

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	19
Einleitung	21
I. Die Problematik der Anwendung von § 181 Alt. 2 BGB im Konzern	21
II. Themeneingrenzung	23
III. Gang der Untersuchung	24
Teil 1: Der Grundsatz der Anwendung von § 181 Alt. 2 BGB im Aktien- und GmbH-Unterordnungskonzern	26
Kapitel 1 Doppelmandat und Mehrfachvertretung im Binnenverhältnis des Konzerns	26
I. Die praktischen Probleme bei Anwendung des § 181 Alt. 2 BGB im Konzernbinnenverhältnis	30
1. Fallvariante (1): Abschluss eines Konzernbinnengeschäftes ohne vorherige Befreiung von den Beschränkungen des § 181 Alt. 2 BGB	31
a) Verbotene Mehrfachvertretung gemäß § 181 Alt. 2 BGB	32
b) Keine teleologische Reduktion des § 181 Alt. 2 BGB	33
c) Rechtsfolge: (Schwebende) Unwirksamkeit des Insichgeschäftes	35
aa) Steuerliche Konsequenzen	36
bb) Insolvenzrechtliche Konsequenzen	37
d) Nachträgliche Genehmigung des Insichgeschäftes	38
aa) Zuständigkeit	38
(1) Bestimmung der Zuständigkeit in der X-AG	39
(2) Bestimmung der Zuständigkeit in der Y-GmbH	40
bb) Form	42
cc) Steuerliche Rückwirkung?	44

e) Zwischenergebnis	45
2. Fallvariante (2): Abschluss eines Konzernbinnengeschäftes unter vorheriger Befreiung von den Beschränkungen des § 181 Alt. 2 BGB	45
a) Zuständigkeit	46
aa) Verstoß gegen § 181 Alt. 1 BGB (analog)	47
bb) Verstoß gegen § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG (analog)	49
b) Form	51
aa) Allgemeine Befreiung	52
(1) Einmann-GmbH und vergleichbare Fälle	52
(2) Mehrpersonen-Gesellschaft	54
bb) Befreiung im Einzelfall	56
(1) Einmann-GmbH und vergleichbare Fälle	56
(2) Mehrpersonen-Gesellschaft	57
cc) Eintragungsbedürftigkeit und Eintragungsfähigkeit	57
c) Dokumentationspflicht gemäß § 35 Abs. 3 S. 2 GmbHG	59
d) Zwischenergebnis	59
3. Fallvarianten (3): „Umgehung“ des § 181 Alt. 2 BGB durch Beteiligung eines Dritten	60
a) Fallvariante (3 a)	60
aa) Beteiligung eines Untervertreeters	60
bb) Beteiligung eines Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten	62
b) Fallvariante (3 b): Beteiligung eines weiteren Geschäftsführungsorgans	64
aa) Existenz eines weiteren gesamtvertretungsbefugten Organmitgliedes	64
bb) Ermächtigung eines gesamtvertretungsbefugten Organmitgliedes zur Alleinvertretung	64
cc) Bestellung eines weiteren alleinvertretungsbefugten Organmitgliedes	66
c) Zwischenergebnis	66
4. Exkurs: Wirtschaftliche Identität als Anwendungsfall des § 181 BGB	67
5. Ergebnis	69

II. Vorrang der konzernrechtlichen Konfliktbewältigung im Konzernbinnenverhältnis?	69
1. Das Aktienkonzernrecht als vorrangiges Konfliktbewältigungssystem nach Timm	70
a) Vertragskonzern	71
b) Faktischer Konzern	72
c) Zusammenfassung	73
2. Die Problematik der dogmatischen Umsetzung	74
a) Das Zurücktreten des § 181 Alt. 2 BGB im Wege der teleologischen Reduktion?	74
b) Das Zurücktreten des § 181 Alt. 2 BGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz	76
c) Zwischenergebnis	77
III. Ergebnisse des 1. Kapitels	77
Teil 2: Die Nichtanwendung von § 181 Alt. 2 BGB im Aktien- und GmbH-Unterordnungskonzern aus dogmatischer Sicht	79
Kapitel 2 Der doppelte Normzweck von § 181 BGB	79
I. Methodik zur Ermittlung des Normzwecks	79
1. Subjektive Theorie: Wille des historischen Gesetzgebers	80
2. Objektive Theorie: Ziel und Zweck des Gesetzes	80
3. Gemischt subjektiv-objektive Theorie als angewandte Methodik in dieser Arbeit	82
II. Ermittlung und Konkretisierung des Normzwecks von § 181 BGB	87
1. Schutz des „Vertretenen“	87
a) Der erkennbare Wille des Gesetzgebers	88
aa) Die Gesetzgebungsmaterialien	88
bb) Der Wortlaut des § 181 BGB	91
(1) „Gestattung“	91
(2) „Ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit“	92
b) Keine Ablösung der Schutzzweckerwägungen des historischen Gesetzgebers durch neue Wertungen	93
c) Zwischenergebnis	93

2. Schutz der Rechtssicherheit	94
a) Der erkennbare Wille des Gesetzgebers	94
aa) Die Gesetzgebungsmaterialien	94
bb) Der Wortlaut des § 181 BGB	95
b) Keine Ablösung der Schutzzweckerwägungen des historischen Gesetzgebers durch neue Wertungen	96
c) Zwischenergebnis	96
3. Konkretisierung der von § 181 BGB geschützten Belange und Interessen	96
a) „Schutz der Interessen des Vertretenen“	97
aa) Bestimmung der personellen Schutzrichtung	97
bb) Inhaltliche Bestimmung der geschützten Interessen	98
cc) Zwischenergebnis	100
b) „Wahrung der Rechtssicherheit“	100
aa) Inhaltliche Bestimmung der „Rechtssicherheit“	100
(1) Gefahr der „Unbestimmtheit“	101
(2) Gefahr der „Unerkennbarkeit“	101
(a) Publizität des Abschlusses	102
(b) Publizität der Zulässigkeit	103
(3) Zwischenergebnis	103
bb) Bestimmung der personellen Schutzrichtung	104
(1) Schutz der Interessen Nicht-Beteiligter Dritter	105
(a) Gläubiger	105
(b) Sonstige schutzwürdige „Nicht-Beteiligte Dritte“	108
(2) Schutz der Interessen des Vertretenen	109
(3) Schutz der Interessen des Vertreters	110
(4) Schutz öffentlicher Interessen	110
c) Zwischenergebnis	111
4. Vorrangige Stellung des Vertretenenschutzes	111
III. Ergebnisse des 2. Kapitels	112

Kapitel 3 Der doppelte Normzweck von § 181 BGB im speziellen Kontext des Gesellschafts- und Konzernrechts	113
I. Schutz der Vermögensinteressen der (Konzern-)Gesellschaft	114
1. Ausgangslage: Bildung des Willens der (Konzern-)Gesellschaft durch ihre Organe	114
2. Bestimmung des „Gesellschaftsinteresses“	116
a) Gesellschaftsinteresse als „Verbandsinteresse“ der Gesellschaftergesamtheit	116
aa) Inhaltliche Bestimmung des Verbandsinteresses durch den Gesellschaftszweck	117
bb) (Weitere) Konkretisierung des Verbandsinteresses durch die Gesellschaftsorgane	118
b) Gesellschaftsinteresse als „Unternehmensinteresse“?	119
c) Gesellschaftsinteresse als „Bestandsinteresse“?	120
aa) Inhaltliche Bestimmung des Bestandsinteresses	121
bb) Ausschluss des Bestandsinteresses als durch § 181 BGB geschütztes Interesse	123
d) Zwischenergebnis	124
3. Bestimmung des „Konzerninteresses“ als übergeordnetes Gesellschaftsinteresse im Konzern	125
a) Definition des Konzerninteresses	125
aa) Kein verselbständigttes korporatives Gesamt(konzern)interesse	125
bb) Das Konzerninteresse als Gesellschaftsinteresse der herrschenden Gesellschaft	126
b) Bedeutung des Konzerninteresses in der abhängigen Konzerngesellschaft	128
aa) Vertragskonzern	129
bb) Faktischer Konzern	131
(1) Aktienkonzern	131
(2) GmbH-Konzern	132
cc) Zwischenergebnis	132
4. Ergebnis	133
II. Schutz der Rechtssicherheit	133

III. Kein Schutz der Gesellschaftsgläubiger	134
1. Sinn und Zweck des § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG	135
a) Bedeutung des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht vor Einführung des § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG	135
b) Bedeutung des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht nach Einführung des § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG	137
2. Methodische Überprüfung der § 35 Abs. 3 GmbHG zugrunde liegenden Wertungsgesichtspunkte	138
a) Der erkennbare Wille des Gesetzgebers	138
aa) Die Gesetzgebungsmaterialien	139
(1) § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG	139
(2) § 35 Abs. 3 S. 2 GmbHG	140
(3) Zwischenergebnis	143
bb) Der Wortlaut des § 35 Abs. 3 GmbHG	143
(1) § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG	143
(2) § 35 Abs. 3 S. 2 GmbHG	144
(3) Zwischenergebnis	145
cc) Die systematischen Erwägungen	145
(1) Besondere Bedeutung der organschaftlichen Vertretungsmacht	146
(a) Berücksichtigung des „Gesamtinhalts“ des § 181 BGB	147
(b) Grundsatz der einfachen Beschlussfassung (§ 47 Abs. 1 GmbHG)	148
(c) Keine Vergleichbarkeit von § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG mit § 35 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 GmbHG	149
(2) Zwischenergebnis	149
dd) Die Zweckmäßigkeitserwägungen	149
(1) Kein (bemerkbarer) Warn- und Hinweiseffekt im Geschäftsverkehr	150
(2) Kein Schutz vor Vermögensverschiebungen	151
(3) Zwischenergebnis	152
ee) Herleitung einer Warn- und Hinweisfunktion aus der Eintragungspflicht der Befreiung gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG?	152
(1) Überinterpretation von Publizitätsrichtlinie und § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG	154

(2) Kein (bemerkbarer) Warn- und Hinweiseffekt im Geschäftsverkehr	156
(3) Kein Schutz vor Vermögensverschiebungen	157
ff) Zwischenergebnis	157
b) Überwindung des Willens des Gesetzgebers	157
aa) Keine Rechtfertigung des Gläubigerschutzes aus Wortlaut, Systematik und Zweckmäßigkeit	158
bb) Präjudizen-Rechtsprechung als Quelle des Normzwecks	159
cc) Zwischenergebnis	162
c) Ergebnis	162
3. Die Anwendbarkeit des § 35 Abs. 3 S. 2 GmbHG auf Konzernbinnengeschäfte?	163
4. Ergebnis	165
IV. Ergebnisse des 3. Kapitels	166
Kapitel 4 Die teleologische Reduktion von § 181 Alt. 2 BGB	168
I. Keine Existenz von Rechtsfortbildungssperren	169
1. Keine Rechtsfortbildungssperre durch den Normzweck der Rechtssicherheit	169
a) Die Auffassung der älteren Rechtsprechung: § 181 BGB als strikte Ordnungsvorschrift	169
b) Gründe gegen das Bestehen einer Rechtsfortbildungssperre	170
aa) Der Grundsatz der richterlichen Rechtsfortbildung	170
bb) Kein vorrangiges Interesse an Rechtssicherheit	171
cc) Geringe praktische Bedeutung des Schutzzwecks der Rechtssicherheit	172
c) Zwischenergebnis	173
2. Keine Reduktionssperre durch Einführung des § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG	173
a) Keine Ausstrahlungswirkung auf den Schutzzweck des § 181 BGB	174
b) Kein vorrangiges Interesse an Rechtssicherheit	174
3. Ergebnis	175

II. Vorgaben für die teleologische Reduktion	175
1. Keine kausale Gefährdung der Vermögensinteressen der Partei(en) des Inschlaggeschäftes	176
a) Fehlen eines kausalen Interessenkonflikts in der Person des Vertreters	176
b) Keine Gefährdung der Vermögensinteressen des bzw. der Vertretenen	177
c) Bestimmung der Vermögensinteressen des bzw. der Vertretenen	178
aa) Subjektiver und objektiver Ansatz	178
bb) Juristische Person im Besonderen	180
d) Zwischenergebnis	183
2. Wahrung der Rechtssicherheit	183
a) Verbot der Einzelfallbetrachtung	183
b) Bildung typischer Fallgruppen	184
c) Zwischenergebnis	186
3. Ergebnis	186
III. Umsetzung der Vorgaben: Das Konzernbinnengeschäft als typisierte Fallgruppe	186
1. Keine kausale Gefährdung der Vermögensinteressen der Konzerngesellschaften	187
a) Fehlen eines Interessenkonflikts	187
aa) Fallgruppe (1): Das auf einer rechtmäßigen (General-)Weisung i.S.d. § 308 Abs. 1 AktG basierende Konzernbinnengeschäft innerhalb des Vertragskonzerns	189
(1) Grenze der Konzerndienlichkeit	191
(2) Grenze des Bestandsschutzes	192
(3) Zwischenergebnis	193
bb) Fallgruppe (2): Das auf einer ausgleichspflichtigen Maßnahme i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG basierende Konzernbinnengeschäft innerhalb des faktischen Aktienkonzerns	193
cc) Fallgruppe (3): Das Konzernbinnengeschäft zwischen der herrschenden Gesellschaft und einer von ihr 100 % abhängigen Tochtergesellschaft	195
dd) Zwischenergebnis	197

b) Fehlen einer aktuellen Gefährdung von Vermögensinteressen	197
aa) Fallgruppe (4): Das auf einem (wirksamen) einstimmigen (Weisungs-) Beschluss beruhende Konzernbinnengeschäft	198
bb) Fallgruppe (5): Das wirtschaftlich vorteilhafte Konzernbinnengeschäft	200
c) Zwischenergebnis	202
2. Wahrung der Rechtssicherheit	203
a) Bestimmtheit	203
aa) Fallgruppe (1): Das auf einer rechtmäßigen (General-)Weisung i.S.d. § 308 Abs. 1 AktG basierende Konzernbinnengeschäft	203
(1) Vertragskonzern	203
(2) Vorliegen einer (General-)Weisung	205
(3) Rechtmäßigkeit der Weisung	205
(a) Die Grenze der Konzerndienlichkeit	205
(b) Die Grenze des Bestandschutzes	207
(c) Zwischenergebnis	208
bb) Fallgruppe (2): Das auf einer ausgleichsfähigen Maßnahme i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG basierende Konzernbinnengeschäft	208
(1) Abhängigkeit im Sinne des § 17 AktG	208
(2) Veranlassung	209
(3) Nachteilige Maßnahme	209
(4) Ausgleichsfähigkeit der Maßnahme	210
(5) Zwischenergebnis	211
cc) Fallgruppe (3): Das Konzernbinnengeschäft zwischen der herrschenden Gesellschaft und einer von ihr 100 % abhängigen Tochtergesellschaft	211
dd) Fallgruppe (4): Das Konzernbinnengeschäft bei (wirksamen) einstimmigen (Weisungs-)Beschluss	211
ee) Fallgruppe (5): Das wirtschaftlich vorteilhafte Konzernbinnengeschäft	212
ff) Zwischenergebnis	212

b) Hinreichende Erkennbarkeit	212
aa) Fallgruppe (3): Das Konzernbinnengeschäft zwischen der herrschenden Gesellschaft und einer von ihr 100 % abhängigen Tochtergesellschaft	213
bb) Fallgruppe (4): Das Konzernbinnengeschäft bei (wirksamen) einstimmigen (Weisungs-)Beschluss	215
c) Zwischenergebnis	216
3. Ergebnis	216
IV. Ergebnisse des 4. Kapitels	217
Kapitel 5 Das Zurücktreten von § 181 Alt. 2 BGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz	218
I. Einordnung in die Erscheinungsformen der Gesetzeskonkurrenz	219
1. Der Spezialitätsgrundsatz	219
2. Der Subsidiaritätsgrundsatz	221
II. Das Zurücktreten von § 181 Alt. 2 BGB im Wege der Subsidiarität	224
1. Vertragskonzern	224
a) Gemeinsame „Schnittmenge“	224
aa) Wertungsgesichtspunkte der §§ 291, 300 ff. AktG	224
bb) Wertungsgesichtspunkte des § 181 Alt. 2 BGB	225
cc) Der Schutz der Vermögensinteressen der vertretenen Gesellschaft als gemeinsame Schnittmenge	225
b) Wertungsgesichtspunkte zur Qualifizierung der §§ 291, 300 ff. AktG als abschließend	226
aa) Schädigungsprivileg der herrschenden Gesellschaft (§ 308 AktG)	227
bb) Vermögenssicherung der abhängigen Gesellschaft (§§ 300 ff. AktG)	229
cc) Schutz der Außenseiter (§§ 303 ff. AktG)	231
dd) Pflichtenbindung des Doppelmandatsträgers	232
(1) Allgemeine Leitungssorgfalt (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG)	232

(2) Besondere Leitungssorgfalt im Vertragskonzern (§§ 309 f. AktG)	233
(3) Zwischenergebnis	235
c) Ergebnis	235
2. Faktischer Aktienkonzern	236
a) Gemeinsame „Schnittmenge“	236
b) Wertungsgesichtspunkte zur Qualifizierung der §§ 311 ff. AktG als abschließend	238
aa) Vorbehalt des Nachteilsausgleichs (§ 311 Abs. 1, Abs. 2 AktG)	238
bb) Vermögenssicherung der abhängigen Gesellschaft (§§ 311 ff. AktG)	240
cc) Schutz der Außenseiter	242
dd) Pflichtenbindung des Doppelmandatsträgers	242
(1) Allgemeine Leitungssorgfalt (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG)	242
(2) Besondere Leitungssorgfalt im faktischen Aktienkonzern (§§ 317 f. AktG)	243
(3) Zwischenergebnis	244
c) Ergebnis	245
3. Faktischer GmbH-Konzern	245
a) Keine entsprechende Anwendbarkeit der §§ 291 Abs. 1, 300 ff.; 311 ff. AktG	245
b) Mitgliedschaftliche Treuepflicht als geeigneter Anknüpfungspunkt?	246
aa) Rechtsgrundlage der mitgliedschaftlichen Treuepflicht	247
bb) Schädigungsverbot der herrschenden Gesellschaft	248
c) Alleingesellschafterstellung bzw. Einstimmigkeit als geeigneter Anknüpfungspunkt?	249
d) Die allgemeinen Prinzipien des GmbH-Rechts als geeigneter Anknüpfungspunkt?	251
e) Ergebnis	251
III. Ergebnisse des 5. Kapitels	251
Kapitel 6 Ausblick	253
I. Neujustierung des Gesetzes	254
1. Vertragskonzern	254

## *Inhaltsverzeichnis*

2. Faktischer Konzern	254
a) Faktischer Aktienkonzern	254
b) Faktischer GmbH-Konzern	255
II. Keine Regulierung von Konzernbinnengeschäften als „Related Party Transactions“ auf europäischer Ebene	256
1. Änderung der Aktionärsrechte-Richtlinie	256
2. Kritik: Das deutsche Aktienkonzernrecht als abschließendes System	257
a) Vertragskonzern	258
b) Faktischer Aktienkonzern	259
3. Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber	260
III. Ergebnisse des 6. Kapitels	260
Zusammenfassung der Ergebnisse	261
Zu Kapitel 1	261
Zu Kapitel 2	262
Zu Kapitel 3	263
Zu Kapitel 4	265
Zu Kapitel 5	267
Zu Kapitel 6	268
Literaturverzeichnis	271