

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

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
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 <i>falsus procurator</i> 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

Reformüberlegungen	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.“¹

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

¹ 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,² 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.³ In diesem Bereich hat der Gesetzgeber die Bedeutung der Vorschrift im Jahr 1980 durch Einführung des § 35 Abs. 4 GmbHG a.F.⁴ 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.⁵ *Lichtenberger* bezeichnete die Vorschrift als schlafenden Riesen, der, wenn er aufwacht, tückische Fallstricke im Rechtsverkehr liefere.⁶ Auch heute zählt § 181 BGB als besonders problematische Regelung⁷ zu den schwierigsten und zugleich gefährlichsten Normen des BGB,⁸ bei der den Beteiligten häufig das nötige Problembewusstsein fehlt und ein Verstoß gravierende Folgen nach sich zieht.⁹

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

² Dazu im Einzelnen *Rümelin*, Das Selbstcontrahieren des Stellvertreters.

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

⁴ Heute § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG.

⁵ *Kirstgen*, MittRhNotK 1988, 219.

⁶ *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470.

⁷ *Höpfner*, NZG 2014, 1174.

⁸ *Rawert/Endres*, ZIP 2015, 2197.

⁹ *Hauschild/Kallrath/Wachter/Schmiegel/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.¹⁰ Diese Arbeit wird zeigen, dass § 181 BGB sein Ruf berechtigterweise anhafet. 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.¹¹

§ 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 Gesellschafterbeschlüssen¹² und der Selbstbestellung¹³ 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.¹⁴

Ziel der Untersuchung ist es, dem Aufruf von *Hauschild*¹⁵ 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.¹⁶ Diese bislang in strukturierter, umfassender

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

¹¹ Vgl. *Peter C. Fischer* auf faz.net vom 3. Oktober 2006.

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

¹³ Dazu *Cramer*, NZG 2012, 765; *Schemmann*, NZG 2008, 89.

¹⁴ 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.

¹⁵ *Hauschild*, ZIP 2014, 954.

¹⁶ Vgl. zu Versuchen *Hauschild*, ZIP 2014, 954, 956.