

## B & P Rechts-Hinweis

09/2012

### Die Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot (§ 181 BGB)

#### Problemstellung

Die Befreiung des GmbH-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB (Selbstkontrahierungs- und Doppelvertretungsverbot) stellt ein sich regelmäßig stellendes Problem für die Praxis dar. Dies gilt insbesondere dann, wenn der betreffende Geschäftsführer nicht generell von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, sondern dies nur im Einzelfall geschehen soll, oder wenn ein Rechtsgeschäft unter Verstoß gegen § 181 BGB vorgenommen wurde und es im Nachhinein genehmigt werden soll. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, wer die Befreiung bzw. die Genehmigung erteilen kann/darf und ob es insoweit einer Ermächtigung in der Satzung der GmbH bedarf. Schließlich stellt sich die Frage nach dem Erfordernis einer Handelsregistereintragung.

§ 181 BGB verbietet grundsätzlich den Abschluss von Rechtsgeschäften durch einen Vertreter mit sich selbst (Selbstkontrahieren) oder als Vertreter eines Dritten (Doppelvertretung), es sei denn das Rechtsgeschäft besteht ausschließlich in

der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vertretenen (§ 181 Halbs. 2 BGB), oder das Selbstkontrahieren bzw. die Doppelvertretung ist dem Vertreter vom Geschäftsherrn gestattet (Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB). Neben den beiden im Gesetz angelegten Ausnahmen (Gestattung oder ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit) hat die Rechtsprechung eine weitere Ausnahme im Wege der teleologischen Reduktion geschaffen: § 181 BGB greift stets dann *nicht* ein, wenn das vorzunehmende Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Die Anwendbarkeit von § 181 BGB auf den GmbH-Geschäftsführer ist zwar hinsichtlich der dogmatischen Begründung, nicht aber hinsichtlich des diese bejahenden Ergebnisses umstritten. Während die Voraussetzungen für eine generelle Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB inzwischen weitgehend geklärt sind, herrscht noch immer erhebliche Unsicherheit zu den Voraussetzungen einer Befreiung im Einzelfall und für die nach-



trägliche Genehmigung von entgegen § 181 BGB vorgenommenen Rechtsgeschäften.

## Rechtslage

### 1. Generelle Befreiung von § 181 BGB

Die generelle Befreiung des GmbH-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB setzt voraus, dass diese unmittelbar *in der GmbH-Satzung* selbst oder durch einen *Beschluss der Gesellschafterversammlung* erfolgt. Nach h.M., insbesondere nach Auffassung des Bundesgerichtshofs, bedarf eine entsprechende Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung einer Ermächtigungsgrundlage in der Satzung der GmbH. Darüber hinaus ist die generelle Befreiung eines Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB *ins Handelsregister der GmbH einzutragen*. Keiner Eintragung bedarf die allgemeine Regelung in der Satzung, die lediglich zur Befreiung ermächtigt.

Besonderheiten gelten nach h.M. für die *Ein-Personen-GmbH* und den Alleingesellschafter-Geschäftsführer. § 35 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ordnet die Anwendbarkeit von § 181 BGB auf alle Fälle an, in denen sich alle Geschäftsanteile der GmbH in der Hand des Gesellschafter-Geschäftsführers oder neben ihm in der Hand der Gesellschaft befinden. Solche Rechtsgeschäfte sind überdies unverzüglich nach

ihrer Vornahme in einer *Niederschrift* zu dokumentieren (§ 35 Abs. 3 Satz 2 GmbHG).

Über den Gesetzeswortlaut hinaus gilt § 181 BGB auch für *Mehrfachvertretungen* durch den Alleingesellschafter-Geschäftsführer und falls neben dem Alleingesellschafter noch *weitere Geschäftsführer* bestellt sein sollten.

Nicht hinlänglich geregelt und nach wie vor streitig ist, ob die Befreiung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB *nur durch* die Satzung selbst oder auch *aufgrund* einer Satzungsermächtigung erfolgen kann. Der Bundesgerichtshof hielt ursprünglich eine Befreiung in der Gründungssatzung oder eine Satzungsänderung in notarieller Form für erforderlich. Nach einem jüngeren Urteil des BGH soll es jedoch genügen, wenn die Befreiung aufgrund einer allgemeinen Befreiungsmöglichkeit in der Satzung durch Beschlussfassung *vor einem Notar* und anschließender *Eintragung ins Handelsregister* erfolgt.

Ein einleuchtender Grund, weshalb es aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 35 Abs. 3 Satz 1 GmbHG bei einem Alleingesellschafter zu strengeren Anforderungen als bei einer mehrgliedrigen GmbH kommen soll, ist indessen nicht ersichtlich. Die insoweit ins Feld geführte *Warnfunktion* von § 35 Abs. 3 Satz 1



GmbHG für den Rechtsverkehr, insbesondere die Gesellschaftsgläubiger, kann nicht zu schärferen Anforderungen als bei der mehrgliedrigen GmbH führen; auch eine allgemeine Satzungsermächtigung würde dieser Funktion angemessen Rechnung tragen. Aus Vorsichtsgründen sollte in der Praxis jedoch dennoch nach den vorbeschriebenen, vom BGH geforderten Grundsätzen verfahren werden.

## 2. Einzelfall-Befreiung von § 181 BGB

Auf der Grundlage der Erkenntnisse zur generellen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB stellt sich die Frage nach den Erfordernissen einer wirksamen Befreiung des GmbH-Geschäftsführers bei Abschluss eines einzelnen Rechtsgeschäfts.

Zunächst ist festzuhalten, dass nach zutreffender allgemeiner Meinung einem GmbH-Geschäftsführer *auch im Einzelfall* durch Gesellschafterbeschluss Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann. Ganz überwiegend wird insoweit vertreten, dass eine Einzelfallbefreiung – anders als die generelle Befreiung – grundsätzlich *keiner* Grundlage in der Satzung bedarf. Die Satzung sei die denkbar unpraktischste Verortung einer Einzelfallbefreiung als punktueller „ad hoc Regelung“.

Auch eine *Handelsregistereintragung* ist nach ganz überwiegender Meinung *nicht* erforderlich. Z.T. wird sogar die *Eintra-*

*gungsfähigkeit* einer Einzelfallgestattung in Frage gestellt, was wiederum zur Folge hätte, dass eine Einzelfallgestattung nicht im Wege einer Satzungsänderung durch die Satzung selbst erteilt werden könnte, da diese zu ihrer Wirksamkeit (§ 54 Abs. 3 GmbHG) die Eintragung ins Handelsregister gerade voraussetzt.

Auch bei der Einzelfallgestattung bestehen *Besonderheiten* für die Befreiung des *Alleingeschafter-Geschäftsführers*. Hier ist erneut streitig, ob es entgegen der vorstehenden Grundsätze aus Gläubigerschutzaspekten doch einer Ermächtigung in der Satzung zur Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB im Einzelfall bedarf, da es widrigenfalls, ohne Erkennbarkeit über das Handelsregister, zu Insihgeschäften und zu Vermögensverlagerungen zwischen Gesellschafter und GmbH kommen könne.

Diese Rechtsauffassung überzeugt jedoch abermals nicht, wird Sie doch aus Erwägungen und Schlussfolgerungen des Gesetzgebers bei Einführung der Regelung von § 35 Abs. 3 GmbHG ins deutsche Recht abgeleitet, die jedoch gerade nicht Inhalt des Gesetzes geworden sind. Eine belastbare höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage steht indessen noch aus, weshalb aus Vorsichtsgründen auf eine Satzungsgrundlage zurückgegriffen werden sollte.



### 3. Nachträgliche Genehmigung von unter Verstoß gegen § 181 BGB vorgenommenen Rechtsgeschäften

Nach allgemeiner Meinung führt die Vornahme eines Insichgeschäfts entgegen § 181 BGB, also etwa der Abschluss eines Darlehensvertrages zwischen einer GmbH und ihrem Geschäftsführer, ohne vorgängige Befreiung des darlehensgewährenden oder -empfangenden Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB zumindest im Einzelfall, *nicht* zur *Nichtigkeit*, sondern lediglich zur *schwebenden Unwirksamkeit* entsprechend § 177 BGB. Die Vornahme eines solchen Rechtsgeschäfts wird also wie der Abschluss eines Vertrages durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht behandelt, bei dem die GmbH als Geschäftsherrin zu qualifizieren ist.

Die Genehmigung führt nachträglich zur Wirksamkeit des Geschäfts, und zwar mit *Rückwirkung* auf den Zeitpunkt seines Abschlusses, § 184 Abs. 1 BGB.

Fraglich und z.T. streitig ist insoweit, wer auf Seiten der vertretenen GmbH die Genehmigung zu erteilen hat. Ganz überwiegend wird dieses Recht jedenfalls – so auch vom Bundesgerichtshof – der *Gesellschafterversammlung* zugebilligt; diese sei regelmäßig für die Erteilung der Genehmigung zuständig.

Darüber hinaus spricht sich der BGH dafür aus, dass auch ein weiterer, an dem Ge-

schäft nicht beteiligter einzelvertretungsberechtigter *Geschäftsführer* oder mehrere weitere, gemeinschaftlich vertretungsberechtigte Geschäftsführer befugt sein sollen, die Genehmigung namens der GmbH zu erteilen. Entscheidend sei insoweit, ob er/sie das Geschäft an Stelle des bisher entgegen § 181 BGB handelnden Geschäftsführers von vornherein hätten ohne Verstoß gegen § 181 BGB abschließen können.

Nachdem bereits für die Einzelfall-Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB vor Vornahme des Geschäfts keiner Satzungs Ermächtigung bedarf, kann nichts anderes für die nachträgliche Genehmigung eines ohne Einzelfallgestattung geschlossenen Vertrages durch die Gesellschafterversammlung gelten. Eine *Satzungs Ermächtigung* zur Genehmigung von Insichgeschäften durch die Gesellschafterversammlung ist *nicht erforderlich*.

Dem gegenüber verlangt die überwiegende Ansicht für den Fall des *Alleingesellschafter-Geschäftsführers* eine *satzungsmäßige Grundlage* für die Genehmigung. Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer müsste nach dieser (umstrittenen) Auffassung also zunächst eine Satzungsänderung herbeiführen, die ihm bzw. der GmbH die Befreiung von § 181 BGB gestattet, um auf deren Grundlage ggf. doch noch eine Genehmigung aus-



zusprechen (bzw. das Geschäft zu bestätigen [§ 141 BGB] oder neu vorzunehmen).

Zwar wird *vereinzelt* auch für den Alleingesellschafter-Geschäftsführer vertreten, dass er für die Genehmigung eines entgegen § 181 BGB getätigten Rechtsgeschäfts *keiner Satzungsermächtigung* bedürfe, jedoch ist diese Rechtsauffassung ebenfalls höchstrichterlich (noch) nicht bestätigt, weshalb für die Praxis der zuvor beschriebene Weg vorzugswürdig erscheint.

Hinsichtlich der Genehmigung durch einen (oder mehrere) anderen Geschäftsführer hebt der BGH entscheidend darauf ab, dass ein Geschäftsführer die Genehmigung dann erteilen kann, wenn er das Geschäft *auch hätte selbst vornehmen können*.

Diese Zuständigkeit (auch) des Mitgeschäftsführers besteht *parallel* zur Genehmigungskompetenz der Gesellschafterversammlung.

Streitig und vom BGH bisher nicht entschieden ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein Geschäftsführer ein entgegen § 181 BGB vorgenommenes Rechtsgeschäft nur dann genehmigen kann, wenn er selbst von § 181 BGB befreit ist. Dies wird man nur dann bejahen müssen, wenn die originäre Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den genehmigenden Geschäftsführer seinerseits ein Insichge-

schäft i.S.v. § 181 BGB gewesen sein würde. Im Einzelfall kann dies zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen.

### Unser Tipp

Für die Praxis ist zusammenfassend festzuhalten, dass speziell im Falle einer Ein-Personen-GmbH besondere Sorgfalt auf die Ausgestaltung der *GmbH-Satzung* im Hinblick auf die Möglichkeiten zur Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB gelegt werden muss. Es gilt genau zu verifizieren, ob den z.T. sehr strengen Anforderungen des Bundesgerichtshofs genügt wird, um zu vermeiden, dass es im Einzelfall zu unliebsamen Überraschungen kommt, sollte die Befreiung nicht in der gehörigen Form erteilt worden sein.

Für die *generelle Befreiung* kann von dem Grundsatz ausgegangen werden, dass es einer Befreiung durch die Satzung selbst oder durch Gesellschafterbeschluss aufgrund einer Satzungsermächtigung sowie der Handelsregistereintragung der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu deren Wirksamkeit bedarf.

Für die Einzelfall-Befreiung ist demgegenüber grundsätzlich weder eine Satzungsermächtigung noch eine Handelsregistereintragung erforderlich. Anderes gilt jedoch für die Ein-Personen-GmbH hinsichtlich der Befreiung des Alleinge-



sellschafter-Geschäftsführers: Hier verlangt die h.M., insbesondere die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Satzungsermächtigung, auch wenn die Begründung für diese Auffassung nach unserer Überzeugung nicht trägt.

Schließlich kommt in Fällen eines ohne Befreiung von § 181 BGB vorgenommenen Inschlaggeschäfts, das nach ganz h.M. nicht nichtig, sondern „lediglich schwebend unwirksam und gleichsam genehmigungsfähig ist, die nachträgliche Genehmigung des Vertrages in Betracht.

Diese ist grundsätzlich ungeachtet einer satzungsmäßigen Ermächtigung durch die Gesellschafterversammlung zu erteilen. Bei Ein-Personen-Gesellschaften wird je-

doch auch insoweit für die Genehmigung von Inschlaggeschäften des Alleingesellschafter-Geschäftsführers eine Satzungsermächtigung verlangt. Alternativ kommt eine Genehmigung auch durch einen (oder mehrere) weiteren Geschäftsführer in Betracht, falls dieser (diese) das zu genehmigende Geschäft von vornherein hätten selbst – ohne Verstoß gegen § 181 BGB – hätten abschließen können.

**Information:**

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.

