

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

---

Band 111

**§ 181 BGB  
und die organschaftliche Vertretung  
von Kapitalgesellschaften**

Von

**Philipp Schanze**



**Duncker & Humblot · Berlin**

PHILIPP SCHANZE

§ 181 BGB und die organschaftliche Vertretung  
von Kapitalgesellschaften

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 111

§ 181 BGB  
und die organschaftliche Vertretung  
von Kapitalgesellschaften

Von

Philipp Schanze



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit  
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D6

Alle Rechte vorbehalten  
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626  
ISBN 978-3-428-15356-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-55356-3 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85356-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Patrick*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis August 2017 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt Frau Professorin Dr. Frauke Wedemann, die diese Arbeit angeregt und mit Engagement, wertvollen Ratschlägen sowie Schaffung bester Rahmenbedingungen zum wissenschaftlichen Arbeiten hervorragend betreut hat. Herrn Professor Dr. Ingo Saenger danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus danke ich ganz besonders meiner Familie, allen voran meinen Eltern, für ihre vorbehaltlose Unterstützung sowie ihren Zuspruch während meiner gesamten Ausbildungszeit und der Entstehung dieser Arbeit.

Recklinghausen, im September 2017

*Philipp Schanze*



# Inhaltsübersicht

## *1. Kapitel*

### **Einleitung** 19

§ 1 Einführung in die Problemstellung ..... 19

§ 2 Gegenstand und Ziel der Untersuchung ..... 21

§ 3 Gang der Untersuchung ..... 22

## *2. Kapitel*

### **Neubetrachtung des § 181 BGB bei der organschaftlichen Vertretung** 23

§ 1 Zweck der Vorschrift ..... 23

§ 2 Anwendungsbereich im Gesellschaftsrecht ..... 40

§ 3 Tatbestand und Rechtsfolgen ..... 54

§ 4 Zentrale Problembereiche bei der organschaftlichen Vertretung und deren  
Auswirkungen ..... 71

## *3. Kapitel*

### **Reformüberlegungen** 214

§ 1 Überlegungen *de lege lata* ..... 214

§ 2 Überlegungen *de lege ferenda* ..... 233

## *4. Kapitel*

### **Zusammenfassung** 245

**Literaturverzeichnis** ..... 252

**Stichwortverzeichnis** ..... 266



# Inhaltsverzeichnis

## *1. Kapitel*

<b>Einleitung</b>	19
§ 1 Einführung in die Problemstellung	19
§ 2 Gegenstand und Ziel der Untersuchung	21
§ 3 Gang der Untersuchung	22

## *2. Kapitel*

<b>Neubetrachtung des § 181 BGB bei der organschaftlichen Vertretung</b>	23
§ 1 Zweck der Vorschrift	23
I. Schutz des Vertretenen	23
II. Schutz der Rechtssicherheit	25
1. Das Meinungsspektrum in Judikatur und Schrifttum	25
2. Kritische Würdigung der Argumentation	27
a) Das Argument der Entstehungsgeschichte	28
b) Das Argument der Formalisierung	30
c) Das Argument der hypothetischen Alternativregelung	32
d) Zwischenergebnis	33
III. Gläubigerschutz	34
1. Das Meinungsspektrum in Judikatur und Schrifttum	34
2. Kritische Würdigung der Argumentation	36
IV. Zwischenfazit	39
§ 2 Anwendungsbereich im Gesellschaftsrecht	40
I. Persönlicher Anwendungsbereich	40
II. Gegenständlicher Anwendungsbereich	41
III. Sondervorschriften	42
1. § 112 AktG	42
a) Anwendungsbereich	43
aa) Wirtschaftliche Identität zwischen Vorstandsmitglied und Drittem	44

bb) Amtierende, künftige und ausgeschiedene Vorstandsmitglieder sowie nahestehende Personen .....	46
b) Rechtsfolge .....	47
aa) Nichtigkeit nach § 134 BGB .....	47
bb) Schwebende Unwirksamkeit nach § 177 ff. BGB .....	48
2. § 89 Abs. 1 AktG .....	49
a) Bedeutung der Vorschrift neben § 112 AktG .....	50
b) Anwendungsbereich .....	51
c) Rechtsfolge .....	51
3. § 43a GmbHG .....	52
§ 3 Tatbestand und Rechtsfolgen .....	54
I. Tatbestand .....	54
1. Grundfall .....	54
a) Selbstkontrahieren und Mehrvertretung .....	54
b) Ausnahmen .....	55
c) Erkennbarkeit .....	57
2. Einschränkungen und Erweiterungen des Tatbestands .....	59
a) Einschränkungen des Tatbestands .....	60
aa) Lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte .....	60
bb) Einpersonen-GmbH .....	61
cc) Determinierter Geschäftsinhalt aufgrund Vollmacht oder Weisung im Innenverhältnis .....	62
b) Erweiterungen des Tatbestands .....	63
aa) Einschaltung eines Untervertreeters .....	63
bb) Ermächtigung bei Gesamtvertretung .....	65
(1) Analoge Anwendung des § 181 BGB .....	66
(2) Keine analoge Anwendung des § 181 BGB .....	66
(3) Sonderfall: Einpersonen-Gesellschaft .....	68
c) Zwischenfazit .....	68
II. Rechtsfolge: Schwebende Unwirksamkeit .....	69
III. Beweislast .....	71
§ 4 Zentrale Problembereiche bei der organschaftlichen Vertretung und deren Auswir- kungen .....	71
I. Anwendbarkeit der Norm .....	72
1. Wirtschaftliche Identität .....	72
a) Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 181 BGB .....	72
b) Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts .....	74

- 2. Vollmachtloser Vertreter ..... 75
  - a) Einseitig vollmachtlose Vertretung ..... 75
    - aa) Der *falsus procurator* als Vertreter im Sinne der Vorschrift ..... 76
    - bb) Möglichkeit einer teleologischen Reduktion ..... 78
      - (1) Keine Gefahr für die Vermögensinteressen der Vertretenen ..... 78
      - (2) Kein abstrakt-genereller Ausschluss eines Interessenkonflikts .... 79
      - (3) Teleologische Reduktion nur bei Offenlegung der fehlenden Vertretungsmacht ..... 80
      - (4) Stellungnahme ..... 81
  - b) Allseitig vollmachtlose Vertretung ..... 83
  - c) Auswirkungen der Problematik ..... 84
- 3. Anwendbarkeit bei der Mehrvertretung im Konzern ..... 85
  - a) Anwendbarkeit in Vertragskonzern und faktischem Aktienkonzern ..... 86
    - aa) Verdrängung durch die §§ 291 ff. AktG oder teleologische Reduktion ..... 86
    - bb) Stellungnahme ..... 88
      - (1) Vertragskonzern ..... 88
      - (2) Faktischer Aktienkonzern ..... 91
  - b) Anwendbarkeit im faktischen GmbH-Konzern ..... 92
    - aa) Teleologische Reduktion des § 181 Var. 2 BGB ..... 93
    - bb) Stellungnahme ..... 95
      - (1) Vorliegen der Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion ... 95
      - (2) Anwendbarkeit des § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG ..... 96
      - (3) Fazit ..... 98
  - c) Ursachen und Auswirkungen der Problematik ..... 99
- 4. Einpersonen-GmbH ..... 100
  - a) Abschluss durch den Alleingesellschafter ..... 100
  - b) Abschluss durch einen Fremdgeschäftsführer ..... 102
  - c) Ursache und Auswirkungen der Problematik ..... 104

II. Wirksamkeit der Befreiung ..... 105

- 1. Erfordernis einer Satzungsgrundlage ..... 105
  - a) Mehrpersonen-GmbH ..... 106
    - aa) Satzungserfordernis bei genereller Befreiung ..... 106
    - bb) Kein Satzungserfordernis bei genereller Befreiung ..... 107
  - b) Einpersonen-GmbH ..... 109
    - aa) Satzungserfordernis bei Befreiung im Einzelfall ..... 109
    - bb) Kein Satzungserfordernis bei Befreiung in der Einpersonen-GmbH ... 111
  - c) Stellungnahme und Auswirkungen der Problematik ..... 112
    - aa) Möglichkeiten des Wirksamwerdens von Rechtsgeschäften ..... 113
    - bb) Befreiung des Fremdgeschäftsführers in der Einpersonen-GmbH .... 115

cc) Schwierigkeiten beim Erkennen der notwendigen Befreiungsmaßnahmen	115
dd) Sonderfall: Anstellungsvertrag	117
2. Eintragungspflicht im Handelsregister	117
a) Das Meinungsspektrum in Judikatur und Schrifttum	118
b) Stellungnahme	120
aa) Genetische Auslegung	120
bb) Teleologische Auslegung	122
cc) Fazit: Eintragungsfähigkeit, aber keine Eintragungspflicht	124
c) Folgefragen der Problematik	125
aa) Anforderungen an die Eintragung	126
bb) Wirkung der Eintragung	127
(1) Befreiung durch Satzungsänderung	128
(2) Befreiung unmittelbar durch die Satzung	128
(3) Befreiung durch Beschluss aufgrund einer Öffnungsklausel	128
(4) Zusammenfassende Einordnung	129
cc) Anwendbarkeit des § 15 HGB	130
dd) Zwischenfazit	132
3. Fortgeltung	132
a) Umwandlung in eine Einpersonen-Gesellschaft	132
b) Liquidation der Gesellschaft	134
aa) Fortgeltung der Befreiung der Geschäftsführer im Liquidationsstadium	135
bb) Geltung der Befreiungsermächtigung auch für Liquidatoren	137
cc) Auswirkungen der Problematik	138
4. Doppelstöckige Vertretungsverhältnisse	140
a) Das Meinungsspektrum in Judikatur und Schrifttum	141
b) Kritische Würdigung der Ansätze	143
c) Ursache und Auswirkungen der Problematik	147
III. Wirksamkeit der Genehmigung	148
1. Genehmigung durch den selbst nicht befreiten Geschäftsführer	149
2. Auswirkungen der Problematik	150
IV. GmbH & Co. KG	151
1. Die rechtliche Ausgangssituation in der GmbH & Co. KG	151
2. Wirksamkeit von Rechtsgeschäften zwischen den beteiligten Rechtssubjekten	152
a) Rechtsgeschäfte zwischen Geschäftsführer und GmbH	153
b) Rechtsgeschäfte zwischen Geschäftsführer und KG	153
aa) Rechtslage in der mehrgliedrigen GmbH & Co. KG	154
bb) Sonderfall: Einpersonen-GmbH & Co. KG	157
(1) Ausschluss der teleologischen Reduktion durch § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG	157

- (2) Zwischenergebnis ..... 159
  - c) Rechtsgeschäfte zwischen Komplementär-GmbH und KG ..... 160
    - aa) Verhältnis des Geschäftsführers zu GmbH und KG ..... 160
    - bb) Verhältnis der GmbH zur KG ..... 161
      - (1) Unanwendbarkeit des § 181 BGB zwischen KG und GmbH ..... 162
      - (2) Anforderungen an eine teleologische Reduktion im Verhältnis zwischen KG und GmbH ..... 162
        - (a) Ausschluss eines Interessenkonflikts auf Ebene der GmbH ... 162
        - (b) Umgehung des § 181 BGB ..... 164
      - (3) Ergebnis ..... 164
  - d) Rechtsgeschäfte zwischen zwei GmbH & Co. KG ..... 165
    - aa) Verschiedene Komplementärinnen mit demselben Geschäftsführer ... 165
    - bb) Identische Komplementärin ..... 166
  - e) Anforderungen an die Gestattung ..... 166
    - aa) Befreiung des Geschäftsführers durch die Komplementär-GmbH ..... 167
    - bb) Befreiung der Komplementär-GmbH und des Geschäftsführers durch die KG ..... 167
      - (1) Befreiung durch einen anderen Geschäftsführer der GmbH ..... 167
      - (2) Befreiung durch die Gesellschafter der GmbH ..... 168
      - (3) Befreiung durch Vertragsdurchbrechung im Einzelfall ..... 169
    - cc) Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister ..... 170
- 3. Auswirkungen der Problematik ..... 173

- V. Beteiligung ausländischer Gesellschaften ..... 174
- 1. Anwendbarkeit des § 181 BGB ..... 174
  - a) Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ..... 175
    - aa) Das Geschäftsstatut ..... 175
    - bb) Das Vollmachtsstatut ..... 175
    - cc) Reichweite des Vollmachtsstatuts ..... 177
    - dd) Folgen für die Vornahme von Insichgeschäften ..... 177
  - b) Organschaftliche Vertretung ..... 178
    - aa) Das Gesellschaftsstatut ..... 178
    - bb) Reichweite des Gesellschaftsstatuts ..... 179
    - cc) Folgen für die Vornahme von Insichgeschäften ..... 179
    - dd) Rechtsvergleichender Rundblick in europäische Rechtsordnungen ... 180
      - (1) Rechtsordnungen mit vergleichbarer Regelung – insbesondere Italien ..... 180
      - (2) Österreich ..... 183
      - (3) Schweiz ..... 184
      - (4) Frankreich ..... 186

(5) Vereinigtes Königreich	189
(a) Vertretung der britischen Kapitalgesellschaft	190
(b) Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften mit <i>directors</i>	193
(c) Generelle Regelung – Interessenkonflikt und <i>self-dealing</i>	194
(d) Spezialvorschriften	197
(e) Vergleich mit der deutschen Rechtslage	198
(6) Ergebnis des rechtsvergleichenden Rundblicks	200
2. Eintragungsfähigkeit und -pflichtigkeit im Handelsregister	200
a) Geschäftsführendes Organ der ausländischen Gesellschaft	201
aa) Eintragungsfähigkeit zum Schutz des Rechtsverkehrs	202
bb) Keine Eintragungsfähigkeit	202
cc) Eintragungsfähigkeit einer Befreiung von entsprechenden Beschränkungen des ausländischen Rechts	204
b) Ständiger Vertreter der Zweigniederlassung	205
3. Auswirkungen der Problematik	206
VI. Zwischenfazit: Defizite der Regelung des § 181 BGB	207
1. Intransparenz	208
a) Anwendbarkeit und Behandlung des Tatbestands	208
b) Grundsätze der Handelsregistereintragung	209
c) Rechtsfolge: Unerkannt unwirksame Rechtsgeschäfte	209
2. Reichweite der Vorschrift	211
a) Keine umfassende Regelung von relevanten Interessenkonflikten	211
b) Strenge Rechtsfolge unabhängig vom tatsächlichen Bestehen eines Interessenkonflikts	212

### 3. Kapitel

<b>Reformüberlegungen</b>	214
§ 1 Überlegungen <i>de lege lata</i>	214
I. Verlagerung von Entscheidungskompetenzen	215
II. Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte	215
III. Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht	215
1. Anwendungsbereich und Voraussetzungen	216
a) Kollusion	216
b) Evidenz	217
2. Rechtsfolgen eines Missbrauchs	218
3. Insichgeschäfte als Missbrauch der Vertretungsmacht	219
a) Kollusives Insichgeschäft	219
b) Insichgeschäft unter Überschreitung der Vertretungsbefugnis	219
4. Eignung als Beschränkung für Insichgeschäfte organschaftlicher Vertreter	221

- IV. Organschaftliche Treuepflicht ..... 222
  - 1. Treuepflicht bei Insichgeschäften ..... 224
  - 2. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht beim Insichgeschäft ... 225
  - 3. Eignung als Beschränkung für Insichgeschäfte organschaftlicher Vertreter ... 226
    - a) Organschaftliche Treuepflicht beim Selbstkontrahieren ..... 227
    - b) Organschaftliche Treuepflicht bei der Mehrvertretung ..... 227
- V. Ausschluss des organschaftlichen Stimmrechts ..... 228
  - 1. Ausschluss des organschaftlichen Stimmrechts bei Insichgeschäften ..... 229
    - a) Geltung des Stimmverbots für Vertreter in der Gesellschafterversammlung 230
    - b) Übertragbarkeit des Stimmverbots auf Abstimmungen im Kollegialorgan 231
  - 2. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen ein Stimmverbot bei Insichgeschäften ... 232
  - 3. Eignung als Beschränkung von Insichgeschäften organschaftlicher Vertreter 232
- VI. Zwischenfazit ..... 233
- § 2 Überlegungen *de lege ferenda* ..... 233
  - I. Abschaffung von § 181 BGB und § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG ..... 234
    - 1. Unanwendbarkeit von § 181 BGB bei der organschaftlichen Vertretung ..... 234
    - 2. Abschaffung von § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG ..... 235
  - II. Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte ..... 235
  - III. Verlagerung von Entscheidungskompetenzen ..... 236
  - IV. Abschwächung der Rechtsfolge von Unwirksamkeit zu Anfechtbarkeit ..... 237
    - 1. Allgemeine Vorteile der Anfechtungslösung ..... 238
    - 2. Vorteile der Anfechtungslösung für die erörterten Problembereiche ..... 240
      - a) Anwendbarkeit der Norm ..... 240
      - b) Wirksamkeit von Befreiung und Genehmigung ..... 240
      - c) § 181 BGB in der GmbH & Co. KG ..... 241
      - d) Beteiligung ausländischer Gesellschaften ..... 241
      - e) Abmilderung der Defizite von § 181 BGB ..... 242
    - 3. Nahtlose Einfügung in die Regelungssystematik des Zivilrechts ..... 242
      - a) Anordnung der schwebenden Unwirksamkeit im Recht der Willenserklärungen ..... 243
      - b) Einfügung in die Systematik der Anfechtungsrechte ..... 243
  - V. Ergebnis der Überlegungen *de lege ferenda* ..... 244

*4. Kapitel*

**Zusammenfassung** ..... 245

**Literaturverzeichnis** ..... 252

**Stichwortverzeichnis** ..... 266



## 1. Kapitel

# Einleitung

## § 1 Einführung in die Problemstellung

Vertritt eine Person die Vermögensinteressen von anderen natürlichen oder juristischen Personen, kommt es unweigerlich zu Interessenkonflikten, wenn sich die persönliche Sphäre des Vertreters mit den von ihm wahrzunehmenden Interessen Dritter überschneidet. Ebenso problematisch ist es, wenn die Interessen zweier natürlicher oder juristischer Personen kollidieren, die von derselben Person vertreten werden. Der Vertreter läuft in diesen Fällen Gefahr, seine eigenen Interessen bzw. die Interessen eines von zwei Vertretenen gegenüber denen des (anderen) von ihm Vertretenen zu dessen Schaden zu bevorzugen.

Im Kapitalgesellschaftsrecht treten solche Situationen mit beständiger Regelmäßigkeit auf, da die juristischen Personen mangels eigener Handlungsfähigkeit von anderen (natürlichen) Personen vertreten werden. Dass dabei die Tendenz besteht, die eigenen Vermögensinteressen sorgfältiger zu schützen als diejenigen der vertretenen Gesellschaft, hat *Adam Smith* in seinem epochemachenden Werk *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* aus dem Jahr 1776 festgestellt:

„The directors of such companies, however, being the managers rather of other people’s money than of their own, it cannot well be expected, that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own. [...] Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company.“<sup>1</sup>

Wenn nun die grundsätzliche Neigung, mit fremdem Vermögen fahrlässiger und verschwenderischer umzugehen als mit eigenem, nach Adam Smith mehr oder weniger groß ist, dann ist die Gefahr, die eigenen Vermögensinteressen den fremden in einem konkreten Kollisionsfall vorzuziehen, wohl noch größer. Darüber hinaus ist es für einen Vertreter nur schwer realisierbar, zwei von ihm zu wahrende, sich gegenüberstehende Interessenssphären so gleichmäßig zu behandeln, dass beide optimal zur Geltung kommen.

Diesem Konfliktpotenzial bei rechtsgeschäftlichem Handeln des Vertreters fremder Vermögensinteressen mit sich selbst als Privatperson oder als Vertreter eines weiteren Dritten (sog. Insichgeschäfte) begegnet das deutsche Recht in § 181 BGB

---

<sup>1</sup> Book V, Ch. I, Part III, Art. 1.2.

mit der Anordnung, dass ein Vertreter ein Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten nur dann wirksam vornehmen kann, wenn es ihm von dem Vertretenen gestattet ist oder das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Wörtlich lautet § 181 BGB:

„Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.“

Nachdem zuvor noch umstritten war, ob der Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst begrifflich überhaupt möglich ist,<sup>2</sup> wurde diese Vorschrift mit Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900 geschaffen. In ihrer mehr als 100-jährigen Geschichte ist die Norm unverändert geblieben, war aber stets Gegenstand von Kontroversen und hat insbesondere in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts große Aufmerksamkeit in Rechtsprechung und Schrifttum erfahren. Waren die Anwendungsfälle des § 181 BGB zunächst im bürgerlichen Recht zu suchen, wurden sie immer mehr von gesellschaftsrechtlichen Fragen verdrängt, bis der Hauptanwendungsbereich der Vorschrift im Gesellschaftsrecht lag.<sup>3</sup> In diesem Bereich hat der Gesetzgeber die Bedeutung der Vorschrift im Jahr 1980 durch Einführung des § 35 Abs. 4 GmbHG a.F.<sup>4</sup> verstärkt, wonach § 181 BGB auch auf Rechtsgeschäfte des Alleingesellschafter-Geschäftsführers mit der Gesellschaft anwendbar ist. Spätestens seit diesem Zeitpunkt wird § 181 BGB als eine der schwierigsten und problemträchtigsten Vorschriften des BGB bei der Vertretung im Gesellschaftsrecht angesehen. So stellte *Kirstgen* fest, dass es zur in der Praxis bedeutsamen und zugleich höchst problematischen Vorschrift des § 181 BGB eine kaum noch überschaubare Rechtsprechung und ein reichhaltiges Schrifttum gebe.<sup>5</sup> *Lichtenberger* bezeichnete die Vorschrift als schlafenden Riesen, der, wenn er aufwacht, tückische Fallstricke im Rechtsverkehr liefere.<sup>6</sup> Auch heute zählt § 181 BGB als besonders problematische Regelung<sup>7</sup> zu den schwierigsten und zugleich gefährlichsten Normen des BGB,<sup>8</sup> bei der den Beteiligten häufig das nötige Problembewusstsein fehlt und ein Verstoß gravierende Folgen nach sich zieht.<sup>9</sup>

Diesen Ruf hat sich § 181 BGB aufgrund der komplexen und vielschichtigen Konstellationen bei der Vertretung im Kapitalgesellschaftsrecht im Zusammenspiel

---

<sup>2</sup> Dazu im Einzelnen *Rümelin*, Das Selbstcontrahieren des Stellvertreters.

<sup>3</sup> Dazu *R. Fischer*, in: Festschrift Hauß, 61, 63; *Höpfner*, NZG 2014, 1174.

<sup>4</sup> Heute § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG.

<sup>5</sup> *Kirstgen*, MittRhNotK 1988, 219.

<sup>6</sup> *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470.

<sup>7</sup> *Höpfner*, NZG 2014, 1174.

<sup>8</sup> *Rawert/Endres*, ZIP 2015, 2197.

<sup>9</sup> *Hauschild/Kallrath/Wachter/Schmiegelt/Schmidt*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 28 Rn. 73 f.

mit § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG erworben, sodass die entstehenden Probleme in ihren Einzelheiten als verworren und unübersichtlich bezeichnet werden.<sup>10</sup> Diese Arbeit wird zeigen, dass § 181 BGB sein Ruf berechtigterweise anhaftet. Sie wird zugleich darlegen, wie die Vorschrift zu bändigen ist, damit über den Fallstrick des berühmterberechtigten Insihgeschäfts zukünftig nicht mehr allzu viele Vorstände und Geschäftsführer stolpern.<sup>11</sup>

## § 2 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung nimmt sich daher der Problematik der Insihgeschäfte in dem speziellen Bereich der organschaftlichen Vertretung von Kapitalgesellschaften an. Sie konzentriert sich auf die Vertretung der beiden bedeutendsten Arten von Kapitalgesellschaften, namentlich der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft, im Außenverhältnis. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Vertretung der GmbH durch ihren Geschäftsführer. An der Schnittstelle zum Personengesellschaftsrecht wird zudem die Vertretung in der GmbH & Co. KG untersucht.

Da ausschließlich die organschaftliche Vertretung im Außenverhältnis betrachtet wird, bleibt alles, was sich im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern abspielt und daher nicht im direkten Zusammenhang mit der organschaftlichen Vertretung steht, außen vor. Nicht unter den Untersuchungsgegenstand fallen demnach Rechtsfragen rund um die Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Gesellschafterbeschlüssen<sup>12</sup> und der Selbstbestellung<sup>13</sup> zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft. Fragen, die sich aufgrund von Besonderheiten des Minderjährigen- und Familienrechts ergeben, bleiben ebenso unberücksichtigt. Schließlich wird auch die Spezialmaterie der sog. *Related Party Transactions* ausgeklammert.<sup>14</sup>

Ziel der Untersuchung ist es, dem Aufruf von *Hauschild*<sup>15</sup> folgend, einen wesentlichen Beitrag zur Diskussion um die Berechtigung des Regelungsgehalts des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht zu leisten. Diese Diskussion ist, anders als von *Hauschild* erhofft, noch nicht recht in Fahrt gekommen. Das mag daran liegen, dass im rechtswissenschaftlichen Schrifttum noch zu wenig getan worden ist, um Struktur und Licht in das Dunkel des § 181 BGB zu bringen und die praktische Handhabbarkeit der Vorschrift zu erleichtern.<sup>16</sup> Diese bislang in strukturierter, umfassender

---

<sup>10</sup> So MüKo GmbHG/*Stephan/Tieves*, § 35 Rn. 174.

<sup>11</sup> Vgl. *Peter C. Fischer* auf faz.net vom 3. Oktober 2006.

<sup>12</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Schilken*, § 181 Rn. 23 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> Dazu *Cramer*, NZG 2012, 765; *Schemmann*, NZG 2008, 89.

<sup>14</sup> Siehe dazu etwa *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7 ff.; *Fleischer*, BB 2014, 2691 ff.; *Veil*, NZG 2017, 521 ff.; *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273 ff.

<sup>15</sup> *Hauschild*, ZIP 2014, 954.

<sup>16</sup> Vgl. zu Versuchen *Hauschild*, ZIP 2014, 954, 956.