

Die *ultra-vires*-Lehre im englischen Kapitalgesellschaftsrecht im Vergleich mit der deutschen Entwicklung

Studienbegleitende wissenschaftliche Arbeit
im Seminar zur Kompetenzverteilung in der Aktiengesellschaft aus
historischer und gegenwärtiger Sicht
unter Leitung von Professor Dr. Bernd Mertens
im Wintersemester 2006/07

vorgelegt von

Saskia Lettmaier

Vierzigmannstraße 24

91054 Erlangen

Tel. 09131 4000700

Matrikelnummer 21085059

7. Fachsemester

Erlangen, den 20. November 2006

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung in das Problemfeld	S. 1
II. Divergente Interessengewichtung im englischen und im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht vor der Rechtsangleichung	S. 3
1. Entwicklung im englischen Recht	S. 3
a. Aufkommen der <i>ultra-vires</i> -Lehre	S. 3
b. Gesellschafterschützende Wirkrichtung der <i>ultra-vires</i> -Lehre	S. 7
c. Umgehung der <i>ultra-vires</i> -Lehre durch die kautelarjuristische Praxis	S. 10
d. Begrenzung der <i>ultra-vires</i> -Lehre durch die Rechtsprechung	S. 12
e. Zusammenfassende Bewertung: „an illusory protection [... and yet ...] a pitfall for third parties”	S. 15
2. Entwicklung im deutschen Recht	S. 17
a. Spuren eines <i>ultra-vires</i> -Denkens im 19. Jahrhundert	S. 17
b. Heutige Rechtslage: Nichtgeltung der <i>ultra-vires</i> -Lehre im Kapitalgesellschaftsrecht	S. 18
c. Motive für die Ablehnung der <i>ultra-vires</i> -Lehre	S. 19
(i) Beratungen zum ADHGB 1861; Begründung des Regierungsentwurfs zum AktG 1965	S. 20
(ii) Rückschluss aus der <i>ratio legis</i> auf die unbeschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit	S. 25

d. Deutsches Modell zur Auflösung der Interessenkollision	S. 25
(i) Verkehrsschutztatbestand	S. 25
(ii) Ausnahmen	S. 27
(1) Missbrauch der Vertretungsmacht	S. 27
(2) Nähebeziehung zur Gesellschaft	S. 29
3. Abschließende Stellungnahme	S. 31
III. Konvergenz im Zuge der Gesellschaftsrechts- harmonisierung	S. 32
1. Vorgaben der Publizitätsrichtlinie	S. 33
2. Umsetzung im deutschen Recht	S. 35
3. Umsetzung im englischen Recht	S. 36
a. Rechts- und Handlungsfähigkeit: <i>ultra-vires</i> -Doktrin	S. 38
b. Vertretungsmacht: Englisches Modell zur Auflösung der Interessenkollision	S. 40
(i) Verkehrsschutz kraft Fiktion unbeschränkter Vertretungsmacht	S.40
(ii) Ausnahmen	S. 42
(1) <i>Bad faith</i>	S. 42
(2) <i>Director Transactions</i>	S. 43
(3) S. 65(1) Charities Act 1993	S. 44
IV. Rechtsvergleichendes Resümee	S. 45
Literaturverzeichnis	S. 48

I. Einführung in das Problemfeld

Jede englische *registered company*¹ und jede deutsche Kapitalgesellschaft wird in der Absicht ins Leben gerufen, einen bestimmten (regelmäßig, aber nicht zwingend, einen erwerbswirtschaftlichen²) Zweck auf einem bestimmten Tätigkeitsgebiet zu verfolgen. Aufschluss über den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft gibt im deutschen Recht der Unternehmensgegenstand, im englischen Recht der *objects clause*, jeweils als notwendiger Satzungsbestandteil (§ 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, s. 2(1)(c) CA 1985).³ Die Gegenstandsklausel steckt individuell den für die jeweilige Gesellschaft intendierten Wirkbereich ab.⁴

Überschreitet die Gesellschaft bzw. die für diese handelnde Geschäftsleitung den statutarisch vorgezeichneten Tätigkeitsrahmen, so eröffnet sich ein potenzieller Interessenkonflikt. Einerseits mag den Gesellschaftern (und möglicherweise auch den Gesellschaftsgläubigern) daran gelegen sein, durch die Unwirksamkeit derartiger Geschäfte vor gegenstandswidrigen Dispositionen über das Gesellschaftsvermögen seitens der Geschäftsleitung geschützt zu werden, andererseits geht das Interesse des Verkehrs ersichtlich dahin, auf die Wirksamkeit der getätigten Geschäfte vertrauen zu dürfen und nicht mit der Obliegenheit belastet zu sein, sich der Verpflichtungsfähigkeit der Gesellschaft bzw. der Verpflichtungsmacht der für die Gesellschaft

¹ Die *registered companies* sind vergleichbar mit den handelsrechtlichen juristischen Personen des deutschen Rechts, s. *Mantell*, S. 9; *Rajak*, S. 188 f.

² In der Form einer AG oder GmbH kann jeder erlaubte Zweck verfolgt werden, wie § 1 GmbHG hervorhebt. Allerdings stehen erwerbswirtschaftliche Zwecke praktisch im Vordergrund, s. *Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff*, § 1 Rn. 7. Auch englische Kapitalgesellschaften können gemeinnützige oder ideelle Ziele verfolgen, s. *Re Horsley & Weight Ltd* (1982) Ch 442 (450).

³ Im Gegensatz zum deutschen Recht ist die englische Gesellschaftsverfassung traditionell in zwei Dokumenten, dem *memorandum* und den *articles of association*, enthalten. Das *memorandum* enthält Angaben über das Verhältnis der Gesellschaft zur Außenwelt, wie Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand und Haftungsbeschränkung. Die *articles* regeln die Binnenorganisation der Gesellschaft, s. *Griffin*, S. 51, 53. Der *objects clause* ist zwingender Bestandteil des *memorandum*.

⁴ *Tieves*, S. 99.

handelnden Personen durch mühsame Statuteneinsicht zu vergewissern.

Gegenstand dieser Arbeit ist die ursprünglich divergente Auflösung der hier umrissenen Interessenkollision zwischen Gesellschafter- und Verkehrsschutz im englischen und im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht sowie die schließlich in dieser Frage durch die europäische Gesellschaftsrechtsharmonisierung ausgelöste Konvergenz.

Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen zunächst die konträren Ansätze der beiden nationalen Rechtsordnungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (II.). Im englischen Kapitalgesellschaftsrecht etablierte sich die *ultra-vires*-Lehre, die einer *registered company*, im Interesse eines umfassenden Gesellschafter- (und Gesellschaftsgläubiger-)schutzes, jegliche Rechts- und Handlungsfähigkeit jenseits des Unternehmensgegenstands absprach. Verträge außerhalb des der Gesellschaft durch ihre Gegenstandsklausel gezogenen Befugnisrahmens überstiegen hiernach nicht nur die Verpflichtungsmacht (*authority*) der für die Gesellschaft handelnden Personen, sondern die *Verpflichtungsfähigkeit*⁵ (*capacity*) der Gesellschaft selbst. Sie waren daher *ultra vires* (jenseits des rechtlichen Könnens; *beyond the legal powers*⁶) und unheilbar nichtig (1.). Das deutsche Recht gewichtete anders und entschied sich, im Interesse der Einfachheit und der Zügigkeit des Handelsverkehrs, für eine im Außenverhältnis in ihrem sachlichen Umfang unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane und damit implizit zugleich für eine unbeschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit derwerbenden Kapitalgesellschaft selbst (2.).

⁵ Der Begriff der *capacity* lässt sich nur schwer ins Deutsche übertragen. Üblicherweise wird von der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft gesprochen (s. *Mantell*, S. 6; *K. Schmidt*, § 8 V 2 a); *Dreibus*, S. 44), da die *capacity* zugleich das statische Haben und das dynamische Ausüben von Rechten umfasst (*Schlink*, S. 16). Für die Bezeichnung Verpflichtungsfähigkeit (etwa v. *Gumpert*, S. 111) – als Gegenbegriff zur Deliktsfähigkeit – spricht, dass sie zum Ausdruck bringt, dass die *capacity* nur mit Blick auf den Rechts- (und nicht den Unrechts-)verkehr begrenzt ist. Zur Nichtgeltung der *ultra-vires*-Lehre im Unrechtsverkehr s. nur *Palmer*, 19. Aufl., S. 56 f.

⁶ *Gower*, 6. Aufl., S. 202.

In einem zweiten Arbeitsschritt soll der Einfluss des europäischen Rechts auf diese Ausgangssituation in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in den Blick genommen werden (III.). Die Veränderungen, die sich durch die Umsetzung der Publizitätsrichtlinie⁷ vor allem für das englische Kapitalgesellschaftsrecht ergaben – und zwar sowohl auf der Ebene der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft als auch auf der Ebene der Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane⁸ – bilden hier den Mittelpunkt der Analyse.

Abschließend soll versucht werden, die gewonnenen Erkenntnisse in einem Rechtsvergleich zu resümieren (IV.).

II. Divergente Interessengewichtung im englischen und im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht vor der Rechtsangleichung

1. Entwicklung im englischen Recht

a. Aufkommen der *ultra-vires*-Lehre

Das englische Gesellschaftsrecht hält drei Wege bereit, auf denen eine Vereinigung Rechtspersönlichkeit erlangen kann.⁹ Rechtspersönlichkeit kann erstens durch eine unter königlichem Siegel ausgestellte Urkunde (*royal charter*) verliehen werden. *Chartered companies* dienten im 17. Jahrhundert dazu, auf großem Fuß (Kolonial-) Handel

⁷ 68/151/EWG. Die Pflicht zur Umsetzung ergab sich für das Vereinigte Königreich erst mit dem Beitritt zur europäischen Gemeinschaft 1973.

⁸ Der Begriff des Organs wird hier in einem untechnischen Sinne gebraucht. Das englische Gesellschaftsrecht folgt traditionell nicht der Organtheorie, sondern sieht die Mitglieder der Geschäftsleitung als Beauftragte (*agents*) der Gesellschaft an. Die Umsetzung der Publizitätsrichtlinie bereitete in England nicht zuletzt wegen des in der Richtlinie gebrauchten Organbegriffs Schwierigkeiten, s. *Edwards*, S. 33 f.

⁹ Überblick bei *Rajak*, S. 195 ff.; *Dreibus*, S. 26 ff. Zu den *corporations by prescription* als Sonderform der *chartered companies* *Rajak*, S. 193.

zu treiben, verloren jedoch zunehmend an Bedeutung¹⁰ und werden heute kaum noch für erwerbswirtschaftliche Zwecke genutzt.¹¹ Einen zweiten Weg zur Erlangung der Rechtsfähigkeit stellt das Parlamentsgesetz dar. Die im 19. Jahrhundert durch Parlamentsgesetz gegründeten *statutory companies* waren vielfach privatwirtschaftlich organisierte, zugleich aber dem Allgemeininteresse dienende Versorgungs- oder Verkehrsunternehmen, die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben mit besonderen Hoheitsrechten ausgestattet waren.¹² Ein dritter Weg zur Erlangung von Rechtspersönlichkeit schließlich wurde durch den Joint Stock Companies Act 1844 eröffnet. Der Joint Stock Companies Act ermöglichte es, Rechtspersönlichkeit (zunächst noch ohne das Privileg der beschränkten Haftung¹³) kraft Eintragung zu erlangen und vollzog damit für das englische Recht den Übergang von einem Konzessions- zu einem Normativsystem.¹⁴ Das Recht der eingetragenen Kapitalgesellschaften (*registered companies*) ist seit dem ersten modernen Companies Act von 1862 in den jeweiligen Companies Acts niedergelegt.

Für *chartered companies* ist seit jeher anerkannt, dass diese, abgesehen von einzelnen, sich gewissermaßen aus der Natur der Sache ergebenden Einschränkungen ebenso wie natürliche Personen über eine grundsätzlich unbeschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit verfügen und dass die *ultra-vires*-Lehre auf sie keine Anwendung findet.¹⁵ Als Begründung diente ein alter verfassungsrechtlicher Grundsatz, dem zufolge die Krone ebenso wenig die nach *common law* bestehenden Befugnisse einer von ihr ins Leben gerufenen Gesellschaft

¹⁰ Rajak, S. 195. Die Bedeutungseinbuße lag darin begründet, dass mit den *statutory* und später den *registered companies* einfachere Wege eröffnet waren, Rechtspersönlichkeit zu erlangen, s. Gower, 6. Aufl., S. 6.

¹¹ *Charters* werden gelegentlich noch für karitative oder Ausbildungszwecke vergeben, s. Gower, 6. Aufl., S. 6.

¹² Schlink, S. 39; Rajak, S. 195 f.

¹³ Dieses gewährte erst elf Jahre später der Limited Liability Act 1855.

¹⁴ Schlink, S. 40; Dreibus, S. 28; v. Gumpert, S. 76.

¹⁵ Als Leitentscheidung gilt der Fall *Sutton's Hospital* (1612) 10 CoRep 1a, 23a; dazu Schlink, S. 54 ff.; Gower, 4. Aufl., S. 162.

beschränken könne wie die Freiheiten eines Bürgers als natürlicher Person.¹⁶

Eingang in das Gesellschaftsrecht fand die *ultra-vires*-Doktrin erstmals im Bereich der *statutory companies*,¹⁷ jener mit besonderen Privilegien ausgestatteten „Zwitterorganisationen“,¹⁸ die mit Privatmitteln wichtige öffentliche Versorgungsaufgaben wahrnahmen. Diese Gesellschaften verdankten ihre Existenz einem Gesetz des Parlaments, welches im Gegensatz zur Krone die Befugnisse der von ihm geschaffenen Korporationen nach Belieben einzuschränken vermochte. Die Rechtsprechung zog hieraus die Konsequenz, dass Geschäfte, die den der Gesellschaft durch ihr Gründungsgesetz beigelegten Befugnisrahmen überschritten, *ultra vires* und daher nichtig waren.¹⁹ In ihrer strengen Auslegungsmethode – dass alles, was das Errichtungsgesetz weder ausdrücklich noch denknotwendig erlaube, als verboten anzusehen sei²⁰ – waren die Gerichte wohl maßgeblich von dem Bestreben geleitet, die Verfügung über das auch öffentlichen Interessen dienende Gesellschaftsvermögen nicht ganz in das private Gutdünken der Anteilseigner zu stellen.²¹

Die Gerichte sahen zunächst keine Veranlassung, die für *statutory companies* geltende *ultra-vires*-Lehre auf die nach dem Joint Stock Companies Act eingetragenen Kapitalgesellschaften zu übertragen. Diese Gesellschaften waren lediglich zur Rechtsperson erhobene *partnerships*, für die die alte *partnership*-Regel galt, dass die Vornahme eines gegenstandsfremden Geschäfts die Vertretungsmacht des

¹⁶ *Schlink*, S. 53 f. Im Falle einer Gegenstandsüberschreitung kommt allerdings eine Unterlassungsklage oder die Aberkennung der *charter* in Betracht. Die Wirksamkeit bereits eingegangener Verpflichtungen wird dadurch nicht berührt, s. *Gower*, 4. Aufl., S. 162; *Treitel*, S. 519.

¹⁷ Der erste bekannte Fall ist *Colman v. Eastern Counties Railway Co.* (1846) 10 Beav 1, hierzu *Schlink*, S. 58 ff. Zur heutigen Geltung der *ultra-vires*-Lehre für *statutory companies* *Treitel*, S. 522 ff.

¹⁸ *Schlink*, S. 56.

¹⁹ *Gower*, 4. Aufl., S. 163; *Rajak*, S. 206.

²⁰ Diese Herangehensweise war weder zwingend noch unumstritten, s. *Gower*, 4. Aufl., S. 163. Die entgegengesetzte Auslegung, dass alles erlaubt sei, was das Gesetz weder ausdrücklich noch denknotwendig untersage, hielt sich bis 1874, s. Blackburn J in *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd v. Riche* (1874) LR 9 Ex 224 (264).

²¹ *H. Schwartz*, S. 21 f.; *Schlink*, S. 56; *Mantell*, S. 12. Daneben versah die *ultra-vires*-Lehre gegenüber den mit Hoheitsrechten ausgestatteten *statutory companies* eine öffentlich-rechtliche Abwehrfunktion, s. *Rajak*, S. 206; v. *Gumpert*, S. 77.

handelnden Gesellschafters überstieg, das Geschäft aber nach Rechtscheinsgrundsätzen wirksam sein oder durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss genehmigt werden konnte.²² Den Gläubigern gegenüber haftete jedenfalls der handelnde Gesellschafter bis zum Erlass des Limited Liability Act 1855 persönlich. Eine Anwendung des *ultra-vires*-Grundsatzes auf die nach dem Joint Stock Companies Act eingetragenen Gesellschaften erschien daher zunächst weder im Gesellschafter- noch im Gläubigerinteresse geboten.²³

Im Jahr 1875 hatte das House of Lords schließlich im Fall *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd v. Riche*²⁴ über die Wirksamkeit eines gegenstandswidrigen Geschäfts einer nach den Bestimmungen des Companies Act 1862 gegründeten (und daher beschränkt haftenden) *registered company* zu befinden. Die Ashbury Company hatte Riche, vertreten durch ihre Direktoren, unter Abgabe einer Finanzierungszusage mit dem Bau einer Bahnstrecke beauftragt, ein Geschäft, welches durch den *objects clause* ihres *memorandum* nach einhelliger Auffassung des Gerichts nicht gedeckt war.²⁵ Der Vertragsschluss war nachträglich durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafterversammlung gebilligt worden. Dennoch verweigerte die Gesellschaft die Erfüllung, da der Vertrag *ultra vires* und nichtig sei. Dieser Auffassung schloss sich das House of Lords an und erstreckte damit die *ultra-vires*-Lehre auch auf *registered companies*. In der Herleitung dieser Rechtsfolge stützten sich die Richter maßgeblich auf die Bestimmungen des Companies Act 1862.²⁶ Dieser unterschied

²² Horowitz (1946) 62 LQR 66 (67); Gower, 4. Aufl., S. 162 f.; Dreibus, S. 83.

²³ Mantell, S. 12.

²⁴ (1875) LR 7, 653.

²⁵ Obwohl der *objects clause* auch eine Tätigkeit der Gesellschaft als *general contractors* vorsah, kam das Gericht – unter Anwendung der einschränkenden *eiusdem-generis*-Auslegungsregel – zu dem Schluss, dass hiervon nur Verträge erfasst sein sollten, bei denen sich die Gesellschaft selbst zu Werkleistungen im Zusammenhang mit dem Eisenbahnbau verpflichtete. Die Auftragsvergabe an einen selbstständigen Unternehmer war daher nicht gedeckt.

²⁶ Besonders deutlich Lord Cairns LC (Fn 24), S. 664 („I think your Lordships will find it necessary to consider with some minuteness some of the leading provisions of that Act [...]”). Lord Selborne (S. 693 f.) stützte sich als einziger Richter auf eine Analogie zu den *statutory companies* („I am unable to see any distinction [...] between statutory corporations [...] generally] and statutory corporations under the Joint Stock Companies Act of 1862”).

zwischen dem *memorandum* und den *articles of association*²⁷ und schrieb in seiner s. 8 die Angabe des Unternehmensgegenstands im *memorandum* vor. Gleichzeitig erklärte er das *memorandum* (von wenigen Ausnahmen abgesehen, die allesamt nicht den Unternehmensgegenstand betrafen) in s. 12 für unabänderlich.²⁸ Für die Lordrichter ergab sich aus der Zusammenschau dieser Bestimmungen der klare Wille des Gesetzgebers, die Lebenskraft (*vitality*) der Gesellschaft auf den im *objects clause* des *memorandum* festgeschriebenen Zweck- und Befugnisrahmen zu beschränken.²⁹ Außerhalb dieses Tätigkeitsrahmens war die Gesellschaft rechtlich nicht existent. Für Handlungen jenseits des Unternehmensgegenstands fehlte es nicht nur an der Verpflichtungsmacht der Direktoren, sondern bereits an der Verpflichtungsfähigkeit der Gesellschaft selbst. Gegenstandswidrige Geschäfte waren daher nicht schwebend unwirksam und genehmigungsfähig, sondern unheilbar nichtig. Der gegenstandswidrige Vertrag der Ashbury Company konnte daher auch nicht durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss wirksam werden.³⁰

b. Gesellschafterschützende Wirkrichtung der *ultra-vires*-Lehre

Das House of Lords stützte seine Entscheidung im *Ashbury*-Fall nicht nur auf die Bestimmungen des Companies Act und die aus diesen ableitbare Intention des Gesetzgebers, sondern auch auf die rechtspolitische Erwägung, dass eine Beschränkung der Rechts- und

²⁷ S. hierzu Fn 3. Der Joint Stock Companies Act 1856 hatte das bisherige „Grundgesetz“ der *joint stock companies*, das *deed of settlement*, durch das *memorandum* und die *articles* ersetzt.

²⁸ Der Vorgänger des Companies Act 1862, der Joint Stock Companies Act 1856, hatte keine Regelung zur Änderung des *memorandum* getroffen. Im Gegensatz zum Companies Act 1862 war dieses Gesetz daher auslegungsoffen, s. *Griffin* (1998) MJLS 5 (6 f.).

²⁹ Lord Cairns LC (Fn 24), S. 670 („It [the objects clause] states affirmatively the ambit and extent of vitality [... and] negatively, that [...] no attempt shall be made to use the corporate life for any other purpose [...]).“)

³⁰ Lord Selborne, ebd., S. 695 („Where there could be no mandate, there cannot be any ratification [...]); Lord Cairns LC, S. 672.

Handlungsfähigkeit von *registered companies* im Interesse des Gesellschafter- und des Gläubigerschutzes geboten sei.³¹

Die Gesellschafter sollten darauf vertrauen dürfen, dass die mit ihrem Geld wirtschaftende Geschäftsleitung das Gesellschaftsvermögen nur für diejenigen Zwecke einsetzen würde, die sich aus dem *memorandum* ergaben und die von den Gesellschaftern zur Grundlage ihrer Investitionsentscheidung gemacht worden waren.³² Nach einem oft zitierten Beispiel von *Gower* sollte ein Aktionär einer *gold mining company* nicht befürchten müssen, sich unverhofft als Teilhaber an einem *fried-fish-shop* wiederzufinden.³³ Die *ultra-vires*-Lehre stärkte die Position eines Gesellschafters insofern, als er gegenstandswidrige Geschäfte durch Unterlassungsklage (*injunction*) verhindern oder – im Falle ihrer Ausführung – rückabwickeln lassen konnte.³⁴

Das House of Lords ging in *Ashbury* davon aus, dass der *ultra-vires*-Grundsatz außer den Gesellschaftern auch den Gesellschaftsgläubigern zugute käme.³⁵ Gläubiger, die der Gesellschaft im Vertrauen auf die Profitabilität des im *memorandum* angegebenen Unternehmensgegenstands Fremdkapital gewährt hatten, sollten sich darauf verlassen dürfen, dass das ihnen allein haftende Gesellschaftsvermögen nicht durch gegenstandswidrige Verwendungen geschmälert würde.³⁶ Dieses Argument kann offensichtlich nur für die Gläubiger gelten, die ein *wirksames* Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft abgeschlossen haben (*intra-vires*-Gläubiger).³⁷ Eine die *intra-vires*-Gläubiger schützende Wirkrichtung der *ultra-vires*-Doktrin ist jedoch zu Recht bezweifelt worden.³⁸ Zum einen waren

³¹ Lord Cairns LC, ebd., S. 667, Lord Hatherley, S. 684.

³² *Charlesworth*, S. 15.

³³ *Gower*, 4. Aufl., S. 165.

³⁴ Diese Rechte stehen der Gesellschaft zu, können jedoch, als Ausnahme zur *rule in Foss v. Harbottle* (1843) 2 Ha 461, auch vom einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden, s. *Schlink*, S. 109 ff.; *Wedderburn* (1957) CLJ 194 (203 ff.).

³⁵ Besonders deutlich Lord Hatherley (Fn 24), S. 684.

³⁶ S. nur v. *Gumpert*, S. 80 (*ultra-vires*-Lehre als Kapitalerhaltungsregel). Einen Zusammenhang mit der beschränkten Haftung verneinend dagegen *Horowitz* (1946) 62 LQR 66 (69).

³⁷ Kritisch zur als willkürlich bezeichneten Unterscheidung zwischen *intra*- und *ultra-vires*-Gläubigern *Mantell*, S. 86 ff.; *Prentice-Report*, S. 18.

³⁸ Zweifelnd *Prentice-Report*, S. 17 f.; *Griffin* (1998) MJLS 5 (8); v. *Gumpert*, S. 59 f.

ungesicherte *intra-vires*-Gläubiger nicht berechtigt, selbst Unterlassungs- oder Restitutionsklage zu erheben. Sie wurden daher nur reflexartig geschützt, wenn sich ein Gesellschafter oder der Liquidator entschloss, gegen *ultra-vires*-Transaktionen vorzugehen.³⁹ Zum anderen wurde den *registered companies* schon bald nach der *Ashbury*-Entscheidung die Möglichkeit eröffnet, ihren Unternehmensgegenstand durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss (*special resolution*) für die Zukunft zu ändern. Der Companies Act 1890 machte die Änderung zwar noch von der Zustimmung des Gerichts abhängig, dieses Erfordernis wurde jedoch 1947 fallen gelassen und durch ein Widerspruchsrecht zugunsten bestimmter Personengruppen ersetzt.⁴⁰ Ein Widerspruchsrecht für Gläubiger war dabei nicht vorgesehen.⁴¹ Das Vertrauen der *intra-vires*-Gläubiger auf den Fortbestand des statutarischen Handlungsrahmens wurde also gerade nicht geschützt.⁴²

Für potenzielle Gläubiger, die Rechtsbeziehungen mit der Gesellschaft anstrebten, bildete die *ultra-vires*-Doktrin kein Schutzprinzip, sondern einen erheblichen Unsicherheitsfaktor.⁴³ Der *ultra-vires*-Lehre liegt eine – das englische Gesellschaftsrecht generell prägende⁴⁴ – „disclosure philosophy“⁴⁵ zugrunde. Der „Schutz“ des Geschäftspartners erfolgt hiernach durch Publizität. Er kann sich aus den *public documents* der Gesellschaft über die Grenzen ihrer Handlungsfähigkeit informieren und ihm wird die Kenntnis dieser Grenzen unterstellt. Zwar scheitert die Wirksamkeit von Geschäften *ultra vires the company* nicht erst an dieser fingierten subjektiven

³⁹ Gower, 4. Aufl., S. 172; Prentice-Report, S. 17; Griffin (1998) MJLS 5 (8). Ein gesicherter Gläubiger dagegen war klagebefugt, *Cross v. Imperial Continental Gas Association* (1923) 2 Ch 553.

⁴⁰ Widerspruchsberechtigt waren Aktionäre, deren Anteile mindestens 15% des gezeichneten Kapitals (*issued share capital*) ausmachten, s. 5(2)(a) CA 1948.

⁴¹ Außer für Inhaber einer *floating charge*, die vor dem 1.12.1947 eingetragen worden war, s. 5(2)(b) iVm s. 5(5) CA 1948. Hierzu Buckley, S. 28; Prentice-Report, S. 17.

⁴² v. Gumpert, S. 59.

⁴³ K. Schmidt, AcP 184 (1984), 529 (530).

⁴⁴ Buxbaum/Hopt, S. 184 f.

⁴⁵ Wedderburn (1983) 46 MLR 204 (213).

Kenntnis (*constructive notice*) des Dritten,⁴⁶ sondern bereits auf objektiver Ebene an der fehlenden Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft.⁴⁷ Die im englischen Gesellschaftsrecht lange fest etablierte *doctrine of constructive notice* kann aber zur Rechtfertigung der verkehrsfeindlichen Folgen der *ultra-vires*-Lehre herangezogen werden: Dritte haben es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie ihren Informationsobliegenheiten nicht nachgekommen sind.⁴⁸

c. Umgehung der *ultra-vires*-Lehre durch die kautelarjuristische Praxis

In der Praxis erwies sich die *ultra-vires*-Lehre, auch aus Sicht der vermeintlich profitierenden Gesellschaft, bald als wenig interessengerecht. Zwar stellte das House of Lords schon fünf Jahre nach *Ashbury* klar, dass die Doktrin vernünftig anzuwenden, d.h. ein *objects clause* eher großzügig denn engherzig auszulegen sei. Eine Gesellschaft sollte alle Handlungen vornehmen können, die die Verfolgung des Unternehmensgegenstands vernünftigerweise mit sich brachte. Die erforderlichen Befugnisse würden vom Gericht impliziert (*implied powers*).⁴⁹ Diese Einschränkung der *Ashbury*-Entscheidung ging der Praxis jedoch nicht weit genug. Enge und bündige Gegenstandsformulierungen, wie sie ersichtlich dem Gesetzgeber vorgeschwebt hatten,⁵⁰ erwiesen sich, angesichts ihrer Unabänderlichkeit (bzw. nach 1890 ihrer erschwerten Abänderbarkeit⁵¹) als unliebsames Diversifikationshindernis.

Die kautelarjuristische Praxis ging deshalb dazu über, einer zu gründenden Gesellschaft durch katalogartige Auflistungen aller nur

⁴⁶ Dagegen scheitern Geschäfte *ultra vires the directors* an der *constructive-notice*-Doktrin, die den Rechtsschein bestehender Vertretungsmacht (*ostensible authority*) zerstört. Transaktionen *ultra vires the directors* berühren zwar auch den Widerstreit zwischen Gesellschafter- und Verkehrsinteressen, haben jedoch mit der eigentlichen *ultra-vires*-Lehre nichts zu tun, s. nur Slade LJ in *Rolled Steel Ltd v. British Steel Corporation* (1986) 1 Ch 246 (297); *Prentice-Report*, S. 4, 19.

⁴⁷ Die Rechts- und Handlungsfähigkeit wird auch nicht durch die Gutgläubigkeit des Dritten erweitert. Die *ultra-vires*-Lehre kennt keinerlei Gutgläubenschutz.

⁴⁸ *Baxter* (1970) CLJ 280 (295); *Mantell*, S. 92; *Dreibus*, S. 86; v. *Gumpert*, S. 106.

⁴⁹ *A.-G. v. Great Eastern Rly. Co.* (1880) 5 AppCas 473 (478).

⁵⁰ Diese Intention lässt sich den Muster-*memoranda* (Table B der Companies Acts) entnehmen, *Gower*, 4. Aufl., S. 166.

⁵¹ S. II 1 b.

erdenklichen Unternehmensgegenstände (*objects*) und Handlungsbefugnisse (*powers*) den für ihr späteres Wirtschaftsleben nötigen Handlungsfreiraum zu verschaffen.⁵² Die Gerichte versuchten dieser Praxis zunächst dadurch zu begegnen, dass sie den Inhalt der ersten Abschnitte einer Gegenstandsklausel zum Hauptzweck (*main object*) deklarierten und nachfolgende, weitreichende Gegenstände einschränkend als untergeordnete Hilfstätigkeiten verstanden (sog. *eiusdem-generis*-Regel).⁵³ Um diese restriktive Auslegungsmethode leer laufen zu lassen, wurden die ohnehin schon überlangen Gegenstandsklauseln um eine Abschlussfloskel erweitert, nach der jede aufgelistete Bestimmung als selbstständiger Hauptzweck anzusehen sei. In *Cotman v. Brougham*⁵⁴ erkannte das House of Lords diese *independent objects clauses* – trotz unverhohlenen Missbehagens⁵⁵ – als rechtswirksam an.⁵⁶

Ihren Höhepunkt erreichte die kautelarjuristische Ausschaltung der *ultra-vires*-Lehre schließlich mit einer Entscheidung des Court of Appeal 1963. In *Bell Houses v. City Wall Properties*⁵⁷ hatte das Gericht über die Wirksamkeit einer subjektiv gefassten Gegenstandsklausel zu befinden, wonach die Gesellschaft fähig sein sollte, alle *nach Ansicht der Direktoren* vorteilhaften Geschäfte im Zusammenhang mit der Haupttätigkeit vorzunehmen. Die Richter erklärten die Klausel, als Ausfluss der Privatautonomie der Gesellschafter,⁵⁸ für wirksam. Subjektiv formulierte *Bell Houses*-

⁵² Gower, 4. Aufl., S. 166.

⁵³ *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd v. Riche* (1875) LR 7, 653 (Lord Cairns LC, S. 664 ff., Lord Hatherley, S. 682 f.).

⁵⁴ (1918) AC 514.

⁵⁵ Besonders deutlich Lord Parker, ebd., S. 523 („pernicious practice“).

⁵⁶ In die Frage, ob ein konturloser *objects clause*, der den wirklichen Tätigkeitsbereich in einer Flut prophylaktischer *objects* and *powers* untergehen lässt, eintragungsfähig sei, stieg das Gericht nicht ein. Das Gericht verneinte seine Prüfungskompetenz mit der Begründung, dass die erfolgte Eintragung nach den Bestimmungen des Companies Act (heute s. 13(7)(a) CA 1985) als unwiderlegliche Vermutung für das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen anzusehen sei. Das Individualisierungsgebot wurde in England durch s. 110(1) CA 1989 (= s. 3A CA 1985) nunmehr ganz abgeschafft. Nach deutschem Recht ist eine unzureichende Individualisierung des Unternehmensgegenstands ein Eintragungshindernis (§ 23 Abs. 3 Nr. 2, 2. Halbs. AktG).

⁵⁷ (1963) 2 QB 656.

⁵⁸ Besonders deutlich Danckwerts LJ, ebd., S. 683.

Klauseln gaben es faktisch der Geschäftsleitung in die Hand, über den Umfang der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu bestimmen.

d. Begrenzung der *ultra-vires*-Lehre durch die Rechtsprechung

Schwierigkeiten bei der Anwendung der *ultra-vires*-Doktrin bereitete die Unterscheidung zwischen Hauptzwecken (*objects*) einer Gesellschaft und untergeordneten Hilfsbefugnissen zur Durchsetzung dieser Hauptzwecke (*powers*). Zwar akzeptierten die Gerichte in der Regel *independent objects clauses*, nach denen jeder Abschnitt der Gegenstandsklausel als selbstständiger Hauptzweck anzusehen war. Einige „neutrale“ Tätigkeiten – wie die Aufnahme von Krediten,⁵⁹ die Bestellung von Sicherheiten⁶⁰ oder den Bezug von Heizmaterial⁶¹ – sah die Rechtsprechung jedoch auch bei Vorliegen einer solchen Floskel als zwingend einem Hauptzweck nachgeordnet und damit als ihrer Natur nach bloße *ancillary powers* an. Diese Hilfsbefugnisse konnten legitimerweise nur zur Verwirklichung der im *objects clause* angegebenen Hauptzwecke ausgeübt werden. Eine Reihe von Entscheidungen hatte daher angenommen, dass Hilfsgeschäfte für gegenstandswidrige Zwecke – etwa Kreditaufnahmen zwecks Verfolgung einer durch das *memorandum* nicht gedeckten Tätigkeit – ihrerseits *ultra vires* waren.⁶²

Diese Entscheidungen schienen die *ultra-vires*-Lehre um ein subjektives Element zu erweitern.⁶³ Der Charakter eines neutralen Geschäfts als *intra* oder *ultra vires* hinge danach von der inneren

⁵⁹ *Re Introductions* (1970) Ch 199.

⁶⁰ *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v. British Steel Corporation* (1984) 1 Ch 246.

⁶¹ *Re Jon Beauforte* (1953) 1 Ch 131.

⁶² Analyse der Entscheidungen bei *Baxter* (1970) CLJ 280.

⁶³ Nicht eindeutig war, dass den Entscheidungen tatsächlich eine derartige Ausweitung der *ultra-vires*-Lehre (und nicht vielmehr ein Fehlgebrauch des *ultra-vires*-Begriffs) zugrunde lag. Der Court of Appeal bevorzugte die zweite Deutungsvariante und legte zwei der betroffenen Entscheidungen (*Re David Payne* [1904] 2 Ch 608 und *Re Introductions* [1970] Ch 199) als wirklich Fälle eines Handelns ohne Vertretungsmacht neu aus, s. *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v. British Steel Corporation* (1986) 1 Ch 246 (Slade LJ, S. 290 ff.; Browne-Wilkinson LJ, S. 304 ff.). In diesem Sinne auch *Baxter* (1970) CLJ 280 (285, 295).

Willensrichtung der handelnden Direktoren und damit von einer Frage ab, über die sich nachforschungsbelastete potenzielle Geschäftspartner nur schwer Aufschluss verschaffen konnten.⁶⁴ Eine derartige Ausweitung der *ultra-vires*-Doktrin auf die zweckwidrige Ausübung objektiv bestehender Gesellschaftsbefugnisse drohte eine ohnehin schon verkehrsfeindliche Lehre gänzlich unerträglich zu gestalten.

Dieser unerwünschten Entwicklung trat der Court of Appeal 1984 in seiner *Rolled-Steel*-Entscheidung⁶⁵ entgegen. Das Gericht stellte klar, dass alle Geschäfte, die objektiv betrachtet zur Förderung des Unternehmensgegenstands vorgenommen werden können, innerhalb des Wirkungskreises der Gesellschaft liegen. „Neutrale“ Geschäfte unterfallen demnach nicht der *ultra-vires*-Doktrin. Werden objektiv bestehende Handlungsbefugnisse zweckwidrig ausgeübt (*excess or abuse of the powers of the company*⁶⁶), so ist hiervon nicht der Wirkungskreis (*capacity*) der Gesellschaft, sondern nur die Ebene der Vertretungsmacht (*authority*) der Direktoren betroffen.⁶⁷ Gleichzeitig forderte das Gericht, den *ultra-vires*-Begriff nur noch für Fälle zu verwenden, in denen tatsächlich die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft (und nicht lediglich die Vertretungsmacht der Direktoren) überschritten sei.⁶⁸ Nach Ansicht des Court of Appeal hatten eine unscharfe Terminologie und die wahllose Verwendung des *ultra-vires*-Begriffs für eine ganze Reihe gesellschaftsrechtlicher Konfliktsituationen und Gesetzeswidrigkeiten⁶⁹ maßgeblich zu der – durch *Rolled Steel* nunmehr korrigierten – Fehlentwicklung beigetragen.

Den die Entscheidung des Court of Appeal motivierenden Verkehrsschutzinteressen⁷⁰ wurde durch die Zuordnung neutraler Ge-

⁶⁴ *Baxter* (1970) CLJ 280 (284) („a most capricious criterion“); *Dreibus*, S. 90.

⁶⁵ *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v. British Steel Corporation* (1986) 1 Ch 246.

⁶⁶ *Browne-Wilkinson LJ*, ebd., S. 304, 306.

⁶⁷ *Slade LJ*, ebd., S. 295; *Browne-Wilkinson LJ*, S. 306.

⁶⁸ *Slade LJ*, ebd., S. 297; *Browne-Wilkinson LJ*, S. 303.

⁶⁹ Obwohl bereits Lord Cairns LC in *Ashbury* auf die Begrenzung des *ultra-vires*-Begriffs auf Fragen „as to the competency and power of the company“ (S. 672) hingewiesen hatte, war die Bezeichnung in der Folgezeit auch i.S. eines illegalen Handelns (*illegality*) oder eines Handelns ohne Vertretungsmacht (*acts ultra vires the directors*) gebraucht worden. Zur Begriffsverwirrung s. nur *Gower*, 6. Aufl., S. 202 f.

⁷⁰ „Strict logic“ hätte erfordert, alle gegenstandswidrigen Tätigkeiten für *ultra vires* zu erklären. Dies sprachen auch die Richter an (*Slade LJ* [Fn 65], S. 290; *Browne-*

schäfte zur Ebene der Vertretungsmacht auf zweierlei Weise Rechnung getragen. Zum einen konnten Geschäfte, die lediglich die Vertretungsmacht der Direktoren, nicht aber die Verpflichtungsfähigkeit der Gesellschaft überstiegen, durch Zustimmung der Gesellschafterversammlung genehmigt werden. Zum anderen waren gutgläubige Dritte möglicherweise nach Rechtsscheinsgrundsätzen geschützt. Für *ultra vires*-Akte bestand dagegen keinerlei Gutgläubensschutz.⁷¹

Dennoch sollte der verkehrsschützende Effekt des *Rolled-Steel*-Urteils nicht überschätzt werden. Die Wirkung der Entscheidung wurde erheblich durch die bereits erwähnte *constructive-notice*-Doktrin reduziert. Diese fingiert zulasten Dritter die Kenntnis der *public documents*, jedenfalls also der Satzung.⁷² Das Endresultat lässt sich an einem Beispielsfall illustrieren: In *Re Jon Beauforte*⁷³ war ein neutrales Geschäft (Lieferung von Heizöl) unwirksam, da der Lieferant einerseits den *tatsächlichen* Verwendungszweck (*veneer manufacturing*) aus Briefköpfen kannte und andererseits *fingierte* Kenntnis des hiervon abweichenden satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands (*gown making*) hatte. Der Lieferant war daher „bösgläubig“ und konnte sich auf keine Rechtsscheinsvollmacht berufen. Nach *Rolled Steel* scheiterten neutrale Geschäfte zwar nicht mehr an der mangelnden *Verpflichtungsfähigkeit* der Gesellschaft, dafür aber vielfach an der mangelnden *Verpflichtungsmacht* der Direktoren – für den Geschäftspartner schwerlich ein Gewinn.

Wilkinson LJ, S. 303), gaben aber den Verkehrsinteressen den Vorzug (Slade LJ, S. 290: „The practical difficulties [...] for persons dealing with a company [...] would be intolerable [...]).

⁷¹ Browne-Wilkinson LJ, ebd., S. 304. Dies ergibt sich daraus, dass die Gesellschaft ihren *directors* keine größeren Rechte einräumen kann als sie selber besitzt und auch keinen diesbezüglichen Rechtsschein erzeugen kann.

⁷² Gower, 4. Aufl., S. 174.

⁷³ (1953) 1 Ch 131.

e. Zusammenfassende Bewertung: „an illusory protection [...and yet...] a pitfall for third parties”⁷⁴

Die kautelarjuristischen Umgehungsversuche (und die Billigung derselben durch die Gerichte) hatten zur Folge, dass die *ultra-vires*-Lehre den von ihr angestrebten Schutz der Anteilseigner in der Praxis verfehlte. Weitgefasste *independent objects* und *Bell Houses-clauses* gaben der Geschäftsleitung nahezu *carte blanche*. Es war daher durchaus möglich, dass sich, um *Gower* nochmals aufzugreifen, ein Aktionär einer *gold mining company* plötzlich als Teilhaber an einem *fried-fish-shop* wiederfand.

Für potenzielle Geschäftspartner stellte die *ultra-vires*-Doktrin dagegen nach wie vor einen erheblichen Unsicherheitsfaktor dar.⁷⁵ Dritte waren im eigenen Interesse gehalten, vor jeder Transaktion die Satzung einzusehen. Die seitenlangen Formulierungen, die sie dort regelmäßig antrafen, waren oft wenig informativ und mit Auslegungsunsicherheiten behaftet. Unter Geltung der *ultra-vires*-Doktrin hatten die Geschäftsgegner dennoch das Risiko unzutreffender – bzw. von der Auffassung des Gerichts abweichender – Satzungsauslegung zu tragen. Darüber hinaus konnte sich die *ultra-vires*-Lehre zum Nachteil der Gesellschaft auswirken. Da *ultra-vires*-Geschäfte absolut nichtig waren, stand der Unwirksamkeitseinwand auch dem Geschäftsgegner offen.⁷⁶ Die der Gesellschaft eröffnete Möglichkeit, ihren Gegenstand für die Zukunft zu ändern, vermochte diese missliche Lage nicht zu verbessern: Eine Änderung des Unternehmensgegenstands entfaltete keine Rückwirkung und ließ die Unwirksamkeit ohne Gegenstandsänderung vorgenommener Rechtsgeschäfte unberührt.⁷⁷

⁷⁴ *Cohen-Report*, Abs. 12.

⁷⁵ *Siebel*, ZHR 1950, 119 (130 f.); *Gower*, 4. Aufl., S. 168; *Pennington* (1987) 8 *CoLaw* 103 (104).

⁷⁶ *Gower*, 6. Aufl., S. 204, der diesen Umstand angesichts der gesellschaftsschützenden Zielsetzung der *ultra-vires*-Lehre als „crowning absurdity” bezeichnet.

⁷⁷ So die ganz hM, s. nur *Gower*, 4. Aufl., S. 168. Die gegenteilige Ansicht von *Holt* (1950) 66 *LQR* 493 (496), dass eine Genehmigung durch nachträgliche Gegenstandsänderung möglich sei, konnte sich nicht durchsetzen. Möglich war nur eine Neuvornahme. Auf diese hatten aber weder der Geschäftsgegner noch die Gesellschaft einen Anspruch.

Die *ultra-vires*-Lehre bedeutete somit eine erhebliche Bürde für den Verkehr, ohne dass die Doktrin noch oft Gelegenheit gehabt hätte, ihre Schutzwirkungen zu entfalten. Diese unbefriedigende Rechtslage wurde erstmals 1945 durch das von der Regierung eingesetzte *Cohen*-Komitee konstatiert.⁷⁸ Das *Cohen*-Komitee empfahl, einer Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten die gleiche Rechts- und Handlungsfähigkeit einzuräumen wie natürlichen Personen und die *ultra-vires*-Lehre im Außenverhältnis abzuschaffen. Um eine nachhaltige Verbesserung des Verkehrsschutzes zu erreichen, war es jedoch mit einem Ansetzen allein bei der *ultra-vires*-Lehre, wie durch das *Cohen*-Komitee vorgeschlagen, nicht getan. Wollte man die Problematik nicht lediglich von der Ebene des Wirkungskreises der Gesellschaft auf die Ebene der Vertretungsmacht der Gesellschaftsdirektoren verlagern, waren zusätzliche Reformen im Vertretungsrecht (insbesondere die Abschaffung der verkehrsfeindlichen *constructive-notice*-Doktrin) erforderlich.⁷⁹ Für derartig tiefgreifende Reformen fehlte zunächst der gesetzgeberische Elan.⁸⁰ Eine Änderung der Rechtslage wurde erst durch den Beitritt des Vereinigten Königreichs zur europäischen Gemeinschaft ausgelöst.

⁷⁸ S. Fn 74.

⁷⁹ *Prentice-Report*, S. 1, 22 f.; *Gower*, 6. Aufl., S. 207. Die *Cohen*-Empfehlungen waren insofern verfehlt, als sie die *constructive-notice*-Doktrin unberücksichtigt ließen, s. *Poole* (1991) 12 *CoLaw* 43 (43). Umsichtiger war das in den 60er Jahren berichtende *Jenkins*-Komitee, das die Verbindung zur *constructive-notice*-Doktrin herstellte und deren Abschaffung vorschlug. Hierzu *Thompson* (1963) *JBusL* 143 (143 ff.).

⁸⁰ Dagegen kam es in den USA schon früh zu gesetzgeberischen Reformen sowohl der *ultra-vires*-Lehre als auch der *constructive-notice*-Doktrin, s. *Statutory Modification of the Doctrine of Ultra Vires* (1930) 44 *Harv L Rev* 280.

2. Entwicklung im deutschen Recht

a. Spuren eines *ultra-vires*-Denkens im 19. Jahrhundert

Auch im deutschen Gesellschaftsrecht finden sich im 19. Jahrhundert durchaus Spuren eines *ultra-vires*-Denkens. In einer Parallele zur englischen Entwicklung – wo, wie dargelegt, die *ultra-vires*-Lehre zuerst im Bereich der auf parlamentarischer Einzelkonzession beruhenden *statutory companies* Eingang in das Gesellschaftsrecht gefunden hatte – treten Ansätze eines *ultra-vires*-Denkens im deutschen Recht bei den auf landesherrlicher Genehmigung beruhenden Kapitalgesellschaften hervor.⁸¹ So wird etwa in einem Reskript des preußischen Handelsministers aus dem Jahre 1860⁸² die Auffassung vertreten, dass eine Eisenbahn-Aktiengesellschaft nicht die Fähigkeit besitze, Bergwerksrechte zu erwerben. Die Rechtssphäre der Eisenbahngesellschaften und der sonstigen Aktienvereine werde durch die landesherrlich bestätigten Statuten begrenzt, welche den Zweck⁸³ der Gesellschaft festlegten und ihr (nur) für diesen Zweck Rechtspersönlichkeit verliehen. Aktiengesellschaften könnten daher nur Rechte erwerben, die mit der erteilten Konzession in Einklang stünden. Die Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft sei nach ihrem Statut nur zum Bahnbetrieb konzessioniert. Sie sei folglich „rechtlich unfähig,⁸⁴ Bergwerkseigentum zu erwerben. Die hier angesprochene Begrenzung des rechtlichen Könnens der Gesellschaft auf den ihr durch staatliche Konzession zugewiesenen Tätigkeitsrahmen entspricht der angelsächsischen *ultra-vires*-Doktrin.

Auch *Otto v. Gierke* vertrat im späten 19. Jahrhundert die Auffassung – wenngleich ohne selbst hierfür den *ultra-vires*-Begriff zu gebrauchen⁸⁵ – dass die körperschaftliche „Lebenssphäre“⁸⁶ einer

⁸¹ *Schlink*, HRGZ 1936, A 201 (205); *Tieves*, S. 64, 66; v. *Gumpert*, S. 98.

⁸² ZBergR 1860, 640.

⁸³ Wie sich aus dem Zusammenhang ergibt ist mit Zweck die konkrete Unternehmenstätigkeit, also der Unternehmensgegenstand, gemeint.

⁸⁴ ZBergR 1860, 640 (641).

⁸⁵ *O. v. Gierke* verweist allerdings auf die amerikanische Praxis zu „agreements ultra vires,“ (S. 636 Fn 2).

juristischen Person auf den ihr durch Gesetz und Satzung beigelegten „eigenen Lebenszweck“⁸⁷ begrenzt sei. Die Rechtsordnung weise „der Verbandsperson ein Aktionsgebiet an, ausserhalb dessen sie nicht bloss nicht handeln *soll*, sondern nicht handeln *kann*.“⁸⁸

b. Heutige Rechtslage: Nichtgeltung der *ultra-vires*-Lehre im Kapitalgesellschaftsrecht

In der neueren deutschen Rechtsprechung⁸⁹ und Literatur wird die *unbeschränkte* Rechts- und Handlungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften dagegen in der Regel vorausgesetzt und nicht mehr erörtert. In den einschlägigen Kommentaren⁹⁰ und sonstigen Abhandlungen⁹¹ findet sich typischerweise nur die knappe Bemerkung, dass die Rechts- und Handlungsfähigkeit von juristischen Personen des Privatrechts⁹² (und damit von Kapitalgesellschaften) prinzipiell unbegrenzt sei. Eine nach Zweck und Gegenstand beschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit, wie sie der anglo-amerikanischen *ultra-vires*-Doktrin zugrunde liege, sei dem deutschen Privatrecht fremd. Für die Gründungsgesellschaft ist von einer Einzelstimme, entgegen der ganz herrschenden Meinung, eine Beschränkung des Handlungsrahmens nach dem *ultra-vires*-Prinzip befürwortet worden.⁹³ Jedenfalls für den Bereich der werbend tätigen Kapitalgesellschaften kann aber als

⁸⁶ Ebd., S. 635.

⁸⁷ Ebd., S. 631.

⁸⁸ Ebd., S. 633; Orthografie und Hervorhebung übernommen. Allerdings zog v. Gierke nicht die Konsequenz, dass gegenstandswidrige Geschäfte im Außenverhältnis unwirksam sein müssen (S. 636 f.).

⁸⁹ Der 1. Zivilsenat hat in der Leitentscheidung zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts aber offen gelassen, ob die Begrenzung ihres Wirkungskreises auf den Verbandszweck auch für juristische Personen des Privatrechts zu gelten habe, BGHZ 20, 119 (123 f.).

⁹⁰ Für die GmbH *Lutter/Hommelhoff*, § 13 Rn. 2; *Roth/Altmeyden*, § 13 Rn. 2 f.; für die AG *KölnKomm/Mertens*, § 82 Rn. 2; *MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler*, § 82 Rn. 3; *Hüffer*, § 1 Rn. 4.

⁹¹ *Wiedemann*, S. 209; *K. Schmidt*, § 8 V 2; *MünchHdbGesRIV/Wiesner*, § 23 Rn. 2.

⁹² Anderes gilt für juristische Personen des öffentlichen Rechts, s. nur *KölnKomm/Mertens*, § 82 Rn. 2.

⁹³ *Rittner*, S. 355. Rspr und hL sehen dagegen nur die Vertretungsmacht des handelnden Organs als beschränkt an, s. nur BGHZ 80, 129 (139). Diese zweckbegrenzte Vertretungsmacht wird jedoch auch teilweise mit dem *ultra-vires*-Prinzip in Verbindung gebracht, etwa *K. Schmidt*, AcP 184 (1984), 529 (531 f.).

unbestritten gelten, dass der *ultra-vires*-Grundsatz keine Anwendung findet.⁹⁴

Da im 19. Jahrhundert durchaus Ansätze eines *ultra-vires*-Denkens vorhanden waren, sind die Hintergründe für die Nichtgeltung der *ultra-vires*-Lehre im heutigen Recht nachfolgend eingehender zu beleuchten.

c. Motive für die Ablehnung der *ultra-vires*-Lehre

In der deutschen Literatur wird die *ultra-vires*-Doktrin herkömmlicherweise im Zusammenhang mit der Theorie der juristischen Person angesprochen.⁹⁵ Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AktG und § 13 Abs. 1 S. 1 GmbHG sind Aktiengesellschaften und Gesellschaften m.b.H. mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet, sind also juristische Personen. Die Tatsache der Rechtssubjektivität sagt aber noch nichts über den Umfang der Rechts- und Handlungsfähigkeit aus.⁹⁶ Weder dem Gesetzeswortlaut⁹⁷ noch dem Wesen der juristischen Person⁹⁸ ist zwingend eine unbeschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit zu entnehmen. Auch der Verweis auf das Prinzip der privatrechtlichen Personengleichheit ist eine *petitio principii*.⁹⁹ Denn dass die juristische Person der physischen in jeder Beziehung gleichzustellen sei, ist ein Obersatz ohne jegliche Grundlage.¹⁰⁰

Der Grund für die Ablehnung der *ultra-vires*-Lehre ist daher nicht auf dogmatischer Stufe zu verorten. Metaphysische Hinweise auf die Essenz der juristischen Person verdecken den rechtspolitischen Kern der Problematik. Wie aus den Betrachtungen zur Entwicklung im

⁹⁴ K. Schmidt, AcP 184 (1984), 529 (532).

⁹⁵ S. nur Wiedemann, S. 208 ff.; K. Schmidt, § 8 V 2; Raiser/Veil, § 8 Rn. 4; Hüffer, § 1 Rn. 4.

⁹⁶ Mantell, S. 77; Rittner, S. 268; v. Gumpert, S. 98.

⁹⁷ Allerdings hat das RG in einer Entscheidung zu einer Parallelvorschrift (§ 96 AllgBergG) angenommen, der Wortlaut vertrage keine einschränkende Auslegung. Es bedürfe einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, um eine Beschränkung der Rechts- und Handlungsfähigkeit annehmen zu können, RGZ 49, 292 (295).

⁹⁸ So sind die englischen Korporationen trotz Geltung der *ultra-vires*-Lehre durchweg juristische Personen, s. nur Street, S. 4; Schlink, S. 10 ff. Ebenso die deutschen juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

⁹⁹ Dieses Prinzip heranziehend RGZ 49, 292 (294); Schlink, S. 162; Raiser/Veil, § 8 Rn. 4.

¹⁰⁰ Fabricius, S. 84; Mantell, S. 37; v. Gumpert, S. 99.

englischen Recht hervorgegangen ist, ist die *ultra-vires*-Lehre ein (verkehrsfeindlicher) Lösungsansatz im Interessenwiderstreit zwischen Gesellschafter- und Verkehrerschutz. Der Grund für die Nichtgeltung der *ultra-vires*-Doktrin im deutschen Recht ist folglich im Kontext dieses Interessenkonflikts zwischen Schutzbedürftigkeit des Kapitals einerseits und Verkehrssicherheit andererseits zu suchen.

Das deutsche Recht löst das Problem gegenstandswidriger Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht über die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, sondern über die Vertretungsmacht ihrer Organe. Die heutigen Bestimmungen über den sachlichen Umfang der Organvertretungsmacht (§ 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 GmbHG) gehen auf die aktienrechtlichen Regelungen des ADHGB von 1861 zurück. Art. 231 Abs. 2 ADHGB 1861 wurde in fast wörtlicher Übereinstimmung in das HGB 1897 (§ 235 Abs. 2) übernommen und auf die GmbH in bis heute unveränderter Fassung übertragen. Spätere Aktienrechtsreformen (§ 74 Abs. 2 AktG 1937, § 82 Abs. 1 AktG 1965) haben die ursprüngliche Regelung, bei geringfügigen sprachlichen Überarbeitungen, inhaltlich unberührt gelassen.¹⁰¹

(i) Beratungen zum ADHGB 1861; Begründung des Regierungsentwurfs zum AktG 1965

Das in Art. 231 Abs. 2 ADHGB 1861 (und heute in § 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 GmbHG) verankerte Prinzip einer gegenüber Dritten unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft setzte sich in den Beratungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen HGB nur gegen Widerstand durch.¹⁰² Es standen sich zwei konträre Ansätze gegenüber: Die eine Auffassung trat dafür ein, es im Interesse der Aktionäre bei den Grundsätzen des Mandats, d.h. der durch den erteilten Auftrag begrenzten Vertretungsmacht zu belassen. Die Gegenansicht wertete die Interessen

¹⁰¹ MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler, § 82 Rn. 1.

¹⁰² Protokolle, erste Lesung (Art. 199 PreußE), S. 358 ff., zweite Lesung (Art. 208 E I), S. 1060 f.

des Handelsverkehrs höher und plädierte für eine Angleichung der Vorstandsmacht an die verkehrsfreundlichen Bestimmungen über die Prokura (Art. 43 ADHGB) und die Vertretungsbefugnisse des geschäftsführenden OHG-Gesellschafters (Art. 116 ADHGB).¹⁰³

Nach Art. 199 des Preußischen Entwurfs sollten die Vorsteher der Aktiengesellschaft diese nur in den Grenzen des ihnen erteilten Auftrags verpflichten können. Gegen die Angleichung der Vorstandsmacht an die Bestimmungen über Prokuristen und OHG-Gesellschafter wurde vorgebracht, die betreffenden Vorschriften seien höchst singulärer Natur und ihre Ausweitung auf den Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht geboten.¹⁰⁴ Im Gegensatz zur Prokura, wo der Prinzipal die Instruktionen leicht zu ändern vermöge, stünden die Grenzen der Vorstandsmacht auf einer festen und für Dritte leicht einsehbaren Grundlage. Aus den Statuten könne sich jedermann ohne Weiteres über den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands informieren.¹⁰⁵ Ähnlich wie in England ging man also davon aus, dass ein ausreichender Verkehrsschutz durch Publizität möglich sei.

Dieser Vorschlag wurde indessen von der Mehrheit der Kommissionsmitglieder abgelehnt. Die Einsichtnahme in die Statuten sei dem Verkehr keinesfalls zuzumuten, umso mehr als die Statuten vielfach nur im Zusammenhang mit externen, dem Dritten gar nicht zugänglichen Tatsachen Aufschluss über den konkreten Umfang der Vertretungsbefugnisse gäben.¹⁰⁶ Im Übrigen würden sich insbesondere bei großen Gesellschaften oft Auslegungsunsicherheiten ergeben, ob nicht doch im Einzelfall gewisse Geschäfte mit dem Gesellschaftszweck vereinbar seien.¹⁰⁷ Nach dieser Ansicht war der Schutz der Aktionäre im Innenverhältnis der Gesellschaft zu suchen. Man solle der Gesellschaft im Fall der Befugnisüberschreitung einen Regressanspruch gegen den Vorstand gewähren, sie aber unbedingt im

¹⁰³ *Renaud*, S. 575.

¹⁰⁴ *Protokolle*, S. 359.

¹⁰⁵ *Ebd.*, S. 359, 1060.

¹⁰⁶ *Ebd.*, S. 360

¹⁰⁷ *Ebd.*, S. 361.

Außenverhältnis aus den Vorstandshandlungen für verpflichtet erklären.¹⁰⁸

Die überarbeitete Fassung (Art. 208 E I) sah, in Abkehr vom Preußischen Entwurf, nunmehr eine unbeschränkbare Vertretungsmacht des Vorstands vor. Hiergegen wurde diesmal eingewandt, dass, im Gegensatz zum Prinzipal, der entscheiden könne, ob er einen Prokuristen bestelle oder nicht, und der es in der Hand habe, diesen fortlaufend zu beaufsichtigen, eine Aktiengesellschaft kraft Gesetzes einen Vorstand haben müsse, diesen zu überwachen aber regelmäßig nicht in der Lage sei.¹⁰⁹ Um die für die Gesellschaft hieraus resultierenden Gefahren einzudämmen, wurde vorgeschlagen, den Umfang der Vertretungsmacht nach dem „Gegenstand des Unternehmens“¹¹⁰ bzw. dem „durch das Statut bezeichneten Geschäftskreis“¹¹¹ der Gesellschaft zu bemessen oder die Befugnis des Vorstands nur zum Abschluss von *Handels*geschäften als unbeschränkt und unbeschränkbar zu erklären. Diese Vorschläge wurden jedoch – erstere aufgrund der Unbestimmtheit der verwendeten Begriffe, letzterer als zu eng – abgelehnt.¹¹² Die ausgedehnten Befugnisse eines Prokuristen hätten *a fortiori* für den Vorstand zu gelten.¹¹³ Denn während es dem Prokuristen möglich sei, über das ganze Vermögen des Prinzipals zu verfügen, könne der Vorstand die Aktionäre jeweils nur bis zur Höhe ihres Aktienanteils verpflichten.¹¹⁴ Die Aktionäre schienen daher weniger schutzbedürftig.

Ergebnis der Beratungen war die Loslösung der Außenmacht vom Innenverhältnis und die Statuierung einer im Interesse des Verkehrs gegenüber Dritten unbeschränkbaren, d.h. auch durch die Satzung nicht einengbaren Vertretungsmacht (Art. 216 E II, Art. 231 Abs. 2 ADHGB).

¹⁰⁸ Ebd., S. 360.

¹⁰⁹ Ebd., S. 1060.

¹¹⁰ Ebd.

¹¹¹ Ebd., S. 1061.

¹¹² Ebd.

¹¹³ Da eine Begrenzung der Vorstandsmacht auf den Abschluss von Handelsgeschäften verworfen worden war, ging die dem Vorstand schließlich erteilte Vertretungsmacht über die eines Prokuristen hinaus, s. *Renaud*, S. 582.

¹¹⁴ Protokolle, S. 1061.

Dieser gesetzgeberische Interessenentscheid stieß nicht auf ungeteilte Zustimmung.¹¹⁵ Insbesondere im Zusammenhang mit Aktienrechtsreformen wurde die Frage nach der körperschaftlichen Handlungsfähigkeit der Gesellschaft bzw. der gesetzlichen Vertretungsmacht ihres Vorstands immer wieder aktuell.¹¹⁶ Sowohl bei der Reform von 1937 als auch bei der zweiten Gesamtreform von 1965 blieb der Gesetzgeber jedoch bei dem Grundsatz der im Außenverhältnis unbeschränkbaren Vertretungsmacht. So heißt es in der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf der Reform von 1965,¹¹⁷ der Entwurf halte am Grundsatz des geltenden Rechts (§ 74 Abs. 2 AktG 1937) fest, dass die Vertretungsmacht gegenüber Dritten unbeschränkt sei. Man schließe sich nicht den Vorschlägen an, die Vertretungsmacht des Vorstands in ähnlicher Weise zu beschränken, wie die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im angelsächsischen Recht eingeengt werde. Dadurch ließen sich zwar womöglich Eigenmächtigkeiten der Geschäftsleitung verhindern. Eine solche Beschränkung widerspreche aber dem allgemeinen Grundsatz des deutschen Rechts, dass die Vertretungsmacht der Organe juristischer Personen unbeschränkt sei, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen vorsehe. Der Schutz des Rechtsverkehrs gehe dem Schutz des Vertretenen vor. Eine Übernahme der *ultra-vires*-Lehre sei umso weniger angezeigt, als sie sich auch in den angelsächsischen Ländern als unbefriedigend erwiesen habe, so dass dort Bestrebungen bestünden, sie zu beseitigen oder wenigstens zu mildern.

Einzelstimmen in der Literatur, die die Vertretungsmacht des Vorstands trotz dieser – man sollte meinen eindeutigen – gesetzgeberischen Entscheidung als *de lege lata* durch den Unternehmensgegenstand¹¹⁸ oder den Gesellschaftszweck¹¹⁹ begrenzt

¹¹⁵ Kritisch *Renaud*, S. 579 ff., der die Interessen der Aktionäre für nicht ausreichend gewährleistet hielt; ebenso *Lehmann*, S. 324 f.

¹¹⁶ In den 30er Jahren etwa befand *Siebert* (auf der Grundlage nationalsozialistischen Gedankenguts) die *ultra-vires*-Lehre für „außerordentlich wertvoll.“ DJZ 1935, 713 (722).

¹¹⁷ Abgedruckt bei *Kropff*, S. 103.

¹¹⁸ So *Dorpalen*, HRGZ 1936, A 1 (7 ff.) unter Berufung auf § 33 BGB, der bei der AG, bei der Zweck und Gegenstand auseinanderfallen können, auch auf den Gegenstand anwendbar sei. Allerdings will auch er dem Sicherheitsbedürfnis des

ansahen, konnten sich zu Recht – als mit dem Wortlaut und dem Geist der Bestimmungen unvereinbar – nicht durchsetzen.¹²⁰

Lediglich bei der Vorgesellschaft¹²¹ ist die Vertretungsmacht nach Rechtsprechung¹²² und wohl herrschender Lehre¹²³ auf die zur Gründung erforderlichen Maßnahmen beschränkt.¹²⁴ Soweit in dieser Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Gründungszweck ein Rückgriff auf das *ultra-vires*-Prinzip gesehen wird,¹²⁵ ist dies jedoch aus zwei Gründen abzulehnen. Zum einen geht es bei der Vorgesellschaft nicht um die Überschreitung eines privatautonom gewählten Gegenstands, sondern um die Überschreitung des sich kraft Gesetzes aus dem Aufbaustadium ergebenden Gründungszwecks.¹²⁶ Zum anderen ist die Verwendung des *ultra-vires*-Begriffs im *Vertretungskontext* – zumindest aus englischer Sicht – irreführend, da die Bezeichnung *ultra vires* (mit den zwei Hauptmerkmalen der unheilbaren Nichtigkeit und des Fehlens jeglichen Gutgläubenschutzes) nach englischem Verständnis allein auf Beschränkungen der Rechts- und Handlungsfähigkeit *der Gesellschaft* anzuwenden ist.¹²⁷

Verkehrs insoweit Rechnung tragen, als nur offensichtlich gegenstands- bzw. zweckfremde Geschäfte unwirksam sein sollen (10).

¹¹⁹ *Dorpalen*, HRGZ 1936, A 1 (1 ff.), da gemäß § 33 BGB die Zweckänderung die Handlungsfähigkeit der AG übersteige; *J. v. Gierke*, S. 296 (Begrenzung nach Art des Unternehmens, d.h. wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Tätigkeit).

¹²⁰ Kritik dieser Ansichten bei *Schlink*, HRGZ 1936, A 201 (207 ff.); *Korsing*, S. 12; *Rohwedder*, S. 127 ff.

¹²¹ Ähnliches galt früher für die Liquidationsgesellschaft. Für die AG i. L. ist jedoch seit 1965, zur Förderung der Verkehrssicherheit, eine unbeschränkbare Vertretungsmacht der Abwickler vorgesehen (§ 269 Abs. 1, 5 AktG). Die ganz hM übernimmt dies für die GmbH, s. nur *Lutter/Hommelhoff*, § 70 Rn. 2 mwN.

¹²² Zur Vor-GmbH BGHZ 80, 129 (139); diese Rspr ist auf die Vor-AG zu übertragen, s. nur *Hüffer*, § 41 Rn. 8.

¹²³ *KölnKomm/Mertens*, § 82 Rn. 3; *Hüffer*, § 41 Rn. 11; aA (auch im Gründungsstadium unbeschränkte Vertretungsmacht) *K. Schmidt*, § 27 II 4; *MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler*, § 82 Rn. 6.

¹²⁴ Allerdings kann die Vertretungsmacht durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss (auch konkludent) erweitert werden. Sachgründungen implizieren eine solche Erweiterung, BGHZ 80, 129 (139).

¹²⁵ So *Rittner*, S. 355; *MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler*, § 82 Rn. 6 Fn 16a; zweifelnd *K. Schmidt*, AcP 184 (1984), 529 (540).

¹²⁶ *Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff*, § 11 Rn. 34; v. *Gumpert*, S. 95.

¹²⁷ S. nur *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v. British Steel Corporation* (1986) 1 Ch 246 (Slade LJ, S. 297; Browne-Wilkinson LJ, S. 303).

(ii) Rückschluss aus der *ratio legis* auf die unbeschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit

Nach herrschender Auffassung ist den Regelungen zum sachlichen Umfang der Organvertretungsmacht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber auch die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft unbeschränkt wissen wollte, diese also weder im satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand noch im Gesellschaftszweck eine Grenze findet.¹²⁸ Zwar hat sich der Gesetzgeber mit dieser Frage nicht explizit auseinandergesetzt. § 82 Abs. 1 AktG und § 37 Abs. 2 GmbHG sind jedoch Ausdruck des Prinzips, dass der Handelsverkehr klare Verhältnisse fordert und von lästigen Fesseln, insbesondere der Notwendigkeit einer Satzungseinsicht, befreit werden soll. Wollte man die beschränkte Handlungsfähigkeit der Gesellschaft in die unbeschränkte Vertretungsmacht ihrer Leitungsorgane „hineinprojizieren,“ so würde dieser den Vertretungsregeln zugrunde liegende Verkehrsschutzgedanke – und damit die *ratio legis* – letztlich wieder zunichte gemacht.

Wie das deutsche Recht die Interessen des Verkehrs und der Gesellschaft im Rahmen der § 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 GmbHG im Einzelnen austariert, soll nachfolgend näher untersucht werden.

d. Deutsches Modell zur Auflösung der Interessenkollision

(i) Verkehrsschutztatbestand

Das deutsche Modell zur Auflösung der Interessenkollision zwischen Gesellschafter- und Verkehrsschutz geht vom Grundsatz des Verkehrsschutzes aus. Die Gesellschaft wird durch alle im Rahmen der gesetzlichen Vertretungsmacht vorgenommenen, auch gegenstands- oder zweckfremden rechtsgeschäftlichen Handlungen ihrer Ver-

¹²⁸ Cohn, HRGZ 1930, A 129 (131); Schlink, S. 170; ders., HRGZ 1936, A 201 (207); Fabricius, S. 85, 102; Mantell, S. 56; v. Gumpert, S. 102 f.; MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler, § 82 Rn. 3.

vertretungsorgane verpflichtet.¹²⁹ Zulässige Beschränkungen der Organbefugnisse¹³⁰ wirken sich nur auf das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis (Geschäftsführungsbefugnis) aus und lassen das rechtliche Können im Außenverhältnis (Vertretungsmacht) aus Gründen der Verkehrssicherheit unberührt (§ 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 GmbHG).

Den Aktionärsinteressen wird im Rahmen dieses Verkehrsschutztatbestands auf verschiedene Weise Rechnung getragen. Zum einen hat der Gesetzgeber selbst dem sachlichen Umfang der Vertretungsmacht in einigen Bereichen zwingende Grenzen gesetzt.¹³¹ Zum anderen sehen § 78 Abs. 2 S. 1 AktG, § 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG (wie schon Art. 229 ADHGB¹³²) zum Schutz der Gesellschaft (gegenseitige Überwachung der Geschäftsleiter¹³³) für die Aktivvertretung im mehrköpfigen Leitungsorgan Gesamtvertretung vor. Und schließlich schützen die im Falle einer Befugnisüberschreitung im Innenverhältnis eröffneten Regress- und Sanktionsmöglichkeiten¹³⁴ zugleich mittelbar vor Eigenmächtigkeiten im Außenverhältnis. Abgesehen von diesen immanenten Schutzmechanismen ist es jedoch im Grundsatz die Gesellschaft, die das Risiko pflichtwidrigen Handelns ihres Leitungsorgans trägt.

Diese gesetzgeberische Risikoverteilung, deren *ratio* in der Verkehrssicherheit liegt, verliert ihren Sinn, wenn der Dritte keinen

¹²⁹ Zulässig bleibt der Vertragsschluss unter der Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB), dass der Vertrag erst mit der Zustimmung eines anderen Organs wirksam wird, s. nur BGH ZIP 1997, 1419 (1420).

¹³⁰ Im Aktienrecht sind solche Beschränkungen nicht beliebig zulässig, sondern müssen sich in den Rahmen der aktienrechtlichen Regelung einfügen, § 82 Abs. 2 AktG.

¹³¹ Hüffer, § 78 Rn. 8: (Mit-)Zuständigkeit eines anderen Organs und Zustimmungsbedürftigkeit; für die GmbH Meyer-Landrut/Miller, §§ 35-38 Rn. 27; Scholz/Schneider, § 35 Rn. 31. Diese „bewußte Abweichung von dem Grundsatz der absoluten Vertretungsmacht“ hebt bereits Lehmann (S. 327) hervor. Betroffen sind Bereiche, wo „die Gefahr einer Kollusion des Vorstandes mit dem Gegner besteht“ (S. 327 Fn 1) sowie Geschäfte, die für die Gesellschaft besonders bedeutsam sind.

¹³² S. nur Puchelt, S. 477, der dies aus der Fassung des Art. 229 ADHGB („sämtliche Mitglieder des Vorstandes“) und des Art. 231 (Vorstand statt Vorstandsmitglieder) folgert.

¹³³ Korsing, S. 33.

¹³⁴ Im Innenverhältnis führt ein Pflichtverstoß unter den weiteren Voraussetzungen der § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG zu Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft. Auch kann ein wichtiger Grund für Widerruf (§ 84 Abs. 3 AktG, § 38 Abs. 2 GmbHG) und Kündigung (§ 626 Abs. 1 BGB) vorliegen.

Schutz verdient. Von einer kompromisslosen Durchführung des Verkehrsschutzgedankens sind denn auch Rechtsprechung und Lehre heute weit entfernt.

(ii) Ausnahmen

(1) Missbrauch der Vertretungsmacht

Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht sind, obwohl das Problem schon bei den Beratungen zum ADHGB erörtert wurde,¹³⁵ bis heute streitig.

Seit jeher eindeutige Fallgruppe ist die Kollusion, d.h. das vorsätzliche Zusammenwirken von Geschäftspartner und Vertreter zum Nachteil der Gesellschaft. Kollusive Geschäfte wurden schon unter der Herrschaft des ADHGB für ungültig angesehen¹³⁶ und sind nach heute wohl herrschender Meinung gemäß § 138 BGB nichtig.¹³⁷

Die Kollusion galt lange als die einzige Beschränkung der Organvertretungsmacht.¹³⁸ Rechtsprechung und Lehre sind jedoch beim Kollusionstatbestand nicht stehen geblieben, sondern haben – bei (für die Praxis durchaus bedeutsamen) Nuancierungen hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolge – eine weitergehende Missbrauchseinschränkung entwickelt. Auf der *Seite des Vertreters* verlangen die ältere Rechtsprechung¹³⁹ und eine verbreitete Literaturansicht¹⁴⁰ ein bewusstes Handeln des Vertreters zum Nachteil der Gesellschaft

¹³⁵ Protokolle, S. 210 ff. Eine Regelung scheiterte daran, dass eine zufriedenstellende Formulierung nicht zu erzielen war (S. 1004 f., 4665).

¹³⁶ Hierzu schon Protokolle, S. 4665; *Puchelt*, S. 475; *Renaud*, S. 583. Zunächst konnte die Gesellschaft nur die *exceptio doli* erheben, s. *Schlink*, HRGZ 1936, A 201 (210). Später wurde die Rechtsfolge §§ 826, 249 BGB entnommen, s. RGZ 145, 311 (315 f.); *Schlegelberger/Quassowski*, § 74 Rn. 12.

¹³⁷ BGH NZG 2004, 139 (140); KölnKomm/Mertens, § 82 Rn. 41; aA (§§ 177 ff. BGB) *Lutter/Hommelhoff*, § 35 Rn. 12, 14.

¹³⁸ Nachw bei *Egger*, S. 60 f.; *Schlink*, HRGZ 1936, A 201 (210); *Rohwedder*, S. 158.

¹³⁹ BGHZ 50, 112 (114); BGH NJW 1988, 2241 (2243)..

¹⁴⁰ *John*, S. 358; Meyer-Landrut/Miller, §§ 35-38 Rn. 26; KölnKomm/Mertens, § 82 Rn. 39; *Lutter/Hommelhoff*, § 35 Rn. 13; MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler, § 82 Rn. 41; *Hüffer*, § 82 Rn. 7.

(Treubruch). Die wohl herrschende Lehre,¹⁴¹ mit der auch die neuere Rechtsprechung bisweilen sympathisiert,¹⁴² will dagegen auf die Benachteiligungsabsicht verzichten und bereits eine objektive Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis (Weisungsbruch) genügen lassen. Da es auf die Schutzwürdigkeit des Geschäftspartners ankommt, erscheint es zunächst sinnvoll, auf subjektive Voraussetzungen auf der Seite des Vertreters zu verzichten. Andererseits ist zu bedenken, dass eine bloße Befugnisüberschreitung interne Billigung finden mag. Ob die Kompetenzwidrigkeit im Gesellschaftsinteresse liegt und nachträglich abgesegnet wird, gehört jedoch genau zu den Interna der Gesellschaft, über die sich der Dritte nach der *ratio* des Gesetzes keine Gedanken zu machen braucht. Das spricht dafür, objektive Pflichtwidrigkeit allenfalls dann genügen zu lassen, wenn der Geschäftsgegner weiß, dass die Gesellschaft mit dem pflichtwidrigen Handeln keinesfalls einverstanden ist.¹⁴³ Hinsichtlich der Anforderungen auf der *Seite des Dritten* bildet sich in der neueren Rechtsprechung und Lehre ein Konsens dahingehend heraus, dass nur positive Kenntnis oder objektive Evidenz des Missbrauchs schaden soll.¹⁴⁴ Der BGH pflegt sich die Frage vorzulegen, ob der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragsgegner Zweifel entstehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters vorliege, insbesondere ob sich die Notwendigkeit einer Rückfrage geradezu aufgedrängt habe, diese aber unterblieben sei.¹⁴⁵ Die früher vom Reichsgericht vertretene Ansicht, nach der bereits fahrlässige Unkenntnis ausreichen sollte,¹⁴⁶

¹⁴¹ K. Schmidt, § 10 II 2 c) aa); Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 37 Rn. 38, 40; Raiser/Veil, § 32 Rn. 23.

¹⁴² BGH NJW 1984, 1461 (1462); beiläufig BGH ZIP 1997, 1419 (1419 f.).

¹⁴³ So auch BGH NJW 1984, 1461 (1462); Wiedemann, S. 530.

¹⁴⁴ BGHZ 113, 315 (320); BGHZ 127, 239 (241); Gessler, S. 543 f.; John, S. 359 f.; Flume, § 10 II 2 d); KölnKomm/Mertens, § 82 Rn. 39; K. Schmidt, § 10 II 2 c) bb); Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 37 Rn. 40, Hüffer, § 82 Rn. 7; Raiser/Veil, § 32 Rn. 23.

¹⁴⁵ BGH NJW 1966, 1911 (1911); BGH WM 1992, 1362 (1363).

¹⁴⁶ RGZ 145, 311 (315).

wurde von der *ratio legis* nicht getragen und ist zu Recht aufgegeben worden.¹⁴⁷

Das deutsche Recht steht damit heute auf dem Standpunkt, dass den Geschäftspartner zwar regelmäßig keine Prüfungspflicht trifft, er aber andererseits vor evidentem Missbrauch nicht die Augen schließen darf. Greift die Missbrauchsausnahme ein – und die Gesellschaft trägt hierfür die Beweislast – so kann sie dem Geschäftsgegner nach wohl herrschender Meinung die *exceptio doli* (§ 242 BGB) entgegenhalten.¹⁴⁸

(2) Nähebeziehung zur Gesellschaft

Eine weitere Ausnahme greift Platz, wo der Partner des unter Überschreitung der Innenbefugnis zustande gekommenen Vertrags nicht ein außenstehender Dritter, sondern eine Person in einer Nähebeziehung zur Gesellschaft ist. § 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG schützt (wie auch schon Art. 231 ADHGB) ausweislich seines Wortlauts nur dritte Personen. § 82 AktG verwendet zwar im Gegensatz zu § 74 AktG 1937 den Begriff des Dritten nicht mehr; die sprachliche Neufassung bezweckte jedoch keine inhaltliche Änderung.¹⁴⁹

Auch diese zweite Einschränkung des Verkehrsschutzprinzips setzte sich zunächst nur zögerlich durch. So urteilte noch das Reichsoberhandelsgericht, dass Dritter im Sinne des Gesetzes *jeder* Gegenkontrahent des Vorstands sei und erklärte einen Vertrag des stellvertretenden mit dem wirklichen Direktor über Austritt des letzteren gegen Abfindung für gültig.¹⁵⁰ Heute ist dagegen anerkannt, dass bei Geschäften mit Mitgliedern der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrats der Verkehrsschutz keine oder allenfalls eine zurück-

¹⁴⁷ Kritisch schon *Schlink*, HRGZ 1936, A 201 (211); im Anschluss an den BGH (s. etwa BGH WM 1976, 658 [659]) ausdrücklich aufgegeben in KölnKomm/*Mertens*, § 82 Rn. 39.

¹⁴⁸ BGH NJW 1988, 2241 (2243); *Fischer*, S. 12; KölnKomm/*Mertens*, § 82 Rn. 40; *Hüffer*, § 82 Rn. 7; aA (analoge Anwendung der §§ 177 ff. BGB) etwa *Flume*, § 10 II 2 d); *K. Schmidt*, § 10 II 2 b).

¹⁴⁹ MünchKommAktG/*Hefermehl/Spindler*, § 82 Rn. 38.

¹⁵⁰ ROHG vol. 14.1875, Nr. 37, S. 89; ablehnend *Lehmann*, S. 326 Fn 2.

genommene Rolle spielt. Diese Personen sind zum einen selbst für die Wahrung der internen Zuständigkeitsgrenzen verantwortlich,¹⁵¹ zum anderen entfällt bei ihnen kraft Insiderwissen regelmäßig das tragende Verkehrsschutzbedürfnis.¹⁵² Eine Beschränkung des Schutzes für Geschäftsleitungs- und Aufsichtsratsmitglieder ist daher heute nur noch in der Konstruktion,¹⁵³ nicht aber im Ergebnis umstritten.

Zum Teil werden diese Grundsätze auch auf GmbH-Gesellschafter angewandt,¹⁵⁴ jedenfalls dann, wenn sie nicht reine Kapitalanleger ohne gesellschaftlichen Einfluss sind.¹⁵⁵ Aktionäre sind dagegen nach einhelliger Auffassung bei Geschäften, die nicht ihre mitgliederschaftliche Stellung betreffen, schutzwürdige Dritte im Sinne des Gesetzes. Sie unterliegen daher nur der allgemeinen Missbrauchsausnahme.¹⁵⁶ Auch für Angestellte wird die Lösung mehrheitlich in den allgemeinen Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht gesucht.¹⁵⁷ Soweit ersichtlich schlägt nur *Mertens* für Bedienstete, die der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sind, Geschäftsführungsbeschränkungen zu kennen und zu respektieren, strengere Maßstäbe vor.¹⁵⁸

¹⁵¹ KölnKomm/*Mertens*, § 82 Rn. 43.

¹⁵² Rowedder-*Koppensteiner*, § 37 Rn. 51.

¹⁵³ Teleologische Reduktion: Rowedder-*Koppensteiner*, § 37 Rn. 51; Scholz/*Schneider*, § 35 Rn. 30b; keine Berufung auf pflichtwidrig geschaffene Rechtsposition: KölnKomm/*Mertens*, § 82 Rn. 43; allgemeine Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht mit erleichterten Voraussetzungen: *Lutter/Hommelhoff*, § 35 Rn. 15; Roth/*Altmeyen*, § 37 Rn. 48.

¹⁵⁴ BGH ZIP 1997, 1419 (1419); *Lutter/Hommelhoff*, § 35 Rn. 15; Roth/*Altmeyen*, § 35 Rn. 15, § 37 Rn. 47 f.; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack*, § 37 Rn. 41.

¹⁵⁵ Hachenburg-*Mertens*, § 37 Rn. 36.

¹⁵⁶ Scholz/*Schneider*, § 35 Rn. 28; MünchKommAktG/*Hefermehl/Spindler*, § 82 Rn. 38.

¹⁵⁷ MünchKommAktG/*Hefermehl/Spindler*, § 82 Rn. 38.

¹⁵⁸ Hachenburg-*Mertens*, § 37 Rn. 36; KölnKomm/*Mertens*, § 82 Rn. 44 (keine Berufung auf pflichtwidrig geschaffene Rechtsposition).

3. Abschließende Stellungnahme

In England und in Deutschland wurden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts konträre Modelle zur Auflösung des Interessenwiderstreits zwischen Gesellschafter- und Verkehrerschutz bei Eigenmächtigkeiten der Geschäftsleitung niedergelegt. Das englische Recht entschied sich mit der *ultra-vires*-Doktrin für einen absoluten Gesellschafterschutz vor gegenstandsfremden Geschäften. Das deutsche Recht dagegen votierte für eine größtmögliche Verkehrssicherheit durch eine im Außenverhältnis grundsätzlich unbeschränkte – d.h. auch durch Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck nicht einengbare – Vertretungsmacht der Leitungsorgane.

Die Verankerung der jeweiligen Grundpositionen geschah in Deutschland durch den Gesetzgeber, in England durch das House of Lords. Dies mag erklären, warum in England weniger die *sachliche Rechtfertigung* des Modells als vielmehr die korrekte Auslegung des Companies Act 1862 im Vordergrund stand. Das Urteil des House of Lords in *Ashbury* mag, angesichts der damaligen Unabänderlichkeit des *objects clause*, stringente Gesetzesinterpretation gewesen sein; rechtspolitisch war die Entscheidung verfehlt. Dies zeigt sich sowohl in der Umgehung der Urteilswirkungen durch die vermeintlich Begünstigten als auch darin, dass die Rechtsprechung selbst den *Ashbury*-Ansatz nicht mit letzter Konsequenz durchverfolgt hat. Mit der Aufhebung des Änderungsverbots durch den Companies Act 1890 wurde dem englischen Modell schließlich noch die dogmatische Grundlage entzogen.¹⁵⁹ Auch in Deutschland wurde der gewählte Verkehrsschutzansatz in der Folgezeit nicht kompromisslos angewandt. Rechtsprechung und Lehre nahmen Einschränkungen im Verkehrsschutzprinzip vor, die die Härten dieses Grundsatzes korrigierten.

¹⁵⁹ *Prentice-Report*, S. 8. Entgegen v. *Gumpert* (S. 107) muss nicht verwundern, dass die *ultra-vires*-Doktrin durch die Aufgabe des Änderungsverbots nicht erschüttert wurde. Als Entscheidung des House of Lords war *Ashbury* für alle Gerichte, auch das House of Lords, verbindlich (*stare decisis*). Das House of Lords gab seine freiwillige Selbstbindung an frühere Entscheidungen erst 1966 auf, s. *Practice Statement* (1966) 1 WLR 1234 (1234).

Trotz dieser jeweiligen Korrekturen der Grundpositionen lässt sich von einer echten Konvergenz nicht sprechen. So bestand zum einen in England auch nach *Rolled Steel* keinerlei Verkehrsschutz im Bereich der objektiv gegenstandsforenden Geschäfte. Zum anderen war der Drittschutz außerhalb dieses Bereichs, im Gegensatz zum deutschen Missbrauchstatbestand, vom Nachweis der Gutgläubigkeit abhängig, ein Nachweis, der bei Geltung der *constructive-notice*-Doktrin nur selten gelang.

III. Konvergenz im Zuge der Gesellschaftsrechtsharmonisierung

Die Frage der rechtsgeschäftlichen Bindung einer Kapitalgesellschaft wurde in den sechs Gründungsstaaten der europäischen Gemeinschaft von unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen bestimmt. In allen Mitgliedstaaten außer Deutschland galt das *principe de la spécialité statutaire*, das – wie die englische *ultra-vires*-Lehre – die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft jenseits des Unternehmensgegenstands begrenzt.¹⁶⁰ Auf der hiervon zu trennenden Ebene der Vertretungsmacht folgte Deutschland der Organtheorie, nach der die Vertretungsmacht dem Leitungsorgan gesetzlich kraft originärer Zuständigkeit zugewiesen und im Außenverhältnis in ihrem sachlichen Umfang unbeschränkbar ist.¹⁶¹ Die übrigen Gründungsstaaten¹⁶² sahen dagegen – auf der Grundlage der römisch-rechtlichen Mandatstheorie – die Organwalter als Beauftragte der Gesellschafter an, deren Kompetenzen sich nicht aus dem Gesetz, sondern dem erteilten

¹⁶⁰ Die romanischen Rechte begannen jedoch schon vor Erlass der Publizitätsrichtlinie, sich einer weniger restriktiven Auffassung zuzuwenden und den Gegenstand nur als Grenze der Vertretungsmacht anzusehen, s. *Fischer-Zernin*, S. 282.

¹⁶¹ *Fischer-Zernin*, S. 21 ff.

¹⁶² Frankreich hatte das deutsche Modell bereits 1925 für das Äquivalent der GmbH übernommen und dehnte es während des Richtlinienverfahrens auf andere Gesellschaftstypen aus, ein Trend, der laut *Stein* maßgeblich dazu beitrug, dass sich das deutsche Modell in den Verhandlungen durchsetzen konnte (S. 289, 294 f.).

Mandat ableiten.¹⁶³ Folge dieser nicht zwischen Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis differenzierenden Auffassung ist, dass die Außenmacht von dem intern erteilten Auftrag abhängt. Beschränkungen im Innenverhältnis sind Dritten gegenüber wirksam, sofern nicht ausnahmsweise das Fehlen der Vertretungsmacht über Rechtsscheinsgrundsätze überwunden wird.¹⁶⁴

Diese divergenten Ansätze, die dem Verkehrsschutz in unterschiedlichem Maße Rechnung trugen,¹⁶⁵ konnten nicht als „gleichwertige“ Schutzbestimmungen im Sinne des Art. 44 Abs. 2 lit. g) EGV (Art. 54 Abs. 3 lit. g) a.F.) angesehen werden. Die europäische Gemeinschaft nahm sich dieses Drittschutzgefälles – als einer der dringlichsten Angleichungsmaßnahmen¹⁶⁶ – gleich in ihrer ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vom 9.3.1968¹⁶⁷ an.

1. Vorgaben der Publizitätsrichtlinie

Die hier interessierende Frage der rechtsgeschäftlichen Bindung einer Kapitalgesellschaft¹⁶⁸ ist in Abschnitt II der Richtlinie, insbesondere in Art. 9 geregelt. Art. 9 befasst sich in Abs. 1 und 2 mit sachlichen Beschränkungen der Wirksamkeit von Verpflichtungen, ohne dabei zwischen der Ebene des Wirkungskreises der Gesellschaft und der Vertretungsmacht ihrer Organe zu differenzieren.

Gemäß Art. 9 Abs. 1 S. 1 iVm Abs. 2¹⁶⁹ wird die Gesellschaft Dritten gegenüber durch Handlungen ihrer Organe verpflichtet, selbst wenn die Handlungen nicht zum Gegenstand des Unternehmens gehören, es sei denn, dass die Handlungen die Befugnisse

¹⁶³ Stein, S. 286; Frommel (1987) 8 CoLaw 11 (14 f.).

¹⁶⁴ Fischer-Zernin, S. 17 f.; G. Schwarz, S. 216 f.

¹⁶⁵ Laut Stein waren die praktischen Unterschiede, aufgrund der jeweiligen Korrekturen der Grundpositionen, nicht übermäßig groß (S. 287 ff.).

¹⁶⁶ S. 2. Begründungserwägung.

¹⁶⁷ S. Fn 7.

¹⁶⁸ Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist in Art. 1 niedergelegt. Erfasst sind in Deutschland die AG, KGaA und GmbH, in England die *companies incorporated with limited liability*.

¹⁶⁹ Abs. 2 ist angesichts der Regelung in Abs. 1 S. 1 deklaratorisch: Denn wenn Dritten nur gesetzliche Beschränkungen entgegengehalten werden können, sind statutarische Schranken zwangsläufig unerheblich, s. Fischer-Zernin, S. 289 f.

überschreiten, die nach dem Gesetz diesen Organen zugewiesen sind oder zugewiesen werden können. Satzungsmäßige oder sonstige Beschränkungen der Organbefugnisse können Dritten nie entgegengesetzt werden, auch dann nicht, wenn sie bekannt gemacht worden sind. Damit schließt sich die Richtlinie der verkehrsschützenden deutschen Konzeption einer gegenüber Dritten in ihrem sachlichen Umfang unbeschränkten und unbeschränkbarer Vertretungsmacht an.¹⁷⁰ Die Gründe, aus denen im Namen der Gesellschaft eingegangene Verpflichtungen unwirksam sein können, werden so weit wie möglich zurückgedrängt.¹⁷¹ Grenze der Vertretungsmacht ist erst der nach nationalem *Recht* eröffnete weitestmögliche Zuständigkeitsrahmen („zugewiesen werden können“), nicht die tatsächliche, *statutarisch festgelegte* Zuständigkeit.¹⁷²

Nach Art. 9 Abs. 1 S. 2 kann das nationale Recht jedoch bestimmen, dass die Gesellschaft durch gegenstandswidrige Handlungen nicht verpflichtet wird, wenn sie nachweist, dass dem Dritten die Gegenstandsüberschreitung bekannt war oder nicht unbekannt sein konnte; allein die Bekanntmachung der Satzung reicht zu diesem Beweis nicht aus. Diese Vorschrift versteht sich als Zugeständnis an diejenigen Mitgliedstaaten, die dem Prinzip der *spécialité statutaire* anhängen.¹⁷³ Diese können vorsehen, dass bei bösgläubigen Dritten der Unternehmensgegenstand als Grenze der Vertretungsmacht fungiert. Allerdings muss die Gesellschaft die Bösgläubigkeit des Dritten anhand konkreter Umstände beweisen.¹⁷⁴ Allein die Bekanntmachung der Satzung reicht zum Nachweis der Bösgläubigkeit nicht aus (Art. 9 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs.). Der *doctrine of constructive notice*, nach der bereits Publizität Bösgläubigkeit

¹⁷⁰ Stein, S. 292 („hailed as a ‘true success’ in German quarters”).

¹⁷¹ S. 5. Begründungserwägung.

¹⁷² G. Schwarz, S. 220 f.

¹⁷³ Habersack, S. 49; G. Schwarz, S. 221. Dieses Zugeständnis fiel jedoch denkbar klein aus. Der erste Richtlinienvorschlag hatte noch am Prinzip der *spécialité statutaire* festgehalten und der Verkehrssicherheit nur in Form einer Vertrauensschutz Ausnahme Rechnung getragen, s. v. Gumpert, S. 122 ff. Dieser Vorschlag scheiterte an Kritik aus deutschen Reihen, s. Fikentscher/Großfeld (1964) CMLR 259 (267); Stein, S. 290.

¹⁷⁴ v. Gumpert, S. 126.

begründen sollte, wird damit auf Gemeinschaftsebene eine Absage erteilt.

Die *interne* Wirksamkeit von Befugnisbeschränkungen wird durch die Richtlinie nicht berührt.¹⁷⁵

2. Umsetzung im deutschen Recht

Da der deutsche Grundsatz der im Außenverhältnis unbeschränkbaren Vertretungsmacht bei der europäischen Regelung Pate gestanden hatte, war die diesbezügliche „Umsetzung“ der Richtlinie bereits vor deren Erlass in § 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 GmbHG verwirklicht.¹⁷⁶ Allerdings differenziert die Richtlinie zwischen der Gegenstandsüberschreitung und der Überschreitung sonstiger interner Schranken und sieht nur für den ersten Fall eine explizite Ausnahme vom Verkehrsschutzgrundsatz vor (Art. 9 Abs. 1 S. 2). Die deutsche Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht, die ohne Differenzierung auf sämtliche Fälle eines Überschreitens des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens anwendbar ist, geht dagegen wesentlich weiter. Aufgrund des abschließenden Wortlauts des Art. 9 Abs. 2 („können Dritten nie entgegengesetzt werden“) ließe sich an der Richtlinienkonformität der Missbrauchsausnahme zweifeln.

Indes regelt Art. 9 Abs. 2 – trotz seiner insoweit missverständlichen Fassung – die Frage der Drittschutzdurchbrechung nicht abschließend, wie die Gesetzgebungsgeschichte erweist. Im Ministerrat wurde über die Aufnahme einer Einschränkung diskutiert. Man entschied sich jedoch dafür, die Beurteilung der Bösgläubigkeit den nationalen Rechtsordnungen zu überlassen und gab eine entsprechende Erklärung zu Protokoll.¹⁷⁷ Hiernach erweist sich die Missbrauchsausnahme als richtlinienkonform. Allerdings wird man, entgegen einer verbreiteten Lehre, nicht schon Evidenz der Befugnis-

¹⁷⁵ Der erste Vorschlag hatte dies noch ausdrücklich vorgesehen. Die Endfassung enthält keine dahingehende Bestimmung, da Anliegen der Richtlinie allein der Drittschutz ist, s. *Edwards*, S. 39.

¹⁷⁶ *G. Schwarz*, S. 222; *Grundmann*, S. 102.

¹⁷⁷ *Stein*, S. 293 f.

überschreitung, sondern erst Evidenz des *Befugnismisbrauchs* genügen lassen können, um die Ausnahme zu begründen.¹⁷⁸ Eine Anknüpfung an die Befugnisüberschreitung ist von der Richtlinie nur für den Sonderfall der Gegenstandsüberschreitung vorgesehen (Art. 9 Abs. 1 S. 2). Hieraus ergibt sich *e contrario*, dass an den ungeschriebenen Ausnahmetatbestand zu Art. 9 Abs. 2 strengere Anforderungen zu stellen sind, die bloße Befugnisüberschreitung also nicht ausreichen kann.¹⁷⁹

Auch die Einschränkung des Schutzes bei Geschäften im Bereich der Gesellschaft ist richtlinienkonform. Der Schutzzweck der Richtlinie endet dort, wo der Geschäftsgegner nicht schutzwürdig ist, da ihm Kenntnis der internen Beschränkungen unterstellt oder zumindest zugemutet werden kann.¹⁸⁰

3. Umsetzung im englischen Recht

Für das englische Recht entstand die Umsetzungspflicht durch den Beitritt des Vereinigten Königreichs zur europäischen Gemeinschaft mit Wirkung ab dem 1.1.1973.¹⁸¹ Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage bestand erheblicher Angleichungsbedarf.¹⁸² Zum einen wurde die Gesellschaft aufgrund der *ultra-vires*-Doktrin bei objektiv gegenstandsfremden Geschäften entgegen der Richtlinienvorgabe nicht verpflichtet. Zum anderen konnten englische *directors*, die ähnlich der romanischen Mandatstheorie als Beauftragte (*agents*) der Gesellschaft angesehen wurden,¹⁸³ die Gesellschaft außerhalb des ihnen erteilten Auftrags (*actual authority*) nur über Rechtsscheinsgrundsätze (*ostensible authority*) binden.¹⁸⁴ Im Rahmen dieses Vertrauensschutztatbestands lag die Beweislast für die Gutgläubigkeit

¹⁷⁸ Hierzu bereits II 2 d (ii) (1).

¹⁷⁹ Ebenso v. *Gumpert*, S. 156 f.; aA *Meilicke*, DB 1999, 785 (788); *Habersack*, S. 50.

¹⁸⁰ So auch *C. Schmid*, AG 1998, 127 (131); v. *Gumpert*, S. 116, 164 ff.

¹⁸¹ *Palmer*, 23. Aufl., S. 124.

¹⁸² *Edwards* (1995) 16 CoLaw 202 (205 f.).

¹⁸³ *Frommel* (1987) 8 CoLaw 11 (14).

¹⁸⁴ *Gower*, 6. Aufl., S. 201.

entgegen der Richtlinienvorgabe beim Dritten; ferner entfiel, wiederum in offenem Widerspruch zur Richtlinie, die Gutgläubigkeit mit Registerpublizität (*doctrine of constructive notice*).¹⁸⁵

S. 9(1) ECA 1972, der in s. 35 CA 1985 a.F. inhaltlich unverändert neu gefasst wurde, sollte der Umsetzungspflicht in zwei kurzen Abschnitten nachkommen. S. 35(1) a.F. fingierte zugunsten gutgläubiger Dritter bei Geschäftsabschlüssen, die auf einer Entscheidung der Direktoren beruhten, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sowie die unbeschränkte Vertretungsmacht ihrer Direktoren. Abs. 2 beseitigte die Erkundigungsobliegenheit des Dritten in Fällen, in denen die Voraussetzungen des Abs. 1 vorlagen und stellte eine Vermutung für seine Gutgläubigkeit auf.

Diese Umsetzung war kein Erfolg. Die *ultra-vires*-Lehre wurde nicht etwa abgeschafft, sondern die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sowie die Vertretungsmacht ihrer Direktoren unter den Voraussetzungen des Abs. 1 nur fingiert. Der Wortlaut des Abs. 1 wies dabei Schwachstellen auf: Unklar war, ob unentgeltliche Zuwendungen Geschäftsabschlüsse darstellten; ob Geschäfte, die nicht auf einer Entscheidung des Gesamtgremiums beruhten, erfasst waren; und was unter Gutgläubigkeit zu verstehen war.¹⁸⁶ Diese Auslegungsunsicherheiten stellten die Schutzweite der Vorschrift in Frage. Die erstrebte Vereinfachung im Rechtsverkehr blieb daher aus. Die Praxis beschäftigte sich sicherheitshalber weiterhin mit den Gegenstandsklauseln potenzieller Geschäftspartner.¹⁸⁷

Im Rahmen der Vorbereitung einer Gesellschaftsrechtsreform beauftragte das Industrie- und Handelsministerium (DTI) Professor *Prentice* damit, die Auswirkungen einer Abschaffung der *ultra-vires*-

¹⁸⁵ Die *constructive-notice*-Doktrin wurde durch die *rule in Turquand's case* ([1856] 6 E & B 327) gemildert, nach der ein Dritter sich nicht um das *indoor management* kümmern braucht, d.h. annehmen darf, dass alle nach der Satzung erforderlichen internen Verfahrensregeln eingehalten wurden. Ausnahmen bestehen, wenn der Dritte den Verfahrensverstoß kennt, verdächtige Umstände Anlass zu weiteren Erkundigungen gegeben hätten oder der Dritte als Insider anzusehen ist, *Gower*, 4. Aufl., S. 182 ff.

¹⁸⁶ Hierzu *Collier/Sealy* (1973) CLJ 1 (2 ff.); *Farrar/Powles* (1973) 36 MLR 270 (272 ff.); *Prentice* (1973) 89 LQR 518 (523 ff.).

¹⁸⁷ *Prentice-Report*, S. 11, 13.

Lehre zu untersuchen und Maßnahmen, die hierbei nötig sein könnten, vorzuschlagen. Der 1986 veröffentlichte *Prentice-Report*¹⁸⁸ empfahl, wie schon das *Cohen-Komitee*, *registered companies* volle Rechtsfähigkeit (*capacity to do anything whatsoever*¹⁸⁹) zu verleihen und die *ultra-vires*-Doktrin im Außenverhältnis abzuschaffen. Der Report ging aber über die *Cohen*-Vorschläge insofern hinaus, als er gleichzeitig die Abschaffung der *constructive-notice*-Doktrin vorsah und damit einer bloßen Verlagerung der Problematik entgegenwirkte.¹⁹⁰

Der zweite Umsetzungsversuch fiel wesentlich umfangreicher aus als sein Vorgänger. Ss. 108-112, 142 CA 1989 fügten neue Bestimmungen in den Companies Act 1985 ein. Als Kernstück der Regelung wurde s. 35 a.F. durch ss. 35-35B CA 1985 ersetzt. Im Gegensatz zu s. 35 a.F. differenziert die Novelle zwischen den Ebenen der Rechts- und Handlungsfähigkeit (s. 35) und der Vertretung (ss. 35A, 35B) der Gesellschaft.

a. Rechts- und Handlungsfähigkeit: *ultra-vires*-Doktrin

S. 35(1) CA 1985 lautet:

The validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's memorandum.

Obwohl s. 35(1) die *Prentice*-Empfehlung, der Gesellschaft volle Rechts- und Handlungsfähigkeit zu verleihen, nicht lupenrein umsetzt,¹⁹¹ stellt die Bestimmung dennoch sicher, dass gegenstandswidrige Geschäfte nicht mehr am *ultra-vires*-Einwand scheitern. Die Schwachstellen von s. 35 a.F. sind beseitigt. Die

¹⁸⁸ Stellungnahmen von *Stamp* (1986) NLJ 962; *Pennington* (1987) 8 CoLaw 103; kritisch *Frommel* (1987) 8 CoLaw 11.

¹⁸⁹ *Prentice-Report*, S. 21.

¹⁹⁰ Ebd., S. 1, 21 ff.

¹⁹¹ In der Literatur ist streitig, ob s. 35(1) die *ultra-vires*-Doktrin im Außenverhältnis abschafft (so *Stamp* [1990] NLJ 709 [709]; *Rajak*, S. 207) oder nur mittels einer Fiktion außer Kraft setzt (so etwa *Gower*, 6. Aufl., S. 211; v. *Gumpert*, S. 139).

Neufassung erfasst zweifelsfrei auch unentgeltliche Zuwendungen (*act*); sie greift auch dann ein, wenn das Geschäft nicht auf einer Entscheidung der Direktoren beruht (*act done by a company*); und im Gegensatz zu s. 35 a.F. kommt es auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Dritten nicht an.¹⁹² Außerdem wirkt s. 35(1) – anders als s. 35 a.F. – sowohl zugunsten des Dritten als auch zugunsten der Gesellschaft (*shall not be called into question*).¹⁹³ Die Richtlinie wird damit überschießend umgesetzt, da Art. 9(1) nicht dazu zwingt, die *ultra-vires*-Lehre mit beiderseitiger Wirkung und unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Dritten aufzugeben. Im englischen Recht bleibt nach s. 35 CA 1985 von der *ultra-vires*-Doktrin in ihrer Außenkomponente nichts übrig.¹⁹⁴

Gleichzeitig lebt die *ultra-vires*-Lehre im Binnenbereich der Gesellschaft fort.¹⁹⁵ Nach s. 35(3) bleiben die im *memorandum* enthaltenen Beschränkungen für die Direktoren verbindlich. Jeder Gesellschafter kann gegen gegenstandswidrige Handlungen Unterlassungsklage erheben, s. 35(2). Dieses Klagerecht unterliegt jedoch zwei wichtigen Einschränkungen: Zum einen können gegenstandswidrige Handlungen nunmehr erstmals durch *special resolution* genehmigt und damit zulässig werden, s. 35(3),¹⁹⁶ zum anderen erlischt das Klagerecht aus Gründen des Drittschutzes, wenn sich die Gesellschaft bereits wirksam verpflichtet hat, s. 35(2).¹⁹⁷

Durch die Aufgabe der *ultra-vires*-Doktrin in ihrer Außenkomponente hat sich auch in England die Auflösung der Interessenkollision zwischen Gesellschafter- und Verkehrsschutz von

¹⁹² Poole (1991) 12 CoLaw 43 (45).

¹⁹³ Morse, Note s. 35(1); Gower, 6. Aufl., S. 211.

¹⁹⁴ Allerdings trifft s. 322A CA 1985 eine Sonderregelung für Geschäfte mit Direktoren, die im Zusammenhang mit den Ausnahmen vom Verkehrsschutzgrundsatz besprochen werden soll, s. unten b (ii) (2).

¹⁹⁵ Allerdings kann die interne Komponente weitgehend abbedungen werden, indem die Gesellschaft von der durch s. 110 CA 1989 (= s. 3A CA 1985) eröffneten Möglichkeit Gebrauch macht, sich als *general commercial company* eintragen zu lassen.

¹⁹⁶ Hierin liegt kein Verzicht auf etwaige Schadensersatzansprüche. Zum Anspruchsverzicht ist eine weitere *special resolution* erforderlich, s. 35(3) CA 1985.

¹⁹⁷ Das Klagerecht dürfte damit kaum praktisch relevant werden, da der Gesellschafter i.d.R. zu spät von dem gegenstandswidrigen Geschäft erfährt, s. Morse, Note s. 35(2).

der Ebene des Wirkungskreises der Gesellschaft auf die Ebene der Vertretungsmacht verlagert.

b. Vertretungsmacht: Englisches Modell zur Auflösung der
Interessenkollision

(i) Verkehrsschutz kraft Fiktion unbeschränkter Vertretungsmacht

S. 35A(1) lautet:

In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the board of directors to bind the company, or authorise others to do so, shall be deemed to be free of any limitation under the company's constitution.

Wie schon in s. 35 a.F. arbeitet der englische Gesetzgeber mit einer Fiktion (*shall be deemed*). Die deutsche Organtheorie wird nicht übernommen.¹⁹⁸ Vielmehr wird die Vertretungsmacht weiterhin durch die Satzung (beschränkt) verliehen, zugunsten gutgläubiger Dritter jedoch kraft gesetzlicher Fiktion als unbeschränkt angesehen. Da die Gutgläubigkeit gemäß s. 35A(2)(c) widerleglich vermutet wird und allein die Satzungskenntnis keine Bösgläubigkeit begründet,¹⁹⁹ berücksichtigt auch die englische Konstruktion den externen Gesellschafterschutz nur als Ausnahmetatbestand. Dieser soll im Zusammenhang mit der Durchbrechung des Drittschutzprinzips behandelt werden.

Obwohl s. 35A durch Auslegungshilfen einige der mit s. 35 a.F. verbundenen Probleme beseitigt,²⁰⁰ ist der Wortlaut von s. 35A selbst defizitär. S. 35A greift dem Wortlaut nach nicht ein, wenn die Satzung nicht das Direktorium, sondern ausnahmsweise die Generalversammlung oder einen *managing director* zum Vertreter bestimmt.²⁰¹ Im Wege richtlinienkonformer Auslegung muss in einem solchen Fall

¹⁹⁸ Fischer-Zemin, S. 241, 291 f.; Morse, Note s. 35A.

¹⁹⁹ Ss. 35A(2)(b), 35B.

²⁰⁰ Die früher problematischen Begriffe *dealing with* und *good faith* sind in s. 35A(2) näher definiert.

²⁰¹ Im Gegensatz zum deutschen Recht bestimmt nicht das Gesetz, sondern die Satzung, wer die Vertretung wahrnimmt. I.d.R. (s. Art. 70 Table A), aber nicht immer, wird das *board* bestimmt. Hierzu Gower, 6. Aufl., S. 214; Ulmer, S. 26 f.

das statutarische Vertretungsorgan als Direktorium im Sinne von s. 35A angesehen werden.²⁰²

Andererseits berücksichtigt s. 35A, im Gegensatz zu s. 35 a.F, dass Geschäfte häufig nicht durch das Gesamtdirektorium,²⁰³ sondern durch Bevollmächtigte abgeschlossen werden. Das *board* kann nunmehr zum Abschluss satzungs- (einschließlich gegenstands-)widriger Geschäfte bevollmächtigen bzw. einen diesbezüglichen Rechtsschein erzeugen.²⁰⁴ Dieser Rechtsschein wird auch nicht durch die *constructive-notice*-Doktrin zerstört,²⁰⁵ da keine Erkundigungsobliegenheit hinsichtlich des Satzungsinhalts besteht²⁰⁶ und selbst positive Kenntnis nicht unbedingt schadet.²⁰⁷ Dies verstärkt den Verkehrsschutz ganz wesentlich. Erforderlich bleibt allerdings immer, dass die Vollmacht bzw. der Rechtsschein vom Direktorium oder von einer ihrerseits ordnungsgemäß bevollmächtigten Person ausgeht.²⁰⁸

Im Gegensatz zum deutschen Recht entfaltet s. 35A Wirkung nur zugunsten des Dritten (*in favour of a person*). Die Gesellschaft kann jedoch aus satzungswidrigen Geschäften Rechte geltend machen, wenn sie diese genehmigt.²⁰⁹ Zur Genehmigung gegenstandswidriger Geschäfte ist eine *special resolution* erforderlich, s. 35(3).

Wie im Rahmen von s. 35 bleiben etwaige Beschränkungen im Innenverhältnis wirksam.²¹⁰ Damit ist auch im englischen Recht der Gesellschafterschutz im Grundsatz in den Binnenbereich der Gesellschaft verlagert.

²⁰² v. Gumpert, S. 143.

²⁰³ Im Gegensatz zur *Prentice*-Empfehlung (S. 29 ff.: Einzelvertretung) sieht s. 35A Gesamtvertretung vor, enthält jedoch durch den Einschub *or authorise others to do so* eine wichtige Erweiterung des Verkehrsschutzes.

²⁰⁴ *Morse*, Note s. 35A(1).

²⁰⁵ *Poole* (1991) 12 CoLaw 43 (48).

²⁰⁶ S. 35B, S. 711A, der die *doctrine of constructive notice* ausdrücklich abschafft, ist nie in Kraft getreten.

²⁰⁷ S. 35A(2)(b).

²⁰⁸ *Griffin*, S. 126 f.

²⁰⁹ S. nur *Poole* (1991) 12 CoLaw 43 (46 f.); kritisch zum Genehmigungserfordernis *Ferran* (1992) 13 CoLaw 124 (128).

²¹⁰ S. 35A(4), (5).

(ii) Ausnahmen

(1) *Bad faith*

S. 35A greift nicht ein, wenn der Dritte nicht gutgläubig ist. Der Begriff der Gutgläubigkeit im Sinne der ss. 35 a.F., 35A ist viel kommentiert,²¹¹ aber noch nicht richterlich geklärt worden.²¹² Aufgrund der Vieldeutigkeit des *good-faith*-Begriffs war eine Gutgläubigkeitseinschränkung bei den Richtlinienberatungen ausdrücklich abgelehnt worden²¹³ – ein Umstand, der die Entscheidung des englischen Gesetzgebers für das *good-faith*-Kriterium umso mehr verwundern ließ.²¹⁴

Allerdings enthält s. 35A zwei Regelungen, die die mit dem *good-faith*-Begriff verbundenen Unwägbarkeiten erheblich reduzieren. Zum einen trifft s. 35A(2)(c), in Übereinstimmung mit der Richtlinienvorgabe, eine drittschützende Beweislastverteilung. Zum anderen definiert s. 35A(2)(b) negativ, dass der Dritte nicht allein deshalb bösgläubig ist, weil er die Satzungswidrigkeit kennt. Nach dem eindeutigen Wortlaut von s. 35A(2)(b) begründet demnach auch die positive Kenntnis der Befugnisüberschreitung (*knowing that an act is beyond the powers of the directors*) für sich allein genommen noch keine Bösgläubigkeit.²¹⁵ In der parlamentarischen Debatte führte Lord Fraser aus, dass Kenntnis eines zusätzlichen Pflichtverstoßes (*some additional wrongdoing*) über die bloße Befugnisüberschreitung hinaus zur Begründung von Bösgläubigkeit erforderlich sei.²¹⁶ Dies deutet auf

²¹¹ *Farrar/Powles* (1973) 36 MLR 270 (273); *Poole* (1991) 12 CoLaw 43 (47 f.); *Ferran* (1992) 13 CoLaw 177 (177 f.); *Obadina* (1997) 18 CoLaw 45 (49).

²¹² Allerdings liegen *obiter dicta* zu s. 35 a.F. von Lawson J in *International Sales and Agencies Ltd v. Marcus* (1982) 3 All ER 551 (559) und von Nourse J in *Barclays Bank Ltd v. TOSG Trust Fund Ltd* (1984) BCLC 1 (18) vor.

²¹³ Begründung der Kommission zum 2. Vorschlag („the ‘good faith’ qualification would introduce an ambiguity where security of transactions must prevail“), zit. nach *Stein*, S. 293 Fn 175.

²¹⁴ Kritisch *Farrar/Powles* (1973) 36 MLR 270 (273).

²¹⁵ Die von Lawson J in *International Sales and Agencies Ltd v. Marcus* (1982) 3 All ER 551 (559) zu s. 35 a.F. vertretene Auffassung, dass *good faith* bereits an der Kenntnis der Befugnisüberschreitung scheitert, ist durch s. 35A(2)(b) überholt, *Morse*, Note s. 35A(2).

²¹⁶ *Hansard*, HL, 6.4.1989, 1245, zit. nach *Poole* (1991) 12 CoLaw 43 (48).

eine Kongruenz mit der von der deutschen Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzung eines treu- und nicht nur weisungswidrigen Vertreterhandelns hin. Hinsichtlich der Anforderungen auf der Seite des Dritten bildet sich das Kriterium der *dishonesty* heraus.²¹⁷ Bislang ungeklärt ist, ob es sich hierbei um einen subjektiven²¹⁸ oder einen objektiven²¹⁹ Verhaltensstandard handelt. Letzteres wäre sinnvoll, da sich dadurch ein Gleichlauf mit der *constructive-trustee*-Haftung ergäbe und verhindert würde, dass der Dritte einerseits nach s. 35A geschützt sein, andererseits als *constructive trustee* haften könnte.²²⁰ Sollte sich diese Auffassung in der Rechtsprechung durchsetzen, wäre damit eine Konvergenz mit dem im deutschen Recht herrschenden Kriterium der objektiven Evidenz des Missbrauchs erreicht.

(2) *Director Transactions*

Die durch den Companies Act 1989 eingefügte s. 322A CA 1985 nimmt gewisse „Insider“ aus dem in ss. 35, 35A gewährten Verkehrsschutz aus.²²¹ S. 322A gewährt der Gesellschaft bei Geschäften mit Direktoren und mit diesen verbundenen Personen (näher definiert in s. 346 als unter anderem nahe Verwandte, Treuhänder oder Partner in einer Personengesellschaft) sowie bei Geschäften mit Gesellschaften, an denen der Direktor oder eine mit ihm verbundene Person maßgeblich beteiligt ist,²²² unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Geschäftspartners ein Anfechtungsrecht und damit ein Wahlrecht, ob sie sich an dem unter Überschreitung der Innenbefugnis zustande gekommenen Vertrag festhalten lassen will. Aus Gründen des Verkehrsschutzes erlischt das Anfechtungsrecht,

²¹⁷ *Barclays Bank Ltd v. TOSG Trust Fund Ltd* (1984) BCLC 1 (18).

²¹⁸ So wohl Nourse J, ebd. („subjective concept“).

²¹⁹ So für die *constructive-trustee*-Haftung *Royal Brunei Airlines v. Tan* (1995) WLR 64 (73 f.).

²²⁰ *Morse*, Note s. 35A(2).

²²¹ Ss. 35(4), 35A(6), die s. 322A abweichend von ss. 35, 35A für anwendbar erklären.

²²² Nach s. 346(4) ist ein Direktor maßgeblich beteiligt (*associated*), wenn er oder mit ihm verbundene Personen zusammen mindestens 20% der Anteile halten oder mehr als 20% der Stimmrechte ausüben oder kontrollieren.

wenn ein redlicher Dritter ohne Kenntnis des Satzungsverstoßes gegen Entgelt Rechte aus dem Geschäft erwirbt, s. 322A(5)(c). S. 322A knüpft an die Treuhänderstellung der Direktoren an²²³ und erfasst daher weder Gesellschafter noch leitende Angestellte. Für diese gilt, wie im deutschen Recht die Missbrauchsausnahme, allein die allgemeine Schranke des *bad faith*.

(3) S. 65(1) Charities Act 1993

Für Kapitalgesellschaften mit Gemeinnützigkeitsstatus schränkt s. 65(1) Charities Act 1993 das Verkehrsschutzprinzip – aufgrund des als vorrangig empfundenen öffentlichen Interesses an der satzungsgemäßen Verwendung von Spendengeldern²²⁴ – ein. S. 65(1) vertauscht das Regel-/Ausnahme-Verhältnis: Im Grundsatz gilt das *common law*, insbesondere die *ultra-vires*-Doktrin. Die verkehrsschützenden ss. 35, 35A kommen nur ausnahmsweise zur Anwendung und zwar entweder dann, wenn der Dritte kumulativ eine vollwertige Gegenleistung erbringt und keine Kenntnis von der Gegenstands- bzw. der Satzungswidrigkeit hat oder wenn ihm der Gemeinnützigkeitsstatus unbekannt ist. Für diesen Sonderfall der gemeinnützigen Kapitalgesellschaften gilt folglich die *ultra-vires*-Lehre in ihrer Außenkomponente, wenn auch eingeschränkt, fort.²²⁵

²²³ Dies ergibt sich bereits aus der systematischen Stellung der Norm in „Part X enforcement of fair dealing by directors.“

²²⁴ v. *Gumpert*, S. 168 mwN.

²²⁵ Einen Umsetzungsmangel sieht hierin v. *Gumpert*, S. 169 f.

IV. Rechtsvergleichendes Resümee

Das englische und das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht haben den Interessenwiderstreit zwischen Gesellschafter- und Verkehrerschutz bei unbefugtem Handeln der Geschäftsleitung zunächst höchst unterschiedlich gelöst. Erst die spätere Entwicklung verlief in ähnlichen Bahnen.

Im englischen Recht setzte das House of Lords im Jahre 1875 zur Auflösung des Spannungsverhältnisses bereits auf der Ebene der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft an. Die *ultra-vires*-Doktrin begrenzte die rechtliche Existenz der Gesellschaft auf den von den Gesellschaftern gewählten Tätigkeitsrahmen und bot diesen dadurch einen absoluten – auch durch die Gutgläubigkeit des Geschäftsgegners nicht überwindbaren – Schutz vor gegenstandswidrigen Geschäften. In das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht fand die *ultra-vires*-Lehre keinen Eingang. Das deutsche Recht löste den Interessenwiderstreit nicht auf der Ebene des Wirkungskreises der Gesellschaft, sondern auf der Ebene der Vertretungsmacht ihrer Organe. Bei den Beratungen zum ADHGB 1861 setzte sich dabei – mit dem Grundsatz der unbeschränkbaren Organvertretungsmacht – das Interesse des Verkehrs an der Wirksamkeit von Geschäften ohne Rücksicht auf satzungsmäßige Beschränkungen gegen das Gesellschafterinteresse an der Einhaltung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands durch.

Die deutsche Entscheidung, den Verkehrsinteressen den Vorrang einzuräumen, erwies sich in der Folgezeit als interessengerecht. Jedenfalls für den Bereich der am allgemeinen Erwerbsleben teilnehmenden juristischen Personen des Privatrechts war eine zwingende Ausgestaltung des sachlichen Umfangs der Vertretungsmacht und die damit einhergehende Befreiung des Handelsverkehrs von der Notwendigkeit einer individuellen Satzungseinsicht und –auslegung aus Rechtssicherheitsgründen geboten. Die *ultra-vires*-Doktrin war rechtspolitisch verfehlt, da sie die im Wirtschaftsleben erforderliche

Schlagkraft und Anpassungsfähigkeit der Gesellschaft begrenzte und deshalb von den Gesellschaftern als Zielgruppe ihrer Schutzwirkung umgangen wurde.

Angesichts dieses Befundes muss nicht verwundern, dass sich die deutsche Konzeption – obgleich zum damaligen Zeitpunkt rechtsvergleichend betrachtet eine Minderheitslösung – auf Gemeinschaftsebene bei den Beratungen zur Publizitätsrichtlinie durchsetzen konnte. Das der Publizitätsrichtlinie zugrunde liegende verkehrsschützende Prinzip ist heute im deutschen Recht und – nach einem zweiten Anlauf – auch im englischen Recht verwirklicht. Da der Weg hin zu einem stärkeren Verkehrsschutz im englischen Recht nicht nur durch die *ultra-vires*-Doktrin, sondern auch durch die Ausgestaltung des Vertretungsrechts versperrt wurde, waren dort tiefgreifende Reformen erforderlich. Diese bewirkten eine Ausschaltung der *ultra-vires*-Lehre in ihrer Außenkomponente und eine Lösung der Interessenkollision, wie im deutschen Recht, allein auf Vertretungsebene.

Bei den jeweiligen Lösungsmodellen bestehen rechtskonstruktive Unterschiede fort. Das deutsche Recht geht von einer unbeschränkbaren Vertretungsmacht aus, versagt dem Dritten aber die Berufung auf diese (wahre) Rechtslage bei evidentem Missbrauch und wenn der Dritte in einer Nähebeziehung zur Gesellschaft steht.²²⁶ Der technisch umgekehrte Weg wurde in England gewählt: Die Vertretungsmacht wird durch den Auftrag beschränkt. Die Gesellschaft kann diese (wahre) Rechtslage gutgläubigen Dritten (sofern diese nicht „Insider“ im Sinne von s. 322A CA 1985 sind) aber nicht entgegenhalten. Aufgrund der Beweislastumkehr und der Tatsache, dass Kenntnis der Befugnisüberschreitung allein noch keine Bösgläubigkeit begründet, kommt eine Durchbrechung des

²²⁶ Diese Aussage trifft nur zu, sofern man die Nähebeziehung in Form einer verschärften Missbrauchsausnahme und nicht in Form einer teleologischen Reduktion der Vertretungsbestimmungen berücksichtigt (hierzu Fn 153). Im Falle einer teleologischen Reduktion wäre die Vertretungsmacht tatsächlich beschränkt, nicht die Berufung auf eine unbeschränkte Vertretungsmacht versagt.

Verkehrsschutzgrundsatzes jedoch auch in England im Grunde nur noch bei evidentem Missbrauch in Betracht.

Trotz weiterhin divergenter Konzeptionen, in denen sich die unterschiedlichen Traditionen der beiden Rechtsordnungen (Geschäftsleitung als Organ bzw. als Beauftragter der Gesellschaft) fortschreiben, besteht daher im deutschen und im englischen Recht heute bei der Frage nach der rechtsgeschäftlichen Bindung von Kapitalgesellschaften *im Ergebnis* ein hohes Maß an Konvergenz.

Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*, GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 16. Aufl., München 1996 (zit.: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter*).
- Baxter, Colin*, Ultra Vires and Agency Untwined, (1970) CLJ, S. 280-313.
- Buckley, D. B.*, Buckley on the Companies Acts (Leitender Hrsg. J. B. Lindon), 13. Aufl., London 1957.
- Buxbaum, Richard M./Hopt, Klaus J.*, Legal Harmonization and the Business Enterprise. Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the U.S.A., Integration Through Law, Bd. 4, Berlin/New York 1988.
- Charlesworth, J.*, Principles of Company Law, 3. Aufl., London 1940.
- Cohen-Report*, Report of the Company Law Amendment Committee, Cmnd. 6659, London 1945.
- Cohn, Werner*, Ueber die Rechtsgültigkeit „gegenstandsfremder“ Rechtsgeschäfte einer Aktiengesellschaft (oder einer G.m.b.H.) nach deutschem und englischem Recht, HRGZ 1930, A 129-36.
- Collier, J. G./Sealy, L. S.*, European Communities Act 1972 – Company Law, (1973) CLJ, S. 1-7.
- Dorpalen, Andreas*, Ultra-Vires-Akte der Aktiengesellschaft, HRGZ 1936, A 1-12.
- Dreibus, Alexandra*, Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in europäischen Ländern, Teil IV. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, Berlin 2000, zugl. Diss., Mainz 1999.
- Edwards, Vanessa*, Ultra Vires and Directors' Authority – An EC Perspective, (1995) 16 CoLaw, S. 202-06.
- Dies.*, EC Company Law, Oxford 1999.
- Egger, A.*, Missbrauch der Vertretungsmacht, in: Beiträge zum Handelsrecht. Festgabe zum siebenzigsten Geburtstage von Carl Wieland, Basel 1934.
- Fabricius, Fritz*, Relativität der Rechtsfähigkeit. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München/Berlin 1963.
- Farrar, John H./Powles, D. G.*, The Effect of Section 9 of the European Communities Act 1972 on English Company Law, (1973) 36 MLR, S. 270-77.
- Ferran, Eilis*, The Reform of the Law on Corporate Capacity and Directors' and Officers' Authority, (1992) 13 CoLaw, S. 124-28, 177-83.

- Fikentscher, Wolfgang/Grossfeld, Bernhard*, The Proposed Directive on Company Law, (1964) CMLR, S. 259-70.
- Fischer, Robert*, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, auch unter Berücksichtigung der Handelsgesellschaften, in: Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag, Berlin/New York 1973, S. 3-21.
- Fischer-Zernin, Cornelius*, Der Rechtsangleichungserfolg der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der EWG, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 15, Tübingen 1986, zugl. Diss., Hamburg 1984.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 2. Teil, Die juristische Person, Berlin u. a. 1983.
- Frommel, S. N.*, Reform of the Ultra Vires Rule. A Personal View, (1987) 8 CoLaw, S. 11-16.
- Gessler, Ernst*, Zum Missbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 531-45.
- Gierke, Julius von*, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958.
- Gierke, Otto von*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
- Gower, L. C. B.*, Principles of Modern Company Law, 4. Aufl., London 1979 (zit.: *Gower*, 4. Aufl.).
- Ders.*, Principles of Modern Company Law (Hrsg. Paul L. Davies), 6. Aufl., London 1997 (zit. : *Gower*, 6. Aufl.).
- Griffin, Stephen*, The Rise and Fall of the Ultra Vires Rule in Corporate Law, (1998) MJLS, S. 5-31.
- Ders.*, Company Law. Fundamental Principles, 4. Aufl., London 2006.
- Grundmann, Stefan*, Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts, Heidelberg 2004.
- Gumpert, Tilman von*, Rechtsfolgen einer Überschreitung des Unternehmensgegenstands im Gemeinschaftsprivatrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Gesellschafter- und Verkehrsschutz anhand des deutschen und englischen Kapitalgesellschaftsrechts, Baden-Baden 2002, zugl. Diss., Heidelberg 2001.
- Habersack, Mathias*, Europäisches Gesellschaftsrecht. Einführung für Studium und Praxis, München 1999.
- Hachenburg, Max*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, 7. Aufl., Bd. 2 (§§ 13-52), Berlin/New York 1979 (zit.: *Hachenburg-Bearbeiter*).

- Holt, Walter B. P.*, Alteration of Company's Objects and the Ultra Vires Doctrine, (1950) 66 LQR 493-96.
- Horrwitz, Walter*, Company Law Reform and the *Ultra Vires* Doctrine, (1946) 62 LQR, S. 66-76.
- Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2006.
- John, Uwe*, Der Missbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, in: Festschrift für Otto Mühl zum 70. Geburtstag, Stuttgart u. a. 1981, S. 349-64.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (Hrsg. Wolfgang Zöllner), 2. Aufl., Bd. 2 (§§ 76-94), Köln u. a. 1988 (zit.: KölnKomm/Bearbeiter).
- Korsing, Kurt*, Der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes der Aktiengesellschaft, Würzburg 1938.
- Kropff, Bruno* (Hrsg.), Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965.
- Lehmann, Karl*, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 2, Neudruck der Ausgabe Berlin 1904, Aalen 1964.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, GmbH-Gesetz, Kommentar, 15. Aufl., Köln 2000 (zit.: Lutter/Hommelhoff).
- Mantell, Jürgen*, Wirkungsgrenzen juristischer Personen im deutschen und anglo-amerikanischen Recht, Diss., Bonn 1972.
- Meilicke, Wienand*, Vertrauensschutz in Vertretungsmacht nach europäischem Gemeinschaftsrecht, DB 1999, S. 785-88.
- Meyer-Landrut, Joachim u. a.*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) einschließlich Rechnungslegung zum Einzel- sowie zum Konzernabschluß, Berlin/New York 1987 (zit.: Meyer-Landrut/Bearbeiter).
- Morse, Geoffrey*, Companies Act 1989, London 1990.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* (Hrsg. Michael Hoffmann-Becking), 2. Aufl., Bd. 4: Aktiengesellschaft, München 1999 (zit.: MünchHdbGesRIV/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Hrsg. Bruno Kropff und Johannes Semler), 2. Aufl., Bd. 3 (§§ 76-117 AktG, MitbestG, § 76 BetrVG 1952), München 2004 (zit.: MünchKommAktG/Bearbeiter).
- Obadina, Derek Ade*, Irregular, Intra-Vires Corporate Transactions and the Protection of Third Parties in the UK and the Commonwealth – The Case for Reform, (1997) 18 CoLaw, S. 45-52, 76-81.

- Palmer, Francis Beaufort*, Company Law (Leitender Hrsg. A. F. Topham), 19. Aufl., London 1949 (zit.: *Palmer*, 19. Aufl.).
- Ders.*, Company Law (Leitender Hrsg. Clive M. Schmitthoff), 23. Aufl., Bd. 1, London/Edinburgh 1982 (zit.: *Palmer*, 23. Aufl.).
- Pennington, Robert*, Reform of the Ultra Vires Rule, (1987) 8 CoLaw, S. 103-09.
- Poole, Jill*, Abolition of the Ultra Vires Doctrine and Agency Problems, (1991) 12 CoLaw, S. 43-49.
- Practice-Statement*, (1966) 1 WLR, S. 1234.
- Prentice, Dan D.*, Section 9 of the European Communities Act, (1973) 89 LQR, S. 518-44.
- Prentice-Report*, Reform of the Ultra Vires Rule, A Consultative Document, Department of Trade and Industry, London 1986 (zit.: *Prentice-Report*).
- Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches* (Hrsg. Werner Schubert), Bd. 1, 3, 9, Frankfurt a. M. 1984.
- Puchelt, Ernst Sigismund*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des Reichs-Oberhandelsgerichts, 2. Aufl., Bd. 1, Leipzig 1876.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*, Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 4. Aufl., München 2006 (zit.: *Raiser/Veil*).
- Rajak, Harry*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht des Vereinigten Königreichs, in: Lutter, Marcus/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. Deutschland, Europa und USA, ZGR-Sonderheft 13, Berlin/New York 1998, S. 187-214.
- Renaud, Achilles*, Das Recht der Actiengesellschaften, 2. Aufl., Leipzig 1875.
- Rittner, Fritz*, Die werdende juristische Person. Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Tübingen 1973.
- Rohwedder, Detlev*, Über die Ultra Vires-Lehre und ihre Problematik im deutschen Recht, Diss., Mainz 1961.
- Roth, Günter H./Altmeyden, Holger*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Aufl., München 2003 (zit.: *Roth/Bearbeiter*).
- Rowedder, Heinz*, u. a., Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 3. Aufl., München 1997 (zit.: *Rowedder-Bearbeiter*).
- Schlegelberger, Franz/Quassowski, Leo u. a.*, Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1937 (zit.: *Schlegelberger/Quassowski*).

- Schlink, Clemens*, Die Ultra-Vires-Lehre im englischen Privatrecht, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Heft 10, Berlin/Leipzig 1935.
- Ders.*, Beschränkte Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft?, HRGZ 1936, A 201-16.
- Schmid, Christoph*, Die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung der Tatbestände des Missbrauchs der Vertretungsmacht und des Insiggeschäfts, AG 1998, S. 127-33 (zit.: *C. Schmid*).
- Schmidt, Karsten*, Ultra-vires-Doktrin: tot oder lebendig? Bemerkungen zur Organvertretungsmacht, AcP 184 (1984), S. 529-40 (zit.: *K. Schmidt*, AcP 184 [1984]).
- Ders.*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln u. a. 1991 (zit.: *K. Schmidt*).
- Scholz, Franz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, 9. Aufl., Bd. 1 (§§ 1-44), Köln 2000 (zit.: *Scholz/Bearbeiter*).
- Schwartz, Hans*, Die Ultra-Vires-Lehre im englisch-amerikanischen Aktienrecht, Diss., Göttingen 1921.
- Schwarz, Günter Christian*, Europäisches Gesellschaftsrecht. Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden 2000 (zit.: *G. Schwarz*).
- Siebel, Ulf R.*, Betrachtungen zur ultra-vires-Lehre Englands, ZHR 1950, S. 119-34.
- Siebert, Wolfgang*, Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände – Zur Reichsgerichtsentscheidung vom 22. Jan. 1935, DJZ 1935, S. 713-23.
- Stamp, Mark*, Reform of the Ultra Vires Rule. A Consultative Document, (1986) NLJ, S. 962-73.
- Ders.*, Ultra Vires and the Companies Act, (1990) NLJ, S. 709-11.
- Statutory Modification of the Doctrine of Ultra Vires*, (1930) 44 Harv L Rev, S. 280-85.
- Stein, Eric*, Harmonization of European Company Laws. National Reform and Transnational Coordination, Indianapolis/Kansas City/New York 1971.
- Street, Howard A.*, A Treatise on the Doctrine of Ultra Vires, London 1930.
- Thompson, J. H.*, The Ultra Vires Doctrine and the Jenkins Report, (1963) JBusL, S. 143-49.
- Tieves, Johannes*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, Köln 1998, zugl. Diss., Heidelberg 1997.
- Treitl, Guenter*, The Law of Contract, 10. Aufl., London 1999.
- Ulmer, Michael J.*, Harmonisierungsschranken des Aktienrechts, Heidelberg 1998, zugl. Diss., Heidelberg 1996/97.
- Wedderburn, K. W.*, Shareholders' Rights and the Rule in *Foss v. Harbottle*, (1957) CLJ, S. 194-215.

Ders., Ultra Vires in Modern Company Law, (1983) 46 MLR, S. 204-13.

Wiedemann, Herbert, Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Bd. 1: Grundlagen, München 1980.