

A. Einführung

I. Problemstellung

Das Recht der Stellvertretung geht in seinem klassischen Verständnis davon aus, dass rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters für den Vertretenen gegenüber einem Dritten stattfindet. Die Vorstellung, dass „*sich das Geschäft im Gehirn des Vertreters abspielt und nur dort beide Geschäftsbeteiligte gedanklich gegeneinander auftreten*“¹, war bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs umstritten und wurde in weiten Teilen schon begrifflich für ausgeschlossen gehalten.² Der Gesetzgeber entschied sich mit § 181 BGB jedoch für die rechtliche Anerkennung des sog. „Insichgeschäfts“ – dem Oberbegriff der beiden Erscheinungsformen des § 181 BGB³ – und bekräftigte einmal mehr das Bestreben nach weitestgehender Privatautonomie. Zwar wird oft vom Selbstkontrahierungsverbot gesprochen,⁴ jedoch ist § 181 BGB gerade nicht als Verbotsnorm aufzufassen, sondern als Beschränkung des rechtlichen Könnens des Vertreters.⁵ Hiervon werden im Tatbestand zwei Fälle ausgenommen, die (*ex ante*) zur Zulässigkeit von Insichgeschäften führen. In § 181 BGB wird daher keine generelle Missbilligung von Insichgeschäften statuiert.⁶ Neben der Erfüllung von Verbindlichkeiten sind im Fall der Gestattung durch den Vertretenen Rechtsgeschäfte des Vertreters wirksam, die er im Namen des Vertretenen mit sich

¹ *Medicus / Petersen*, BGB AT, Rn. 954; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193.

² *Staudinger / Schilken*, § 181 BGB, Rn. 1; *Flume*, Rechtsgeschäft, § 48, S. 815; *Siems*, S. 4; *Kiehmler*, AcP 212, 890 f.

³ *Hadding* in FS Merle, S. 143; *Hildebrandt*, S. 3.

⁴ So etwa OLG Celle GmbHR 200, 1098; KG NZG 2006, 718; OLG Köln NJOZ 2013, 2002; *Blasche / König*, NZG 2012, 812.

⁵ *Kreutz* in FS Mühl, S. 409; *Jauerig / Mansel*, § 181 BGB, Rn. 1.

⁶ Vgl. a. *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 206.

A. Einführung

selbst im eigenen Namen (Fall des Selbstkontrahierens) oder als Vertreter eines Dritten (Fall der Mehrfachvertretung) abschließt. Für den Vertreter besteht somit die Möglichkeit, als einziger Beteiligter ein Rechtsverhältnis zu gestalten, wodurch sich – als zentrales Problem des Insigeschäfts – die Gefahr der Interessenkollision ergibt. Infolgedessen besteht der Zweck des Verbots in erster Linie in der Verhinderung von Nachteilen für den Vertretenen.⁷

Die daraus resultierende „*Außergewöhnlichkeit des Selbstkontrahierens*“⁸ führt, nicht zuletzt wegen des abstrakt gefassten Wortlauts des § 181 BGB, zu Problemen in Hinblick auf Reichweite und Grenzen des Anwendungsbereichs.

Das in § 181 BGB verankerte Verbot des Insigeschäfts gilt wegen seiner Stellung im Allgemeinen Teil für das gesamte BGB und ist darüber hinaus ein allgemeingültiges Rechtsprinzip für das ganze Zivilrecht unter Einschluss des Gesellschaftsrechts.⁹

Das Recht der Stellvertretung ist Wesensmerkmal des Gesellschaftsrechts. Unabhängig, ob die Gesellschaft „durch ihre Organe handelt“ oder „durch ihre Organe vertreten wird“, ist das Vertretungsrecht in zumindest sinngemäßer Anwendung Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit von juristischen Personen im Rechtsverkehr. Hierbei enthält insbesondere § 181 BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auch auf das Vertretungsorgan juristischer Personen bzw. anderer Personen, die mit juristischen Personen Rechtsgeschäfte abschließen, anwendbar ist.¹⁰ Bei der organschaftlichen Vertretung kommt es daher häufig zur Konstellation eines Insigeschäfts und § 181 BGB erlangt „*im Gesellschaftsrecht unter verschiedenen Aspekten besondere Bedeutung*“¹¹.

⁷ *Lobinger*, AcP 213, 367; *Kreutz* in FS Mühl, S. 410.

⁸ *Flume*, Rechtsgeschäft, § 48, S. 816

⁹ Vgl. *Prütting / Wegen / Weinreich / Prütting*, § 181 BGB, Rn. 3; *jurisPK-BGB / Weinland*, § 181, Rn. 2; *Erman / Finkenauer*, § 181 BGB, Rn. 4; *Tiedtke*, S. 44.

¹⁰ BGHZ 33, 189, 190; BGH NJW 1971, 1355, 1356; *Fröhler*, BWNotZ 2006, 97, 106.

¹¹ So *Saudinger / Schilken*, § 181 BGB, Rn. 22.

Es sei bereits an dieser Stelle auf Fallkonstellationen verwiesen, bei denen das Verbot des Insihgeschäfts spezifische gesellschaftsrechtliche Probleme aufwirft und sich die Frage einer praxisgerechten Handhabung stellt.

So trifft man in Konzernkonstellationen häufig auf Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder, die aus Gründen einer effektiven Konzernleitung sowohl Organmitglied der Muttergesellschaft als auch der Tochter- und Enkelgesellschaften sind.¹²

Daneben findet § 181 BGB Anwendung, wenn sich ein Gesellschafter, der von anderen Gesellschaftern zu ihrer Vertretung in Gesellschafterversammlungen bevollmächtigt ist, mit den Stimmen seiner Vollmachtgeber zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt.¹³ Nach § 35 Abs. 3 GmbHG ist ein Gesellschafter-Geschäftsführer stets den Beschränkungen des § 181 BGB unterworfen, wenn er mit der von ihm vertretenen Gesellschaft kontrahiert. Vielfältige In-Sich-Konstellationen stellen sich insbesondere auch bei der GmbH & Co. KG, bei der die Anwendung des § 181 BGB durch die Mehrgliedrigkeit nur schwer überschaubar ist. Auch im Rahmen der Beschlussfassung innerhalb der Gesellschaft stellt sich die Frage, inwieweit ein Stimmrechtsvertreter den Beschränkungen des § 181 BGB unterworfen ist.

Der in der gesellschaftsrechtlichen Praxis oft als lästig empfundene § 181 BGB erfährt bisweilen nur geringe Beachtung, sodass oft in formelhafter Weise „von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit“ wird. Während auf der einen Seite der großzügige Gebrauch von der Befreiungsmöglichkeit die Gefahr des Missbrauchs,¹⁴ insbesondere im Hinblick auf das Gesellschaftsvermögen, begünstigt, führt auf der anderen Seite jeder Verstoß gegen § 181 BGB zur schwebenden Unwirksamkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts und den damit ver-

¹² Vgl. i. Z. m. § 181 BGB z. B. BGH NZG 2023, 567; BayObLG NJW-RR 2001; 469; LG Berlin NJW-RR 1997, 1543.

¹³ BGHZ 112, 339, 341.

¹⁴ So *Peters*, ZNotP 2006, 89.

A. Einführung

bundenen Folgen.¹⁵ So wird etwa ein verbotswidriges Insichgeschäft zwischen einer GmbH und deren Gesellschafter-Geschäftsführer steuerlich als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt, dem das steuerliche Rückwirkungsverbot im Fall einer nachträglichen Genehmigung des Rechtsgeschäfts nur dann nicht entgegensteht, wenn dem Rechtsgeschäft von vornherein abgeschlossene Vereinbarungen zugrunde liegen.¹⁶ Auch bei Unternehmenstransaktionen kann beispielsweise ein früherer konzerninterner Erwerb von Geschäftsanteilen, der mit dem Mangel der schwebenden Unwirksamkeit behaftet ist, bei einer späteren Veräußerung nur schwer behoben werden, da oftmals infolge von Umstrukturierungsmaßnahmen wie Verschmelzungen oder Spaltungen die Rechtsnachfolger der damalig beteiligten Gesellschaften nur schwer zu ermitteln sind. Zu solchen Vorgängen – zum Beispiel aufgrund einer unerkannt fehlenden Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB – kann es bei einer nach Musterprotokoll gegründeten GmbH kommen. Die Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB gilt nach der Rechtsprechung nicht fort, wenn ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird.¹⁷

Insofern entpuppt sich das Verbot des Insichgeschäfts nach § 181 BGB zu einer versteckten Haftungsfalle für die kautelarjuristische Praxis¹⁸ und soll Anlass sein, die Bedeutung und Reichweite des Insichgeschäfts im Gesellschaftsrecht anhand spezifischer Anwendungsfälle zu untersuchen. Die aufkeimende Kritik¹⁹ an der Fortgeltung des Verbots des Insichgeschäfts im Gesellschaftsrecht, geschuldet der komplikationsträchtigen Gestaltungspraxis, zeigt,

¹⁵ Staudinger/*Schilken*, § 181 BGB, Rn. 45 m. w. N.; s. a. Lutter/*Hommelhoff/Kleindiek*, § 35 GmbHG, Rn. 51; *Auktor*, NZG 2006, 334, 335.

¹⁶ BFH NJW 1997, 1031; das Rückwirkungsverbot noch annehmend: BFH DStR 1977, 105; *Spiegelberger*, MittBayNot 89, 243; *Heinemann*, GmbHR 85, 177; *Brandmüller*, S. 140 f.; *Gosch*, DStR 1991, 765, 765.

¹⁷ OLG Nürnberg GmbHR 2015, 1279 ff.

¹⁸ So Heckschen/*Heidinger* / *Heidinger*, Die GmbH, 2. Aufl., § 6, Rn. 34.

¹⁹ *Hauschild*, ZIP 2014, 954 ff.; *Willer/Krafka*, NZG 2006, 495 (496 f.).

dass die Untersuchung des § 181 BGB im gesellschaftsrechtlichen Kontext an Aktualität nichts eingebüßt hat.

II. Themeneingrenzung

Die Untersuchung gibt einen Überblick über die Problematik des InSichgeschäfts im Gesellschaftsrecht. Dabei wird zunächst der Normzweck des § 181 BGB im gesellschaftsrechtlichen Kontext untersucht. Hierbei gilt es insbesondere auf den § 35 Abs. 3 GmbHG, der durch die GmbH-Novelle von 1981 eingeführt wurde, hinsichtlich eines möglichen Gläubigerschutzes des § 181 BGB einzugehen. Sodann gilt es, den tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 181 BGB zu klären, um die Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Gestaltungen zur Vermeidung des InSichgeschäfts zu prüfen. Der Kernbereich der Untersuchung widmet sich sodann den spezifischen gesellschaftsrechtlichen Anwendungsfällen des § 181 BGB, beschränkt auf die relevanten Bereiche des Abschlusses von Rechtsgeschäften des Organvertreters mit der Gesellschaft. Um eine praxisnahe Betrachtung zu erreichen und eine Ausuferung zu vermeiden, konzentriert sich die Betrachtung auf den Bereich der Kapitalgesellschaften unter Einschluss der grundtypenvermischten GmbH & Co. KG. Andere Personalgesellschaften bleiben bei der Untersuchung außer Betracht, denn wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft, nach dem organschaftliche Vertretung nur durch die Gesellschafter zulässig ist, stellt sich das Problem der Interessenkollision und der damit verbundenen Missbrauchsfahrer typischerweise seltener dar als bei Kapitalgesellschaften, bei der die Vertretung durch Fremdorgane zulässig ist.²⁰ Ziel ist es, einen Überblick darüber zu verschaffen, wann der Anwendungsbereich des § 181 BGB bei der organschaftlichen Vertretung im rechtsgeschäftlichen Verkehr eröffnet ist und welche Anforderungen an eine wirksame Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu stellen sind.

²⁰ Vgl. MüKoBGB / *Leuschner*, § 26 Rn. 5; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 202.

B. Normzwecke des § 181 BGB im gesellschaftsrechtlichen Kontext

I. Konzeption des § 181 BGB

Die Gefahr der Interessenkollision war das gesetzgeberische Leitmotiv für § 181 BGB, der in seiner bis heute unverändert gebliebenen Fassung auf die Formulierung der *zweiten Kommission* zurückgeht.²¹ Diese ging davon aus,

„daß das Selbstkontrahieren stets die Gefahr eines Konflikts der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Teils mit sich bringe und deshalb, soweit nicht [...] dem Vertreter ein Anderes gestattet sei, verboten werden müsse“.²²

Maßgeblicher Telos des § 181 BGB ist somit der Schutz des Vertretenen. Die unterstellte Überschneidung der Interessen von Vertreter und Vertretenen bildet dabei die zentrale Problematik des Innesgeschäfts.²³

Der für den Allgemeinen Teil beispielhaft abstrakt gehaltene Wortlaut des § 181 BGB, sieht jedoch – abgesehen vom Fall der Gestattung und der Erfüllung von Verbindlichkeiten – gerade keine tatbestandlich konkrete Interessenkollision vor und wird insofern auch als formal-abstrakte Ordnungsvorschrift verstanden.²⁴ In dieser Konsequenz verfolgt § 181 BGB neben dem Schutz des

²¹ Staudinger / *Schilken*, § 181 BGB, Rn. 3.

²² Protokolle II. Kommission, S. 354 bei *Mugdan*, Bd. I, S. 759.

²³ Staudinger / *Schilken*, § 181 BGB, Rn. 4.

²⁴ BGH NJW, 1971, 1355, 1357; jurisPK-BGB / *Weinland*, § 181, Rn 2; *Hildebrandt*, S. 5; *Fischer* in FS Hauß, S. 61.

Vertretenen auch das Interesse der Verkehrssicherheit.²⁵ Durch den Wortlaut und der doppelten, bisweilen konträren Zielsetzung der Norm veranlasst, führt die Lehre vom Inschlaggeschäft seit Inkrafttreten für Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung. Zum einen erfasst die rein formale Handhabung Sachverhalte mit der Verbotsregel, die mit dem Normzweck von § 181 BGB nicht in Einklang zu bringen sind, zum anderen begünstigt der Wortlaut des § 181 BGB eine Gestaltungspraxis zur Vermeidung der Vertretungsbeschränkung.²⁶

Während die frühere Rechtsprechung mit Verweis auf das Gebot der Verkehrssicherheit streng am Wortlaut von § 181 BGB orientiert jegliche Einschränkung oder auch Ausweitung des Anwendungsbereichs ausgeschlossen hat,²⁷ wird mittlerweile § 181 BGB einer wertungsjuristischen Betrachtungsweise unterzogen und telosorientiert ausgelegt.²⁸

§ 181 BGB kann daher als typischer Anwendungsfall der von *Larenz* entwickelten Methode der „teleologischen Reduktion“ angesehen werden.²⁹ Insofern erfährt § 181 BGB nach heutiger Auffassung eine teleologische Einschränkung, wenn die abstrakt-generell fassbare Gefahr einer Interessenkollision und demzufolge nachteilige Wirkungen des Rechtsgeschäfts für den Vertretenen ausgeschlossen sind,³⁰ wobei im Sinn der Rechtssicherheit die Feststellung eines konkreten, auf den Einzelfall bezogenen Interessenkonflikts unbeachtet bleiben muss.³¹ § 181 BGB regelt nicht den materiellen Interessenkonflikt, sondern lediglich die unzulässige formale Beteiligung derselben Person auf beiden Seiten bei einem Vertrags-

²⁵ MüKoBGB / *Schubert*, § 181 BGB, Rn. 6; *Knöchlein*, S. 16; *Jäger*, S. 25.

²⁶ *Jäger*, S. 1.

²⁷ BGHZ 21, 229, 231; 33, 189, 190 ff.; 50, 8, 11.

²⁸ BGH NJW 1971, 1355, 1357; *Soergel / Leptien* § 181 BGB, Rn. 6; *Staudinger / Schilken*, § 181 BGB, Rn. 30 ff.; *Claussen*, S. 26.

²⁹ *Larenz / Canaris*, Methodenlehre, S. 391, *Larenz*, NJW 1965, 1, 5.

³⁰ BGHZ 56, 97, 101 ff.; 59, 236, 240; 75, 358, 360.

³¹ MüKoBGB / *Schubert*, § 181, Rn. 5; *Staudinger / Schilken*, § 181 BGB, Rn. 7.

schluss.³² Von dem Kriterium der Personenidentität hängt letztlich die Möglichkeit einer Ausweitung der Normanwendung in Form einer analogen Anwendung ab, um etwa die Umgehung der Ingeschäftsbeschränkung zu verhindern, wenn wie im Fall der Untervertretung der Vertreter formal betrachtet nicht auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht, gleichwohl jedoch eine Interessenkollision gegeben ist.³³ Als Ausgangspunkt bei der teleologischen Auslegung des § 181 BGB gilt dabei immer ein abstrakter Interessenkonflikt, der durch formalisierte, ohne individuelle Merkmale abgrenzbare Fallgruppen bestimmt wird, damit eine extensive Auslegung des § 181 BGB nicht dem Normzweck zuwider zur Rechtsunsicherheit führt.³⁴

Während die Rechtsfortbildung des § 181 BGB im Minderjährigenrecht zum rechtlich vorteilhaften Geschäft im Wesentlichen abschließend geklärt ist,³⁵ führt die Normzweckkonzeption des § 181 BGB im Bereich des Gesellschaftsrechts zu einer Fülle von ungeklärten Detailfragen und Anwendungsproblemen, die wiederholt zu einem Wandel der Rechtsansichten geführt hat, wie beispielweise bei der Einordnung der sog. Einpersonen-GmbH im Rahmen des § 35 Abs. 3 GmbHG.³⁶ Im Gegensatz zur allgemein anerkannten teleologischen Reduktion des § 181 letzter Hs. BGB zur Verhinderung der „*Jongliermöglichkeiten*“ mit den Ausnahmen der §§ 107, 108 BGB³⁷ sind die Fragen einer Einschränkung oder Ausweitung des § 181 BGB im Bereich des Gesellschaftsrecht umstritten, da sich die Schutzrichtung des § 181 BGB nicht auf ein Ziel – etwa dem Vermögen Minderjähriger – beschränken lässt. So gilt es, das

³² BGH NJW 1991, 892, 893; NJW 1984, 2409; BAG DB 1969, 1704.

³³ OLG Hamm NJW 1982, 1105; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 962 f.; Soergel/*Leptin*, § 181 BGB, Rn. 4; *Tiedtke S.*, S. 57; ablehnend: *Flume*, Rechtsgeschäft, § 48, S. 819; *Enneccerus/Nipperdey*, § 181 BGB III, 3.

³⁴ Erman/*Finkenauer*, § 181 BGB, Rn. 2; Soergel/*Leptin*, § 181 BGB, Rn. 6.

³⁵ vgl. BGHZ 161, 175, 176 f.; 162, 137, 142 f.; 94, 232, 235; MüKoBGB/*Schubert*, § 181, Rn. 34; *Lobinger*, AcP 213, 366, 376; *Fröhler*, BWNotZ 2006, 97, 103 f.

³⁶ *Knöchlein*, S. 1f.; vgl. unten Kap. B. IV. 2.

³⁷ So *Lobinger*, AcP 213, 366, 376.

„Spannungsfeld“³⁸ zwischen dem abstrakten Tatbestand des § 181 BGB und dessen Normzwecken sowie den gesellschaftsrechtlichen Anwendungsfällen im Besonderen aufzulösen.

II. Schutz des Vertretenen

1. Wortlautverständnis des § 181 BGB

Dem Recht der Stellvertretung haftet die Möglichkeit des Missbrauchs der Vertretungsmacht an, insbesondere in der Konstellation des Insichgeschäfts.³⁹ Ein Vertreter, der auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts steht, kann nur schwer gegenüberstehenden Vermögensinteressen in gleicher Weise würdigen, was zu einem Interessenkonflikt und der damit einhergehenden Gefahr einer Schädigung des Vertretenenvermögens führt.⁴⁰ Der in § 181 BGB präventiv zum Ausdruck gebrachte Schutz des Vertretenen setzt der Vertretungsmacht des Vertreters Grenzen.⁴¹ Der Schutzcharakter wird durch den im § 181 BGB angelegten Ausnahmeverbehalt deutlich. Der Ausnahmetatbestand „soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist“ zeigt, dass § 181 BGB zur Disposition des Vertretenen steht. Wenn der Gesetzgeber die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Insichgeschäfts in das Ermessen des Vertretenen stellt, muss die Norm primär den Vertretenenschutz verfolgen, da im Fall des Verzichts das Schutzbedürfnis des Vertretenen fehlt.⁴²

2. Konkretisierung auf das Gesellschaftsinteresse

Für die Betrachtung des § 181 BGB im gesellschaftsrechtlichen Kontext gilt es, den Interessenschutz des Vertretenen, also der Gesellschaft, zu präzisieren. Bei der Stellvertretung beschränkt sich

³⁸ So *Hildebrandt*, S. 5.

³⁹ So *Weber*, DNotZ 1952, 172, 173; *Jäger*, S. 3.

⁴⁰ *Kreutz* in FS Mühl, S. 409, 410 f.

⁴¹ MüKoBGB / *Schubert*, § 181, Rn. 3.

⁴² *Baetzgen*, RNotZ, 193, 208; *Plander*, S. 48; *Hübner*, S. 10; *Hildebrandt*, S. 6; *Claussen*, S. 27.