann, JW 34, 683.

²⁸ Vgl. W. Schmidt, Komm. AktG 1. Aufl. 1939 § 74 Anm. 12; Weipert Komm. HGB 1. Aufl. 1942 § 126 Anm. 21; Bombach Komm. HGB 7. Aufl. 1945 § 126 Anm. 3 B; anderer Meinung freilich noch Schlegelberger/Gefßler, Komm. HGB 1. Aufl. 1939 § 126 Anm. 22.

²⁹ Vgl. 1. Aufl. 1946 S. 163.

³⁰ Vgl. Hachenburg/Schilling, Komm. GmbHG § 37 Anm. 12; Mertens Kölner Komm. AktG § 82 Anm. 15; Meyer-Landrut Großkomm. AktG 3. Aufl. § 82 Anm. 8; Robert Fischer Komm. HGB 3. Aufl. § 126, Anm. 18; Baumbach/Duden Komm. HGB 19. Aufl. 1971 § 126 Anm. 4.

Frage vom Sachverhalt her, von der Gestaltung des Tatbestands im Einzelfall keine besonderen Überraschungen mehr zu erwarten sind. Ferner läßt dieser Überblick über den Stand der Meinungen in Rechtsprechung und Rechtslehre wohl auch mit Deutlichkeit erkennen, daß es im Ergebnis richtig gewesen ist, wenn das Reichsgericht den Mißbrauchsfällen im Vertretungsrecht eine gesonderte rechtliche Beurteilung zuteil werden ließ. Denn es erscheint im Sinne einer gerechten Entscheidung unhaltbar, das Risiko eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht in allen Fällen allein dem Vertretenen anzulasten, also das Abstraktionsprinzip im Sinne einer scharfen Trennung von Außen- und Innenverhältnis in diesen Fällen ohne Einschränkungen durchzuhalten. Die Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, die diesem Abstraktionsprinzip zugrunde liegen, bedürfen, wie die lange Rechtsentwicklung offenbar lehrt, einer Korrektur im Interesse des Vertretenen, wobei freilich die rechtlich gebotene Rücksichtnahme auf die schutzwerten Belange des Vertragspartners nicht außer acht gelassen werden darf. So gesehen stellt sich das Problem der rechtlichen Behandlung der Mißbrauchsfälle im Vertretungsrecht als die Aufgabe einer sachgerechten Abwägung der sich insoweit widerstreitenden Interessen sowie der danach gebotenen sachgerechten Abgrenzung der beiderseitigen Risikobereiche dar³¹. Dabei ist die Frage nach der etwaigen Notwendigkeit einer unterschiedlichen Behandlung der einzelnen Mißbrauchstatbestände von besonderem Gewicht, da bei einer sachgerechten Abwägung und Abgrenzung diesem Umstand notwendigerweise Bedeutung zukommt. Auch müssen die Tatbestände eines Vertretungsmißbrauchs im handelsrechtlichen Bereich in diese Beurteilung einbezogen werden, weil sie nach der Erfahrung wichtige Anwendungsfälle eines solchen Mißbrauchs sind und in diesem Zusammenhang deshalb nicht unberücksichtigt bleiben können.

Der Versuch, dem Problem des Vertretungsmißbrauchs durch eine Einordnung dieser Tatbestände in den Anwendungsbereich der §§ 177 ff. BGB beizukommen³², erscheint auf den ersten Blick bestechend. Denn aus der Sicht des Vertretenen ist es zunächst ohne weiteres einleuchtend, daß der Mißbrauch einer Vertretungsmacht, namentlich der Mißbrauch einer Vollmacht, der Sache nach durch die Vertretungsbefugnis nicht gedeckt ist, daß er also aus dem Rahmen der Legitimation der Vertretungsbefugnis herausfällt. Diese Beurteilung wird aber schon zweifelhaft, wenn man an die Fälle der handelsrechtlichen, gesetzlich unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis denkt. Ist es nicht gerade der Sinn dieser gesetzlichen Vorschriften, die

³¹ Ähnlich *Schott*, Arch. f. ziv. Prax. 171, 387.

³² Vgl. dazu oben Anm. 18, 19, 26.

Legitimation des Vertreters auch dann bestehen zu lassen, wenn er seine Befugnis im Verhältnis zu dem Vertretenen überschreitet? Auch wird man fragen müssen, ob es vom Standpunkt des Vertragspartners nicht doch einen wesentlichen Unterschied ausmacht, ob der Vertreter außerhalb der ihm zustehenden Vertretungsbefugnis handelt oder ob er die ihm zustehende Vertretungsbefugnis — im Verhältnis zum Vertretenen — mißbräuchlich ausübt. Ist es mit anderen Worten mit dem unser Recht beherrschenden Vertrauensgrundsatz vereinbar, diese beiden verschiedenartigen Sachverhalte rechtlich gleich zu behandeln und beim Mißbrauch der Vertretungsmacht davon abzusehen, daß der Vertretene durch die Übertragung der Vertretungsbefugnis den ersten Anstoß für die Möglichkeit des Mißbrauchs gegeben hat? Diese Fragen machen deutlich, daß die Lösung des Vertretungsmißbrauchs durch eine Anwendung der §§ 177 ff. BGB an dem eigentlichen Problem, nämlich an der sachgerechten Abgrenzung der beiderseitigen Risikobereiche unter Abwägung der sich insoweit widerstreitenden Interessen vorbeigeht und deshalb auf diesem Wege nicht zu einem angemessenen Ergebnis führen kann. Sinnvollerweise kann man von einem Mißbrauch der Vertretungsmacht nur sprechen, wenn eine Vertretungsmacht besteht und sie lediglich mißbräuchlich gehandhabt wird. Der Umstand, daß es dem Reichsgericht in den ihm unterbreiteten Sachverhalten eigentlich niemals gelungen ist, durch eine restriktive Auslegung der Vertretungsmacht zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen, sollte insoweit zu denken geben. Im handelsrechtlichen Bereich führt zudem die Annahme, der Mißbrauch der Vertretungsmacht stelle ein Handeln ohne Vertretungsmacht dar, zu einer bedenklichen Verwischung von Außen- und Innenverhältnis und u. U. sogar zu einer Beschränkung der Vertretungsmacht unter Berücksichtigung der für das Innenverhältnis maßgebenden Anweisungen an den Vertreter. Das halte ich für das Handeln der Organe von Kapitalgesellschaften und der vertretungsberechtigten Gesellschafter für unhaltbar und es widerspricht auch einer allgemeinen Rechtsentwicklung, wie sie erst neuerdings durch die Aktienrechtsdirektive der Europäischen Kommission in Brüssel fortgeführt ist³³. Man kann eine generell gefaßte Vertretungsbefugnis, wie sie dem Handelsrecht eigentümlich ist und wie sie im bürgerlichen Recht bei einer umfassenden Generalvollmacht vorkommt, nicht für einen Einzelfall einschränken, indem man dabei nicht etwa auf die Art des abgeschlossenen Geschäfts, sondern auf die Zielrichtung des Vertreters beim Abschluß des Geschäfts oder auf die

³³ Vgl. 1. Richtlinie des Rats der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts in den EWG-Mitgliedstaaten vom 9. März 1968.

Auswirkung des Geschäfts für den Vertretenen abstellt³⁴. Vollends unhaltbar wird die Einordnung der Mißbrauchsfälle in den Anwendungsbereich der §§ 177 ff. BGB aber dann, wenn man den Umfang der Vertretungsmacht davon abhängig macht, ob der Dritte beim Vertragsabschluß schuldhaft seine angenommene Prüfungspflicht verletzt hat. Denn das Verhalten dieses Dritten beim Vertragsabschluß kann für den Umfang der Vertretungsmacht nicht maßgeblich sein, weil dieser Umfang allein und nur durch den Vertretenen oder im handelsrechtlichen Bereich durch die entsprechende gesetzliche Regelung bestimmt wird.

Diese Schwäche der von Kipp herrührenden Lehre, beim Mißbrauch der Vertretungsmacht liege ein Handeln ohne Vertretungsmacht vor, hat wohl auch Flume³⁵ empfunden und deshalb versucht, in diesen Fällen durch das objektiv gefaßte Merkmal der Evidenz zu einer Beschränkung der Vertretungsmacht zu gelangen. Dabei umfaßt dieses Merkmal der Evidenz nicht nur das Vorliegen eines für den Vertretenen nachteiligen Geschäfts, sondern zugleich auch das Vorliegen eines dem Willen oder den Weisungen des Vertretenen nicht entsprechenden Geschäfts. Denn für Flume muß der Mißbrauch evident sein. Dazu gehört auch, daß der Vertreter abredewidrig oder treuwidrig gehandelt hat. Betrachtet man jedoch dieses Merkmal der Evidenz mit dem Rückgriff auf den *reasonable man* näher, so ist es im Grunde genommen nichts anderes als das, was nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch mit dem objektiv gefaßten Fahrlässigkeitsbegriff, nämlich mit der im Rechtsverkehr allgemein für erforderlich gehaltenen Sorgfalt umschrieben ist. Denn diese Sorgfalt ist nichts anderes als das, wonach ein *reasonable man* sein Tun und Lassen einrichtet, so daß man für die Worte *reasonable man* auch die schlichten deutschen Worte *verständiger oder ordentlicher Mann* setzen kann. Der Rückgriff Flumes auf den *reasonable man* erweist sich praktisch nur als eine Umschreibung der in § 276 BGB festgelegten Sorgfalt und bleibt im Ergebnis bei der Annahme Kipps, daß bei schuldhaftem Verhalten des Geschäftspartners, nämlich dann, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (*reasonable man*) nicht beachtet, ein Mißbrauch der Vertretungsmacht, ein Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht darstellt. Angesichts dieser Beurteilung sprechen auch gegen die Meinung von Flume dieselben Bedenken, die bereits oben gegen die Meinung von Kipp dargelegt worden sind.

³⁴ Von diesem Standpunkt aus müßte man vor allem und erst recht die sog. Kollisionsfälle (Anm. 3) als ein Handeln ohne Vertretungsmacht ansehen und entsprechend behandeln. Das tut man aber — mit Ausnahme von *Kipp* — nicht.

³⁵ Vgl. Anm. 26.

Man sollte demgegenüber an der schon vom Reichsgericht vertretenen Meinung festhalten, daß bei Mißbrauch einer Vertretungsmacht das Handeln des Vertreters zwar von der Legitimation der Vertretungsmacht formell gedeckt ist, daß aber die Berufung auf diese Vertretungsmacht im Einzelfall rechtsmißbräuchlich sein kann und deshalb von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird. Aus dieser Sicht ist es für die Bewältigung des Problems der Mißbrauchsfälle die entscheidende Frage, wann ein solcher Rechtsmißbrauch angenommen werden muß, und welche rechtlichen Gesichtspunkte für die Beantwortung dieser Frage von Bedeutung sind.

Unter den hierbei in Betracht kommenden Gesichtspunkten spielt der Vertrauensgrundsatz eine gewichtige Rolle. Dieser Vertrauensgrundsatz prägt in weitem Umfang das gesamte Vertretungsrecht. Er bildet nicht nur die Grundlage für die geltende gesetzliche Regelung, sondern hat darüber hinaus in der Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht eine weitere selbständige Bedeutung erlangt.

Die Behandlung der Anscheinsvollmacht, wie sie trotz mancher unterschiedlichen Auffassungen heute in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt ist³⁶, kann, wie ich meine, sachgerechte Hinweise auch für die Behandlung des Mißbrauchs der Vertretungsmacht geben. Die Anscheinsvollmacht ist gewissermaßen das Gegenstück zum Vollmachtsmißbrauch. Bei der Anscheinsvollmacht geht es darum, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsperson das Handeln eines anderen trotz fehlender Vollmacht wie das Handeln eines Vertreters gegen sich gelten lassen muß (extensive Ausdehnung des Vollmachtsrechts über den Rahmen einer Vollmacht hinaus), bei dem Vollmachtsmißbrauch hingegen darum, unter welchen Voraussetzungen ein Vollmachtgeber das Handeln seines Vertreters trotz bestehender Vollmacht nicht gegen sich gelten zu lassen braucht (restriktive Einschränkung des Vollmachtsrechts trotz bestehender Vollmacht). Bei der Anscheinsvollmacht gilt heute allgemein der Grundsatz, daß der Geschäftsherr das Handeln des angeblich Bevollmächtigten gegen sich gelten lassen muß, wenn er dieses bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen müssen und hätte verhindern können, und wenn zugleich der Geschäftspartner die gegebenen Umstände nach Treu und Glauben so deuten durfte, daß der Geschäftsherr dem „Vertreter“ Vollmacht erteilt habe³⁷. Das bedeutet, daß der Geschäftsherr bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtsscheins das Handeln des angeblich Bevollmächtigten immer gegen sich gelten lassen muß, wenn dem Geschäftspart-

³⁶ Vgl. über den Stand der unterschiedlichen Auffassungen *Soergel/Schultze-von Lassaulx* § 167 Bem. 17 ff.

³⁷ BGHZ 5, 111, 116; LM Nr. 4 zu § 167 BGB.

ner bei der Deutung des Rechtsscheins eine Verletzung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt nicht vorzuwerfen ist. Denn immer dann, wenn der Geschäftspartner diese Sorgfalt beachtet, wird man sagen müssen, daß er den vorliegenden Rechtsschein im Sinne einer Vollmachtserteilung deuten durfte. Bei einem Vergleich des gebotenen Schutzbedürfnisses für den Geschäftsherrn einmal bei der Anscheinsvollmacht und zum anderen bei dem Vollmachtsmißbrauch drängt sich die Folgerung auf, daß dieses Schutzbedürfnis im Fall der Anscheinsvollmacht größer ist, so wie umgekehrt das Schutzbedürfnis für den Geschäftspartner bei dem Vollmachtsmißbrauch das größere ist. Denn beim Vollmachtsmißbrauch hat der Geschäftsherr (Vollmachtgeber) eine wirksame Vollmacht erteilt und dem Vertreter die Wahrnehmung seiner Interessen wirksam übertragen. Das ist mehr, als wenn nur der Rechtsschein gegeben ist, den der Geschäftsherr hätte erkennen müssen und hätte verhindern können. Bei dieser Sachlage erscheint es mir zwingend, den Vertrauensschutz zugunsten des Geschäftspartners beim Vollmachtsmißbrauch stärker auszugestalten als bei der Anscheinsvollmacht. Das bedeutet, daß nicht schon jede, also nicht jede leichte Fahrlässigkeit auf seiten des Geschäftspartners genügen kann, um ihm Ansprüche aus dem mit dem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft zu versagen. Mit einer solchen Lösung trägt man auch dem in der neueren Rechtsprechung zum Ausdruck gekommenen Grundsatz m. E. in sachgerechter Weise Rechnung, daß nämlich der Vertretene grundsätzlich das Risiko eines Vollmachtsmißbrauchs zu tragen habe und daß dem Vertragsgegner im allgemeinen eine besondere Prüfungspflicht über die Bindungen des Vertreters im Innenverhältnis nicht obliege.

Des weiteren kann man bei einer umfassenden Beurteilung aller Umstände, die hier im Rahmen einer sachgerechten Abwägung der Interessen geboten ist, nicht unberücksichtigt lassen, in welcher Weise der Vertreter von seiner Vertretungsmacht mißbräuchlich Gebrauch gemacht hat. Hat er beim Vertragsabschluß lediglich Weisungen des Vertretenen mißachtet, ohne bewußt gegen dessen Interessen zu verstoßen, so erscheint der Vertretene nach Treu und Glauben weniger schutzwürdig, als wenn der Vertreter beim Vertragsabschluß treuwidrig gegen die Interessen des Vertretenen verstoßen und ihm dadurch bewußt Nachteile zugefügt hat. Ich meine, daß man diesem Umstand in der Interessenlage auch rechtlichen Ausdruck geben sollte. Das kann wohl allein dadurch geschehen, daß man die subjektiven Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Geschäftspartners unterschiedlich ausgestaltet und entsprechend abstuft. Für eine solche Abstufung bietet sich m. E. die Annahme an, daß dem Geschäftspartner der abredewidrige Gebrauch der Vollmacht vom Vertretenen nach

Treu und Glauben nur entgegengehalten werden kann, wenn der Geschäftspartner den abredewidrigen Gebrauch gekannt hat, nicht aber auch schon dann, wenn ihm das infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Denn der Vollmachtgeber hat das Risiko eines solchen Mißbrauchs durch den weitgefaßten Umfang der von ihm erteilten Vollmacht bewußt auf sich genommen und es sollte dieses Risiko bei nur abredewidrigem Gebrauch der Vollmacht dem Geschäftspartner nicht aufgelastet werden, indem man ihm auch in solchen Fällen eine irgendwie geartete Prüfungspflicht auferlegt. Das kann m. E. auch bei einer sachgerechten Berücksichtigung der Interessen des Vertretenen von einem redlichen Rechtsverkehr nicht gefordert werden. Insofern muß sich der Rechtsverkehr auf die vom Vollmachtgeber selbst geschaffene Rechtslage verlassen können. Nur wenn der Vertragspartner weiß, daß der Vertreter in dem konkreten Fall die ihm erteilten Weisungen mißachtet, erscheint es vom Standpunkt eines redlichen Rechtsverkehrs aus gerechtfertigt und vertretbar, daß der Vertragspartner Vorsicht walten läßt und sich z. B. durch Rückfrage bei dem Vertretenen Gewißheit darüber verschafft, ob er das Geschäft trotz der Mißachtung der von ihm erteilten Weisungen gegen sich gelten lassen will³⁸.

Bei der gebotenen Abwägung der beiderseitigen schutzwerten Belange ist es m. E. notwendig, dem Schutz der Interessen des Vertretenen ein größeres Gewicht beizumessen, wenn der Vertreter beim Abschluß des Geschäfts bewußt zum Nachteil des Vertretenen handelt. Hier ist es gerade auch vom Standpunkt eines redlichen Rechtsverkehrs aus gerechtfertigt und vertretbar, von dem Vertragspartner eine größere Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertretenen zu verlangen. Bei einem ungetreuen Vertreter ist das Vertrauen des Vollmachtgebers in einem sehr viel stärkerem Maße getäuscht worden, als bei einem nur abredewidrigen Gebrauch der Vollmacht³⁹. Auch besteht vom Standpunkt des redlichen Rechtsverkehrs aus in diesem Fall ein sehr viel größeres Bedürfnis, einem solchen Mißbrauch der Vollmacht entgegenzutreten. Diesem Bedürfnis muß bei einer sachgerechten Abwägung der hier in Betracht kommenden Interessen auch der Vertragspartner Rechnung tragen, weil auch er in seinem Ver-

³⁸ Die Bedenken, die *Mertens* a. a. O. (Anm. 1) S. 477 gegen eine etwaige Pflicht zur Rückfrage geäußert hat, sind m. E. bei positiver Kenntnis von der Mißachtung der erteilten Weisungen nicht allzu ernst zu nehmen; sie haben wohl nur dann Bedeutung, wenn diese Pflicht dem Vertragspartner auch schon bei einem bloßen Verdacht auferlegt wird.

³⁹ Bei einem abredewidrigen Gebrauch der Vollmacht kann der Vertreter im Einzelfall durchaus — und zwar mitunter auch zu Recht — der Meinung sein, damit in sinnvoller Weise den Interessen seines Vollmachtgebers zu entsprechen.

halten den Anforderungen eines redlichen Rechtsverkehrs entsprechen muß. Aus diesem Grund erscheint es mir angebracht, dem Vollmachtgeber den Einwand des Rechtsmißbrauchs nicht nur zu geben, wenn dem Vertragspartner die Benachteiligungsabsicht des Vertreters bekannt gewesen war, sondern auch dann, wenn sie ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war.

Dagegen ist es m. E. nicht richtig, den Fällen des bewußt nachteiligen Vollmachtsmißbrauchs auch die Fälle gleichzustellen, in denen der Vertreter in Ausübung seiner Vollmacht, aber abredewidrig ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, das für den Vertretenen nachteilig gewesen war oder sich später als nachteilig herausgestellt hat, in denen aber der Vertreter nicht vorsätzlich zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat. Diese Tatbestände sind vom Standpunkt des redlichen Rechtsverkehrs aus ungleich weniger schwerwiegend als die vom Vertreter bewußt nachteilig vorgenommenen Rechtsgeschäfte, so daß es auch gerechtfertigt erscheint, insoweit die Anforderungen an das Verhalten des Vertragspartners geringer zu halten. Auch könnte es für die Sicherheit des Rechtsverkehrs nur schwer hingenommen werden, dem Vertragspartner beim Abschluß des Geschäfts die Pflicht aufzuerlegen, sich Gedanken darüber zu machen, welche wirtschaftlichen Folgen das Geschäft für den Vollmachtgeber haben würde oder haben könnte.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch auf einen Gesichtspunkt hinzuweisen, der für die gerechte Abwägung der beiderseitigen Interessen von hoher Bedeutung ist und auf den die Entscheidung BGHZ 50, 112 das erste Mal hingewiesen hat, nämlich auf die Notwendigkeit, in diesem Rahmen auch das Verhalten des Vollmachtgebers, namentlich seine Nachlässigkeit bei der Überwachung des Vertreters, soweit eine solche nach der Verkehrsübung angebracht ist und erwartet werden kann, entsprechend zu berücksichtigen. Der Sachverhalt der genannten Entscheidung gibt hierfür ein bemerkenswertes und anschauliches Beispiel. Es entspricht einer allgemeinen Rechtsübung, im Rahmen einer Abwägung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB das beiderseitige Verhalten der Vertragsparteien zu berücksichtigen, und es ist kein Grund ersichtlich, davon bei der Beurteilung der Rechtsfolgen eines Vollmachtsmißbrauchs abzusehen⁴⁰. Das nachlässige Verhalten des Vollmachtgebers kann bei einem Rechtsgeschäft, das der Vertreter unter Verletzung der ihm erteilten

⁴⁰ Wenn der Bundesgerichtshof als Rechtsgrundlage für eine solche Berücksichtigung des Verschuldens des Vollmachtgebers die Vorschrift des § 254 BGB heranzieht, so mag das angreifbar sein, wie *Heckelmann*, JZ 1970, 63 dargelegt hat. Im Rahmen des § 242 BGB ist eine solche Berücksichtigung aber jedenfalls notwendig (ebenso *Mertens* a. a. O. S. 477).

Weisungen, und zwar in Kenntnis des Vertragspartners abgeschlossen hat, dazu führen, daß bei objektiver Betrachtung aller Umstände der Vertreter das Verhalten des Vollmachtgebers nach Treu und Glauben so deuten durfte, daß der Vollmachtgeber auf die von ihm erteilten Weisungen keinen wesentlichen Wert legt. In einem solchen Fall kann sich dann der Vollmachtgeber auch nicht darauf berufen, daß der Vertreter die ihm erteilten Weisungen mißachtet hat und dieses dem Vertragspartner bekannt gewesen ist. Handelt hingegen der Vertreter bewußt zum Nachteil des Vollmachtgebers, so kann bei einer gerechten Abwägung der einander widerstreitenden Interessen die Nachlässigkeit des Vollmachtgebers von so entscheidendem Gewicht sein, daß demgegenüber das Verschulden des Vertragspartners völlig zurücktritt. Die Abwägung kann aber auch dazu führen — und zwar ähnlich wie im Rahmen des § 254 BGB —, daß beiden Vertragsparteien in einem so oder so gearteten Verhältnis ihr schuldhaftes Verhalten anzulasten ist. In einem solchen Fall ist die Rechtslage diesen Verhältnissen entsprechend anzupassen. Ist z. B. ein anderweit nicht zu ersetzender Schaden entstanden⁴¹, so ist dann zwischen dem Vollmachtgeber und dem Vertragspartner der entstandene Schaden anteilig aufzuteilen. Einen Anspruch auf Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages wird man in diesen Fällen dem Vertragspartner im allgemeinen nicht zubilligen können. Hingegen kommt aber in solchen Fällen ein Anspruch des Vertragspartners auf (anteiligen) Ersatz seines Vertrauensschadens in Betracht.

Ein Wort ist noch zu der in der Rechtslehre vertretenen Meinung zu sagen, die Tatbestände des Vollmachtsmißbrauchs seien nach den allgemeinen Grundsätzen der Lehre von der culpa in contrahendo zu beurteilen. Dieser Meinung kann ich nicht beitreten, weil sie den Besonderheiten der hier gegebenen Verhältnisse und der hier zu beurteilenden Umstände nicht gerecht zu werden vermag. Zwar ist anzuerkennen, daß dem Vertragspartner bei einem Vollmachtsmißbrauch gewisse Verhaltenspflichten auferlegt werden und daß er diese Pflichten bei den Vertragsverhandlungen auch beachten muß. Aber es handelt sich dabei nicht um die allgemeinen Pflichten, die jedermann bei der Eingehung von Vertragsverhandlungen einhalten muß. Die Pflichten des Vertragspartners angesichts eines Vollmachtsmißbrauchs sind besondere Pflichten, die ihn nur und allein wegen des Vollmachtsmißbrauchs treffen und die deshalb auch einer besonderen rechtlichen Ausgestaltung bedürfen. Sie gehen nicht in den allgemei-

⁴¹ Der Vertragspartner ist etwa seiner Leistungsverpflichtung gegenüber dem Vertretenen nachgekommen, kann aber von dem ungetreuen Vertreter keinen Ersatz verlangen.

nen Pflichtenkreis ein, der durch die Lehre von der culpa in contrahendo umschrieben wird⁴².

Für den handelsrechtlichen Bereich gelten Besonderheiten. In diesem Bereich ist die Vertretungsmacht (Prokura, Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG oder KG, Vertretungsmacht der Organe von Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit) zwingend dahin geregelt, daß der Umfang der Vertretungsmacht gesetzlich umfassend bestimmt ist und Beschränkungen im Innenverhältnis nicht den Umfang der Vertretungsmacht nach außen berühren (§§ 49/50, 126 HGB, §§ 82, 269 Abs. 5 AktG, § 37 GmbHG, § 27 GenG). Dieser gesetzlichen Regelung liegt der Gedanke zugrunde, daß es im Interesse der Rechtssicherheit geboten ist, in diesem Bereich ganz allgemein klare Rechtsverhältnisse zu schaffen und demgemäß den Rechtsverkehr von einer Prüfung über den Umfang der Vertretungsmacht in jedem Einzelfall freizustellen. Dieses Interesse der Rechtssicherheit im handelsrechtlichen Bereich wird so hoch bewertet, daß der Gesetzgeber nicht nur den Umfang der Vertretungsmacht für den Regelfall bestimmt, sondern daß er darüber hinaus dieser Regelung auch zwingenden Charakter für jeden Einzelfall beigelegt hat. Diesem Interesse an besonderer Rechtssicherheit in diesem Bereich muß auch bei der Behandlung der Mißbrauchsfälle entsprechend Rechnung getragen und dabei namentlich sichergestellt werden, daß die vom Gesetz bezweckte Rechtsklarheit auf diesem Gebiet nicht über Gebühr beeinträchtigt wird⁴³. Vor allem ist es nicht vertretbar, dem Vertragspartner eine allgemeine Prüfungspflicht darüber aufzuerlegen, wie das Verhalten des Vertreters in seinem Verhältnis zu dem Vertretenen im einzelnen zu beurteilen und ob dieses mit den Weisungen an den Vertreter zu vereinbaren ist. Denn damit würde die gesetzliche Regelung, die den umfassenden Bereich der Vertretungsmacht zwingend festgelegt hat und damit den Vertragspartner von jeder Prüfung in dieser Richtung freistellt, in einem weiten Umfang aufgehoben und in ihr Gegenteil verkehrt. Das gilt namentlich, wenn man mit der Rechtsprechung, wie sie bis zur Entscheidung BGHZ 50, 112 allgemein gehandhabt wurde, auch in diesem Bereich bei jedem Mißbrauch, also auch schon bei einem intern

⁴² Das hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung JW 1935, 1084 richtig erkannt, in der das Gericht es ablehnt, eine selbständige Prüfungspflicht auf dem Wege über die Lehre von der culpa in contrahendo zu bejahen und unter diesem ganz allgemeinen Gesichtspunkt die Mißbrauchsfälle abschließend zu beurteilen.

⁴³ Aus dieser Sicht heraus ist es nicht verständlich, daß in der Rechtsprechung wiederholt (vgl. RGZ 145, 311, 315; BGH WM 1966, 491) mit besonderer Betonung hervorgehoben worden ist, es sei kein Grund ersichtlich, den Mißbrauch bei einer gesetzlich geregelten Vertretungsmacht anders zu behandeln.

weisungswidrigen Gebrauch der Vertretungsmacht dem Vertragspartner Ansprüche aus einem geschlossenen Vertrag versagt, falls er auch nur leicht fahrlässig den Mißbrauch nicht erkannt hat.

Wenn man mit dem Gedanken ernst macht, der für die gesetzliche Regelung der §§ 49/50, 126 HGB, §§ 82, 269 Abs. 5 AktG, § 37 GmbHG, § 27 GenG maßgeblich ist, dann muß man den Mißbrauch der Vertretungsmacht, der lediglich darin besteht, daß der Vertreter die ihm gegebenen internen Weisungen mißachtet, für rechtlich bedeutungslos halten. Das gilt nicht nur dann, wenn der Vertragspartner diese Mißachtung nicht erkannt hat, sondern auch dann, wenn sie ihm bei Vertragsabschluß bekannt gewesen ist. Allein eine solche Beurteilung wird dem Umstand gerecht, daß sich der Vertragspartner in diesem Bereich überhaupt nicht um die internen Beziehungen zwischen dem Vertreter und seiner Gesellschaft (oder seinem Prinzipal) zu kümmern braucht und sie bei seinem Verhalten unberücksichtigt lassen darf. Es ist nicht seine Sache darüber zu wachen, daß der Vertreter die ihm erteilten Weisungen befolgt, oder sich Gedanken darüber zu machen, warum er ihnen in dem gegebenen Einzelfall nicht nachkommt. Der Vertreter mag als eigenverantwortlicher Vorstand (§ 76 Abs. 1 AktG) oder als wirtschaftlich unmittelbar interessierter Gesellschafter (Mitträger des Unternehmens) seine guten Gründe dafür haben, die er im Innenverhältnis auch durchaus rechtfertigen zu können glaubt. Um diese internen Verhältnisse braucht sich der Vertragspartner nicht zu kümmern. Man kann ihm nach Treu und Glauben nicht eine irgendwie geartete Rechtspflicht auferlegen, dafür zu sorgen, daß im handelsrechtlichen Bereich der Vertreter die internen Weisungen befolgt. Aus diesem Grunde halte ich es mit der heute herrschenden Meinung⁴⁴ für richtig, daß bei einer Mißachtung der internen Weisungen durch den Vertreter dem Vertragspartner Ansprüche aus dem abgeschlossenen Vertrag auch dann zustehen, wenn ihm diese Mißachtung bekannt gewesen ist.

Unabhängig hiervon ist die Frage, wie es sich verhält, wenn der Vertreter bewußt zum Nachteil seiner Gesellschaft (oder seines Prinzipals) gehandelt hat. Bei der Beantwortung dieser Frage wird man m. E. den Besonderheiten der handelsrechtlichen Vertretungsmacht, namentlich dem zwingenden Charakter des Umfangs dieser Vertretungsmacht kein entscheidendes Gewicht beimessen können. Denn dieser zwingende Charakter hat mit der Berücksichtigung von Treu und Glauben, so wie sie für die Einschränkungen bei einer bewußt zum Nachteil des Vertretenen ausgeübten Vertretungsmacht von Bedeu-

⁴⁴ Vgl. BGHZ 50, 112 und die Nachweise in Anm. 29, 30.

tung ist, im Grunde gar nicht zu tun. In der gleichen Weise wie bei der bürgerlichrechtlichen Vollmacht muß auch in diesem Bereich der redliche Rechtsverkehr geschützt werden. Unredliche Schädigungen der Gesellschaft (oder des Prinzipals) erscheinen auch mit Rücksicht auf den zwingenden Charakter des Umfangs der Vertretungsmacht nicht weniger schutzwürdig als bei der bürgerlichrechtlichen Vollmacht. Völlig zweifelsfrei erscheint es mir, unter diesem Gesichtspunkt dem Vertretenen auch im handelsrechtlichen Bereich die Einrede der Arglist zuzubilligen, wenn dem Vertragspartner bekannt war, daß der Vertreter mit dem Abschluß des Vertrages die Interessen des von ihm Vertretenen schädigen wollte. Denn ein solches Verhalten des Vertragspartners kann nach Treu und Glauben keinesfalls hingenommen werden. Zweifelhaft erscheint mir hingegen, ob das gleiche zu gelten hat, wenn dem Vertragspartner der Schädigungsvorsatz des Vertreters nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war. Ich möchte meinen, daß man diese Frage bejahen sollte. Denn wenn die Sachlage so ist, daß sich für einen objektiven Beurteiler ein solcher Vorsatz geradezu aufdrängt, daß der Vertragspartner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlichem Maß verletzt hat, dann ist es bei gerechter Abwägung der sich insoweit widerstreitenden Interessen nach Treu und Glauben m. E. auch gerechtfertigt, dem Vertragspartner Ansprüche aus dem geschlossenen Vertrag zu versagen. Freilich wird man in diesem Zusammenhang auch immer die Frage aufwerfen müssen, ob den Vertretenen nicht ebenfalls ein Verschulden bei der Auswahl oder der Überwachung seines Vertreters trifft. Das gilt namentlich dann, wenn durch das ungetreue Verhalten des Vertreters ein Schaden entstanden und demgemäß zu entscheiden ist, wer im Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertragspartner diesen Schaden zu tragen hat. Dabei wird man m. E. zu berücksichtigen haben, daß es bei Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände insoweit einen Unterschied ausmacht, ob der Vertragspartner Ansprüche aus dem abgeschlossenen Vertrag gegen den Vertretenen geltend macht oder ob er von diesem Ersatz des ihm selbst entstandenen Vertrauensschadens verlangt. Insoweit sollte man hier dem Gesichtspunkt besonders Rechnung tragen, daß nämlich der Vertragspartner sich nach dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht um das Verhältnis Vertreter/Vertretener zu kümmern braucht.

Im übrigen gelten für den Mißbrauch der Vertretungsmacht im handelsrechtlichen Bereich keine Besonderheiten, so daß insoweit auf die Ausführungen zur bürgerlichrechtlichen Vollmacht verwiesen werden kann.

Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters

WERNER FLUME

1. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft als gesellschaftsvertragliches Problem

Der Verkauf und die Übertragung der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, bedingt auf den Todesfall, enthält, gleich ob die Übertragung durch eine bedingte Übertragung auf den Todesfall erfolgt oder durch den Gesellschaftsvertrag die Nachfolge für den Käufer auf den Todesfall bestimmt worden ist, gegenüber Kauf und Übertragung der Mitgliedschaft bzw. Nachfolge in die Mitgliedschaft durch gewöhnliches Rechtsgeschäft unter Lebenden keine grundsätzlichen Besonderheiten. Will man allen zur Nachfolge in die Mitgliedschaft in der Literatur geäußerten Meinungen, einschließlich der Ansicht der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft, Rechnung tragen, wäre es, damit die entgeltlich erfolgende Nachfolge auf den Todesfall sich mit dem Tode ohne weiteres vollzieht, nur erforderlich, daß die Nachfolge durch eine entsprechende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages vereinbart wird und der zur Nachfolge Berufene an der Vereinbarung dieser Bestimmung teilnimmt. Ist die Mitgliedschaft nur auf den Todesfall verkauft worden, ohne daß die Nachfolge auf Grund einer bedingten Abtretung oder einer entsprechenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ohne weiteres mit dem Tode des Gesellschafters eintritt, so ergibt sich nur hinsichtlich der Erfüllung des Kaufvertrages die rechtstechnische Schwierigkeit, daß nach der h. M. zu § 139 HGB die Mitgliedschaft nicht auf die Erbengemeinschaft als Gesamthand, sondern auf die einzelnen Miterben je zu deren Erbteil übergeht und so die einzelnen Miterben den Kaufvertrag je durch Übertragung der auf sie übergegangenen Teil-Mitgliedschaften zu erfüllen hätten.

Es steht außer Frage, daß bei der entgeltlichen Nachfolge auf den Todesfall in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft der Erwerber der Mitgliedschaft, abgesehen davon, daß gegebenenfalls der schuldrechtliche Vertrag noch von den Erben zu erfüllen ist, mit dem Nachlaß und den Nachlaßbeteiligten, den Erben, den Pflichtteilsberechtigten und den Nachlaßgläubigern, nichts zu tun hat. Bei der

bedingten Übertragung oder der entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag gehört die Mitgliedschaft nicht zum Nachlaß, weil die Nachfolge im Zeitpunkt des Todes erfolgt ist.

Die entgeltliche Zuwendung der Nachfolge in die Mitgliedschaft auf den Todesfall und die unentgeltliche Zuwendung unterscheiden sich nur hinsichtlich der causa, nicht aber hinsichtlich des Vollzugs der Rechtsänderung. Wenn also die Nachfolge auf Grund entgeltlicher causa durch bedingte Abtretung oder durch gesellschaftsvertragliche Regelung als Rechtsgeschäft unter Lebenden bewirkt werden kann, so muß das gleiche auch für die unentgeltliche Zuwendung der Nachfolge auf den Todesfall gelten. Was den Vollzug der Nachfolge anbetrifft, geht es also gar nicht, wie man weithin meint, um eine Diskrepanz von Gesellschaftsrecht und Erbrecht. Vielmehr ergibt sich aus der Regelung der entgeltlich erfolgenden Nachfolge, daß für die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft wie für jedes sonstige bedingt übertragbare Recht auch bei unentgeltlicher Zuwendung kraft Rechtsgeschäfts unter Lebenden der Rechtserwerb für den Nachfolger mit dem Todesfall bewirkt werden kann, ohne daß die Mitgliedschaft als Gegenstand der Erbschaft auf die Erben übergeht.

Unterscheiden sich die unentgeltliche und die entgeltliche Zuwendung der Nachfolge in die Mitgliedschaft beim Tode eines Gesellschafters nicht hinsichtlich des Vollzugs der Zuwendung, so ergibt sich für die unentgeltliche Zuwendung jedoch die besondere Frage des Verhältnisses des Nachfolgers zu den Nachlaßbeteiligten, den Erben, den Pflichtteilsberechtigten und den Nachlaßgläubigern. Diese Problematik ist aber nicht eine solche gerade der Nachfolge in die Mitgliedschaft, sondern eine solche allgemein der unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall durch Rechtsgeschäft unter Lebenden.

Die Nachfolge in die Mitgliedschaft ist als die Rechtsänderung bezüglich der Mitgliedschaft — gleichermaßen für die entgeltliche wie für die unentgeltliche Nachfolge — ausschließlich eine Frage des Gesellschaftsrechts. Nachdem die Abtretbarkeit der Mitgliedschaft, wenn der Gesellschaftsvertrag sie vorsieht, anerkannt ist und damit auch die Zulässigkeit der Abtretung auf den Todesfall nicht mehr zweifelhaft ist, kann es sich nur noch um die Frage handeln, ob allein durch den Gesellschaftsvertrag, ohne daß der zur Nachfolge Berufene selbst an der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung beteiligt ist, die Nachfolge bewirkt werden kann. Die gesetzlichen Regelungen des Erbrechts können bei dieser Frage, die ja die entgeltliche Nachfolge ebenso wie die unentgeltliche betrifft, der Natur der Sache nach keine Rolle spielen.

Die Erörterung der Nachfolge in die Mitgliedschaft auf den Todesfall wäre unvollständig, wenn die besonderen Rechtsfolgen der unent-

geltlichen Nachfolge, obwohl es sich um das allgemeine Problem der unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall durch Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt, nicht beachtet würden. Hier wird darzulegen sein, daß die Interessen der Nachlaßgläubiger und der Pflichtteilsberechtigten durch die Anfechtungsnormen (§ 32 KO, § 3 AnfG) und die Regelung des Pflichtteilsrechts (§§ 2316, 2325, 2329) ausreichend gewahrt sind.

2. Die Berufung des Alleinerben oder aller Miterben auf Grund der sogenannten einfachen Nachfolgeklausel zur Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft

Bestimmt der Gesellschaftsvertrag, daß beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird, so wächst — nach den Worten des Gesetzes in § 738 BGB — „sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu“. Durch die Anwachsung geht auf die übrigen Gesellschafter die Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen über¹. Für die Erben entsteht nach § 738 BGB der Auseinandersetzungsanspruch, soweit dieser nicht ausgeschlossen ist. Diese Nachfolge in die Mitgliedschaft durch die Anwachsung bei den verbliebenen Gesellschaftern ist als eine Rechtsfolge des Gesellschaftsvertrags nach allgemeiner Meinung im grundsätzlichen ohne rechtliche Problematik. Fraglich ist nur, wie der Ausschluß des Auseinandersetzungsanspruchs der Erben rechtlich zu behandeln ist².

Für die OHG ist in § 139 HGB der Fall besonders geregelt, daß nach dem Gesellschaftsvertrag „im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll“. Deshalb soll die Problematik der Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters an dem Beispiel der Personenhandelsgesellschaft behandelt werden.

Wenn auch die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters für die Personengesellschaft des Handelsrechts im allgemeinen anerkannt ist, so ist die dogmatische Einordnung dieser Nachfolge doch äußerst umstritten und gerade in neuerer Zeit ist das Thema in der Literatur viel behandelt

¹ Siehe *Flume*, Festschrift *Larenz*.

² Siehe dazu unten S. 55 ff.

worden³. Bemerkenswert ist dagegen, daß es die Rechtsprechung nur selten beschäftigt hat.

Das Reichsgericht⁴ hat zu dem seinerzeitigen Art. 123 Nr. 2 HGB die Ansicht vertreten, es handle sich bei der Fortsetzung der OHG mit den Erben „um die gesetzliche Konsequenz der Rechtsstellung als Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, welche . . . selbst keineswegs eine durch erbrechtliche Nachfolge derivierte, sondern auf Grund im Gesetze bestimmter Tatsachen (von welchen die Tatsachen der Beerbung des verstorbenen Gesellschafters eines der gesetzlichen fixierten Momente ist) kraft Bestimmung des Handelsgesetzbuches . . . entstanden ist“. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft ist nach dieser Formulierung weder erbrechtlicher, noch vertraglicher Natur, sondern eine „gesetzliche“ auf Grund der beiden Tatbestandsmomente, der Beerbung und der vertraglichen Bestimmung.

Demgegenüber soll nach der Ansicht des BGH in der Grundsatzentscheidung BGHZ 22, 186 ff., wenn in dem Gesellschaftsvertrag die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils bestimmt ist, die Nachfolge in einer Personenhandelsgesellschaft sich „grundsätzlich auch nach erbrechtlichen Gesichtspunkten“ regeln. Wörtlich heißt es in der Entscheidung⁵: „Dabei unterscheidet sich die Rechtslage hier im grundsätzlichen durch nichts gegenüber derjenigen, wie sie bei der Erbfolge ganz allgemein gegeben ist.“ Dies ist aber nach der herrschenden und auch vom BGH wie schon vordem in ständiger Praxis seit der Entscheidung RGZ 16, 40 ff.⁶ vom Reichsgericht vertretenen Ansicht in Wirklichkeit nicht der Fall, wenn mehrere Miterben zur Nachfolge berufen sind. Denn bei der Fortsetzung mit mehreren Erben unterscheidet sich die Rechtslage „im grundsätzlichen“ von der „Erbfolge ganz allgemein“ dadurch, daß nach der herrschenden Meinung der Gesellschaftsanteil nicht der Erbengemeinschaft zusteht, sondern jeder der Miterben zu seinem Erbanteil selbständiger Gesellschafter der Gesellschaft wird⁷. Daß bei mehreren Miterben das Vermögen des Erb-

³ Vgl. zur neueren Literatur bes. die erschöpfende Literaturbesprechung von Peter Ulmer, ZGR 1972, 195 ff., 324 ff.; siehe ferner insbes. Kipp-Coing, Erbrecht § 91, IV, 8 u. N. 40 Zit.; Brox, Erbrecht, 2. Aufl. § 44; Lange, Erbrecht § 31 V; Harry Westermann, Personengesellschaften Rdz. 471 ff.; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, Kom. BGB § 727 N. 15 ff.; Zit. bei Säcker, Gesellschaftsvertragliche u. erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften (1970) § 1 N. 2 ff., zugleich betr. ausl. Literatur und auch ausländischer Regelungen; zur Rechtsvergleichung siehe insbes. die Hamburger Dissertation von Behrens, OHG und erbrechtliche Nachfolge, Hamburg 1969; Kurt Hanns Ebert, Die rechtsfunktionelle Kompetenzabgrenzung von Gesellschaftsrecht und Erbrecht (1972) u. Zit. S. 151 ff.

⁴ RGZ 16, 40 ff., 58.

⁵ A. a. O. S. 191.

⁶ A. a. O. S. 58.

⁷ Siehe BGHZ 22, 192 u. Zit.

lassers als Ganzes auf die Erben als Gesamthandsgemeinschaft übergeht, ist aber ein Fundamentalprinzip unseres Erbrechts. Deshalb läßt sich die nach h. M. eintretende Einzelnachfolge in die Mitgliedschaft der Personenhandelsgesellschaft als Erbfolge nicht einordnen.

An der h. M., daß, wenn bei einer Personenhandelsgesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag mehrere Miterben zur Nachfolge in die Mitgliedschaft berufen sind, jeder Miterbe selbständig Gesellschafter wird, ist festzuhalten. Die Frage, ob es sich um Gewohnheitsrecht handelt⁸, ist müßig in Anbetracht der gesetzlichen Regelung des § 139 HGB. In dieser Vorschrift wird zwar die Einzelnachfolge nicht statuiert, sie wird aber bestätigt. Die Ansicht, daß bei der Berufung von Miterben zur Nachfolge die Erbengemeinschaft als Gesellschafter nachfolge, ist „schon durch den klaren Wortlaut des Gesetzes (jeder Erbe)“ endgültig ausgeschlossen⁹. Die durch § 139 HGB gesetzlich bestätigte Regelung der Einzelnachfolge der Miterben ist auch sach-

⁸ So Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 196; Rütters, AcP 168, 276.

⁹ Flechtheim in Düringer-Hachenburg, Kom. HGB § 139 Anm. 15; vgl. auch die dort Zit.; RGZ 171, 349; H. Westermann, Personengesellschaften Rdz. 518; anders Liebisch, ZHR 116, 128 ff.; Siebert, NJW 1955, 809 ff. und ihnen folgend Kötter, Kom. HGB § 139 N. 2 (S. 510); ebenso interpretiert Säcker (a. a. O. S. 73, vgl. auch Zit. N. 19) § 139 HGB dahin, die selbständige Entscheidungsbefugnis habe nicht die Gesamthandsfreiheit der Mitgliedschaft zur Voraussetzung, sondern zur Folge. Demgegenüber ist zu sagen: § 139 HGB statuiert in der Tat nicht besonders die Einzelnachfolge, sondern setzt sie vielmehr voraus (vgl. statt vieler Kipp-Coing § 91 IV, 8 c). Mit dem Erbfall hat jeder Erbe nach § 139 HGB das Einzelrecht, für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Beteiligung zu entscheiden, ob er mit dem auf ihn entfallenden Teil der Beteiligung persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist wird. Insofern entsteht also jedenfalls das Recht nicht für die Erbengemeinschaft, sondern für die einzelnen Miterben. In § 139 HGB steht ferner nichts davon, daß durch die Erklärung eines jeden Miterben — oder auch durch das Nicht-Erklären — die Beteiligung der Erbengemeinschaft in die Einzelbeteiligung umgewandelt würde. Es bleibt auch unerklärt, wie dem einzelnen Miterben das Recht zustehen soll, durch Erklären oder Nicht-Erklären in die angebliche Gesellschafterstellung der Erbengemeinschaft einzugreifen. Da dürfte doch wohl die „Erklärung“ der Regelung des § 139 HGB plausibler sein, daß jedem einzelnen Miterben der auf ihn entfallende Teil der Beteiligung zusteht und er für seine Beteiligung dann die Stellung als Kommanditist beantragen und bei Nichtannahme des Antrags ausscheiden kann.

Nach Ebert (a. a. O. S. 108 ff.) soll § 139 HGB nicht zu der Annahme nötigen, daß die Mitgliedschaft unmittelbar auf die Erben übergeht. Nach Ebert soll es in jedem Fall vielmehr eines Aufnahmevertrags bedürfen. Die These ist für das geltende Recht ohne Fundierung und nur verständlich, weil Ebert sie für sein apriorisches Dogma der nicht abdingbaren Unvererblichkeit der Mitgliedschaft braucht. Auch Wieland, auf den Ebert sich beruft, sagt (Handelsrecht I, 686 N. 20) zum geltenden Recht: „Im Gegensatz zum älteren Recht läßt HGB § 139 nur die Deutung zu, daß die Vereinbarung der Gesellschafter der Mitgliedschaft unmittelbar Vererblichkeit verleiht.“

gerecht. Es wäre zwar durchaus „denkbar“, daß die Miterbengemeinschaft als solche Gesellschafterin würde. Die Miterbengemeinschaft ist aber für die Personenhandelsgesellschaft keine praktikable Rechtsfigur, sowohl was die Betätigung als Gesellschafter wie was die Haftung anbetrifft¹⁰. An dem seit der Entscheidung RG 16, 40 ff.¹¹ von der Rechtsprechung vertretenen und fast allgemein anerkannten Grundsatz der Einzelnachfolge in die Mitgliedschaft bei Berufung mehrerer Miterben zur Nachfolge durch den Gesellschaftsvertrag ist deshalb nicht zu rütteln¹². Die Erbengemeinschaft haftet allerdings nach den erbrechtlichen Vorschriften neben dem Einzelnachfolger für die Altschulden der Gesellschaft.

Ohne Fundierung sind auch die Ansichten, daß bei der Berufung von mehreren Miterben die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft und der Gesamthandsanteil sich trennen würden, indem die erstere der Erbengemeinschaft als Gesamthand zufalle¹³ und so insbesondere der Gewinnanspruch und der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zum Nachlaßvermögen gehörten¹⁴. Die Mitgliedschaft ist eine Einheit, die sich nicht von selbst aufspaltet, und die Abtretbarkeit des Gewinn- und Auseinandersetzungsanspruchs ersetzt nicht die Abtretung.

Ist nach dem Gesellschaftsvertrag der Alleinerbe zur Nachfolge in die Mitgliedschaft berufen, so kann man die Nachfolge mit dem BGH¹⁵ in der Weise interpretieren, daß durch den Gesellschaftsvertrag die Vererblichkeit der Mitgliedschaft begründet werde und die

¹⁰ Vgl. dazu u. a. *Wiedemann* a. a. O. S. 196 ff.; *H. Westermann* a. a. O. Rdz. 516 ff.; *Robert Fischer*, Kom. HGB § 105 Anm. 28 a; *Hueck*, OHG § 28 II, 2. Selbst *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit S. 149 ff., verneint aus haftungsrechtlichen Gründen, daß die Erbengemeinschaft Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft sein kann, obwohl er der Erbengemeinschaft an sich (relative) Rechtsfähigkeit zuerkennt.

¹¹ Diese Entscheidung kann nicht, wie *Börner*, AcP 166, 428 ff. und ihm folgend *Kruse*, Festschr. *Laufke* (1971), 185 meinen, damit abgewertet werden, daß der vom Reichsgericht entschiedene Fall die Nachfolge durch eine Alleinerbin betroffen habe. In der ungewöhnlich ausführlichen Entscheidung setzt sich das Reichsgericht eingehend mit den verschiedenen Rechtsauffassungen betreffs der Berufung mehrerer Miterben zur Nachfolge als Gesellschafter auseinander und bekennt sich dann zu der Rechtsauffassung der Einzelnachfolge. Damit hat die Entscheidung eine andere Qualität als ein bloßes „obiter dictum“. Seit dieser Entscheidung kann man zu der in der Entscheidung vertretenen Meinung sagen: *hoc iure utimur*.

Bemerkenswert ist die Einordnung der Entscheidung RGZ 16, 40 ff. durch *Ebert* (a. a. O. S. 52 ff.). Nach *Ebert* beruht die Annahme der Vererblichkeit der Mitgliedschaft in der Entscheidung auf „neomekantilistischen Auffassungen jener Zeit“ und steht damit im Zusammenhang, daß, wie *Ebert* nach *Seraphim* zitiert, in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts „der moderne Nationalstaat systematisch daran geht, sich neue Machtpositionen aufzubauen“. Aus der Entscheidung selbst hätte *Ebert*

Mitgliedschaft ebenso wie andere Rechte und Rechtsverhältnisse auf den Erben übergehen. Die Fortsetzungsklausel des Gesellschaftsvertrags wäre hiernach, was den Übergang auf den Alleinerben anbelangt, der Klausel eines Gesellschaftsvertrags gleichzusetzen, durch welche die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft durch rechtsgeschäftliche Abtretung begründet wird. Wie im letzteren Fall die Übertragung durch das Übertragungsgeschäft und nicht durch den Gesellschaftsvertrag bewirkt wird, dieser vielmehr nur die Übertragbarkeit begründet, wäre nach der Interpretation des BGH auch bei der Fortsetzungsklausel diese nur der Grund der Vererblichkeit, der Rechtsübergang aber ein solcher des § 1922 BGB.

Diese Einordnung der Nachfolge in die Mitgliedschaft, daß die kraft Gesellschaftsvertrags vererbliche Mitgliedschaft der allgemeinen Erbfolge unterliegt, ist aber bei der Nachfolge mehrerer Miterben nicht möglich, wenn man mit der h. L. die Sondernachfolge eines jeden Miterben in die Mitgliedschaft annimmt. Die Abspaltung eines Teils des Nachlasses mit der Sonderrechtsnachfolge nach Art des römischen Vindikationslegats ist mit unserer Erbrechtsordnung unvereinbar. Man hat demgegenüber eine „Rechtfertigung“ der Sonderrechtsnachfolge als einer erbrechtlichen Nachfolge darin gesucht, daß es sich um eine „Sondererbfolge“ wie im Höferecht handele¹⁶, daß die Mitgliedschaft sich als „Sondergut“¹⁷ vererbe oder daß es sich um ein gesellschaftsrechtliches „Sondererbrecht“¹⁸ handle, und man hat auch auf das Sondergut bei der Gütergemeinschaft (§ 1417 BGB) hin-

allerdings bereits erfahren können, daß die Vererblichkeit der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft nicht eine Erfindung erst des 19. Jahrhunderts ist.

¹² Betreffs der Gegenmeinung siehe vor allem *Börner*, AcP 166, 426 ff. u. Zit. bei *Peter Ulmer* a. a. O. S. 198 N. 12; gegen *Börner* siehe *Peter Ulmer* a. a. O. S. 202 ff. Für die KG siehe BGHZ 58, 316 ff.

¹³ So *Küster*, Gesellschafternachfolge und Erbengemeinschaft bei OHG und KG (1968), 37 ff., 52 ff. mit der Folgerung, daß der Gesamthandsanteil ohne die gesellschaftsrechtliche Beteiligung auf den zur Nachfolge Berufenen übergeht und die gesellschaftsrechtliche Beteiligung zur Unterbeteiligung der Erbengemeinschaft wird; zu *Küster* mit Recht *Wolfgang Blomeyer* ZHR 135 (1971), 577 ff. Für *Ebert* (a. a. O. S. 71 ff.) ergibt sich die Trennung von Mitgliedschaft und vermögensrechtlicher Beteiligung auf Grund des von ihm angenommenen Dogmas der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft, indem dann die vermögensrechtliche Beteiligung für die Beerbung übrigbleibt.

¹⁴ Vgl. *Hueck*, OHG § 28 N. 25 u. Zit.

¹⁵ BGHZ 22, 191.

¹⁶ Vgl. *Siebert*, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der OHG, 3. Aufl. 1958; siehe dazu *Soergel-Schultze-v. Lasaulx* § 727 N. 25, 26 u. Zit.

¹⁷ *Liebisch* ZHR 116, 128 ff.

¹⁸ *Rüthers* AcP 168, 263 ff., 276 ff.

gewiesen¹⁹. Die Frage wird vor allem erörtert für den Fall der sogenannten qualifizierten Nachfolgeklausel, daß von mehreren Miterben nur einer oder jedenfalls nicht alle zur Nachfolge berufen sind. Das Problem ist jedoch im grundsätzlichen zu behandeln für die gesetzliche Regelung des § 139 HGB, daß alle Miterben ohne Qualifizierung entsprechend ihrer Erbenstellung zur Nachfolge berufen sind.

Vornehmlich folgt die Literatur der These Sieberts von der „Sondererbfolge“ nach Art des Höferechts²⁰. Kötter²¹ meint, Siebert folgend: „Allein die Annahme einer Sondererbfolge in die durch die Nachfolgeklausel vererblich gemachte Mitgliedschaft... dürfte befriedigend erklären können..., daß die Beteiligung vererbt worden und gleichwohl nicht in der § 2032 BGB entsprechenden Weise in den Nachlaß gefallen ist.“ Es ist aber gerade die Frage, ob bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft auf Grund gesellschaftsvertraglicher Bestimmung die Mitgliedschaft überhaupt „vererbt“ wird, d. h., ob es sich um eine erbrechtliche Nachfolge handelt.

Die Annahme der Sondernachfolge der Miterben als erbrechtlicher Nachfolge ist eine These, die der dogmatischen Einordnung in unser Erbrecht entbehrt. Ihr liegt das Dogma zugrunde, als ob jede Zuordnung von Rechten oder Rechtsverhältnissen eines Erblassers erbrechtlicher Natur sein müßte. Wieviel weniger doktrinär war doch das Reichsgericht, als es 1886 hinsichtlich der Regelung des damaligen Art 123 Nr. 2 HGB, d. h. des jetzigen § 139 HGB, bekundete, daß die Rechtsstellung der nachfolgenden Gesellschafter „keineswegs eine durch erbrechtliche Nachfolge derivierte, sondern auf Grund im Gesetz bestimmter Tatsachen... kraft Bestimmung des Handelsgesetzbuches... entstanden ist“. Es handelt sich danach zwar um eine Regelung für die Erben, aber es ist doch nach der Ansicht des Reichsgerichts keine Erbfolge, sondern eine besondere gesetzliche Regelung, wobei sowohl der Gesellschaftsvertrag wie die Erbenstellung nur je „eines der gesetzlichen fixierten Momente“ sind.

Begnügt man sich nicht mit der Erklärung, es handle sich um eine gesetzliche Regelung auf Grund der beiden „gesetzlichen fixierten Momente“, sucht man vielmehr unter Berücksichtigung dieser Momente die gesetzliche Regelung einzuordnen, so muß man sich wegen der Heterogenität der Momente entscheiden, welchem der Vorrang zu geben ist. Da die Erbfolge wegen des Grundsatzes der Gesamtnachfolge ausscheidet, bleibt nur der Gesellschaftsvertrag. Erst recht gilt dies für die qualifizierte Nachfolgeklausel, wenn man mit der h. M.

¹⁹ Vgl. Wiedemann a. a. O. S. 205 ff. und ihm folgend Säcker a. a. O. S. 86 ff.; dagegen mit Recht Peter Ulmer a. a. O. S. 207.

²⁰ Siehe Peter Ulmer a. a. O. S. 206 u. Zit.

²¹ Kom. HGB § 139 N. 2.