

Die Beschränkung der Vertretungsmacht mit Wirkung gegenüber Dritten bei Stiftung und GbR

Von Privatdozent Dr. **Stefan J. Geibel**, Tübingen/Dresden

Auf den ersten Blick verwundert, dass die Stiftung als juristische Person des privaten Rechts und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Personenvereinigung, die einer Rechtspersönlichkeit entbehrt, im Hinblick auf die Vertretungsmacht der für sie Handelnden eines gemeinsam haben: Die Vertretungsmacht kann in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden. Daraus ergeben sich rechtliche Probleme für die Vertretene (Stiftung oder GbR) selbst wie auch für den Rechtsverkehr. Bislang nicht vollständig gelöst ist die Frage, welche rechtlichen Grenzen diesen Vertretungsmachtbeschränkungen mit Außenwirkung gesetzt sind und wie in praktikabler Weise ein in das privatrechtliche System eingepasster Verkehrsschutz hergestellt werden kann. In diesem Zusammenhang werden auch die geplanten Neuregelungen in § 899a BGB-E und § 47 Abs. 2 GBO-E untersucht.

I. Einführung

Ein rechtsgeschäftliches Handeln im fremden Namen setzt zwingend voraus, dass der Handelnde Vertretungsmacht hat und den Rahmen dieser Vertretungsmacht nicht überschreitet. Gibt der Geschäftsherr den Aufgabenkreis vor oder begrenzt er die Befugnisse des Handelnden in anderer Weise, so ist zu unterscheiden, ob dadurch lediglich im Innenverhältnis das rechtliche Dürfen, die Geschäftsführungsbefugnis des Handelnden oder aber im Außenverhältnis die Vertretungsmacht, das rechtliche Können, beschränkt sein soll. Die Beschränkungen im Innenverhältnis wirken grundsätzlich nicht gegenüber Dritten. Auf die Frage, ob die Vertretungsmacht mit Wirkung im Außenverhältnis zu Dritten beschränkt werden kann, kennt das Privatrecht zwei Grundmodelle als Antwort:

Das erste Modell betrifft die rechtsgeschäftliche und die gesetzliche Vertretung. In diesen Fällen schlagen Beschränkungen auf die Wirksamkeit der Vertretungsmacht nach außen durch.¹ Das geschieht im Wesentlichen zum Schutz des Vertretenen, insbesondere seiner Privatautonomie. Dritte können sich über die Reichweite der Vertretungsmacht beim Geschäftsherrn oder bei öffentlichen Stellen Gewissheit verschaffen. Ferner wird der Rechtsverkehr bei der Vollmacht im Rahmen der §§ 170 ff. BGB und nach den Grundsätzen über eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht geschützt.

Im zweiten Modell haben die Beschränkungen der Vertretungsmacht gegenüber Dritten keinerlei Wirkung. Das sind vor allem die Fälle der organschaftlichen Vertretungsmacht bei Aktiengesellschaft, GmbH und eingetragener Genossenschaft sowie bei den Personenhandelsgesellschaften. Hier wird die Außenwirkung zum Schutz des Rechtsverkehrs

gemäß §§ 82 AktG, 37 Abs. 2 GmbHG, 27 Abs. 2 GenG und § 126 Abs. 2 HGB versagt. Dritte dürfen daher darauf vertrauen, dass zum Beispiel der Gesamtvorstand einer Aktiengesellschaft diese verpflichten kann. Anders als bei der rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertretungsmacht hätten Dritte gar nicht die Möglichkeit, sich beim Geschäftsherrn über etwaige Vertretungsmachtbeschränkungen Gewissheit zu verschaffen. Denn für den Geschäftsherrn (die jeweilige Körperschaft oder Personenhandelsgesellschaft) müsste wiederum jemand handeln, dessen Vertretungsmacht zu hinterfragen wäre. Ausnahmsweise besteht allerdings in den Fällen der organschaftlichen Vertretungsmacht nur ein an die Publizität des Handelsregisters geknüpfter Verkehrsschutz, wenn es zum Beispiel um die Frage geht, ob Gesamt- oder Einzelvertretungsmacht besteht.²

Aus den beiden genannten Grundmodellen kann der folgende Grundsatz formuliert werden: Die Vertretungsmacht darf entweder überhaupt nicht mit Außenwirkung beschränkt werden oder jedenfalls nur dann, wenn Dritten die Möglichkeit gegeben ist, sich über die Reichweite der Beschränkungen vergewissern zu können. Bei den Körperschaften und bei den Personenhandelsgesellschaften geschieht dies über Handels- oder Genossenschaftsregister oder (bei den eingetragenen Vereinen) über das Vereinsregister. So einleuchtend dieser Grundsatz klingen mag, so erstaunlich ist, dass das BGB augenscheinlich in zwei Fällen Ausnahmen zulässt, und zwar für die Stiftung (§§ 80 ff. BGB) und für die als solche am Rechtsverkehr teilnehmende Außengesellschaft bürgerlichen Rechts (Außen-GbR, §§ 705 ff. BGB).³ In diesen Fällen wird einer satzungsmäßigen oder gesellschaftsvertraglichen Beschränkung der Vertretungsmacht Außenwirkung gegenüber Dritten beigemessen, ohne dass Dritte sich beim Geschäftsherrn oder anhand eines Registers Gewissheit verschaffen können oder über eine Registerpublizität geschützt sind. Dies kann kurz als publizitätslose Vertretungsmachtbeschränkung mit Außenwirkung bezeichnet werden. Es liegt auf der Hand, welche Gefahren daraus resultieren: Die fehlende Verlässlichkeit in die Vertretungsmacht von Stiftungsvorständen bzw. Gesellschaftern einer Außen-GbR könnten viele davon abhalten, mit einer Stiftung oder einer Außen-GbR Rechtsgeschäfte allgemein oder bestimmte Rechtsgeschäfte zu schließen. In Bezug auf Rechtsgeschäfte über Grundstücksrechte stand diese Gefahr bei der GbR unter dem verkürzenden Stichwort der „Grundbuchfähigkeit“ im Fokus

¹ Dies ergibt sich aus dem Erfordernis, dass der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handeln muss, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine „dingliche“ Wirkung wird auch der Beschränkbarkeit einer Verfügungsermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB zugesprochen, vgl. z.B. BGHZ, 106, 1 (3 f.).

² Siehe für die AG §§ 78 Abs. 2, 3, 81 AktG, für die GmbH §§ 35 Abs. 2, 39 GmbHG, für die OHG §§ 125 Abs. 2, 3, 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB, jeweils i.V.m. § 15 HGB sowie für die eG §§ 25 Abs. 1, 2, 28 GenG i.V.m. § 29 GenG.

³ Die Innengesellschaft soll im Folgenden unberücksichtigt bleiben, da sie nicht am Rechtsverkehr teilnimmt und sich die Frage einer Vertretungsmachtbeschränkung deshalb nicht stellt.

des gesellschafts- und sachenrechtlichen Interesses.⁴ Auch bei Stiftungen könnten ähnliche Gefahren auftreten, wenn sie verstärkt am Rechtsverkehr teilnehmen.

Im Folgenden werden zunächst die Möglichkeiten publizitätsloser Vertretungsmachtbeschränkung mit Außenwirkung sowohl für die Stiftung (II.) als auch für die AußenGbR (III.) behandelt. Unter Berücksichtigung der übergreifenden Aspekte aus beiden Bereichen soll anschließend (unter IV.) eine differenzierte Antwort auf die Frage vorgestellt werden, welchen Grenzen die nach außen wirkenden Vertretungsmachtbeschränkungen unterliegen und wie ein Vertrauensschutz zu erreichen ist.

II. Publizitätslose Vertretungsmachtbeschränkung mit Außenwirkung bei der Stiftung

1. Gesetzeslage und praktische Situation

a) Die Normierung in § 86 S. 1 BGB i.V.m. § 26 Abs. 2 S. 2 BGB

Die Normierung des Stiftungsrechts im BGB weist in einer Hinsicht eine bemerkenswerte Anomalie gegenüber anderen juristischen Personen auf: Die Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands ist zwar grundsätzlich unbeschränkt, sie kann aber durch die Satzung mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden, und zwar – anders als etwa bei Vereinen – ohne dass es für die Außenwirkung der Beschränkung einer Eintragung in ein Register bedarf. Dies ergibt sich aus § 86 S. 1 BGB in Verbindung mit § 26 Abs. 2 S. 2 BGB.

Praktische Folge ist, dass ein Dritter, der mit einer Stiftung ein Rechtsgeschäft schließen will, nach der Fassung des Gesetzes nicht sicher gehen und auch nicht anhand eines öffentlichen Registers überprüfen kann, ob die im Namen einer Stiftung abgegebenen Willenserklärungen tatsächlich für die Stiftung wirken. Dem Interesse des Rechtsverkehrs an der Verlässlichkeit der Vertretungsmacht von Stiftungsvorständen steht diametral der Wille des Stifters oder das Interesse der Stiftung gegenüber, für das Handeln von Stiftungsorganen einen von vornherein bestimmten Rahmen abzustechen, der direkt Außenwirkung entfaltet. Beispielsweise kann es darum gehen, Beschränkungen für Verfügungen über besondere Gegenstände des Stiftungsvermögens, für die Aufnahme von Krediten oder für den Abschluss bestimmter risikobehafteter Anlagegeschäfte einzuführen.

b) Unzureichender Drittschutz bei Vertretungsbescheinigungen

Andererseits muss auch einer Stiftung daran gelegen sein, die Verlässlichkeit in die Vertretungsmacht ihrer Organe zu gewährleisten, sonst würde ein Dritter nicht bedingungslos mit ihr Rechtsgeschäfte schließen wollen. In der Stiftungs-

praxis behilft man sich mit Vertretungsbescheinigungen, die von den Stiftungsbehörden ausgestellt werden.⁵ Solche Bescheinigungen haben jedoch nicht den Charakter eines Legitimationspapiers in dem Sinne, dass die Vertretungsmacht so besteht, wie sie bescheinigt ist.⁶ Dem entspricht, dass die Landesstiftungsgesetze, die ein Stiftungsverzeichnis regeln, einem solchen Verzeichnis stets ausdrücklich keine Vermutung der Richtigkeit beilegen. Ähnlich wie bereits das Reichsgericht für Bestallungsurkunden gesetzlicher Vertreter entschied,⁷ kann daher auf Vertretungsbescheinigungen für Stiftungsorgane die Vertrauensschutzregelung für Vollmachturkunden gemäß § 172 Abs. 2 BGB nach wohl überwiegender Auffassung nicht analog angewendet werden: Ist die Bescheinigung falsch, kommt nur eine Staatshaftung in Betracht.⁸ Da weder die Stiftungsbehörde noch der Vorstand selbst die Vertretungsmacht des Gesamtvorstands verbindlich bescheinigen können, kommt auch die Vorlage einer Vertretungsurkunde, auf welche § 172 BGB direkt angewendet würde,⁹ nicht in Betracht.

2. Bisherige Versuche, den Vertretungsmachtbeschränkungen rechtliche Grenzen zu setzen

a) Keine Beschränkung der Vertretungsmacht allein durch den Stiftungszweck (Ablehnung der ultra-vires-Doktrin)

In einem Urteil aus dem Jahr 1957 entschied der BGH, die Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands sei allein durch die Eigenart des Stiftungszwecks begrenzt, auch wenn die Satzung keine Beschränkungsklausel nach § 86 S. 1 in Verbindung mit § 26 Abs. 2 S. 2 BGB enthalte.¹⁰ Durch „erkennbar“ außerhalb des Stiftungszwecks liegende Rechtsgeschäfte werde die Stiftung daher nicht verpflichtet. Diese frühe Rechtsprechung wird heute inzwischen überwiegend abgelehnt, da sie die für juristische Personen des öffentlichen Rechts ver-

⁴ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (138 ff.) zu der Frage, ob eine GbR unter ihrer Bezeichnung im Grundbuch einzutragen ist, sowie als Reaktion die geplante Einführung u. a. von § 899a BGB-E und § 47 Abs. 2 GBO-E (BT-Drucks. 16/13437); zu der Frage, ob die GbR überhaupt als solche Trägerin von Grundstücksrechten sein kann, bejahend BGH (II. ZS) NJW 2006, 3716 und BGH (V. ZS) NJW 2008, 1378.

⁵ Siehe z.B. § 11 Abs. 2 Berliner Stiftungsgesetz; § 17a Abs. 5 Hessisches Stiftungsgesetz.

⁶ So ausdrücklich z.B. § 17a Abs. 5 S. 2 Hessisches Stiftungsgesetz; anders offenbar unter dem Gesichtspunkt eines bejahten Verwaltungsaktscharakters solcher Bescheinigungen Hof, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechtshandbuch, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 40.

⁷ Vgl. ausführlich RGZ 74, 263 (265, 267).

⁸ Vgl. z.B. Hüttemann, ZHR 167 (2003), 35 (44); Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 86 Rn. 11; a.A., aber ohne Begründung Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 250; Schöpflin, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2008, § 86 Rn. 2; widersprüchlich Schauhoff, in: Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 110, der eine Analogie zu §§ 172, 173 BGB ziehen will, obwohl er den Bescheinigungen keine Publizitätswirkung zubilligt und eine Amtshaftung bejaht.

⁹ So der Vorschlag von Werner, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 86 Rn. 2.

¹⁰ Vgl. BGH LM § 85 BGB Nr. 1 = NJW 1957, 708; so heute noch z.B. Heinrichs/Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 86 Rn. 1.

treten *ultra-vires*-Doktrin auf solche des privaten Rechts übertrage, obwohl diese Doktrin dem deutschen Zivilrecht fremd ist und sich sogar im anglo-amerikanischen Rechtskreis, aus dem sie stammt, auf dem Rückzug befindet.¹¹ Damit wird der Stiftung als Element ihrer Rechtsfähigkeit zu Recht eine im Rechtsverkehr verlässliche wirtschaftliche Handlungsfähigkeit, eine „Marktfähigkeit“¹² zugebilligt, die sie weg von der meist durch die fremd- oder gemeinnützige Zweckrichtung bedingten Ähnlichkeit zu den öffentlich-rechtlichen Personen hin zu den wirtschaftlichen Vereinen des privaten Rechts wie AG, GmbH oder eG rückt. Verstößt der Vorstand gegen den Stiftungszweck, so wirkt dies nur im Innenverhältnis zur Stiftung und kann zu Schadensersatzansprüchen gegen die Vorstandsmitglieder führen. Der Dritte kann sich auf die im Außenverhältnis wirksame Vertretungsmacht des Vorstands nur dann nicht berufen, wenn für ihn ein Missbrauch evident wäre.¹³ Insoweit spielt das vom BGH eingeführte Kriterium der Erkennbarkeit der Zwecküberschreitung doch eine gewisse Rolle, allerdings nicht zum Schutz des Dritten, sondern als Voraussetzung für die Durchbrechung des Grundsatzes, dass die Zweckbindung nur intern wirkt.

b) *Beschränkung nach § 26 Abs. 2 S. 2 BGB nur bei eindeutig bestimmter Satzungsregelung („Bestimmtheitserfordernis“)*

Lehnt man eine allgemeine Beschränkung der Vertretungsmacht allein durch den Stiftungszweck ab, kommen als Beschränkungen im Sinne von § 26 Abs. 2 S. 2 BGB zwangsläufig nur solche in Betracht, welche in der Satzung explizit und eindeutig als solche bestimmt aufgenommen sind. Ein solches „Bestimmtheitserfordernis“ hat die Rechtsprechung zum Vereinsrecht in der Tat aufgestellt.¹⁴ Begründet sie dies mit dem Interesse an Rechtssicherheit und dem Schutz des Rechtsverkehrs, so geht es dabei weniger darum, dem Verkehr einen tatsächlichen Einblick in die Satzung zu erleichtern (was selten geschieht), als vielmehr um das Argument gegen die *ultra-vires*-Lehre. Insoweit kann dies auf die Stiftung übertragen werden.¹⁵ Formal lässt der BGH freilich offen, ob er an seinen früheren Entscheidungen festhält. Ungelöst ist das Problem geblieben, ob nicht über das Bestimmtheitserfordernis hinaus weitere Grenzen gelten. Denn mit einer umfassend bestimmten oder mit einer Vielzahl

bestimmter Beschränkungen ließe sich der Stiftungszweck abbilden oder nachzeichnen, so dass bei entsprechender Gestaltung der Satzung die Zweckbindung in weitem Maße doch Außenwirkung erlangen würde.

c) *Keine Außenwirkung von Beschränkungen der Vertretungsmacht gegenüber „gutgläubigen“ Dritten?*

Dem Verkehrsschutz besonders weit entgegen käme die Lösung, die Außenwirkung von Vertretungsmachtbeschränkungen für Stiftungsorgane von vornherein nur dann zuzulassen, wenn die jeweilige Beschränkung dem Dritten bekannt oder zumindest erkennbar ist.¹⁶ Ungeklärt wäre bei dieser Lösung allerdings, wie Dritte von den Vertretungsmachtbeschränkungen generell Kenntnis erhalten könnten, da doch ein Stiftungsregister fehlt. Außerdem würde der eindeutige Wortlaut von § 26 Abs. 2 S. 2 BGB beiseite geschoben und so getan, als gälte statt dessen auch für Stiftungen der für Körperschaften wie AG oder GmbH normierte Grundsatz, den Vertretungsmachtbeschränkungen keinerlei Außenwirkung beizumessen, und als würde man „bösgläubigen“ Dritten die Berufung hierauf lediglich ausnahmsweise unter dem Aspekt des Missbrauchs versagen. Insgesamt zu Recht wird daher überwiegend davon ausgegangen, dass eine Vertretungsmachtbeschränkung gemäß § 86 S. 1 BGB in Verbindung mit § 26 Abs. 2 S. 2 BGB im Außenverhältnis auch gegenüber „gutgläubigen“ Dritten wirkt.¹⁷

d) *Nichtigkeit von Beschränkungen gemäß § 138 BGB?*

Nimmt die Mehrheit der Autoren den Wortlaut des § 26 Abs. 2 S. 2 BGB durchaus genau, so ist allenthalben ein großes Unbehagen zu spüren, die Stiftung könne zu einem verkehrsuntauglichen oder sogar handlungsunfähigen Rechtssubjekt werden. Manche wollen deshalb Vertretungsmachtbeschränkungen, bei denen eine solche Gefahr realisiert würde, als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung und daher als nichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB einstufen.¹⁸ Dies mag für eklatante Extremfälle eines individuellen oder institutionellen Rechtsmissbrauchs gelten. Allerdings bliebe zu unbestimmt, wann die Schwelle zur Verkehrsuntauglichkeit oder Handlungsunfähigkeit überschritten sein soll. § 138 Abs. 1 BGB erscheint als zu grobes Instrument. Im Übrigen würde das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Vertretungsmacht von Stiftungsvorständen nicht unbedingt zurückgewonnen, weil der bloße Verdacht nicht ausgeräumt werden kann, dass statutarische Beschränkungen der Vertretungsmacht doch wirksam bestehen.

¹¹ Vgl. z.B. Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 202 f.; Kronke, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, S. 111; Rawert, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1995, § 86 Rn. 8; Reuter (Fn. 8), § 86 Rn. 11; Schwarz/Backert, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 86 Rn. 3.

¹² Crezelius, ZGR 1980, 359 (371) (nicht spezifisch für die Stiftung).

¹³ Vgl. zu diesen Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht nur BGHZ 50, 112 (114), Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2: Die juristische Person, 1983, S. 369 ff., sowie jüngst Vedder, JZ 2008, 1077 ff.

¹⁴ Vgl. vor allem BGH NJW 1980, 2799 (2800); BGH NJW-RR 1996, 866; BayObLG NJW-RR 2000, 41.

¹⁵ Siehe die in Fn. 11 Zitierten.

¹⁶ So vor allem Hof (Fn. 6), § 8 Rn. 34; ferner auch z.B. Schöpflin (Fn. 6) § 86 Rn. 2.

¹⁷ Vgl. z.B. Burgard (Fn. 8), S. 249 (dort in Fn. 142); Jakob (Fn. 11), S. 203; Reuter (Fn. 8), § 86 Rn. 11; Wernicke, ZEV 2003, 301 (302).

¹⁸ So zum Vereinsrecht namentlich Reuter (Fn. 8), § 26 Rn. 13; zum Stiftungsrecht Kronke (Fn. 11), S. 133.

e) Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands nur bei gleichzeitiger Zuweisung der Vertretungsmacht an ein anderes Stiftungsorgan?

Zum Vereinsrecht wird die Ansicht vertreten, die Norm des § 26 Abs. 2 S. 2 BGB ermögliche es nicht, bestimmte Rechtsgeschäfte ganz von der Vertretungsbefugnis des Vorstands auszuschließen, sofern nicht für den Abschluss der betreffenden Rechtsgeschäfte ein anderes Organ berufen werde.¹⁹ Sonst bestehe die Gefahr, dass der Verein handlungsunfähig wird. Diese Auffassung wäre auf Stiftungen nur übertragbar, wenn sie neben dem Vorstand fakultative Organe haben. Sie geht jedoch inhaltlich zu weit. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb eine Stiftung handlungsunfähig sein soll, wenn dem Vorstand statutarisch die Vertretungsbefugnis zum Beispiel für den Abschluss von Derivategeschäften oder für unentgeltliche Zuwendungen an Nicht-Destinatäre genommen ist. Es dürfte geradezu sinnvoll sein, solche Beschränkungen in der Satzung vorzusehen. Durch ein einseitiges Abstellen auf die Handlungsfähigkeit der Stiftung werden ferner die Probleme auf der Seite des Verkehrsschutzes nicht berücksichtigt. Insgesamt überzeugt daher auch diese Auffassung nicht.

3. Zwischenergebnis

Auch wenn man das Bestimmtheitserfordernis auf Stiftungen anwendet, bleibt das Problem bestehen, wie der Rechtsverkehr im Falle von bestimmten, aber nach außen nicht erkennbaren Vertretungsmachtbeschränkungen von Stiftungsorganen geschützt werden kann.

III. Publizitätslose Vertretungsmachtbeschränkung mit Außenwirkung bei der Außen-GbR

1. Die Normierung in § 714 BGB

Dass auch in einer Außen-GbR die Vertretungsmacht der Gesellschafter mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden kann, lässt sich der Auslegungsregel des § 714 BGB entnehmen. Hiernach gilt im Zweifel ein Gleichlauf von Geschäftsführungsbefugnis (im Innenverhältnis) und von Vertretungsmacht (im Außenverhältnis). Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter wirken sich damit direkt auf ihre Vertretungsmacht aus, und zwar publizitätslos, weil es ein GbR-Register nach wie vor nicht gibt. Neben Grundlagengeschäften sollen nach verbreiteter Auffassung sogar Geschäfte außerhalb des Gesellschaftszwecks nicht von der Vertretungsmacht gedeckt sein.²⁰ Vorzugswürdig ist aber vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zu § 26 Abs. 2 S. 2 BGB, auch für die Außen-GbR stets nur hinreichend bestimmte Vertretungsmachtbeschränkungen zuzulassen.²¹ Telos der Regelung in § 714 BGB ist weniger der Schutz der Gesellschaft im Hinblick auf deren Zweck – die

GbR kann anders als die Stiftung typischerweise auch nicht-ideellen Zwecken dienen – als vielmehr der Schutz der Privatautonomie von Gesellschaft und Gesellschaftern.

2. Analoge Anwendung von § 126 Abs. 2 HGB auf die Außen-GbR?

Seitdem der BGH die Außen-GbR als rechtsfähig ansieht, hat diese herrschende Sicht des § 714 BGB zum Teil Widerspruch hervorgerufen.²² Es wird statt des § 714 BGB eine Analogie zu § 126 Abs. 2 HGB vorgeschlagen.²³ Tatsächlich ist in § 714 BGB im Einklang mit der früheren Sichtweise nur von der Vertretung der Gesellschafter, nicht von derjenigen der Gesellschaft die Rede. Würde man die für die – organschaftlich gedachte – Vertretung der Gesellschaft entstandene Regelungslücke mit einer Analogie zu § 126 Abs. 2 HGB schließen wollen, der die Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis für die OHG ausschließt, so schöbe man ein materiellrechtliches Regelungsmodell gegen den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut, den der Gesetzgeber trotz mehrfacher Gelegenheit unangetastet ließ, beiseite und würde eine entgegengesetzte Lösung installieren. Das geht der Rechtsprechung und ganz überwiegenden Literaturansicht zu weit, die weiterhin die Normierung in § 714 BGB zugrunde legen.²⁴

3. Folgen der fehlenden Verlässlichkeit in die Vertretungsmacht von Gesellschaftern einer Außen-GbR

a) Allgemein

Die Folgen liegen auf der Hand: Wenn einerseits die Außen-GbR als rechts- und parteifähig behandelt wird, andererseits aber die Vertretungsmacht der für die GbR auftretenden Gesellschafter nach außen beschränkbar bleibt, ohne dass dies in ein Register eingetragen wird, kann sich niemand darauf verlassen, dass er zum Beispiel einen Gegenstand von der GbR tatsächlich erwirbt oder ein Rechtsgeschäft wirksam mit der GbR schließt. Ein Vertrauen in die Eigenschaft als Gesellschafter und in eine bestimmte gesellschaftsvertragliche Regelung der Vertretungsmacht wird von der Rechtsordnung nicht geschützt. Aus diesem Grund besteht die Gefahr, dass die Teilnehmer des Rechtsverkehrs rein tatsächlich davon Abstand nehmen, bestimmte Rechtsgeschäfte mit einer GbR zu schließen. In der Praxis ist dies bisher vor allem in zwei Fällen relevant geworden: bei der Frage, ob eine GbR Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft sein kann, und bei der Frage, ob eine GbR als solche unter ihrer Be-

¹⁹ So Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl. 2004, Rn. 277.

²⁰ Vgl. z.B. Ulmer/Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 714 Rn. 25; anders z.B. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 214; Wiedemann, JZ 2001, 661 (664).

²¹ Zum Bestimmtheitserfordernis siehe oben unter II. 2. b.

²² Die (jedenfalls) in BGHZ 146, 341 („Weißes Ross I“) begonnene Rechtsprechung hat der BGH in zahlreichen Entscheidungen fortgesetzt. Zu möglichen Ausnahmen von der Rechtsfähigkeit näher Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 2008, S. 333 ff.

²³ Vgl. vor allem Schäfer, ZIP 2003, 1225 (1233 f.); Timm/Schöne, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 714 Rn. 7.

²⁴ Vgl. aus der Rspr. z.B. BGHZ 142, 315 (321); BGH NJW 2006, 2189 (2190); Armbrüster, ZGR 2005, 34 (38 f.); Canaris, ZGR 2004, 69 (80 f.).

zeichnung im Grundbuch eingetragen werden kann. Zwar stand jeweils die Frage im Vordergrund, ob die Identität einer GbR überhaupt festgestellt werden kann; mitbehandelt wurde aber auch das Problem von publizitätslosen Vertretungsmachtbeschränkungen mit Außenwirkung.

b) Fehlende Fähigkeit der GbR, Verwalter nach dem WEG zu sein

Weil das Vertrauen in die Gesellschaftereigenschaft des für eine GbR Handelnden und in die im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Vertretungsregelungen nicht rechtlich geschützt werde und weil ein Wohnungseigentümer sowie jeder Dritte darauf vertrauen müssten, dass zum Beispiel gegenüber dem Verwalter abgegebene Erklärungen für die Wohnungseigentümergeinschaft wirken, ist der BGH so weit gegangen und hat einer Außen-GbR die Fähigkeit abgesprochen, Verwalter nach dem WEG zu sein.²⁵

c) In Frage stehende „Grundbuchfähigkeit“ der GbR

Es wurde wohl mehrheitlich erwartet, dass der BGH auch die Fähigkeit einer GbR verneinen würde, unter ihrer gesellschaftsvertraglichen Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen zu werden. Im vergangenen Dezember entschied der V. Zivilsenat des BGH jedoch anders: Er misst einer Außen-GbR neben der „materiellen Grundbuchfähigkeit“, der Fähigkeit überhaupt Trägerin von Grundstücksrechten sein zu können, auch die von ihm so genannte „formelle Grundbuchfähigkeit“ zu.²⁶ Die Rechtsträgerschaft einer GbR soll hier nach durch eine Grundbucheintragung unter ihrem Namen begründet werden können, ohne dass auch die Namen der Gesellschafter eingetragen werden müssten. Ob die GbR tatsächlich unter diesem Namen existiert, kann weder anhand des Grundbuchs noch eines speziellen GbR-Registers überprüft werden. Wenn diese Rechtsprechung des BGH Bestand hätte, stünde zu befürchten, dass möglicherweise der Grundstücksverkehr mit Gesellschaften bürgerlichen Rechts zum Erliegen käme, weil weder die Identität der GbR noch die Vertretungsbefugnis des für die GbR jeweils Handelnden verlässlich nachgewiesen werden könnte. Nach geltender Rechtslage wäre auch ein gutgläubiger Erwerb von dem jeweils Handelnden nicht möglich.²⁷

4. Lösung durch die geplante Neuregelung in § 899a BGB-E und § 47 Abs. 2 GBO-E?

Vor dem Hintergrund all dieser Schwierigkeiten hat sich der Rechtsausschuss des Bundestages jüngst entschlossen, im Rahmen des Gesetzes zur Einführung des elektronischen

Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren auch Neuregelungen in BGB, GBO und GBV einzufügen, welche eine effektive Teilnahme einer GbR am Grundstücksverkehr weiterhin gewährleisten sollen.²⁸ Die Eintragung aller Gesellschafter der GbR im Grundbuch wird in § 47 Abs. 2 GBO-E vorgeschrieben, auch wenn die Inhaberin des Grundstücksrechts die GbR ist. An diese Eintragung der Gesellschafter wird in § 899a BGB-E die Vermutung geknüpft, dass die Eintragung den Gesellschafterbestand vollständig und richtig wiedergibt. Damit wird ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht, sofern alle als Gesellschafter Eingetragenen das Verfügungsgeschäft schließen. Der gute Glaube an die Existenz oder an eine bestimmte Reichweite einer Vertretungsmacht wird durch die geplante Neuregelung nicht geschützt. Das Grundbuch enthält hiernach mit der der Identifizierung dienenden Buchung der Gesellschafter einen systemfremden Bestandteil, der typischerweise in ein GbR-Register gehören würde.

Das Problem der nach außen wirkenden und nach außen nicht erkennbaren Beschränkungen der Vertretungsmacht wird im Gesetzesentwurf nicht gelöst, auch nicht stillschweigend „mitgelöst“. Sofern alle Gesellschafter handeln – ohnehin eine bei Gesellschaften mit großer Gesellschafterzahl schwer praktikable Voraussetzung –, wird nur vermutet, dass sie (und nur sie) Gesellschafter sind, nicht dass keine Vertretungsmachtbeschränkungen existieren. Bei bestehenden Vertretungsmachtbeschränkungen im Gesellschaftsvertrag wäre ein Erwerb nur dann möglich, wenn man annähme, die sämtlich handelnden Gesellschafter hätten einverständlich den Gesellschaftsvertrag geändert. Gilt dies aber auch dann, wenn die Handelnden nicht die wahren Gesellschafter sind? Diese Frage muss verneint werden, da es zu weit ginge, die Vermutung des § 899a BGB-E auch auf die Frage einer wirksamen Änderung des Gesellschaftsvertrages zu beziehen. Die Vermutung, dass die Handelnden auch tatsächlich Gesellschafter sind, gilt nach dem geplanten Wortlaut des § 899a BGB-E nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“, also nur hinsichtlich des jeweiligen Verfügungsgeschäfts.

5. Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich feststellen, dass auch bei der Außen-GbR die drängenden Fragen einer publizitätslosen, gegenüber Dritten wirkenden Vertretungsmachtbeschränkung nicht gelöst sind.

IV. Übergreifende Gesichtspunkte und differenzierte Lösung

1. Ausgangspunkt für die Lösung und Differenzierungskriterien

Im Folgenden soll eine differenzierte Lösung vorgestellt werden. Ausgangspunkt ist der Wortlaut von § 26 Abs. 2 S. 2 BGB, der eine Außenwirkung von Vertretungsmachtbeschränkungen eindeutig vorschreibt und die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG verwirklicht. Einer pauschalen

²⁵ Vgl. BGH NJW 2006, 2189 (2190).

²⁶ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (138 ff.); siehe hierzu *Geibel*, ZJS 2009 (Heft 3), 293 ff.

²⁷ Siehe die pessimistische Einschätzung aus Sicht der Notarpraxis von *Brambring*, NJW 4/2009, S. XII (NJW-aktuell). *Tebben*, NZG 2009, 288 (290), weist zu Recht darauf hin, dass das Problem schon durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR entstanden ist und die Grundbucheintragung der Gesellschafter keinen Gutgläubensschutz auslöst.

²⁸ Vgl. (auch zum Folgenden) BT-Drucks. 16/13437 (v. 17.6.2009), S. 6, 24, 27 ff.

Begrenzung im Hinblick auf den Schutz des Rechtsverkehrs steht entgegen, dass der Gesetzgeber für den Verein explizit einen registergestützten Vertrauensschutz in den §§ 64, 68 und 70 BGB vorsieht und für die Stiftung auf einen Verweis auf diese Vorschriften verzichtet hat. Dies schließt aber eine behutsame Berücksichtigung des Verkehrsschutzes, insbesondere im Rahmen der allgemeinen Grundsätze über Duldungs- und Anscheinsvertretungsmacht nicht aus.

Für die Frage, ob weitere rechtliche Grenzen gelten, muss nach geeigneten Differenzierungskriterien gesucht werden. Der historische Gesetzgeber hatte ursprünglich generell bei Körperschaften, die ideelle Zwecke verfolgen und nicht am kommerziellen Verkehr teilnehmen, zu ihrem Schutz und zu Lasten des Rechtsverkehrs eine Vertretungsmachtbeschränkung mit Wirkung gegen Dritte vorgesehen. Die Stiftung wurde demselben Vertretungsregime wie diese Körperschaften zugeschlagen. Im Lauf der Zeit hat sich jedoch herausgestellt, dass auch Stiftungen des privaten Rechts in vielerlei Hinsicht mit dem Rechtsverkehr in Berührung kommen und auf das Vertrauen in eine wirksame Vertretung durch ihre Organe angewiesen sind. Es liegt nahe, Stiftungen, welche sich als „Zwischen-“ oder „Nebenzweck“ wirtschaftlich betätigen, separat zu behandeln. Ferner muss danach unterschieden werden, ob es um Verfügungen über Gegenstände des Stiftungsvermögens geht oder um bloße Verpflichtungsgeschäfte. Auf die Art der Vertretungsmachtbeschränkung, zum Beispiel ob der Vorstand für ein Handeln generell keine Vertretungsmacht hat oder ob er der Zustimmung eines fakultativen Stiftungsorgans bedarf oder ob für bestimmte Aufgaben Gesamtvertretung in Abweichung von Einzel- oder Mehrheitsvertretung gelten soll, kommt es dagegen weder nach § 26 BGB noch nach § 714 BGB und auch für die Frage des Verkehrsschutzes nicht an.

2. Besonderer Verkehrsschutz bei handelsgewerbetreibenden Stiftungen und bei Handelsgesellschaften

Stiftungen dürfen entweder direkt ein Unternehmen betreiben oder indirekt an einer Unternehmensgesellschaft beteiligt sein, dürfen dies allerdings nicht als Selbstzweck verfolgen.²⁹ Solche unternehmensverbundenen Stiftungen spielen in Deutschland zahlenmäßig eine untergeordnete Rolle. Sofern diese Stiftungen ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 Abs. 2 HGB betreiben, müssen sie nach § 33 Abs. 1 HGB zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Dasselbe gilt gemäß § 33 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 HGB für Vertretungsmachtbeschränkungen. Für solche Eintragungen findet dann der besondere Verkehrsschutz nach § 15 HGB Anwendung.³⁰ Hiernach ist den Stiftungen, die ein Handelsgewerbe betreiben, eine Berufung auf Beschränkungen der Vertretungsmacht ihrer Organe nicht schlechthin genommen, sondern nur dann, wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt sind. Eine weitergehende entsprechende Anwendung der für Körperschaften geltenden Vor-

schriften über eine reine Binnenwirkung von Vertretungsmachtbeschränkungen verbietet sich daneben.

Bei denjenigen Gesellschaften, die ein Handelsgewerbe betreiben und auch ohne Eintragung in das Handelsregister Personenhandelsgesellschaft nach § 105 Abs. 1 HGB sind, wird der Rechtsverkehr über § 126 Abs. 2 HGB und ferner nach § 15 HGB geschützt.

3. Anwendung des Rechtsgedankens des § 137 S. 1 BGB auf Verfügungsgeschäfte über Stiftungs- bzw. Gesellschaftsvermögen

In der stiftungsrechtlichen Literatur nicht behandelt wurde bislang die Sonderstellung von Verfügungsgeschäften über Gegenstände des Stiftungsvermögens. Zusätzlich zu dem Problem einer möglichen Verkehrsuntauglichkeit der Stiftung tritt hier die vermögensrechtliche Frage, ob der von der Vertretungsmacht der Stiftungsorgane ausgenommene Gegenstand zu einer *res extra commercium* wird. Diese Gefahr besteht in der Tat, wenn nicht – insofern im Einklang mit *Stöber*³¹ – ein fakultatives Stiftungsorgan zur Vertretungsmacht berufen wird und daher eine Verfügung der Stiftung über die betreffenden Gegenstände überhaupt nicht möglich ist. Ähnlich wie der BGH nach § 137 S. 1 BGB einer Erblasseranordnung die Anerkennung versagt hat, welche dem Testamentsvollstrecker die Verfügungsmacht über Nachlassgegenstände ganz entzogen hatte,³² sind Vertretungsmachtbeschränkungen in einer Stiftungssatzung insoweit unwirksam, als sie dem Rechtsgedanken dieser Vorschrift zuwiderlaufen.

Gleiches gilt nicht für die Außen-GbR, denn stets bleibt hier die Möglichkeit, dass alle Gesellschafter gemeinsam über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens verfügen.

4. Mögliche Anknüpfungspunkte für einen Vertrauensschutz

Nachdem für diese Sonderfälle vorab zum Teil Lösungen gefunden sind, bleibt für die große Zahl von Stiftungen und für die Außen-GbR die Frage, inwieweit das Vertrauen des Rechtsverkehrs in eine bestimmte Reichweite der Vertretungsmacht von Stiftungsvorständen geschützt werden kann.

Auf die Einführung eines einheitlichen Stiftungsregisters wurde in der Stiftungsrechtsreform von 2002 verzichtet, unter anderem mit der Begründung, es existierten bereits auf Länderebene einzelne Stiftungsverzeichnisse und es bestünde die Möglichkeit, dass Stiftungsbehörden für Einzelfälle Vertretungsbescheinigungen ausstellen. Die Stiftungsverzeichnisse sind jedoch erstens nicht einheitlich geregelt und umfassen zum Teil nicht Angaben über die Vertretungsmacht, zweitens genießen sie – kraft zumeist ausdrücklicher landesgesetzlicher Regelung – nicht die Vermutung der Richtigkeit und bieten damit keinen Schutz für gutgläubige Dritte. Entsprechendes gilt wie erwähnt nach überwiegender Auffassung auch für die Vertretungsbescheinigungen, die von den Stiftungsaufsichtsbehörden über den Umfang der Vertretungsmacht ausgestellt werden.

²⁹ Vgl. z.B. *Hüttemann*, ZHR 167 (2003), 35 (60 ff.).

³⁰ Vgl. z.B. *Neuhoff*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2000, Vor § 80 Rn. 76; *Schwarz/Backert* (Fn. 11), § 86 Rn. 3 a. E.

³¹ Siehe oben Fn. 19.

³² Vgl. BGHZ 56, 275 (278 ff.), in Fortführung von BGHZ 40, 115.

Die Vorlage der schriftlichen Stiftungssatzung wird einem Dritten nicht die letzte Unsicherheit über die Reichweite der Vertretungsmacht der Stiftungsorgane nehmen können, weil sich aus der Satzung die Vertretungsbefugnisse lediglich zu einem bestimmten Zeitpunkt ergeben. Für eine Lösung lohnt der Blick in die Motive zum BGB. Dort heißt es kurz: „Soweit ein Bedürfnis vorliegt [...], wird das eigene Interesse der Körperschaft dazu führen, das Erforderliche in der Verfassung vorzusehen“.³³ Das kann auf Stiftungen übertragen werden, die am Rechtsverkehr in stärkerem Maße teilnehmen und auf die Verlässlichkeit in die Vertretungsmacht ihrer Organe angewiesen sind. Sie könnten in ihren Satzungen beispielsweise regeln, dass sich die Stiftung im Voraus an die Richtigkeit einer von ihren Vorständen vorgelegten Vertretungsbescheinigung binde und Änderungen dieser Satzungsklausel nicht oder nur mit Genehmigung der Stiftungsbehörde vornehmen werde; diese müsste dann im Bedarfsfall ein Negativattest darüber ausstellen, dass keine Änderungsgeheimigung erteilt wurde. Für einen Vertrauensschutz würde dann die Vorlage der Vertretungsbescheinigung, eines öffentlich beglaubigten Auszuges aus der Satzung mit der betreffenden Bindungsklausel und ein Negativattest der Behörde genügen.

Für die Außen-GbR gehen die Überlegungen des BGH in eine ähnliche Richtung, um einer Außen-GbR den Erwerb oder die Veräußerung oder eine Grundbucheintragung von Grundstücksrechten zu ermöglichen.³⁴ Ob damit das Fehlen eines GbR-Registers kompensiert werden kann, ist jedoch äußerst zweifelhaft. Legt der für die GbR Handelnde einen öffentlich beglaubigten Gesellschaftsvertrag vor, so gibt dies dem Rechtsverkehr keine Sicherheit, weil sich aus dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterbestand und die Vertretungsbefugnisse stets nur zu einem bestimmten Zeitpunkt ergeben. Um Gewissheit über die Aktualität des vorgelegten Gesellschaftsvertrages zu geben, müsste der Vertrag etwa die Klausel enthalten, dass Vertragsänderungen nur wirksam werden, wenn sie einem Notar gegenüber erklärt werden. Der jeweilige Notar müsste dann ein Negativattest darüber ausstellen, dass ihm gegenüber keine Änderung erklärt wurde. Sofern der Notar nicht namentlich im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, weiß jedoch ein Dritter nicht, an welchen Notar er sich wenden sollte. Selbst wenn er im Gesellschaftsvertrag namentlich genannt sein sollte, bliebe es ein umständliches, zumindest zweistufiges Verfahren, bei dem ein Dritter sich zunächst den öffentlich beglaubigten Gesellschaftsvertrag vorlegen lassen muss, um dann beim genannten Notar das Negativattest einzuholen. Schwerer als die Umständlichkeit wiegt aber der Einwand, dass angesichts des hohen Aufwandes und der möglichen Haftungsrisiken ein Notar ein solches Verfahren wohl stets ablehnen würde.

5. Die Notwendigkeit eines Stiftungsregisters und eines Registers für bestimmte Gesellschaften bürgerlichen Rechts

Vor diesem Hintergrund ist es daher notwendig, ein einheitliches Register für diejenigen Gesellschaften bürgerlichen Rechts einzuführen, die insgesamt am Rechtsverkehr teilnehmen wollen. Eine Pflicht zur Eintragung müsste den Gesellschaften auferlegt werden, deren Gesellschaftsvermögen Grundstücksrechte enthält. Freiwillig eingetragene Gesellschaften müssten der Pflicht unterworfen werden, insbesondere Änderungen der gesellschaftsvertraglichen Vertretungsregelung zur Eintragung in das Register anzumelden.

Auch dem Publizitätsbedürfnis von Stiftungen würde de lege ferenda am ehesten ein einheitliches Stiftungsregister gerecht, das wie Handels- oder Vereinsregister mit negativer Publizität auszustatten wäre. Stiftungen als juristische Personen wären allesamt eintragungsfähig.

V. Zusammenfassung

Im Ergebnis kann Folgendes festgehalten werden: Das BGB enthält zwei Anomalien, bei denen eine Beschränkung der Vertretungsmacht ausnahmsweise mit Wirkung gegenüber Dritten zulässig ist, ohne dass der Rechtsverkehr über eine Registerpublizität geschützt wird: die Möglichkeit von statutarischen Vertretungsmachtbeschränkungen bei der Stiftung und den Gleichlauf zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei der GbR. Vorstehend wurden einzelne rechtliche Grenzen herausgearbeitet, die de lege lata den Vertretungsmachtbeschränkungen mit Außenwirkung gesetzt sind. Insbesondere gilt der Rechtsgedanke des § 137 S. 1 BGB für Verfügungsgeschäfte über Stiftungs- bzw. Gesellschaftsvermögen. Befürwortet wird auch, eine Bestimmtheit von Vertretungsmachtbeschränkungen sowohl bei Stiftungen wie auch bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu fordern. Ferner hätten jedenfalls Stiftungen immerhin eine – wenn auch komplizierte – Möglichkeit, die Aktualität eines vorgelegten öffentlich beglaubigten Satzungsauszuges mit einer Bindungsklausel und einem Negativattest der Stiftungsbehörde nachzuweisen.

Allerdings können trotz dieser rechtlichen Grenzen und partiellen Lösungen die Zweifel hinsichtlich einer drohenden partiellen oder sogar gesamten Verkehrsuntauglichkeit von Stiftungen oder Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht vollständig ausgeräumt werden. Diese Probleme lassen sich insgesamt befriedigend nur mit der Einführung eines Stiftungsregisters und eines GbR-Registers bewältigen.

³³ Motive zu dem Entwurf eines BGB, Bd. I: Allgemeiner Theil, 1888, S. 99.

³⁴ Vgl. BGH NZG 2009, 137 (139); siehe ferner *Leipold*, in: Festschrift Canaris, Bd. II, 2007, S. 221 (230 ff.).