

ELENA LUISA WASSERBÄCH

Die Vertretung der
Aktiengesellschaft
durch ihren Aufsichtsrat

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
45*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

45



Elena Luisa Wasserbäch

Die Vertretung der
Aktiengesellschaft
durch ihren Aufsichtsrat

Mohr Siebeck

Elena Luisa Wasserbüch, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaften an der Eberhard Karls Universität Tübingen; Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; promotionsbegleitend wissenschaftliche Mitarbeit am Lehrstuhl von Professor Dr. Habersack, Ludwig-Maximilians-Universität München; seit Juli 2016 Rechtsanwältin in Hamburg.

ISBN 978-3-16-155739-2 / eISBN 978-3-16-158845-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISSN 2193-7273 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar. Zugl. Dissertation an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis September 2017 berücksichtigt werden.

Mein größter Dank gebührt meinem verehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. Mathias Habersack. Ich danke ihm für die Anregung des Themas, die gute Betreuung, die zügige Erstattung des Erstgutachtens sowie dafür, dass er mich auch über das Dissertationsprojekt hinaus gefördert hat. Meine Tätigkeit an seinem Lehrstuhl an der Eberhard Karls Universität in Tübingen sowie an der Ludwig-Maximilians-Universität in München war eine große Bereicherung für mich, an die ich stets mit Freude zurückdenke. Für die schöne Lehrstuhlzeit danke ich ihm und meinen ehemaligen Lehrstuhlkollegen, insbesondere Dr. Stephan Dangelmayer LL.M.

Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön danke ich für die zügige Erstattung des Zweitgutachtens. Ich freue mich, dass diese Arbeit in der Schriftenreihe "Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht" erscheint und bedanke mich bei Herrn Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer, Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt und Herrn Professor Dr. Rüdiger Veil für die Aufnahme in diese Reihe.

Ein Dank der ganz besonderen Art gebührt meinen lieben Eltern, die mich stets in allen meinen Vorhaben vorbehaltlos unterstützen. Ich danke ihnen von Herzen und widme ihnen meine Dissertation.

Hamburg, im November 2017

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XVII
§ 1 <i>Einführung</i>	1
I. Anlass der Untersuchung und Untersuchungsgegenstand	1
II. Gang der Untersuchung	6
§ 2 <i>Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern</i>	9
I. Regelungsgegenstand	9
II. Vereinbarkeit mit der Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG	9
III. Normzweck	11
IV. Verhältnis des § 112 AktG zu anderen Vorschriften	16
V. Personeller und sachlicher Anwendungsbereich	17
VI. Zeitlicher Anwendungsbereich	30
§ 3 <i>Vertretung gegenüber Dritten</i>	33
I. Grundsatz	33
II. Dem Vorstandsmitglied nahestehende Gesellschaften	35
III. Dem Vorstandsmitglied nahestehende natürliche Personen	77
IV. Verträge zugunsten eines Vorstandsmitglieds	84
V. Drittanstellungsverträge	97
VI. Geltendmachung des gegen den D&O-Versicherer gerichteten Freistellungsanspruchs des Vorstandsmitglieds	111
VII. Verfügungen über Organhaftungsansprüche	119
VIII. Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Abschlussprüfer	120
IX. Mehrseitige Rechtsgeschäfte und Rechtsgeschäfte unter Beteiligung des Organwalters	127
X. Verbundene Unternehmen	131
§ 4 <i>Wahrnehmung der Vertretung durch den Aufsichtsrat</i>	135
I. Modalitäten der Ausübung der Vertretungsmacht durch den Aufsichtsrat	135
II. Wissenszurechnung	146

III. Nachweis der Vertretungsmacht	148
IV. Umfang der Vertretungsmacht	157
§ 5 <i>Rechtsfolgen eines Vertretungsmangels</i>	163
I. Gerichtliche Vertretung	163
II. Außergerichtliche Vertretung	165
§ 6 <i>Zusammenfassung in Thesen</i>	169
Literaturverzeichnis	175
Stichwortverzeichnis	191

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
§ 1 <i>Einführung</i>	1
I. Anlass der Untersuchung und Untersuchungsgegenstand	1
II. Gang der Untersuchung	6
§ 2 <i>Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern</i>	9
I. Regelungsgegenstand	9
II. Vereinbarkeit mit der Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG	9
III. Normzweck	11
1. Sicherstellung einer sachgerechten Vertretung der juristischen Person	11
2. Schutz des Rechtsverkehrs	13
a) Widerstreit zwischen materieller Gerechtigkeit und Verkehrsschutz	13
b) Vergleichende Betrachtungsweise zu § 181 BGB	14
IV. Verhältnis des § 112 AktG zu anderen Vorschriften	16
V. Personeller und sachlicher Anwendungsbereich	17
1. Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern	17
a) Amtierende Vorstandsmitglieder	17
aa) Amtierende – fehlerhaft bestellte und angestellte – Vorstandsmitglieder	17
bb) Stellvertretende Vorstandsmitglieder	19
cc) Vertretung durch einen Dritten	20
dd) Umfassende Vertretungsmacht des Aufsichtsrats	20
b) In Aussicht genommene Vorstandsmitglieder	21
aa) Angelegenheiten im Zusammenhang mit der zukünftigen Vorstandstätigkeit	21
bb) Erforderlichkeit einer nachfolgenden Bestellung	22
c) Ehemalige Vorstandsmitglieder	22
aa) In der ehemaligen Vorstandstätigkeit wurzelnde Angelegenheiten	22

bb) Neutrale Geschäfte und Geschäfte des täglichen Lebens	25
cc) Beraterverträge	27
dd) Wechsel in den Aufsichtsrat	28
ee) Beendigung eines ruhenden Arbeitsverhältnisses	29
ff) Formwechsel	30
2. Vertretung der Gesellschaft	30
VI. Zeitlicher Anwendungsbereich	30
§ 3 Vertretung gegenüber Dritten	33
I. Grundsatz	33
II. Dem Vorstandsmitglied nahestehende Gesellschaften	35
1. Überblick	35
2. Entsprechende Anwendung des § 112 AktG	36
3. Vereinbarkeit mit der Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG	38
4. Planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes	39
a) Ausnahmecharakter des § 112 AktG	39
b) Regelungssystematik der §§ 89, 115 AktG	40
5. Vergleichbare Interessenlage: Das Vorstandsmitglied als (wirtschaftlicher) Alleingesellschafter	41
a) Unmittelbare Betroffenheit von Drittinteressen	42
b) Mittelbare Betroffenheit von Eigeninteressen	42
aa) Das Vorstandsmitglied als Alleingesellschafter	42
(1) Willenseinheit	42
(2) Wirtschaftliche Einheit	43
bb) Das Vorstandsmitglied als wirtschaftlicher Alleingesellschafter	44
cc) Entgegenstehen des Trennungsprinzips	45
c) Zwischenergebnis	46
6. Vergleichbare Interessenlage: Das Vorstandsmitglied als Mitgesellschafter	46
a) Überblick	46
b) Nutzen des Geschäfts für das Vorstandsmitglied	47
aa) Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zu §§ 113, 114 AktG	47
bb) Rechtsprechungsgrundsätze zu § 114 AktG	48
c) Stellungnahme	49
aa) Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zu §§ 113, 114 AktG	49
bb) Anwendbarkeit des § 112 AktG auf Beteiligungsgesellschaften des Vorstandsmitglieds	53
d) Zwischenergebnis	55
7. Schutz des Rechtsverkehrs	55
a) Überblick	55

b) Stellungnahme	56
aa) Das Vorstandsmitglied als Alleingesellschafter	57
bb) Das Vorstandsmitglied als wirtschaftlicher Alleingesellschafter und Mitgesellschafter	59
c) Zwischenergebnis	60
8. Funktion des Aufsichtsrats	61
9. Zwischenergebnis	62
10. Vermeidung und Behandlung von aus Eigen- und Nahpersonengeschäften resultierenden Interessenkonflikten nach geltendem Recht	62
a) Präventiver Schutz vor Interessenkonflikten durch die unbedingte Bindung an das Unternehmensinteresse	63
b) Offenlegung von Interessenkonflikten	67
c) Folgen der Offenlegung nach geltendem Recht	69
d) Folgen der Offenlegung nach Ziff. 4.3.3. S. 4 DCGK	71
e) Sonstige Schutzmechanismen	75
11. Ergebnis	76
III. Dem Vorstandsmitglied nahestehende natürliche Personen	77
1. Familiäre Verbundenheit als Anknüpfungspunkt	77
a) Planwidrige Regelungslücke	77
b) Vergleichbare Interessenlage	78
aa) Interessen- und Wirtschaftseinheit zwischen Familienangehörigen	78
bb) „Soziale Beherrschung“ einer Gesellschaft	80
c) Zwischenergebnis	81
2. Anspruchsgegenstand als Anknüpfungspunkt	81
3. Ergebnis	84
IV. Verträge zugunsten eines Vorstandsmitglieds	84
1. Überblick	84
2. Grundsatz	87
a) Vorüberlegungen	87
b) Unbeachtlichkeit der Betroffenheit der persönlichen Interessen des Vorstandsmitglieds am Vertragsschluss mit einem Dritten	88
c) Systematik des geltenden Rechts	90
d) Ergebnis	92
3. D&O-Versicherung	92
4. Stellungnahme	94
a) D&O-Gruppenpolice	94
b) D&O-Einzelpolice	95
c) D&O-Verschaffungsklausel im Anstellungsvertrag	95
5. Ergebnis	96
V. Drittanstellungsverträge	97
1. Überblick	97

2. Ausschließliche Bestellungskompetenz des Aufsichtsrats	100
3. Ausschließliche Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats	101
a) Wortlaut, Delegationsverbot, enger sachlicher Zusammenhang zwischen Bestellung und Anstellung	101
b) Wahrnehmung der innerverbandlichen Kompetenzen durch Abschluss des Vorstandsüberlassungsvertrags und Mitwirkung am Abschluss des Drittanstellungsvertrags	103
aa) Vertretung der AG beim Abschluss einer die Vorstandsvergütung mittelbar betreffenden Vereinbarung	104
bb) Mitwirkung an der Ausgestaltung des Drittanstellungsvertrags	106
c) BGH, Urt. v. 28.4.2015 – II ZR 63/14	110
4. Ergebnis	111
VI. Geltendmachung des gegen den D&O-Versicherer gerichteten Freistellungsanspruchs des Vorstandsmitglieds	111
1. Überblick	111
2. Eingriff in die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats	114
3. Abstrakte Gefahr eines Interessenkonflikts	116
4. Planwidrige Regelungslücke	118
5. Funktion des Aufsichtsrats	118
6. Ergebnis	119
VII. Verfügungen über Organhaftungsansprüche	119
1. Verfügung über Organhaftungsansprüche	119
2. Verfügung über sonstige Ansprüche	120
VIII. Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Abschlussprüfer	120
1. Überblick	120
2. Unterstützungsfunktion des Abschlussprüfers bei der Wahrnehmung der Vorstandsüberwachung	123
3. Die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers als Grundvoraussetzung seiner Unterstützungsfunktion	124
4. Haftungsdurchsetzung durch das Prüfungsobjekt der Abschlussprüfung	126
5. Funktion des Aufsichtsrats	127
6. Ergebnisse	127
IX. Mehrseitige Rechtsgeschäfte und Rechtsgeschäfte unter Beteiligung des Organwalters	127
1. Mehrseitige Rechtsgeschäfte	127
a) Unter Beteiligung Dritter	127
b) Unter Beteiligung von Aufsichtsratsmitgliedern	129
2. Abgabe paralleler Willenserklärungen	130
3. Ergebnis	131
X. Verbundene Unternehmen	131

§ 4	<i>Wahrnehmung der Vertretung durch den Aufsichtsrat</i>	135
I.	Modalitäten der Ausübung der Vertretungsmacht	
	durch den Aufsichtsrat	135
	1. Überblick	135
	2. Aktivvertretung	136
	a) Willensbildung	136
	aa) Zuständigkeit des Gesamorgans	136
	bb) Delegation der Willensbildung – Vertretung im Willen	138
	b) Willenskundgabe	138
	aa) Zuständigkeit der den Beschluss tragenden Mehrheit	138
	bb) Vollzug des Organwillens ohne Ermessensspielraum	140
	(1) Ermächtigung durch das Gesamorgan	140
	(2) Ermächtigung kraft Amtes	143
	cc) Übermittlung einer fremden Willenserklärung als Bote	143
	dd) Vollzug des Organwillens mit Ermessensspielraum	144
	3. Passivvertretung	145
II.	Wissenszurechnung	146
III.	Nachweis der Vertretungsmacht	148
	1. Geschäftsgegner oder Registergericht	148
	a) Nachweis der Vertretungsmacht	149
	aa) Anwendbarkeit des § 174 BGB	149
	bb) Nachweis der Vertretungsmacht bei Anwesenheit in der Sitzung	149
	cc) Nachweis der Vertretungsmacht außerhalb der Sitzung	150
	dd) Entbehrlichkeit des Nachweises, § 174 S. 2 BGB	152
	(1) Ermächtigung in der Satzung	152
	(2) Ermächtigung in der Geschäftsordnung oder im Anstellungsvertrag	153
	(3) Aufsichtsratsvorsitzender	153
	b) Nachweis der Zugehörigkeit des Aufsichtsrats	154
	c) Nachweis der Wirksamkeit des Aufsichtsratsbeschlusses	155
	(1) Willensbildender Beschluss	155
	(2) Ermächtigungsbeschluss	157
	2. Grundbuch- oder Handelsregisterverfahren	157
IV.	Umfang der Vertretungsmacht	157
	1. Überblick	157
	2. Entsprechende Anwendung des § 82 Abs. 1 AktG	159
	3. Entgegenstehen der Publizitätsrichtlinie	162

§ 5 <i>Rechtsfolgen eines Vertretungsmangels</i>	163
I. Gerichtliche Vertretung	163
II. Außergerichtliche Vertretung	165
1. Überblick	165
2. Stellungnahme	166
3. Ergebnis	168
§ 6 <i>Zusammenfassung in Thesen</i>	169
Literaturverzeichnis	175
Stichwortverzeichnis	191

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht, anderer Meinung
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BB	Der Betriebs-Berater
Beck'scher Bilanz-Komm	Beck'scher Bilanz-Kommentar
Beck'sches Notar-Hdb	Beck'sches Notar-Handbuch
Begr. RegE	Begründung zum Regierungsentwurf
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts
BR-Drucks	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks/BTDrs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG, BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Baden-Württembergische Notarzeitschrift
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
DNotI-Report	Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht; Deutsche Steuerrundschau
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
f.	und der/die/das Folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	und die Folgenden
FS	Festschrift
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GroßkommAktG	Großkommentar zum AktG
GroßkommHGB	Großkommentar zum HGB
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Hdb VorstandsR	Handbuch des Vorstandsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IFRS	International Financial Reporting Standards
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KöKoAktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
krit	kritisch
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestErgG	Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MittBayrNot.	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüHdbGesR	Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum BGB
MüKoBilanzrecht	Münchener Kommentar zum Bilanzrecht
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum HGB
MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum GmbHG
MüKoVVG	Münchener Kommentar zum VVG

NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rpflieger	Rechtspfleger
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RegisterR	Registerrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummern
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
S.	Seite
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
sog.	sogenannte/n
Slg.	Sammlung
u.a.	unter anderem
Urt. v.	Urteil vom
UmwG	Umwandlungsgesetz
Var.	Variante
vgl.	Vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
Ziff.	Ziffer
ZNotP	Zeitschrift für NotarPraxis
ZPO	Zivilprozessordnung

§ 1 Einführung

I. Anlass der Untersuchung und Untersuchungsgegenstand

„Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich“, so lautet der erste Satz der Vorschrift, welche den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet: § 112 AktG.

Die Norm geht auf die Aktienrechtsnovelle 1965 zurück und sollte eine klare Vertretungsregelung schaffen, um

„Zweifel und Auslegungsschwierigkeiten über die Reichweite der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats“

zu beseitigen, zu welchen die Vorgängervorschriften des § 112 AktG, § 247 HGB 1897 und § 97 AktG 1937, Anlass gegeben hatte.¹ Entgegen ihrem eindeutigen Wortlaut, welcher den Eindruck erweckt, die Rechtslage nach dem Aktiengesetz 1965 sei geklärt,² hat sich das mit der gesetzlichen Neuregelung intendierte Ziel jedoch nicht vollumfänglich realisiert.

Zwar ist die gerichtliche und außergerichtliche Vertretungszuständigkeit des Aufsichtsrats Vorstandsmitgliedern gegenüber nach § 112 AktG nunmehr unstrittig eine ausschließliche. Anders als noch nach dem Aktienrecht des Handelsgesetzbuchs 1897 und dem Aktiengesetz 1937 ist der Aufsichtsrat nicht mehr nur „befugt“, Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit einem ihrer Vorstandsmitglieder vorzunehmen (§ 247 HGB 1897, § 97 Abs. 1 AktG 1937).³ Die anderen in vertretungsbefugter Zahl vorhandenen Mitglieder des Leitungsorgans, der von den Beschränkungen des Selbstkontrahierens befreite Organwalter sowie

¹ Kropff, AktG 1965, Begr. RegE., S. 156.

² Darauf hinweisend auch K. Fischer; ZNotP 2002, 297, 299; Eßwein, AG 2015, 151.

³ BGH, Urt. 6.4.1964 – II ZR 75/62, BGHZ 41, 282, 285 = NJW 1964, 1367; Brodmann, Aktienrecht, § 247 HGB, Anm. 1; Meyer-Landrut, in: GroßkommAktG, 2. Aufl. 1961, § 97 AktG 1937, Anm. 3; Schlegelberger/Quassowski, 2. Aufl. § 97 AktG 1937, Rn. 3 f, 21; Hopt/Roth, in: GroßkommAktG, § 112 Rn. 1. Lediglich die Befugnis zum Abschluss und zur Beendigung des Anstellungsvertrags war dem Aufsichtsrat aus seiner Bestellungsbefugnis folgend – jedenfalls unter Geltung des Aktiengesetzes 1937, zuvor oblag die Bestellung und Anstellung dem Aufsichtsrat lediglich neben der Generalversammlung (Brodmann, Aktienrecht, § 247 HGB 1897, Anm. 1; Baums, Geschäftsleitungsvertrag, S. 71.) – zur ausschließlichen Zuständigkeit zugewiesen (Meyer-Landrut, in: GroßkommAktG, 2. Aufl. 1961, § 97 AktG 1937, Anm. 3; Schlegelberger/Quassowski, 2. Aufl. § 97 AktG 1937, Rn. 3).

Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen sind mithin nicht mehr neben dem Aufsichtsorgan zur organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft berufen.⁴

Insbesondere obliegt auch die prozessuale Vertretung der juristischen Person gegenüber den Mitgliedern ihres Leitungsorgans nunmehr der alleinigen Zuständigkeit des Aufsichtsorgans. Nach dem Aktienrecht des Handelsgesetzbuchs 1897 und des Aktiengesetzes 1937 waren die übrigen Vorstandsmitglieder im Falle einer gegen die Gesellschaft gerichteten Klage eines Vorstandsmitglieds noch alternativ neben dem Aufsichtsrat zur Vertretung der AG berufen.⁵ Gegen den Organwalter gerichtete Rechtsstreitigkeiten konnten nach der Rechtslage unter Geltung des § 97 Abs. 2 AktG 1937 zwar ausschließlich vom Aufsichtsrat geführt werden, bedurften jedoch eines vorhergehenden Beschlusses der Hauptversammlung.⁶ Die ausschließliche organschaftliche Vertretungsmacht des Aufsichtsrats gegenüber Vorstandsmitgliedern beschränkte sich auf die von der Hauptversammlung beschlossenen Prozesse.⁷

Obgleich die Vorschrift des § 112 AktG das Leitungsorgan nunmehr zwingend von der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der juristischen Person gegenüber einzelnen Vorstandsmitgliedern ausschließt und diese dem Aufsichtsorgan überantwortet, konnte die gesetzliche Neuregelung nicht sämtliche „Zweifel und Auslegungsschwierigkeiten über die Reichweite der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats“⁸ ausräumen.

Bisher keiner abschließenden Klärung zugeführt ist vor allem die Frage nach der Reichweite des *persönlichen Anwendungsbereichs* der Norm.

Im Hinblick auf den Schutzzweck des § 112 AktG, welcher unter anderem darin zu sehen ist, eine sachgerechte, unbefangene Vertretung der AG sicherzustellen,⁹ stellt sich die Frage, ob auch die gerichtliche und außergerichtliche Vertre-

⁴ Zu Rechtslage unter Geltung des § 247 HGB 1897 und § 97 I AktG 1937: BGH, Urt. v. 6.4.1964 – II ZR 75/62, BGHZ 41, 282, 285 = NJW 1964, 1367; *Brodmann*, Aktienrecht, § 247 HGB, Anm. 1; *Meyer-Landrut*, in: *GroßkommAktG*, 2. Aufl. 1961, § 97 AktG 1937, Anm. 3; *Schlegelberger/Quassowski*, 2. Aufl. § 97 AktG 1937, Rn. 3 f, 21; *Hopt/Roth*, in: *GroßkommAktG*, § 112 Rn. 1.

⁵ *Meyer-Landrut*, in: *GroßkommAktG*, 2. Aufl. 1961, § 97 AktG 1937, Anm. 5.

⁶ *Brodmann*, Aktienrecht, § 247 HGB, Anm. 2; *Meyer-Landrut*, in: *GroßkommAktG*, 2. Aufl. 1961, § 97 AktG 1937, Anm. 8.

⁷ *Meyer-Landrut*, in: *GroßkommAktG*, 2. Aufl. 1961, § 97 AktG 1937, Anm. 4.

⁸ *Kropff*, AktG 1965, Begr. RegE., S. 156.

⁹ BGH, Urt. v. 11.5.1981 – II ZR 126/80, NJW 1981, 2748; Urt. v. 9.10.1986 – II ZR 284/85, NJW 1987, 254, 255; Urt. v. 8.2.1988 – II ZR 159/87, BGHZ 103, 213, 216 = NJW 1988, 1384; Urt. v. 13.2.1989 – II ZR 209/88 = NJW 1989, 2055, 2056; Urt. v. 5.3.1990 – II ZR 86/89, NJW-RR 1990, 739, 740; Urt. v. 22.4.1991 – II ZR 151/90, NJW-RR 1991, 926; Urt. v. 7.7.1993 – VIII ZR 2/92, NJW-RR 1993, 1250, 1251; Urt. v. 26.6.1995 – II ZR 122/94, BGHZ 130, 108, 111 f. = NJW 1995, 2559; Urt. v. 16.10.2006 – II ZR 7/05, NZG 2007, 31; OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.10.2012 – 8 U 22/11–6, Rn. 24, zit. nach juris = NZG 2012, 1348; KG Berlin, Urt. v. 28.6.2011 – 19 U 11/11, NZG 2011, 865, 866; BAG, Urt. v. 4.7.2001 – 2 AZR 142/00, AG 2002, 458, 459; *Hopt/Roth*, in: *GroßkommAktG*, § 112 Rn. 6; *Habersack*, in: *MüKoAktG*, § 112 Rn. 1; *Mertens/Cahn*, in: *KöKoAktG*, § 112 Rn. 2; *W. Werner*, ZGR 1989, 369, 381; kritisch gegenüber der h.M.

tung der juristischen Person gegenüber dem Vorstandsmitglied nahestehenden juristischen oder natürlichen Personen vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst ist. Interessenkonflikte im Leitungsorgan sind auch bei der Vornahme von Nahpersonengeschäften denkbar, so dass eine erweiternde Anwendung des § 112 AktG unter Schutzzweckgesichtspunkten nicht ausgeschlossen erscheint.

Der II. Zivilsenat des BGH¹⁰ hat die für die Unternehmerpraxis überaus bedeutsame Frage nach der Vertretungszuständigkeit der AG gegenüber einer Kapitalgesellschaft, zu deren Anteilsinhabern ein Vorstandsmitglied gehört, bisher keiner Klärung zugeführt,¹¹ so dass sich die Praxis einstweilen zu einer Doppelvertretung veranlasst sieht.¹² Ausdrücklich abgelehnt hat der BGH die Anwendung des § 112 AktG lediglich im Falle des Kontrahierens mit einer Gesellschaft, an welcher das Vorstandsmitglied als Minderheitsgesellschafter (24,99%) beteiligt war und sich die übrigen Kapitalanteile in der Hand von dessen Ehefrau (9,07%) sowie seiner drei Abkömmlinge befanden (je 17,06%).¹³

Mittelbare Interessenkonflikte bei der Wahrnehmung der organschaftlichen Vertretungsaufgabe durch den Vorstand sind auch in der Konstellation zu befürchten, in welcher das Leitungsorgan ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft mit einem Dritten zugunsten eines seiner Mitglieder abschließt (§ 328 BGB). Zu denken ist in diesem Zusammenhang insbesondere an Versicherungsverträge zugunsten des Organwalters (D&O-Versicherung) sowie an Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft mit Dritten in Erfüllung gegenüber dem Organmitglied bestehender anstellungsvertraglicher Pflichten vornimmt.

Fragen hinsichtlich der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung stellen sich auch im Falle der Geltendmachung des gegen den D&O-Versicherer gerichteten Freistellungsanspruchs des Vorstandsmitglieds durch die geschädigte Gesellschaft (§ 108 Abs. 2 VVG) sowie im Falle der Verfügung über Organhaftungsansprüche. Auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem Abschlussprüfer wirft Fragen nach der innergesellschaft-

Behr/Kindl DStR 1999, 119, 123; *K. Fischer*, ZNotP 2002, 297, 299; a.A. *Kleindiek*, WuB II A § 112, AktG 1.88, der in § 112 AktG lediglich eine Annexkompetenz des Aufsichtsrats zu den ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben sieht.

¹⁰ BGH, Urt. v. 12.3.2013 – II ZR 179/12, BGHZ 196, 312, 314 Rn. 9 = AG 2013, 431; Urt. v. 28.4.2015 – II ZR 63/14, AG 2015, 535, 537 Rn. 32.

¹¹ A.A. *Palzer*, JZ 2013, 691 und *Uffmann*, Interim Management, S. 336, die davon ausgehen, BGH, Urt. v. 12.3.2013 – II ZR 179/12, BGHZ 196, 312, 314 habe sich in Rn. 9 explizit für die Anwendbarkeit des § 112 AktG auf Geschäfte mit einer dem Vorstandsmitglied wirtschaftliche identischen Gesellschaft ausgesprochen, und leiten dies aus der Formulierung des II. Senats ab, die Käuferin sein im entschiedenen Fall nicht mit dem betreffenden Vorstandsmitglied „gleichzusetzen“ (Hervorhebung durch Verfasserin); a.A. auch *Witt*, ZGR 2013, 668, 680.

¹² Eine vorsorgliche Doppelvertretung empfehlend: *K. Fischer*, ZNotP 2002, 297, 303; *Wiesner*, in: MüHdbGesR, § 23 Rn. 7; *Wicke*, DNotZ 2013, 812, 813; *Lutter/Krieger/Verse*, Rn. 442; *Theusinger/Wolf*, NZG 2012, 901, 903; *Bornmann*, OLG Report Düsseldorf, K21, K 24; *Suttmann*, MittBayNot 2011, 1, 9.

¹³ BGH, Urt. v. 12.3.2013 – II ZR 179/12, BGHZ 196, 312, 314 Rn. 10 = AG 2013, 431.

lichen Entscheidungszuständigkeit sowie der Befugnis zur Vertretung der AG im Außenverhältnis hervor. In den genannten Fällen berühren Drittgeschäfte bzw. Rechtsstreitigkeiten zwischen der AG und außenstehenden Dritten die Interessen eines Mitglieds des Leitungsorgans mittelbar, so dass eine erweiterte Anwendung des § 112 AktG unter Schutzzweckgesichtspunkten veranlasst sein könnte. Dies gilt in besonderem Maße vor dem Hintergrund, dass die genannten Fälle indirekt die Haftung des Vorstandsmitglieds zum Gegenstand haben.

Fragen hinsichtlich der Vertretungszuständigkeit der juristischen Person stellen sich überdies, sofern die Gesellschaft einen die Vorstandsvergütung betreffenden Vertrag mit einem Dritten abschließt, etwa in Fällen der Anstellung des Organwalters durch einen von der Bestellungskörperschaft zu unterscheidenden Dritten.

Bisher keiner Klärung zugeführt ist auch die Frage, welches Organ die Gesellschaft beim Abschluss eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts unter Beteiligung eines Vorstandsmitglieds vertritt. Die Problematik verschärft sich, sofern sowohl ein Mitglied des Leitungs- als auch ein Mitglied des Aufsichtsorgans an dem Rechtsgeschäft mit der juristischen Person beteiligt sind. Gelangt in diesem Fall § 112 AktG zur Anwendung oder hat es bei dem in § 78 Abs. 1 AktG niedergelegten Grundsatz der organschaftlichen Vertretung der juristischen Person durch den Vorstand sein Bewenden?

Ob die Vorschrift des § 112 AktG der generellen Vermeidung von aus Drittgeschäften resultierenden Interessenkonflikten dient, die Norm mithin als Grenze der Vertretungsmacht des Vorstands im Falle des Vorliegens eines mittelbaren Interessenkonflikts in der Person eines seiner Mitglieder zu verstehen ist, erscheint vor dem Hintergrund als nicht unproblematisch, dient doch die Norm neben dem Schutz der vertretenen Gesellschaft auch der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs.¹⁴

Unter diesem Aspekt wird die Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands durch die Vorschrift des § 112 AktG sogar bereits in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich „als ein massives bürokratisches Hindernis für den Geschäftsverkehr“¹⁵ verstanden und daher eine gesetzliche Neuregelung gefordert, wonach die Norm lediglich als Beschränkung des rechtlichen Dürfens des Vorstands im Innenverhältnis fungieren soll.¹⁶

Auf internationaler Ebene hingegen werden die aktienrechtlichen Regelungen von Nahpersonengeschäften als unbefriedigend empfunden.¹⁷

¹⁴ BGH, Urt. v. 5.3.1990 – II ZR 86/89, NJW-RR 1990, 739, 740; Urt. v. 22.4.1991 – II ZR 151/90, NJW-RR 1991, 926; Urt. v. 7.7.1993 – VIII ZR 2/92, NJW-RR 1993, 1250, 1251; BGH, Urt. v. 16.10.2006 – II ZR 7/05, NZG 2007, 31, Rn. 5; Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 282/07, NZG 2009, 466, Rn. 7; *Hopt/Roth*, in: *GroßkommAktG*, § 112 Rn. 7.

¹⁵ *Willer/Krafka*, NZG 2006, 495, 497.

¹⁶ *Willer/Krafka*, NZG 2006, 495, 497.

¹⁷ *Enriques/Hertig/Kanda*, in: *The Anatomy of Corporate Law*, S. 157.

Stärkere Kontrollen von Geschäften mit den Mitgliedern des Leitungsorgans sowie diesen nahestehenden Personen strebt de lege ferenda auch die EU-Kommission an und hat daher einen Vorschlag zur Änderung der Aktionärsrichtlinie unterbreitet.¹⁸ Mit Erreichen eines bestimmten Schwellenwerts sollen Geschäfte mit Organmitgliedern und diesen nahestehenden Personen daher offengelegt, einer externen Prüfung unterzogen sowie der Hauptversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden (Art. 9 c RL-E).¹⁹

Nicht nur über die Reichweite des personellen Anwendungsbereichs des § 112 AktG herrscht Rechtsunsicherheit in der Unternehmenspraxis. Ungeklärt ist auch die Frage, wie der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied zu vertreten hat, insbesondere, ob er sich hierbei Dritter bedienen darf. § 112 AktG weist dem Aufsichtsorgan zwar die umfassende sachliche Zuständigkeit zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Mitgliedern des Vorstands zu, trifft hierbei jedoch keine Aussage über die Modalitäten der Wahrnehmung der organschaftlichen Vertretungsmacht.²⁰

Auch die Frage, ob dem Aufsichtsrat – und damit der juristischen Person – das Wissen einzelner Organmitglieder zuzurechnen ist, ist nach wie vor umstritten und wird vor allem bei der außerordentlichen Kündigung von Vorstandsdienstverträgen relevant.

Im Falle der Kündigung und Abberufung von Mitgliedern des Vorstands stellt sich zudem die Frage des Nachweises der Vertretungsmacht des Aufsichtsorgans. Im Hinblick auf die Vorschrift des § 174 S. 1 BGB, wonach

„ein einseitiges Rechtsgeschäft unwirksam ist, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist“,

kann ein auf Verlangen nicht geführter Nachweis der Vertretungsmacht des Aufsichtsrats erhebliche Folgen für die zu vertretende Gesellschaft haben. In der Praxis weist „das gut beratene Vorstandsmitglied“²¹ Kündigungs- und Abberufungserklärungen des Erklärenden daher regelmäßig zunächst präventiv zurück, sofern die Bevollmächtigung des Erklärenden nicht urkundlich nachgewiesen wird, und erhebt im Anschluss Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung bzw. Abberufung.

¹⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Änderung der RL 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der RL 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung, COM (2014) 213 final 2014/0121 (COD), abrufbar unter http://www.cep.eu/cepAnalysen/COM_2014_213_Aktionaersrichtlinie/Richtlinienvorschlag_COM_2014_0213.pdf. Eingehend hierzu *J. Vetter*, ZHR 179 (2015) 273 ff.

¹⁹ *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 277 ff.

²⁰ *Mertens/Cahn*, in: KöKoAktG, § 112 Rn. 3; *Cahn*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 247, 248; *Habersack*, in: MüKoAktG § 112 Rn. 20; *Bayer/Scholz*, ZIP 2015, 1853, 1854.

²¹ *Schockenhoff/Topf*, DB 2004, 539.

Bisher noch keiner Klärung zugeführt hat der BGH auch die äußerst praxisrelevante Frage, ob unter Missachtung des § 112 AktG nicht durch den Aufsichtsrat, sondern durch den Vorstand oder durch ein nicht über die erforderliche Ermächtigung verfügendes Aufsichtsratsmitglied abgeschlossene Rechtsgeschäfte nichtig oder nach §§ 177 ff. BGB schwebend unwirksam sind. Höchststrichterlich anerkannt ist lediglich die Möglichkeit einer Genehmigung der Prozessführung des Vorstands entgegen § 112 AktG durch den Aufsichtsrat.

Die in der Unternehmenspraxis nach wie vor bestehenden Unsicherheiten über die Reichweite und die Modalitäten der Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht durch den Aufsichtsrat war, insbesondere vor dem Hintergrund der drohenden Nichtigkeitsfolge eines unter Verstoß gegen § 112 AktG abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, ein maßgeblicher Beweggrund für die Zielsetzung der Arbeit, den Anwendungsbereich des § 112 AktG zu untersuchen und

„Zweifel und Auslegungsschwierigkeiten über die Reichweite der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats“²²

auszuräumen.

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung ist neben dem einführenden Abschnitt (§ 1) in vier weitere Abschnitte untergliedert.

Im ersten Abschnitt (§ 2) der Arbeit wird zunächst auf die – vom unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm des § 112 AktG erfasste – Vertretung der juristischen Person durch den Aufsichtsrat gegenüber Vorstandsmitgliedern einzugehen sein. Neben dem Regelungsgegenstand der Vorschrift, ihrem Normzweck sowie ihrem personellen, sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich gehört hierzu auch die Frage der Vereinbarkeit des § 112 AktG mit der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Publizitätsrichtlinie).

Das nachfolgende dritte Kapitel (§ 3) widmet sich sodann der organschaftlichen Vertretung der juristischen Person durch den Aufsichtsrat gegenüber Dritten. Hierbei wird zunächst darauf einzugehen sein, ob und inwieweit die Vorschrift des § 112 AktG einer erweiternden Anwendung zugänglich ist, um in einem nächsten Schritt die in Betracht kommenden Fallgruppen zu überprüfen. Einen wesentlichen Aspekt des dritten Abschnitts stellt insbesondere die höchstrichterlich bisher unbeantwortet gebliebene Frage der Vertretungszuständigkeit des Aufsichtsrats gegenüber Beteiligungsgesellschaften eines Vorstandsmitglieds dar (II.).

²² Kropff, AktG 1965, Begr. RegE., S. 156.

Das nachfolgende vierte Kapitel (§ 4) widmet sich sodann der Frage nach den Modalitäten der Ausübung (I.), des Nachweises (III.) sowie des Umfangs (IV.) der organschaftlichen Vertretungsmacht des Aufsichtsrats. Die Frage der Wissenszurechnung des Aufsichtsrats wird nur insoweit erörtert, als diese von Relevanz für die organschaftliche Vertretung der juristischen Person Vorstandsmitgliedern gegenüber ist. Außer Betracht zu bleiben hat dabei die Frage, ob sich die juristische Person das Wissen eines ihrer Aufsichtsratsmitglieder auch über verschiedene Gesellschaften hinweg zurechnen lassen muss.

Im letzten Kapitel (§ 5) wird sodann auf die Rechtsfolgen einzugehen sein, welche die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der AG unter einen Verstoß gegen § 112 AktG nach sich zieht.

§ 2 Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern

I. Regelungsgegenstand

Die Vorschrift des § 112 AktG ist eine gesetzliche Zuständigkeitsregelung über die organschaftliche Vertretung der Aktiengesellschaft.¹ Soweit es um die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der Gesellschaft gegenüber ihren Vorstandsmitgliedern geht, schließt § 112 AktG die organschaftliche Vertretungsmacht des gesamten Leitungsorgans einschließlich etwaiger zur Gesamtvertretung berufener Prokuristen ausnahmsweise aus und verlagert diese auf das Aufsichtsorgan.² Damit durchbricht die Norm den in § 78 Abs. 1 S. 1 AktG niedergelegten Grundsatz der organschaftlichen Vertretungsmacht des Vorstands in einem spezifischen Fall und macht sich das dualistische Verwaltungssystem der AG zunutze, wodurch die funktionale Trennung zwischen Leitung und Überwachung perpetuiert wird.³

II. Vereinbarkeit mit der Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG⁴

Mit dem in Art. 10 der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie statuierten Grundsatz unbeschränkter und unbeschränkbarer Organvertretungsmacht steht die Zuweisung der Vertretungsmacht an den Aufsichtsrat durch § 112 AktG in Einklang.⁵

¹ Im Folgenden AG.

² *Kropff*, Begr. RegE, AktG 1965, S. 156; *K. Fischer*, ZNotP 2002, 297; *Hopt/Roth*, in: GroßkommAktG, § 112 Rn. 9; *W. Werner*, ZGR 1986, 369.

³ In diese Richtung gehend auch *Hopt/Roth*, in: GroßkommAktG, § 112 Rn. 1.

⁴ Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. Nr. L 258 S. 11, abgedruckt und erläutert in *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, S. 455 ff., § 19; eingehend hierzu auch *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 30 ff.

⁵ *Habersack*, in: MüKoAktG, § 112 Rn. 1; *ders.*, in: MüKoAktG, Einl. 123; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht § 5 Rn. 34; *Habersack/Foerster*, in: GroßkommAktG, § 78 Rn. 9, § 82 Rn. 7; *Hopt/Roth*, in: GroßkommAktG, § 112 Rn. 121; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 19 Rn. 72; *Kindler*, in: FS Lutter, S. 483, 485.

Art. 10 Abs. 1 der Publizitätsrichtlinie bestimmt, dass die Gesellschaft Dritten gegenüber durch die Handlungen ihrer Organe verpflichtet wird, selbst wenn diese nicht zum Gegenstand des Unternehmens gehören. Mit Nachforschungen über die internen Beschränkungen der Vertretungsmacht sollen potenzielle Vertragspartner der juristischen Person nicht belastet werden, sich vielmehr stets auf die Wirksamkeit der von den Organen für die juristische Person abgegebenen Willenserklärungen verlassen können.⁶ Durch die Sicherstellung der Gewährleistung der Gleichwertigkeit des Schutzes des Rechtsverkehrs in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union will die Richtlinie verhindern, dass die jeweiligen nationalen Regelungen ausschlaggebend für die Standortwahl einer Gesellschaft sind, und damit den grenzüberschreitenden Handel fördern.⁷

Wie sich aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 der Publizitätsrichtlinie ergibt, beansprucht der Grundsatz unbeschränkter und unbeschränkbarer Organvertretungsmacht Geltung nur im Rahmen der gesetzlichen Kompetenzordnung.⁸ Voraussetzung für das Eingreifen der Richtlinie ist, dass den Organen die Befugnisse zur Vertretung der juristischen Person „nach dem Gesetz ... zugewiesen sind oder zugewiesen werden können“ (Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 Publizitätsrichtlinie). Dies wird dann besonders deutlich, sofern man sich vergegenwärtigt, dass der heutige Art. 10 der Richtlinie nach dem ersten auf *Houin* zurückgehenden Beschluss des Colloque de Droit Européen folgenden Wortlaut haben sollte:

„Der Absatz 1 des Art. 11 der Richtlinie möge verdeutlichen, daß gegenüber Dritten die Vertretungsorgane der Gesellschaft allgemein befugt sind, die Gesellschaft zu verpflichten, unbeschadet der Zuständigkeit, die den anderen Organen durch zwingende Gesetzesbestimmungen vorbehalten sind.“⁹

Die Ausgestaltung und Koordinierung der innergesellschaftlichen Kompetenzordnung ist nicht Gegenstand der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, sondern den nationalen Gesetzgebern vorbehalten. Mangels Umsetzung des Entwurfs einer Richtlinie über die unionsweite Harmonisierung der Vorschriften

⁶ *Einhahl*, AG 1969, 167, 170; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 2; *Fleischer*, in: FS Huber, S. 719, 720 f.

⁷ *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 3.

⁸ EuGH, Urt. v. 16.12.1997, Rs. C-104/96, Slg. 1997, I-7219, 7227, Tz. 22 ff. = NZG 1998, 149 (zu Art. 9 a.F.); *Einhahl*, AG 1969, 167, 169; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 34; *Habersack/Foerster*, in: GroßkommAktG, § 78 Rn. 9, § 82 Rn. 7; *Habersack*, in: MüKoAktG, Einl. Rn. 123; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 19 Rn. 72; *Hopt/Roth*, in: GroßkommAktG, § 112 Rn. 121; *Kindler*, FS Lutter, S. 483, 485; *Fleischer*, in: FS Huber, S. 719, 725; *Grundmann*, Rn. 216; so auch die Schlussanträge des Generalanwalts Mayras in der Sache Friedrich Haaga GmbH, EuGH Rs 32/74, Slg 1974, 1201, 1214 und die Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABI EG 3245/64, 3254/64.

⁹ RTD Eur. 65/619 (Ziff. 3 der Resolution) vgl. *Boden*, Vertretungsbefugnis der Verwaltungsorgane in den Kapitalgesellschaften der EWG-Staaten und Artikel 9 der ersten Richtlinie des Rates vom 9. März 196 (68/151/EWG), S. 235.

Sachregister

- Abschlussprüfer 120 ff., 135, 152, 161
- Analogie § 112 AktG
 - Planwidrige Regelungslücke 39 ff., 77, 96, 118, 119 f.
 - Vergleichbare Interessenlage 41 ff., 46 ff., 78, 81, 116
 - Verkehrsschutz 9, 55 ff., 81, 162
- Anwendungsbereich § 112 AktG
 - Personeller Anwendungsbereich 17 ff.
 - Sachlicher Anwendungsbereich 17 ff.
 - Zeitlicher Anwendungsbereich 30 ff.
- Aufsichtsrat
 - Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats 101 ff.
 - Bestellungskompetenz des Aufsichtsrats 100 f.
 - Funktion 9, 33, 47 f., 61, 68 f., 75, 84, 94, 114 ff., 118 ff., 125 f., 127, 160
 - Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern 47 ff.
 - Vorstandsüberwachung 9, 33, 47 f., 68 f., 75, 94, 114 ff., 119 f.
 - Vorsitzender 154
- Beteiligungsgesellschaften des Vorstandsmitglieds
 - Vorstandsmitglied als Alleingesellschafter 42 ff., 57 ff.
 - Vorstandsmitglied als wirtschaftlicher Alleingesellschafter 44 f., 59 f.
 - Vorstandsmitglied als Mitgesellschafter 46 ff., 59 f.
- Bürgerlich-rechtliches Verbot des Insigngeschäfts 14 ff.
- Deutscher Corporate Governance Kodex 62 ff.
- Drittanstellungsverträge 97 ff.
- D&O-Versicherung 84 ff., 92 ff., 111 ff., 119
 - D&O-Einzelpolice 95
 - D&O-Gruppenpolice 94
 - D&O-Verschaffungsklausel im Anstellungsvertrag 95
 - Freistellungsanspruch 2, 111 ff.
- Formwechsel 30
- Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrag 55, 60, 62
- Interessenkonflikte
 - Behandlung 62 ff.
 - Drittinteressen 42, 78, 92 ff.
 - Eigengeschäft 62 ff.
 - Eigeninteressen 42, 78, 84 ff., 92 ff., 116 ff.
 - Folgen der Offenlegung von Interessenkonflikten 69 ff., 71 ff.
 - Nahpersonengeschäft 33 ff., 62 ff., 77 ff.
 - Offenlegung 67 ff.
 - Präventiver Schutz 63 ff.
 - Treuepflicht 62 ff.
 - Schutz nach geltendem Recht 67 ff.
 - Vermeidung 62 ff.
- Mehrfachvertretung 14, 16
- Nachweis der Vertretungsmacht des Aufsichtsrats
 - Außerhalb der Sitzung 150
 - Entbehrlichkeit 152
 - Ermächtigung in der Geschäftsordnung oder im Anstellungsvertrag 153
 - Ermächtigung kraft Amtes 154
 - innerhalb der Sitzung 149
 - Vollmachtsurkunde 149 ff.
- Nachweis der Wirksamkeit des Aufsichtsratsbeschlusses 155 ff.
- Nachweis der Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat 154
- Nahestehende natürliche Personen 77 ff.
 - Interesseneinheit 78 f.
 - Wirtschaftliche Einheit 78 f.
 - Soziale Beherrschung einer Gesellschaft 80
- Normzweck des § 112 AktG 11 ff.
 - Ausnahmecharakter 22, 39 ff.
 - Verkehrsschutz 9, 55 ff., 81, 162

- Organhaftung 3, 26, 76, 85, 112 ff., 159
- Verfügungen über Organhaftungsansprüche 3, 119 ff.
- Organschaftliche Vertretung 2, 7, 9, 16, 20, 30, 33, 131, 135, 149, 157, 159
- Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG 9 ff., 38 f., 89, 158, 162
- Trennungsprinzip 45
- Verbundene Unternehmen 131 ff.
- Vertretung durch den Aufsichtsrat
- Abberufung und Kündigung von Vorstandsmitgliedern 148 ff.
 - Aktivvertretung 136 ff.
 - außergerichtliche Vertretung 65 ff.
 - Aufsichtsratsbeschluss 136 ff.
 - Beschlussfassung 136 ff.
 - Boten 143
 - Delegation der Willensbildung 138
 - Erklärungsvertreter 140
 - Ermächtigung kraft Amtes 143
 - gegenüber Dritten 33 ff.
 - gegenüber Vorstandsmitgliedern 9 ff.
 - gerichtliche Vertretung 163 ff.
 - Geschäfte des täglichen Lebens 25, 144
 - Neutrale Geschäft 25
 - Modalitäten der Ausübung der Vertretungsmacht 135 ff.
 - Passivvertretung 145
 - Rechtsfolgen eines Vertretungsmangels 163 ff.
 - Umfang der Vertretungsmacht 147 ff.
 - Vertretung gegenüber amtierenden Vorstandsmitgliedern 17 ff.
 - Vertretung gegenüber ehemaligen Vorstandsmitgliedern 22 ff.
 - Vertretung gegenüber zukünftigen Vorstandsmitgliedern 21 f.
- Vertretung durch des Gesamtorgan 136 ff., 140 ff.
 - Vertretungsmangel 163 ff.
 - Vollzug des Organwillens 140 ff., 144
 - Willensbildung 136 ff.
 - Willenserklärung der juristischen Person 136 ff., 149 ff., 157 ff., 166
 - Willenskundgabe 138 ff.
 - Wissenszurechnung 146 ff.
- Vorstandsmitglied
- Amtierende Vorstandsmitglieder 17 ff.
 - Beraterverträge mit Vorstandsmitgliedern 27
 - Ehemalige Vorstandsmitglieder 22 ff., 31, 50, 56, 61 f. 82, 115 f., 119, 137, 151, 154, 158, 161
 - Fehlerhaft bestellte Vorstandsmitglieder 17
 - Fehlerhaft angestellte Vorstandsmitglieder 17
 - Leitungsfunktion 84, 106, 110 f.
 - Mehrseitige Rechtsgeschäfte 127 ff.
 - Nahestehende Gesellschaften 77 ff.
 - Nahestehende natürliche Personen 77 ff.
 - Rechtsgeschäfte unter Beteiligung des Vorstandsmitglieds 130 f.
 - Ruhendes Arbeitsverhältnis 29
 - Stellvertretende Vorstandsmitglieder 19
 - Vorstandsüberlassungsvertrag 7 ff.
 - Vertretung der AG gegenüber Vorstandsmitgliedern 6 ff.
 - Verträge zugunsten eines Vorstandsmitglieds 84 ff.
 - Wechsel in den Aufsichtsrat 29
 - Zukünftige Vorstandsmitglieder 21 ff.
- Willenseinheit 42
- Wirtschaftliche Einheit 43