

Verena Stenzel

Das Verbot der Mehrfachvertretung im Aktien- und GmbH-Konzern

Die Anwendbarkeit des § 181 Alt. 2 BGB



Nomos

Schriften zum gesamten Unternehmensrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M., Universität Regensburg

Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Universität Regensburg

Band 9

Verena Stenzel

Das Verbot der Mehrfachvertretung im Aktien- und GmbH-Konzern

Die Anwendbarkeit des § 181 Alt. 2 BGB



Nomos

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

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4509-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-8752-2 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit lag der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Regensburg im Sommersemester 2017 als Dissertation vor. Das Manuskript wurde im Februar 2017 abgeschlossen und für die Veröffentlichung auf den Stand August 2017 gebracht.

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Carsten Herresthal, für die freundliche und engagierte Betreuung der Arbeit. Auch danke ich Herrn Prof. Dr. Wolfgang Servatius für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus möchte ich mich bei meinem Ehemann Roman, meiner Familie, meinen Freunden, Frau Dr. Veronika Berger sowie Frau Dr. Andrea von Drygalski bedanken, welche sich durch Unterstützung dieser Arbeit in unterschiedlichster Form verdient gemacht haben.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern Barbara und Berthold Schäfer, die mir auf meinem Ausbildungsweg auf jede erdenkliche Weise stets zur Seite standen.

München, im August 2017

Verena Stenzel

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 verselbständigtes 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) Alleingeschafterstellung 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

Abkürzungen

In dieser Arbeit wurden nur solche Abkürzungen verwendet, die allgemein bekannt sind oder sich aus *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Berlin 2015, ergeben.

Einleitung

I. Die Problematik der Anwendung von § 181 Alt. 2 BGB im Konzern

In der Praxis ist die Geschäftsführung in verbundenen Unternehmen (vgl. § 15 AktG) häufig personenidentisch besetzt. Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder der Obergesellschaft sind dementsprechend oftmals auch Organmitglieder einer oder mehrerer Tochter- oder Enkelgesellschaften (sogenanntes Doppelmandat).¹ Doppelmandate dienen der Optimierung der internen Konzernpolitik.² So lässt sich durch Doppelbesetzungen der Geschäftsführungsorgane auf zwei Konzernebenen eine übergeordnete Konzernleitung in den abhängigen Gesellschaften am einfachsten umsetzen. Insbesondere müssen die Doppelmandatsträger nicht angewiesen werden. Stattdessen kann die von der herrschenden Gesellschaft gewünschte unternehmerische Ausrichtung des Konzerns durch den Doppelmandatsträger in die abhängige Gesellschaft problemlos hineingetragen werden. Neben diesen betriebswirtschaftlichen Vorteilen führen Doppelmandate auch zu rechtlichen Vereinfachungen. Sollen Rechtsgeschäfte zwischen den Konzerngesellschaften abgeschlossen werden, können diese durch personenidentische Geschäftsführungsorgane vertreten werden. Dies erleichtert den Unterzeichnungsprozess in der Praxis ganz erheblich, da sich für die Vertragsunterzeichnung bestenfalls nur eine Person zur Verfügung halten muss.

Gemäß § 181 BGB ist es einem Vertreter ohne Gestattung durch den Vertretenen untersagt, auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäftes tätig zu werden, sei es als Vertreter der einen Partei und sich selbst als andere Partei (sogenanntes Selbstkontrahieren, § 181 Alt. 1 BGB) oder als Vertreter für jede der Parteien (sogenannte Mehrfachvertretung, § 181 Alt. 2 BGB). Der Tatbestand der Mehrfachvertretung ist bei den angesprochenen Konzernbinnengeschäften erfüllt, wenn ein Geschäftsführer oder Vorstands-

1 *Schneider*, BB 1986, 201; *Bachmann*, ZIP 1999, 85; *Holtmann*, S. 93; *Decher*, S. 20 ff.; *Noack*, FS Hoffmann-Becking (2013), S. 847, 847; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570.

2 *Anders*, S. 63; *Holtmann*, S. 28 f., 37, 39; *Decher*, S. 72 f.; *Aschenbeck*, NZG 2000, 1015 ff.

mitglied als gesetzliches Vertretungsorgan beide beteiligten Rechtsträger bei einem Rechtsgeschäft zwischen diesen beiden vertritt. Folgt man einer in der Praxis weit verbreiteten Vorstellung, ist heutzutage jeder Geschäftsführer von den Verböten aus § 181 BGB (oder jedenfalls vom Verbot der Mehrfachvertretung) befreit. Due Diligence Prüfungen in Unternehmenstransaktionen zeigen jedoch ein anderes Bild. In der Praxis kommen solche nur selten ohne ein sogenanntes „*Finding*“ im Anwendungsbereich des § 181 BGB aus.³ Ein ähnliches Bild zeichnet *Hauschild*. Dieser weist in seinen allgemeinen Ausführungen darauf hin, dass „*das Aufspüren von Verstößen gegen die Beschränkungen des § 181 BGB zum Standard Repertoire einer jeden Due Diligence im Vorfeld von Unternehmenstransaktionen*“ gehört.⁴ Die mit einem Verstoß gegen § 181 BGB verbundenen Probleme können mitunter beträchtlich sein. Ist der Doppelmandatsträger bei Vornahme des Binnengeschäftes nicht von § 181 Alt. 2 BGB befreit, droht (mindestens) die schwebende Unwirksamkeit (§§ 177 Abs. 1, 180 S. 1 BGB).⁵ Auch steuerliche oder insolvenzrechtliche Nachteile stehen im Raum, etwa die Nichtanerkennung der steuerlichen Organschaft. Selbst die Gestattung oder auch die nachträgliche Genehmigung des schwebend unwirksamen Rechtsgeschäftes stellen sich nur auf den ersten Blick als einfaches Mittel zur Lösung der schwebenden Unwirksamkeit bei Konzernbinnengeschäften dar. Denn mögen Gestattung und nachträgliche Genehmigung im Zivilrecht als dogmatisch unproblematische Abhilfe erscheinen, um dem Anwendungsbereich des § 181 BGB zu entkommen, gilt dies nicht für das Konzernbinnengeschäft. Dort ist die Gestattung ebenso wie die nachträgliche Genehmigung an umfangreiche Formalien gebunden, die in der Praxis mit erheblichem Aufwand und Rechtsunsicherheit verbunden sind. So soll selbst bei 100 % abhängigen Konzerngesellschaften eine Rechtsgrundlage in der Satzung erforderlich sein, um den

3 Ein Grund für die fehlende Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist etwa, dass bei Gründung einer GmbH nach Musterprotokoll die Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von § 181 BGB nach Bestellung weiterer Geschäftsführer nach der aktuellen Rechtsprechung keinen Forstbestand hat, vgl. etwa OLG Nürnberg GmbHR 2015, 1279 ff.

4 *Hauschild*, ZIP 2014, 954.

5 BGH NJW 1976, 104, 105; Palandt/*Ellenberger*; BGB (2017), § 181 Rn. 15; Staudinger/*Schilken*, BGB (2014), § 181 Rn. 45; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 205 ff.

Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien zu können.⁶

Dies soll Anlass sein, sich der Frage nach der Anwendbarkeit des Verbotes der Mehrfachvertretung nach § 181 Alt. 2 BGB im Binnenverhältnis des Konzerns umfassend zu widmen. Hierzu soll § 181 Alt. 2 BGB insbesondere in den Kontext der speziellen Gesellschafts- und konzernrechtlichen Organisations-, Struktur- und Handlungsprinzipien gesetzt werden (§§ 291 Abs. 1, 300 ff.; 311 ff. AktG). Denn, wie schon *Wiedemann* ausführte: „*im Konzern (ist) alles anders*“. Jede „*Rechtsregel ist (daher) auf ihre Anpassungsnotwendigkeit an den Tatbestand der Unternehmensgruppe zu prüfen*“.⁷

II. Themeneingrenzung

Ein Konzernverhältnis wird durch die Zusammenfassung mehrerer Gesellschaften unter eine einheitliche Leitung begründet, die dadurch zu Konzerngesellschaften werden.⁸

Der Themenstellung entsprechend beschränkt sich die nachstehende Arbeit allein auf Binnengeschäfte zwischen solchen Konzerngesellschaften, die in einem unmittelbaren Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen (sogenannter Unterordnungskonzern, §§ 18 Abs. 1, 17 AktG).⁹ In diesem Zusammenhang wird nachfolgend sowohl auf Unternehmensverbindungen eingegangen, die aufgrund eines Beherrschungsvertrages entstanden sind (sogenannter Vertragskonzern, §§ 291 Abs. 1, 300 ff. AktG) und solchen, denen kein solcher Beherrschungsvertrag zugrunde liegt (sogenannter faktischer Konzern, §§ 311 ff. AktG).¹⁰ Andere Erscheinungsformen des Konzerns, etwa die Eingliederung (§§ 320 ff. AktG), der Gleichordnungskon-

6 Scholz/*U.H. Schneider/S.H. Schneider*, GmbHG (2014), § 35 Rn. 175 f.; *Schneider*, BB 1986, 201, 205; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG (2017), § 35 Rn. 137, 140.

7 *Wiedemann*, S. 9.

8 *Jäger*, DSStR 1997, 1770; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (2013), § 4 Rn. 1 ff.

9 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (2013), § 4 Rn. 2, 11, 30 ff.; *Jäger*, DSStR 1997, 1770.

10 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (2013), § 4 Rn. 3; *Kantzas*, S. 5.

zern (§ 18 Abs. 2 AktG)¹¹ oder die gegenseitige Beteiligung¹², sollen dagegen außer Acht bleiben.

Weiter sollen allein der Aktienkonzern mit einer AG als abhängige Gesellschaft sowie der GmbH-Konzern, mit einer GmbH als abhängige Gesellschaft Gegenstand dieser Arbeit sein.¹³ Mögen als herrschendes Unternehmen sowohl im Aktien-, als auch im GmbH-Konzern andere Rechtsformen als die AG oder die GmbH in Betracht kommen, sollen sich die nachfolgenden Ausführungen dennoch allein auf diese beiden beziehen. Ein Eingehen auf sämtliche Möglichkeiten der Konzernverbundenheit würde den Rahmen dieser Arbeit übersteigen. Zudem ist auch die praktische Bedeutung des Aktien- oder GmbH-Unterordnungskonzerns mit einer herrschenden Gesellschaft eben dieser Rechtsformen besonders groß. Gleichwohl werden sich die hier gefundenen Ergebnisse oftmals sinngemäß auf andere Arten der Konzernverbindung übertragen lassen.

III. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung erfolgt in zwei Teilen: Der *erste Teil* der Arbeit gilt der Darstellung der in der Einleitung bereits angesprochenen grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 181 Alt. 2 BGB auf das Konzernbinnengeschäft. Hierzu werden in *Kapitel 1* zunächst die damit in Zusammenhang stehenden praktischen Schwierigkeiten und Unsicherheiten aufgezeigt werden. Anschließend wird die spezielle Konfliktbewältigung im Aktienkonzernrecht dargestellt und der aus § 181 Alt. 2 BGB resultierenden Konfliktbewältigung gegenüber gestellt. Ziel dieses ersten Teils ist die kritische Würdigung des *status quo*, der sich aus einer Anwendung des § 181 Alt. 2 BGB auf Konzernbinnengeschäfte ergibt.

Der *zweite Teil* der Untersuchung widmet sich der Weiterentwicklung der, wie sich zeigen wird, unbefriedigenden Rechtslage im Bereich des Konzernbinnengeschäftes im Wege der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung. Hierzu wird in *Kapitel 2* in einem ersten Schritt der Normzweck des § 181 BGB als normativer Wertungsrahmen einer genauen Analyse unterzogen werden. Der Zweck der Norm stellt schließlich den entschei-

11 Vgl. hierzu *Schmidt*, ZHR 155 (1991), 417 ff.; *Lutter/Drygala*, ZGR 1995, 557 ff.

12 Vgl. hierzu *Adams*, AG 1994, 148 ff.

13 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (2013), § 29 Rn. 1; *Scholz/Emmerich*, GmbHG (2012), Anh. § 13 Rn. 1 f.

denden Wertungsgesichtspunkt zur Feststellung einer Rechtsfortbildung dar. Im Anschluss an diese allgemeinen Erwägungen soll der Normzweck in *Kapitel 3* in den speziellen Kontext des Aktien- und GmbH-Unterrichtskonzerne gesetzt und Unterscheidungsmerkmale herausgearbeitet werden.

In einem zweiten Schritt wird auf Grundlage der in Kapitel 2 und 3 gewonnenen Erkenntnisse in *Kapitel 4* überprüft, ob eine teleologische Reduktion von § 181 Alt. 2 BGB für konzernspezifische Fallgruppen in Betracht kommt. *Kapitel 5* widmet sich sodann einer weiteren Möglichkeit der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung, der sogenannten Gesetzeskonkurrenz, mithin der Frage, ob § 181 Alt. 2 BGB hinter den Vorschriften des Gesellschafts- und Konzernrechts zurücktreten kann.

Die Untersuchung schließt in *Kapitel 6* mit einer Überprüfung, ob vor dem Hintergrund der in Kapitel 1 bis 5 gewonnenen Erkenntnisse Gesetzesänderungen angezeigt sind. In diesem Zusammenhang soll auch auf die künftige Regulierung von sogenannten „Related Party Transactions“ eingegangen werden.

Teil 1: Der Grundsatz der Anwendung von § 181 Alt. 2 BGB im Aktien- und GmbH-Unterordnungskonzern

Kapitel 1 Doppelmandat und Mehrfachvertretung im Binnenverhältnis des Konzerns

Wie bereits im Rahmen der Einleitung angesprochen, ist es in der Praxis üblich, die Geschäftsleitungsorgane von Tochtergesellschaften mit solchen der Konzernspitze personenidentisch zu besetzen. Man spricht in einem solchen Fall von einem Doppelmandat.¹⁴ Auch aus rechtlicher Sicht ist die Zulässigkeit von Doppelmandaten im Aktienkonzern¹⁵ wie auch im GmbH-Konzern (heute) allgemein anerkannt.¹⁶

Doppelmandate stehen für eine möglichst leistungsfähige, einheitliche und konfliktfreie Konzernpolitik.¹⁷ Diese kommt dem Konzern als „Ganzen“ und damit wesentlich der herrschenden Gesellschaft zugute, aber auch die einzelnen Konzerntöchter profitieren hiervon.¹⁸ Auf der einen Seite kann die besondere Bedeutung bestimmter Tochtergesellschaften be-

14 *Decher*, S. 19. Entsandt wird der Doppelmandatsträger entweder von „unten nach oben“, also von der Tochtergesellschaft in die herrschende Gesellschaft. Umgekehrt handelt es sich um eine Entsendung von „oben nach unten“, wenn ein Geschäftsleiter der herrschenden Gesellschaft zugleich Geschäftsleiter der Tochtergesellschaft wird, vgl. hierzu: *Decher*, S. 67 ff.; *Eversberg*, S. 21 f.; *Streyll*, S. 24 f. Daneben kommen auch sog. horizontale Doppelmandate in der Praxis vor. Bei diesen hat ein Geschäftsleiter mehrere Doppelmandate bei verschiedenen Tochtergesellschaften des Konzerns inne, vgl. *Decher*, S. 86 ff.; *Eversberg*, S. 23; *Anders*, S. 26.

15 Bei Aktiengesellschaften war die Zulässigkeit von Doppelmandaten Gegenstand ausführlicher Diskussionen. Beendet wurden diese durch BGHZ 180, 105, 106, worin die Zulässigkeit von Doppelmandaten im Aktienkonzern ausdrücklich bestätigt wurde (*arg. e.* § 88 Abs. 1 S. 2 AktG).

16 Für den Aktienkonzern, vgl.: BGHZ 180, 105, 106; KK/*Mertens/Cahn*, AktG (2010), § 76 Rn. 70; *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387, 388 f.; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 574; *Lindermann*, AG 1987, 225, 235; *Reuter*, AG 2011, 274, 275. Für den GmbH-Konzern, vgl.: *Ebenroth/Müller*, GmbHR 1991, 237, 241; *Epe/Liese*, in: Hauschka, Corporate Compliance (2016), § 7 Rn. 153 ff.; *Lindermann*, AG 1987, 225, 235.

17 *Pluskat/Baßler*, Der Konzern 2006, 403.

18 *Decher*, S. 127.

rücksichtigt werden, indem der Geschäftsleiter einer solchen Tochter unmittelbar in die Geschäftsleitung der herrschenden Gesellschaft eingegliedert wird.¹⁹ Hierdurch wird dem Doppelmandatsträger nicht nur die unmittelbare Repräsentation der Interessen der Tochtergesellschaft auf der Ebene der Konzernspitze ermöglicht, sondern auch die geschäftsleitenden Entscheidungen werden nicht (mehr) von „oben“ diktiert.²⁰ Der Doppelmandatsträger trägt und bildet diese als Teil der Geschäftsleitung der herrschenden Gesellschaft mit.²¹ Auf der anderen Seite dient die Einbindung des Doppelmandatsträgers in die Geschäftsleitung beider Konzerngesellschaften der effektiven Information der Konzernspitze über die Belange der Tochter und umgekehrt der Tochter über die (anstehende) Konzernpolitik.²² Dies wirkt sich positiv auf eine einheitliche Ausrichtung und schnellere Durchsetzung der Unternehmenspolitik im Konzernverbund aus.²³ Der Doppelmandatsträger kennt Hintergründe und Motive der Entscheidung und kann so für eine schnellere Übersetzung und konfliktfreie Durchsetzung der Entscheidungen in der abhängigen Gesellschaft sorgen.²⁴ Gerade im faktischen Konzern, in dem § 308 AktG die Leitungsbefugnis der herrschenden Gesellschaft nicht absichert (mangels Anwendbarkeit), ist das Doppelmandat entscheidend für die Gewährleistung ein-

19 Sogenannte „Sparten-“ oder „Stammesfürsten“, vgl. *Passarge*, NZG 2007, 441; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570; *Anders*, S. 24; *Bernhardt*, Handelsblatt vom 22.07.1986, S. 8.

20 Vgl. *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 571; *Eversberg*, S. 26; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 572 f.

21 Ist herrschende Gesellschaft eine GmbH, ist der Doppelmandatsträger – anders als in der AG der Vorstand (§ 76 AktG) – zwar nicht zwingend in die Entscheidungsprozesse der herrschenden Gesellschaft involviert, oberstes Willensbildungsorgan ist die Gesellschafterversammlung (vgl. das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gemäß § 37 GmbHG), vgl. hierzu *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG (2014), § 46 Rn. 1; *Michalski/Römermann*, GmbHG (2017), § 46 Rn. 3. Doch auch hier wird durch den Abbau von Hierarchieebenen die interne Kommunikation sowie die Durchsetzbarkeit von Entscheidungen erleichtert und damit die interne Konzernpolitik insgesamt optimiert, vgl. hierzu *Holtmann*, S. 30 f.; *Anders*, S. 72. Zumal der Geschäftsführer auch bei der GmbH für die Wahrnehmung der laufenden Geschäfte verantwortlich ist und sein eigenverantwortlicher Bereich durch die Satzung erweitert werden kann, vgl. *Ebenroth/Müller*, GmbHR 1991, 237, 241.

22 *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570; *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 571; *Holtmann*, S. 29 ff.

23 *Ebke/Geiger*, ZVglRWiss 93 (1994), 38, 57.

24 *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570; *Anders*, S. 64; *Holtmann*, S. 29, 36; *Passarge*, NZG 2007, 441.

heitlicher Leitung im Sinne von § 18 Abs. 1 AktG und die damit verbundene Durchsetzbarkeit der von der Konzernspitze entwickelten Gesamtziele des Konzerns auf allen Ebenen.²⁵ Der Doppelmandatsträger ist mithin vor allem im faktischen Konzern Bindeglied zwischen den beiden Konzernebenen.

Weiterer Vorteil von Doppelmandaten ist die Freisetzung von Synergien zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften, indem gleiche oder zusammengehörige Ressorts durch einen Doppelmandatsträger wahrgenommen werden.²⁶ Nicht zuletzt dienen Doppelmandate auch der Kostenreduzierung.²⁷ Schließlich haben zusätzliche Geschäftsleitungsorgane auch zusätzliche Vergütungsansprüche.

Die Ausgestaltung einer Geschäftsleiterposition als Doppelmandat hat – schon aus Effizienzgründen – üblicherweise zur Folge, dass es der Doppelmandatsträger ist, der (Rechts-)Geschäfte zwischen den von ihm vertretenen, konzernverbundenen Gesellschaften anbahnt und ausführt.²⁸ Ist er der einzige Geschäftsleiter, besteht keine andere Möglichkeit. Als doppelter Vertreter steht der Doppelmandatsträger dementsprechend auf beiden Seiten des Tatbestandes eines konzerninternen Rechtsgeschäftes. An diese Situation der Personenidentität knüpft das Verbot des § 181 Alt. 2 BGB an. Das hierin normierte Mehrfachvertretungsverbot sieht vor, dass ein Vertreter²⁹ im Namen des Vertretenen mit sich als Vertreter eines Dritten kein Rechtsgeschäft vornehmen darf, soweit dem Vertreter nicht ein anderes

25 Vgl. *Holtmann*, S. 28 f.; *Anders*, S. 64. Im Vertragskonzern ist die Durchsetzbarkeit der Konzernziele bereits über das Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft gem. § 308 AktG (entsprechend) gesichert, im GmbH-Konzern (zusätzlich) über die generelle Allzuständigkeit und das damit im Zusammenhang stehende Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gem. § 37 Abs. 1 GmbHG. Allerdings tritt durch Einbindung eines Doppelmandatsträgers auch hier das organrechtliche „Konsensprinzip“ an die Stelle des von § 308 AktG (analog) bzw. § 37 GmbHG vorgegebenen hierarchischen „Kommandoprinzips“, vgl. hierzu *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 571; *Eversberg*, S. 26; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 572 f.

26 *Decher*, S. 81, 86 ff.; *Anders*, S. 26.

27 *Eversberg*, S. 31 f.; *Anders*, S. 74.

28 *Timm*, AcP 193 (1993), 423, 425.

29 § 181 BGB findet auch auf den organschaftlichen Vertreter Anwendung, obwohl deren organschaftliche Vertretungsmacht grundsätzlich gemäß § 37 Abs. 2 GmbHG bzw. § 82 Abs. 1 AktG unbeschränkt und unbeschränkbar ist, vgl. BGHZ 33, 189, 190; 56, 97, 101; 59, 236, 239 f.; *Erman/Maier-Reimer*, BGB (2014), § 181 Rn. 8; *MünchKomm/Schubert*, BGB (2015), § 181 Rn. 9 ff.; *Baetzgen*,

gestattet ist oder das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Soweit nicht ein Ausnahmetatbestand des § 181 BGB greift, sind Konzernbinnengeschäfte, die von einem Doppelmandatsträger abgeschlossen werden, folglich mit einer solchen verbotenen Mehrfachvertretung im Sinne des § 181 Alt. 2 BGB verbunden.³⁰ Dass die Mehrfachvertretung des Doppelmandatsträgers, wie seine Bestellung als solcher zeigt, konzernintern ausdrücklich gewünscht ist, spielt für den Verbotstatbestand des § 181 Alt. 2 BGB grundsätzlich keine Rolle; es sei denn, es liegt ein Ausnahmetatbestand des § 181 BGB vor.³¹ Welche Konsequenzen sich aus dem Verbot des § 181 Alt. 2 BGB in der Praxis für die durch einen Doppelmandatsträger vertretenen Konzerngesellschaften ergeben, soll nachfolgend aufgezeigt werden.

RNotZ 2005, 193, 201. Nach Auffassung der Rechtsprechung kommt § 181 BGB bei Vertretungsorganen juristischer Personen nur analog zur Anwendung, da solche nicht als Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB zu qualifizieren sind, vgl. BGHZ 33, 189, 190. *Hübner* spricht sich unter Verweis auf § 26 BGB dagegen für eine direkte Verbotsgeltung aus, vgl. *Hübner*, S. 74. Aufgrund der fehlenden praktischen Bedeutung dieser Unterscheidung wird im Rahmen dieser Arbeit hierauf nicht näher eingegangen werden.

30 *Schneider*, BB 1986, 201, 205; *Timm*, AcP 193 (1993), 423.

31 *Stenzel*, GmbHHR 2011, 1129.