

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 181, 177; GmbHG § 35 Abs. 2; AktG § 78 – Anwendung des § 181 BGB auf den vollmachtlosen Vertreter; Erfordernis der Befreiung des organschaftlichen Vertreters bei Genehmigung eines In-sich-Geschäfts; Genehmigung als In-sich-Geschäft

WEG §§ 12, 26 – Anwachsung des Vermögens einer GmbH & Co. KG auf ihre Kommanditist-GmbH; Auswirkungen auf die Verwalterstellung

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 181, 177; GmbHG § 35 Abs. 2; AktG § 78

Anwendung des § 181 BGB auf den vollmachtlosen Vertreter; Erfordernis der Befreiung des organschaftlichen Vertreters bei Genehmigung eines In-sich-Geschäfts; Genehmigung als In-sich-Geschäft

I. Sachverhalt

An *Venture-Capital*-Finanzierungsrunden sind häufig zahlreiche inländische und ausländische Gesellschaften sowie Einzelpersonen beteiligt. Hinsichtlich der Auslandsgesellschaften lässt sich häufig nicht mit letzter Sicherheit sagen, ob nach dem jeweils einschlägigen ausländischen Recht In-sich-Geschäfte verboten sind und inwieweit eine Befreiung von einem etwaigen Verbot möglich ist. Deshalb werden teilweise in der Praxis diese Gesellschaften nicht per Vollmacht vertreten, sondern

durch einen einzigen Vertreter ohne Vertretungsmacht (vorbehaltlich Genehmigung), und es wird dessen Handeln sodann durch andere Personen (also solche, die an der Urkunde nicht beteiligt waren) aufgrund Vollmacht (i. d. R. unter Befreiung vom Verbot des § 181 BGB) oder durch die Gesellschaft selbst genehmigt. Die Alternative, jede der ausländischen Gesellschaften in der Urkunde durch eine andere Person vorbehaltlich Genehmigung vertreten zu lassen, scheidet im Hinblick auf die Vielzahl der Gesellschaften oftmals aus.

II. Fragen

1. Wenn eine Einzelperson eine Mehrzahl von Gesellschaften als vollmachtloser Vertreter vertritt, muss dann die jeweils genehmigende Person von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein?
2. Ist insoweit zwischen Selbstkontrahieren und Mehrfachvertretung zu unterscheiden?
3. Was gilt, wenn derselbe organschaftliche Vertreter oder dieselbe bevollmächtigte Person mehrere Erklärungen genehmigt?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendung des § 181 BGB auf vollmachtlosen Vertreter

Im Ausgangspunkt ist die Frage zu stellen, ob § 181 BGB auf das Handeln eines *falsus procurator* überhaupt anzuwenden ist. Diese Frage ist noch nicht abschließend geklärt, wird aber **wohl überwiegend bejaht** (BayObLG MittBayNot 1986, 68; OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 83. Aufl. 2024, § 181 Rn. 15; BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.2.2024, § 181 Rn. 29; Tebben, DNotZ 2005, 173; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3559a; vgl. auch Blath, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 6 Rn. 509; dagegen in jüngerer Zeit OLG Rostock, Beschl. v. 22.11.2019, BeckRS 2019, 31040 Rn. 8; LG Leipzig NotBZ 2014, 399; offenklassend für beiderseits vollmachtlose Vertretung OLG Zweibrücken MittBayNot 2012, 377, 378). Die Praxis sollte daher die Anwendung vorsorglich unterstellen. Ein Unterschied zur bloßen Anwendung des § 177 BGB ergibt sich bei der Mehrfachvertretung freilich nur dann, wenn die Beteiligten „einseitig“ vollmachtlos vertreten werden. Die Anwendung des § 181 BGB hat in diesem Fall zur Folge, dass auch der bevollmächtigt Vertretene genehmigen muss – soweit in der Vollmacht nicht bereits ausdrücklich oder konkludent eine Befreiung von den Beschränkungen des In-sich-Geschäfts enthalten ist.

Das anfragegegenständliche Problem würde sich im Übrigen auch einstellen, wenn der Vertreter zwar aufgrund Vollmacht, aber ohne Befreiung handelte.

2. Erfordernis der Befreiung des genehmigenden organschaftlichen Vertreters

a) Problemaufriss, ausgehend von der Erteilung vorgängiger Befreiung

Nach anerkanntem Rechtssatz **kann niemand mehr Rechte auf andere übertragen, als er selbst innehat** – *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (vgl. BGH NJW 1975, 1117, 1118; Ising, NZG 2011, 841). So ist etwa der nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Vertreter nicht dazu imstande, einem Unterbevollmächtigten Vollmacht mit Gestattung des In-sich-Geschäfts zu erteilen, also vorgängige Befreiung (KG NJW-RR 1999, 168 f.; LG Stuttgart BWNotZ 1995, 166; Grüneberg/Ellenberger, § 181 Rn. 18; Schöner/Stöber, Rn. 3559). Dies gilt grundsätzlich auch für die organschaftlichen Vertreter von Körperschaften oder Gesellschaften.

Fraglich ist freilich, ob man hinsichtlich der erteilten Vollmachten differenzieren muss: Der organschaftliche

Vertreter kann zum einen **Unterbevollmächtigte** zum Handeln an seiner statt bestellen, er kann zum anderen aber rechtsgeschäftliche Vertreter bestellen, die die GmbH unmittelbar, als **Direktvertreter**, vertreten (vgl. U. H. Schneider/S. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 35 Rn. 17; allg. zum Vertreter des Vertreters bei Vollmachten organschaftlicher Vertreter Blath, ZPG 2023, 167, 170 ff.). So handelt etwa bei der Prokuristenbestellung im Außenverhältnis der Geschäftsführer oder Vorstand einer GmbH bzw. AG; der Prokurist ist dennoch unmittelbarer Vertreter der Gesellschaft und nicht Untervertreter des organschaftlichen Vertreters. Es lässt sich daher behaupten, dass der Geschäftsführer/Vorstand nicht selbst befreit sein muss, um einen befreiten Prokuristen zu bestellen (Gutachten DNotI-Report 2007, 89, 90; Blath, Kap. 6 Rn. 522). Hier gibt er nämlich nicht seine Vertretungsmacht an einen Untervertreter weiter, sondern die Gesellschaft (vertreten durch ihn) erteilt eine unmittelbare Vollmacht.

Oft wird jedoch zwischen Unterbevollmächtigten und unmittelbaren Vertretern der Gesellschaft/Körperschaft nicht genauer differenziert (s. etwa BayObLG MittBayNot 1993, 150, 152; zur Genehmigung nach Verstoß gegen § 181 BGB OLG München MittBayNot 2014, 234, 235; differenzierend und offenbar aus diesem Grund die Befreiung des gesetzlichen Vertreters für unnötig haltend: LG München I NJW-RR 1989, 997, 998; KG FGPrax 2011, 55, 56; ausdr. auch Schmidt-Ott, ZIP 2007, 943, 945 f., der auf die umfassende Vertretungsmacht eines Vertretungsorgans verweist). Freilich ist es nicht ganz von der Hand zu weisen, dass sich – bei „gewöhnlichen“ Vollmachten – die Abgrenzung zwischen unmittelbarer Erteilung und Untervollmacht als formalistisch darstellen kann (nicht so bei der Prokura, die gesetzlich fest umrissen ist). Wertend betrachtet sind beide Arten von Vollmachten womöglich gleich zu beurteilen, insbesondere wenn man weniger auf den Aspekt der Rechtsmacht als auf den Aspekt der Umgehung des § 181 BGB abstellt.

Fordert man grundsätzlich die Befreiung des Vertreters, so könnte dennoch eine Ausnahme unter wertenden Gesichtspunkten gelten: Eine Ansicht aus jüngerer Zeit hält die Befreiung für entbehrlich, wenn der **bevollmächtigende und befreiende Vertreter** das Rechtsgeschäft **anstelle des Bevollmächtigten selbst** vornehmen könnte, ohne gegen § 181 BGB zu verstoßen, wobei – etwas ungenau – auch die oben zitierten Entscheidungen des KG (FGPrax 2011, 55, 56) und LG München I (NJW-RR 1989, 997, 998) in Bezug genommen werden (Erman/Finkenauer, BGB, 17. Aufl. 2023, § 181 Rn. 28; Ising, NZG 2011, 841, 844; MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 181 Rn. 54). Abschließend

geklärt ist die Frage indes nicht. So spricht sich *Krafka* (in: BeckOGK-BGB, Std.: 1.3.2024, § 181 Rn. 302) ausdrücklich gegen eine Ausnahme aus: Es müsse sich derjenige, der seinem Vertreter keine Befreiung erteile, darauf verlassen können, dass solche Befreiungen ohne seine Gestattung nicht einem noch weiter entfernten Untervertreter erteilt würden. Im Ergebnis ähnlich sieht es *Schubert* (in: MünchKommBGB, 9. Aufl. 2021, § 181 Rn. 83): Der Hauptvertreter müsse Vertretungsmacht in einem Umfang haben, der auch die Gestattung von In-sich-Geschäften des Unterververtreters umfasse. Gerade wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des Vertretenen ergebe sich dies nicht ohne Weiteres aus der Vollmacht des Hauptvertreters. Letztlich handelt es sich nach *Schubert* um eine Frage der Auslegung der Hauptvollmacht (im Fall des organschaftlichen Vertreters ginge es entsprechend um den Inhalt der gesetzlichen Vertretungsmacht; am Ende wäre also wohl schlicht das Gegebensein oder Nichtgegebensein einer Befreiung entscheidend).

Die strengere Gegenmeinung hat u. E. durchaus etwas für sich: Eigentlich kann es nicht darauf ankommen, dass der Hauptvertreter das Rechtsgeschäft ohne In-sich-Geschäft abschließen könnte, sondern nur darauf, dass sich der Untervertreter in ein In-sich-Geschäft verstrickt. Dieses zuzulassen oder nicht ist allein Sache des Vertretenen; er muss also – zumindest durch Befreiung des Vertreters – zu erkennen geben, dass er mit dem In-sich-Geschäft des Unterververtreters einverstanden ist.

b) Unterschiedliche Bewertung der Genehmigung?

Auch wenn zwischen vorgängiger Befreiung und nachträglicher Genehmigung bisweilen nicht genau differenziert wird, haben die beiden Vorgänge unterschiedliche Bedeutung. Die Befreiung bezieht sich auf den Bevollmächtigten, sie betrifft quasi seinen Status als Vertreter und die Grenzen seiner Vertretungsbefugnis. Dagegen bezieht sich die Genehmigung auf ein *Rechtsgeschäft*, das zudem bereits abgeschlossen ist. Teilweise wird dennoch argumentiert, dass die ein In-sich-Geschäft genehmigende Person selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein muss. Dies überzeugt u. E. nicht einmal wertungsmäßig: Die „statusbezogene“ Befreiung setzt den Vertreter in den Stand, eine von Anfang an wirksame Willenserklärung abzugeben. Da es sich nach allgemeinen Grundsätzen um eine eigene Willenserklärung handelt, die einen eigenen Willensbildungs- und -äußerungsvorgang in der Person des Bevollmächtigten voraussetzt, ist diesem ein besonderer Freiraum eingeräumt, der für die vertretene Person mit einem besonderen Risiko verbunden ist – insbesondere, weil ein abstrakt gegebener Interessenkonflikt in der Person des Vertreters für obsolet erklärt wird. Die vertretene Person

wird prospektiv der Bindung an ein Geschäft unterworfen, dessen konkrete Beschaffenheit im Zeitpunkt der Befreiung noch nicht endgültig absehbar ist (selbst bei einem Vertreter mit gebundener Marschrichtung nicht). Hingegen geht es bei der Genehmigung um einen retrospektiven Vorgang, bei dem der genehmigenden Person ein **bereits abgeschlossenes Rechtsgeschäft** zur Entscheidung vorliegt. Ein etwaiger Interessenkonflikt hat sich bereits verwirklicht und kann in seinen Auswirkungen beurteilt werden. In keinem Augenblick muss der Genehmigende ein besonderes Vertrauen, das ihm der Vertretene ausgesprochen hat, an eine andere Person weiterleiten. Auf eine **eigene Befreiung des Genehmigenden** dürfte es daher **nicht** mehr ankommen – soweit nicht der Genehmigung selbst wiederum ein In-sich-Geschäft innewohnt.

Diese u. E. vorzugswürdige Ansicht wird von etlichen Stimmen in Rechtsprechung und Literatur geteilt (OLG Zweibrücken MittBayNot 2012, 377 mit. zust. Anm. Auktor; LG Leipzig NotBZ 2014, 399; MünchKommBGB/Schubert, § 181 Rn. 65 f.; Schöner/Stöber, Rn. 3559a; Tebben, DNotZ 2005, 173, 179; Ising, NZG 2011, 841, 844). Sogar der BGH dürfte sich in einer jüngeren Entscheidung (DNotZ 2023, 376 Rn. 34 ff.) – implizit – dazu bekannt haben (s. Gutachten DNotI-Report 2023, 153, 154; Backhaus, jurisPR-HaGesR 5/2023 Anm. 1, lit. D). In seinem Urteil zur Selbstbestellung des AG-Vorstands zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH hat der BGH die Zuständigkeit für die Genehmigung den weiteren Vorständen zugesprochen. Eine eigene Befreiung des genehmigenden Vorstands hat der BGH dabei nicht verlangt. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung Befreiungen des Vorstands von § 181 Var. 1 BGB praktisch nicht vorgekommen sein werden. Vielmehr entsprach es der h. M., dass § 181 Var. 1 BGB von § 112 AktG völlig verdrängt werde. Die Nichtbefreiung der Vorstände war also gewissermaßen strukturell vorgegeben.

Ein **Unterschied** danach, ob die Genehmigung ein **Selbstkontrahieren** (§ 181 Var. 1 BGB) oder eine **Mehrfachvertretung** (§ 181 Var. 2 BGB) betrifft, dürfte im Übrigen nicht zu rechtfertigen sein. Im Gesetz findet sich **kein Anhaltspunkt** für eine unterschiedliche Bewertung der beiden Varianten des In-sich-Geschäfts, etwa derart, dass das Selbstkontrahieren als gefährlicher zu beurteilen wäre. Dies widerspräche auch dem prinzipiell abstrakten Zugriff der Norm.

3. Genehmigung als In-sich-Geschäft oder Umgehung eines In-sich-Geschäfts

Die dritte Frage zielt zunächst auf das Problem, dass in

der **Genehmigung ihrerseits ein In-sich-Geschäft** liegen kann (s. bereits Ziff. 2). Ob in der Genehmigung wiederum ein In-sich-Geschäft liegt, hängt in erster Linie davon ab, wem gegenüber sie erklärt wird. Gem. § 177 BGB kann die Genehmigung sowohl dem Vertreter als auch dem anderen Teil gegenüber erklärt werden. Die Genehmigung gegenüber dem personenverschiedenen Bevollmächtigten könnte daher unproblematisch sein, die Genehmigung gegenüber dem personenidentischen Vertreter des anderen Teils eine weitere Mehrfachvertretung mit sich bringen. Zu denken wäre an die Rechtsprechung vom sog. **Wahladressaten**: Wenn sowohl die eine als auch die andere Person materieller Empfänger der Erklärung sein kann und das In-sich-Geschäft bei der Abgabe gegenüber einer der Personen entfällt, dann darf diese Person als Erklärungsempfänger gewählt werden (vgl. RGZ 76, 89, 92 f.; BGH NJW 1985, 2409, 2410; BayObLGZ 1977, 76, 81; OLG Jena, Urt. v. 21.2.2007 – 6 U 283/06, Rn. 25 [juris]; BeckOK-BGB/Schäfer, § 181 Rn. 26; Grüneberg/Ellenberger, § 181 Rn. 8).

Fraglich ist jedoch, ob dies auch bei der Genehmigung einer Mehrfachvertretung gelten kann, bei der sowohl der organschaftliche Vertreter als auch der *falsus procurator* jeweils mehrfach handelt. Formal betrachtet bleibt es hier gleichermaßen dabei, dass zwei Personen denkbare Erklärungsempfänger sind und das In-sich-Geschäft bei Erklärung gegenüber dem vollmachtlosen Vertreter entfällt. Trotz grds. formaler Handhabung des § 181 BGB dürfte hier am Ende dennoch die Wertung des § 181 BGB einer Genehmigung durch den nicht befreiten Vertreter entgegenstehen. Andernfalls könnte **§ 181 BGB in der Mehrfachvertretungsvariante systematisch umgangen** werden: Die fehlende Befreiung wäre bei jeder Mehrfachvertretung unschädlich, da der mehrfachvertretende Vertreter stets einen vollmachtlosen Vertreter handeln lassen könnte, dessen Mehrfachvertretung er jeweils durch Genehmigung ihm gegenüber wirksam machen würde. Hier diene also die Auswahl des Adressaten nur dazu, ein Rechtsgeschäft, das im *Ausgangspunkt* eine verbotene Mehrfachvertretung enthielte, entgegen § 181 BGB zu ermöglichen. Im Unterschied dazu enthält das Ausgangsgeschäft in den „normalen“ Wahladressatenkonstellationen nicht bereits ein In-sich-Geschäft, sondern es wird lediglich ein In-sich-Geschäft beim Hinzutreten einer weiteren empfangsbedürftigen Erklärung vermieden.

Daraus sollte zu folgern sein, dass der Einsatz eines einzigen vollmachtlosen Vertreters für mehrere Gesellschaften mit nichtbefreiten organschaftlichen Vertretern nur dann unproblematisch ist, wenn die organschaftlichen Vertreter nicht ihrerseits personenidentisch sind. Gleiches

gilt dann, wenn zwischen den organschaftlichen Vertretern und dem *falsus procurator* ein **Bevollmächtigter** eingeschaltet ist, der mehrere Gesellschaften zugleich vertritt. Dadurch wird das Problem u. E. nur um eine Ebene verschoben.

4. Ergebnis

Unseres Erachtens muss der gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertreter einer Gesellschaft nicht selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein, wenn er ein namens der Gesellschaft abgeschlossenes In-sich-Geschäft genehmigt und nicht gerade die Genehmigung wiederum als In-sich-Geschäft zu werten ist.

Ob die Genehmigung ein Selbstkontrahieren (§ 181 Var. 1 BGB) oder eine Mehrfachvertretung (§ 181 Var. 2 BGB) betrifft, ist u. E. nicht entscheidend. Es gibt keinen Anhaltspunkt für eine unterschiedliche Bewertung.

Für problematisch erachten wir es, wenn die Gesellschaftsvertreter, die die Mehrfachvertretung des *falsus procurator* genehmigen, ihrerseits personenidentisch und nicht vom Verbot der Mehrfachvertretung befreit sind. Hier kann es wertend betrachtend nicht zulässig sein, dass diese Vertreter, die die jeweilige Gesellschaft selbst nicht als Mehrfachvertreter hätten vertreten können, das In-sich-Geschäft durch Erklärung der Genehmigung gegenüber dem handelnden Mehrfachvertreter wirksam werden lassen.