

BGH, Urteil vom 26.03.2025, Az. VIII ZR 152/23 = [jurisbyhemmer](#)

1 Missbrauch der Vertretungsmacht: Zurechnung bei Evidenz möglich?

+++ Missbrauch der Vertretungsmacht +++ Kollusion und Evidenz +++ Zurechnungsgrundsätze
+++ §§ 138, 166, 242 BGB, § 37 GmbHG +++

Sachverhalt (verkürzt und abgewandelt): Die V-GmbH ist Eigentümerin einer vermieteten Wohnung in Berlin. Nach Beendigung des letzten Mietverhältnisses sollte die Wohnung nach der Vorstellung der Gesellschafter nicht mehr vermietet werden, was dem Geschäftsführer der GmbH G mitgeteilt worden war.

Gleichwohl schloss G als Vertreter der GmbH mit der M einen Mietvertrag über die Wohnung ab. Es handelt sich um eine 5-Zimmer-Wohnung mit einer Wohnfläche von ca. 117 qm. Die Nettokaltmiete sollte monatlich 600 € betragen, das Mietverhältnis sollte zum 21. Dezember 2017 beginnen. Die Verpflichtung zur Zahlung der Miete sollte erst ab 1. September 2018 greifen, wofür die M im Vertrag nicht näher spezifizierte Arbeiten an der Wohnung verrichten sollte.

M zog mit ihrem Lebensgefährten L in die Wohnung ein, womit G einverstanden war. Dem L war bekannt, dass die GmbH die Wohnung eigentlich nicht vermieten wollte; die Hintergründe für die günstigen Konditionen waren ihm indes nicht geläufig.

Nachdem die Gesellschafter der V-GmbH von den Machenschaften des G Kenntnis erlangten, beriefen sie diesen als Geschäftsführer ab und bestellten einen neuen Geschäftsführer.

Dieser verlangt im Namen der V-GmbH von M und L die Herausgabe und Räumung der Wohnung.

Zu Recht?

A) Sound

1. Der Missbrauch der Vertretungsmacht fällt grundsätzlich in den Risikobereich des Vertretenen.

2. Im Falle des kollusiven Zusammenwirkens zwischen Vertreter und Vertragspartner zum Nachteil des Vertretenen ist der Vertrag jedoch gem. § 138 I BGB nichtig.

3. Im Falle der Evidenz ist der Vertrag zwar wirksam, es ist dem Vertragspartner jedoch verwehrt, sich gegenüber dem Vertretenen auf die Rechte aus dem Vertrag zu berufen, § 242 BGB.

4. Hinsichtlich der Evidenz kommt auf Seiten des Vertragspartners eine Zurechnung der Kenntnis Dritter gem. § 166 I BGB (analog) in Betracht. Eine persönliche Nähebeziehung ist dafür allerdings nicht ausreichend.

B) Problemaufriss

Der Fall befasst sich mit einem Examensklassiker, dem Missbrauch der Vertretungsmacht. Das Interessante an der im Sachverhalt beschriebenen Konstellation sind dabei diverse Zurechnungsfragen.

Viele Studenten verwechseln den Missbrauch der Vertretungsmacht häufig mit der Vertretung ohne Vertretungsmacht.

Bei letzterer fehlt dem Vertreter die Rechtsmacht im Außenverhältnis. Der Vertrag ist gem. § 177 I BGB schwebend unwirksam und kann vom Vertretenen genehmigt werden. Unterbleibt die Genehmigung, kommt eine Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht („falsus procurator“) gem. § 179 BGB in Betracht, wobei danach unterschieden wird, ob der Vertreter vom Fehlen der Vertretungsmacht Kenntnis hatte (dann Absatz 1: Haftung auf das positive Interesse) oder nicht (dann Absatz 2: Haftung auf das negative Interesse, in der Höhe begrenzt auf das fiktiv positive Interesse).

Beim Missbrauch der Vertretungsmacht besteht gerade kein Defizit bei der Rechtsmacht im Außenverhältnis. Der Vertrag wird mit Vertretungsmacht abgeschlossen.

Allerdings setzt der Vertreter seine Vertretungsmacht in einer Art und Weise ein, die den Interessen des Vertretenen zuwiderläuft. Mit anderen Worten: er missbraucht seine Vertretungsmacht.

Man fragt sich, warum ein potentiell Vertretener überhaupt Rechtsmacht für den Abschluss eines Vertrages einräumt, den er schlussendlich gar nicht will.

Und in der Tat: bei der Erteilung der Vollmacht gem. § 167 I BGB ist der Fall schwer konstruierbar.¹

Klassischer Aufhänger für das Thema Missbrauch der Vertretungsmacht sind daher Konstellationen, in denen das Gesetz den Umfang der Vertretungsmacht vorgibt. In solchen Fällen ist unschwer vorstellbar, dass nicht jede Legitimation, die das Gesetz dem Vertreter einräumt, auch den Interessen des Vertretenen entspricht.

So ist z.B. der Prokurist gem. § 49 I HGB dazu befugt, alle Geschäfte, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, im Namen des Kaufmanns abzuschließen. Dass das nicht im Interesse des Kaufmanns ist, liegt auf der Hand. Der Prokurist *könnte* z.B. in beliebigem Umfang Geschäftsfahrzeuge anschaffen und würde dies mit Vertretungsmacht tun. Dass er das nicht *darf*, d.h. darin ggfs. eine Pflichtverletzung des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses liegt, ist klar.

Anmerkung: Der gesetzlich umrissene Umfang der Prokura hat in der Praxis aber natürlich auch Vorteile, weil er Verlässlichkeit mit sich bringt und damit die Schnelligkeit der Abwicklung von Handelsgeschäften befördert. Der Rechtsverkehr soll sich darauf verlassen können, dass im konkreten Fall auch Vertretungsmacht vorliegt. Andernfalls müsste stets beim Vertretenen nachgefragt werden und das Prinzip der Arbeitsteilung, welches der Stellvertretung zugrunde liegt, wäre eingeschränkt.

Weitere Beispiele für einen gesetzlich fest umrissenen Umfang der Vertretungsmacht finden sich im Gesellschaftsrecht, so z.B. in § 720 III S. 1 BGB für die Gesellschafter einer Außen-GbR (§ 705 II Alt. 1 BGB), in § 124 IV S. 1 BGB für die persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG bzw. für die Komplementäre einer KG (§ 161 II HGB).

Auch im GmbH-Recht ist die organschaftliche Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers umfassend ausgestaltet, § 35 I GmbHG.

Doch wer trägt das Risiko, dass ein Vertreter seine Vertretungsmacht missbräuchlich einsetzt?

Hier muss strikt zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden.

Im Innenverhältnis trägt das Risiko der Vertreter. Der Abschluss eines Vertrages, der vom Vertretenen nicht gewollt ist, stellt eine Pflichtverletzung des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses

¹ Denkbar wäre der Fall einer Vorsorgevollmacht, die sofort gelten soll, von der aber erst Gebrauch gemacht werden soll, wenn der Vollmachtgeber nicht mehr in der Lage ist, seine Dinge selbst zu regeln. Macht der Bevollmächtigte vorher von der Vollmacht Gebrauch, missbraucht er seine Vertretungsmacht.

dar, da der Vertreter den Weisungen des Vertretenen Folge zu leisten hat, vgl. § 37 I GmbHG. Eine Verletzung kann Auslöser für eine Schadenersatzhaftung sein (vgl. für das GmbH-Recht § 43 II GmbHG).

Davon strikt zu trennen sind die Konsequenzen für das Außenverhältnis. Und hier ist der Vertrag jedenfalls grundsätzlich wirksam, denn der Vertreter handelt ja gerade mit - und nicht ohne - Vertretungsmacht. Das Risiko ist hier also dem Vertretenen zugewiesen, was an verschiedener Stelle vom Gesetzgeber klargestellt wird, vgl. § 720 III S. 2 BGB, §§ 50 I, 124 IV S. 2 HGB, § 37 II S. 1 GmbHG, § 82 I AktG. Andernfalls wäre das durch den gesetzlich fest umschriebenen Umfang der Vertretungsmacht erzeugte Vertrauen gegenüber dem Rechtsverkehr ohne Wert.

Allerdings sind Situationen denkbar, in denen dieses Vertrauen des Rechtsverkehrs nicht schutzwürdig ist. Für diese Fälle haben sich die Begriffe „Kollusion“ und „Evidenz“ herausgebildet.

Was genau in tatbestandlicher Hinsicht für diese Ausnahmefälle verlangt wird und welche Rechtsfolgen sich dann jeweils für das betroffene Rechtsgeschäft ergeben, ist im Detail umstritten. Der hiesige Fall orientiert sich dabei an den Vorgaben des BGH, wobei an den relevanten Stellen jeweils auf eine davon ggfs. abweichende Sichtweise in der Literatur hingewiesen werden wird.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob V von M und L die Herausgabe und Räumung der diesen überlassenen Wohnung verlangen kann.

I. Anspruch aus § 985 BGB

Ein Anspruch könnte sich aus § 985 BGB ergeben.

1. Eigentum bei V, Besitz bei M und L

Die V ist Eigentümerin der Wohnung, M und L sind deren Besitzer.

2. Problem: Recht zum Besitz?

Möglicherweise besteht aber ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 I S. 1 BGB.

Anmerkung: Denken Sie im Rahmen des Anspruchs aus § 985 BGB immer daran, § 986 BGB mitzuprüfen. Hat der Besitzer ein Recht zum Besitz, stellt dies eine (von Amts wegen zu berücksichtigende) Einwendung dar, so dass der Anspruch aus § 985 BGB nicht besteht!

Ein Recht zum Besitz könnte sich aus einem zwischen V und M bestehenden Mietverhältnis ergeben.

Zwar würde ein Mietverhältnis nicht mit L bestehen, der Einzug war jedoch von G gestattet, so dass L ebenfalls auf die Dauer des Mietvertrages zum Besitz berechtigt wäre, § 986 I S. 1 Alt. 2 i.V.m. S. 2 BGB.

Anmerkung: Auf § 553 BGB kommt es nur an, wenn nach (!) Abschluss des Mietvertrages ein Dritter in die Wohnung aufgenommen werden soll. Dabei ist die Aufnahme zustimmungsfrei bei Ehegatten und Kindern des Mieters; diese sind keine „Dritten“ i.S.d. Norm. Für den nicht-ehelichen Lebensgefährten gilt dies nach überzeugender Rechtsprechung des BGH jedoch nicht.²

**a) Wirksamer Mietvertrag:
Stellvertretungsvoraussetzungen grds. (+)**

Auf Seiten der V-GmbH wurde der Vertrag von Geschäftsführer G abgeschlossen. Dieser ist gem. § 35 I GmbHG zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt, so dass die entsprechende Willenserklärung gem. § 164 I S. 1 BGB für und gegen die V-GmbH gilt.

Da die Stellvertretungsvoraussetzungen vorliegen, wäre insoweit ein wirksamer Mietvertrag zwischen der V und M zustande gebracht worden.

**b) Problem: Missbrauch der
Vertretungsmacht durch G**

Fraglich ist, wie es sich auf den Mietvertrag auswirkt, dass die GmbH eine Vermietung nicht wollte und dies jedenfalls G auch bekannt war. Dieser hat seine Vertretungsmacht daher in einer Art und Weise eingesetzt, die im Innenverhältnis zur GmbH pflichtwidrig war; er hat seine Vertretungsmacht missbraucht.

Grundsätzlich trägt das Risiko des Missbrauchs der Vertretene, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Fall der rechtsgeschäftlich erteilten oder der organschaftlichen Vertretungsmacht handelt. Für den Fall der Vertretung einer GmbH durch ihren Geschäftsführer ergibt sich dies aus § 37 II S. 1 GmbHG.

Anmerkung: Mit diesen Ausführungen ist zur Wirksamkeit der Stellvertretung alles gesagt. Selbst wenn ein Fall von Kollusion bzw. Evidenz vorliegen sollte, würde sich dies nicht auf die Stellvertretungsvoraussetzungen auswirken.

Es stellt eine beliebte Fehlerquelle dar, diese Ausnahmen im Rahmen der Vertretung zu prüfen. Falsch ist dies deshalb, weil bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nicht plötzlich doch ein Handeln ohne Vertretungsmacht vorliegt!

**c) Nichtigkeit gem. § 138 I BGB wegen
Kollusion (-)**

Möglicherweise ist der Mietvertrag aber nichtig gem. § 138 I BGB.

Das wird für den Fall des missbräuchlichen Einsatzes der Vertretungsmacht dann angenommen, wenn Vertragspartner und Vertreter bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken.

Das bewusste Zusammenwirken in Schädigungsabsicht stellt ein gegen die guten Sitten verstößendes Verhalten dar, aufgrund dessen der Vertretene nicht verpflichtet werden kann; der Vertrag ist nichtig gem. § 138 I BGB.³

Fraglich ist, ob vom Vorliegen dieser Voraussetzungen in der vorliegenden Konstellation ausgegangen werden kann.

Betrachtet man die Konditionen, zu denen die Wohnung an M vermietet wurde, wird deutlich, dass sich das Mietverhältnis zum Nachteil der GmbH auswirken kann. Zum einen handelt es sich um eine für eine Großstadt sehr niedrige Miete. Eine Nettokaltmiete von knapp 5 € pro Quadratmeter ist – zumal in Großstädten – sehr ungewöhnlich. Hinzu kommt, dass die Zahlungsverpflichtung für einen längeren Zeitraum vollständig ausgesetzt wurde und nicht einmal klar ist, was genau die M für dieses Entgegenkommen zu tun hat.

Voraussetzung für die Fallgruppe der Kollusion ist jedoch nicht nur, dass sich der Vertrag zum Nachteil der vertretenen GmbH auswirken kann. Vielmehr muss es Vertreter und Vertragspartner gerade darauf ankommen, die V-GmbH zu schädigen.

Schon auf Seiten des G ist nicht nachvollziehbar, warum es zum Abschluss des Mietvertrages zu diesen Konditionen gekommen ist.

Jedenfalls für M ergibt sich kein Anhaltspunkt im Sachverhalt dafür, dass sie die V-GmbH schädigen wollte bzw. dies zumindest billigend in Kauf genommen hat.

Als Laiin sind ihr möglicherweise die Hintergründe für das Aussetzen der Miete nicht klar gewesen, so dass sie davon ausgehen durfte, dass bei Vornahme etwaiger Renovierungsarbeiten ein Aussetzen der Mietzahlung üblich ist.

² Vgl. BGH, Life&LAW 04/2004, 229 ff.

³ BGH, NJW 2017, 3373 ff. = jurisbyhemmer.

Auch L hatte keine Schädigungsabsicht, so dass es auf die Frage einer eventuellen Zurechnung (an dieser Stelle) nicht ankommt.

Kann daher bei keinem der Beteiligten eine Schädigungsabsicht angenommen werden, scheidet denklöglich auch ein Zusammenwirken zum Nachteil der V-GmbH aus.

Der Vertrag ist nicht nichtig gem. § 138 I BGB.

d) Evidenz?

Möglicherweise ist es der M jedoch verwehrt, sich auf ein Recht zum Besitz aus dem Mietvertrag zu berufen, § 242 BGB.

Auch wenn ein Fall der Kollusion nicht vorliegt, muss der Vertretene ein von seinem Vertreter abgeschlossenes Rechtsgeschäft dann nicht gegen sich gelten lassen, wenn der andere Vertragsteil den Missbrauch der Vertretungsmacht erkannt hat oder er diesen zwar nicht erkannt hat, aber nach den Umständen hätte erkennen müssen, ihm also evident war.⁴

In einem solchen Fall ist der andere Vertragsteil wegen einer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzulässigen Rechtsausübung gehindert, sich auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu berufen, so dass im vorliegenden Fall aus dem Mietvertrag kein Recht zum Besitz gem. § 986 I BGB abgeleitet werden könnte.

Anmerkung: Nach der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur entfällt in dem Fall evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht die vertragliche Bindung. Die §§ 177 ff. BGB gelten jedoch analog. Der Vertretene hat es in der Hand, ob er das unter Missbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft gelten lassen möchte oder nicht.⁵

aa) Nicht bezüglich M

Problematisch ist allerdings, dass die M nichts von der fehlenden Absicht zur Vermietung auf Seiten der GmbH wusste.

⁴ BGH, NJW 2021, 2099 ff. = [jurisbyhemmer](#); in der Literatur wird teilweise vertreten, dass darüber hinaus jedenfalls der Vertretene zum Nachteil des Vertretenen handeln wollen. Dabei beruft man sich auf Entscheidungen des BGH, in denen er dies angeblich vertreten habe. Der BGH wiederum hat jedoch klargestellt, dass er dies nie gefordert habe, vgl. BGH, [Life&LAW 10/2006, 667 ff.](#) Es geht allein um die fehlende Schutzwürdigkeit des Vertragspartners. Dafür ist die Motivation für den Missbrauch auf Seiten des Vertreters vollkommen irrelevant.

⁵ Vgl. MüKo, § 164, Rn. 102. Genehmigt er nicht, kommt eine Haftung des Vertreters gem. § 179 BGB analog in Betracht. Diese Haftung wird man allerdings in entsprechender Anwendung des § 179 III S. 1 BGB („Evidenz“) entfallen lassen müssen.

Die Überschreitung der Befugnisse aus dem Innenverhältnis durch G war der M nicht bewusst.

Derjenige, der einen Vertrag mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung abschließen will, braucht sich grundsätzlich nicht darum zu kümmern, ob der Geschäftsführer die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Schranken seiner Befugnis einhält; Nachforschungen hierüber sollen dem redlichen Geschäftsverkehr erspart bleiben. Andernfalls bliebe von der durch § 37 II S. 1 GmbHG artikulierten Risikoverteilung hinsichtlich des Missbrauchs der Vertretungsmacht nichts übrig.

bb) Aber: Kenntnis bei L

Laut Sachverhalt war aber dem Lebensgefährten L, der mit M in die Wohnung eingezogen war, bekannt, dass die V-GmbH keine Vermietungsabsicht hatte.

Fraglich ist, ob sich die M diese „Evidenz“ auf Seiten des L zurechnen lassen muss.

(1) Zurechnung gem. § 166 I BGB direkt (-)

Dabei kommt eine Zurechnung in direkter Anwendung des § 166 I BGB nicht in Betracht. L hat die M bei Abschluss des Mietvertrages nicht vertreten, so dass seine Kenntnis für die Wirkungen der Willenserklärung nicht maßgeblich ist.

(2) § 166 I BGB analog?

In Betracht kommt aber eine analoge Anwendung der Vorschrift.

Eine Person muss sich das Wissen eines Dritten analog § 166 I BGB und mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann als eigenes Wissen zurechnen lassen, wenn sie den Dritten mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut hat; in diesen Fällen ist der Dritte als ihr „Wissensvertreter“ zu behandeln.⁶

Die hierauf gegründete Zurechnung umfasst nicht nur das positive Wissen des Wissensvertreters, sondern auch seine leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis.

Problematisch ist allerdings, dass die M den L nicht in eigener Verantwortung mit Fragestellungen rund um den Mietvertrag betraut hatte. Der Abschluss des Vertrages erfolgte vielmehr allein durch M. Es ist auch dem Sachverhalt kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass L im Rahmen etwaiger Verhandlungen von M eingesetzt wurde.

⁶ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH, NJW 2023, 3790 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Etwas anders könnte sich daher allenfalls ergeben, wenn man allein die persönliche Nähebeziehung zwischen M und L für eine Zurechnung genügen ließe.

Dies kann jedoch nicht überzeugen und verbietet sich bei Ehegatten schon vor dem Hintergrund von Art. 6 I GG. Gleiches muss für nicht-eheliche Partnerschaften gelten. Es ist nicht ersichtlich, warum allein aufgrund einer Nähebeziehung die gem. § 166 I BGB erforderlichen Zurechnungsvoraussetzungen aufgegeben werden sollten.

Da eine Zurechnung der Kenntnis des L vom Missbrauch der Vertretungsmacht an die M weder in direkter noch analoger Anwendung des § 166 I BGB in Betracht kommt, liegen die Voraussetzungen der Evidenz nicht vor.

Der M ist es daher nicht gem. § 242 BGB verwehrt, sich auf die Wirksamkeit des Mietvertrages und damit auf ein daraus resultierendes Recht zum Besitz gem. § 986 I BGB zu berufen.

Da M ein Recht zum Besitz hat, schuldet sie während der Laufzeit des Vertrages nicht die Herausgabe der Wohnung gem. § 985 BGB.

II. Sonstige Ansprüche

Da der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist, haben L und M den Besitz an der Wohnung auch mit Rechtsgrund erlangt, so dass ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB ausscheidet.

Auch ein Anspruch aus § 546 I BGB kommt nicht in Betracht. Dieser greift zwar für den Fall eines wirksamen Mietverhältnisses ein, setzt aber die (spätere) Beendigung des Mietverhältnisses voraus. Eine Kündigung des Mietverhältnisses wurde aber nicht ausgesprochen. Abgesehen davon liegt auch kein Kündigungsgrund für eine außerordentliche (§§ 543, 569 BGB) bzw. ordentliche (§ 573 BGB) Kündigung vor.

III. Ergebnis

V kann von M und L nicht die Herausgabe und Räumung der streitgegenständlichen Wohnung verlangen.

D) Kommentar

(cda). Bei Zugrundelegung des Sachverhalts ist das Ergebnis überzeugend. Der BGH hat die Sache zur weiteren Klärung an das Berufungsrecht zurückverwiesen. Im Originalfall waren tatsächlich (diverse) Kündigungen ausgesprochen worden, zu denen das Berufungsgericht bis dato keine Feststellungen getroffen hatte.

Die Entscheidung bringt in der Sache nichts wirklich Neues. Die Kombination der Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht mit denen der Zurechnung gem. § 166 I BGB (analog) stellt jedoch eine für den Klausurersteller eventuell reizvolle Variante dar!

E) Wiederholungsfrage

- **Warum geht der Missbrauch der Vertretungsmacht grundsätzlich zu Lasten des Vertretenen?**

In Fällen, in denen der Umfang der Vertretungsmacht gesetzlich fixiert wird, soll der Rechtsverkehr auf die Wirksamkeit der Willenserklärungen des Vertreters vertrauen können; daher sind etwaige Beschränkungen der Vertretungsmacht im Innenverhältnis für das Außenverhältnis grundsätzlich ohne Relevanz, vgl. für den vorliegenden Fall § 37 II S. 1 GmbHG.

F) Zur Vertiefung

Zum Missbrauch der Vertretungsmacht bei Vertretung aufgrund eines Rechtscheintatbestandes

- BGH, Life&LAW 07/2024, 433 ff.