

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 235

Die Vertretungsmacht des Aufsichtsrates in Rechtsgeschäft und Prozess

Von

Doreen Annette Geidel



Duncker & Humblot · Berlin

DOREEN ANNETTE GEIDEL

Die Vertretungsmacht des Aufsichtsrates
in Rechtsgeschäft und Prozess

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 235

Die Vertretungsmacht des Aufsichtsrates in Rechtsgeschäft und Prozess

Von

Doreen Annette Geidel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig
hat diese Arbeit im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-19046-1 (Print)
ISBN 978-3-428-59046-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat im Sommersemester 2021 an der Juristenfakultät der Universität Leipzig als Dissertation vorgelegen. Das Promotionsverfahren wurde im Juni 2023 abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Juli 2021.

Meinen herzlichen Dank möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Tim Drygala, für die Unterstützung bei der Themenfindung, die Betreuung meiner Arbeit sowie für die zahlreichen und wertvollen Anmerkungen aussprechen.

Mein Dank gilt ebenso Herrn Prof. Dr. Ekkehard Becker-Eberhard, der mir in meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl stets die Freiheit gelassen hat, die ein solches Projekt erfordert und der mir jederzeit mit konstruktiven Ratschlägen und aufmunternden Worten zur Seite stand. Dafür, sowie für die äußerst zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens, bedanke ich mich herzlich.

Mein herzlicher Dank gilt meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, darunter Herrn Dr. Florian Lange, Herrn Dr. Markus Philipp, Herrn Dr. Thomas Brix, Frau Dr. Martina Rothermel und Frau Stephanie Morgenstern, ebenso wie meinen ehemaligen Studien- und Arbeitskolleginnen, Frau Katharina Lehmann und Frau Dr. Annina Barbara Männig. Sie haben nicht nur durch die lebhaften Gedankenaustausche und anregenden Diskussionen, sondern vor allem durch ihre Freundschaft und ihre ermutigende Unterstützung entscheidende Beiträge zur Entstehung dieser Arbeit geleistet.

Meinem Ehemann, Herrn Matthias Lang, und meiner Mutter, Frau Dorothy Geidel-Plas, danke ich von Herzen für ihren kontinuierlichen Beistand, ihre bedingungslose Ermutigung und ihren unermüdlichen Einsatz bei der Betreuung von meinen Söhnen Friedrich und Jonathan. Ihre uneigennützigte Hilfe war von unschätzbarem Wert und trug maßgeblich zum Gelingen meiner Arbeit bei. Meinem Bruder, Herrn Dr. Felix Alexander Geidel, danke ich für die ständige Bereitschaft, meine Texte zu lekturieren und mir bei der Formatierung meines Dokuments behilflich gewesen zu sein.

Ihnen und meinem viel zu früh verstorbenen Vater, Herrn Dr. Rolf-Peter Geidel, der den Grundstein meiner juristischen Ausbildung legte, ist diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Leipzig, im Dezember 2023

Doreen Annette Geidel

Inhaltsverzeichnis

Teil I

Grundlagen 17

1. Kapitel

Einleitung und Gang der Untersuchung 17

A. Einleitung	17
B. Gang der Untersuchung	20
C. Entwicklung des Aufsichtsrates und strukturelle Einordnung	21
I. Historische Entwicklung des Aufsichtsrates	21
1. Die Entwicklung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1857 bis zur ersten Novelle 1870	22
2. Der Aufsichtsrat von 1884 bis zur Aktienrechtsnovelle 1931	24
3. Die Notverordnung in der Weimarer Republik und das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937	26
4. Das Aktiengesetz vom 6. September 1965	28
5. Schlussfolgerung	28
II. Besonderheiten organschaftlicher Vertretung	29
III. Die Funktion des Aufsichtsrates	34
IV. Gewaltenteilung und Kompetenzordnung in der Aktiengesellschaft	37
V. Zusammenfassung in Thesen	40

2. Kapitel

Normverständnis des § 112 AktG 41

A. Wortlaut des § 112 AktG	41
I. Der Anwendungsbereich	42
II. Umfang und Ausübung der Vertretungsmacht	44
III. Zwischenergebnis	44
B. Die systematisch-logische Einordnung des § 112 AktG	44
I. § 112 AktG im System der Konfliktbewältigungsmaßnahmen	45
1. Zustimmung- und Einwilligungsvorbehalte	46
2. Offenlegungsmaßnahmen	49

3. Kompetenzverlagerung	50
4. Inkompatibilitätsregelungen	51
5. Nachträgliche Konfliktbewältigung – Konzeption der Rechtsstellung der Organmitglieder – Treuepflicht	52
6. Zwischenergebnis	54
II. § 112 AktG als Ausnahmenvorschrift	55
III. § 112 AktG als Teil der Überwachungsaufgabe	58
IV. § 112 AktG als <i>lex specialis</i> zu § 181 BGB	60
1. Schutzbereich des § 181 BGB	61
2. Grundsatz der generell-abstrakten Betrachtungsweise	63
3. Teleologische Reduktion und analoge Anwendung	65
4. Zwischenergebnis	68
V. Zusammenfassung	68
C. Regelungsziele des § 112 AktG	68
I. Wahrung der Gesellschaftsinteressen	70
II. Sachfremde Erwägungen	72
III. Rechtssicherheit und Klarheit	74
IV. Erreichung des Zwecks durch Kompetenzverlagerung auf den Aufsichtsrat?	77
V. Schlussfolgerung für die weitere Anwendung der Norm	80
D. Zusammenfassung in Thesen	81

Teil 2

Einzelfragen zur Reichweite und Ausübung der Vertretungsmacht 83

3. Kapitel

Personelle und sachliche Reichweite der Norm	83
A. Personeller Anwendungsbereich	83
I. Vertretung gegenüber amtierenden Vorstandsmitgliedern	83
1. Fehlerhaft bestelltes Vorstandsmitglied	84
2. Faktisches Vorstandsmitglied	85
3. Zukünftiges Vorstandsmitglied	85
II. Ausgeschiedene Vorstandsmitglieder	88
1. Vertretungsregeln nach § 97 AktG a.F. von 1937	88
2. Rechtsprechungsentwicklung zu § 112 AktG ab 1981	90
3. Meinungsstand der Literatur	94
4. Eigene Stellungnahme	95

III. Erstreckung der Vertretungsmacht auf Rechtsgeschäfte mit Gesellschaften, an denen ein Vorstandsmitglied beteiligt ist	98
1. Entwicklung in der Rechtsprechung	100
2. Entwicklung in der Literatur	102
3. Das Vorstandsmitglied als alleiniger Gesellschafter	104
a) Wortlaut des § 112 AktG und planwidrige Regelungslücke	105
b) Vergleichbare Interessenlage	106
aa) Zurechnungsdurchgriff	108
bb) Gefährdung der Rechtssicherheit	109
c) Zwischenergebnis	110
4. Anwendung der Grundsätze bei bloßer Beteiligung an einer Gesellschaft	110
a) Parallelwertung des § 114 AktG	113
b) Parallelwertung des § 136 AktG	116
c) Kriterium des beherrschenden Einflusses	118
d) Kriterium der mehrheitlichen Beteiligung bei § 57 AktG	119
e) Zwischenergebnis	120
IV. Rechtsgeschäfte mit nahen Familienangehörigen	124
1. Der Stand in Rechtsprechung und Lehre	124
2. Eigene Stellungnahme	126
V. Rechtsgeschäfte mit Gesellschaften, an denen Familienangehörige beteiligt sind	128
VI. Verhältnis zu den Related Party Transactions gem. § 111b AktG als funktionsähnlicher Schutzmechanismus	129
B. Sachlicher Anwendungsbereich	134
I. Geschäfte des täglichen Lebens	135
II. Beraterverträge	137
III. Vertretung gegenüber Dritten	138
1. Vertrag zugunsten Dritter	138
a) Contractual Trust Arrangements	139
b) D&O-Versicherungen	141
2. Prozessfinanzierungsverträge	142
3. Drittanstellungsverträge	143
4. Korporative Rechtsgeschäfte	144
C. Zwischenergebnis	147
D. Zusammenfassung in Thesen	148

4. Kapitel

Umfang und Wahrnehmung der Vertretungsmacht 149

A. Umfang der Vertretungsmacht	149
--------------------------------	-----

B. Wahrnehmung der Vertretungsmacht	154
I. Die Willensbildung	154
1. Rechtsnatur des Beschlusses	155
2. Form der Beschlussfassung	156
a) Schriftliche Stimmabgabe	156
b) Beschlussfassung ohne Sitzung	157
II. Übertragung der Willensbildung	158
1. Übertragung auf einen Ausschuss	158
2. Übertragung auf Dritte	159
C. Willenskundgabe	162
I. Mitwirkung durch die beschlussstragende Mehrheit	163
II. Übertragung der Abgabe der Willenserklärung auf einen Dritten	164
1. Abgabe der Willenserklärung durch einen Boten	164
2. Abgabe der Willenserklärung durch einen Stellvertreter	168
a) Rechtliche Einordnung der Stellvertretung	169
aa) Einzelvertretungsermächtigung	169
bb) Der Vertreter als Unterbevollmächtigter des Aufsichtsrates	172
cc) Erteilung der rechtsgeschäftlichen Vollmacht, insbesondere an den Aufsichtsratsvorsitzenden	173
dd) Wirksamer Nachweis gem. § 174 BGB	175
b) Zulässigkeit, Umfang und Reichweite der Stellvertretung	177
aa) Vertretung des Aufsichtsrates ohne Ermessen des Vertreters	178
bb) Vertretung des Aufsichtsrates mit Ermessen des Vertreters	180
cc) Vertretung bei Geschäften des täglichen Lebens	182
III. Passivvertretung und Wissenszurechnung	183
D. Zusammenfassung in Thesen	185

5. Kapitel

Rechtsfolgen fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse	186
A. Fehlerhaftigkeit des Beschlusses	186
I. Schwere Verfahrensmängel	187
II. Leichte Verfahrensmängel	188
III. Inhaltsmängel	189
B. Folgen der Fehlerhaftigkeit eines Beschlusses	189
I. Analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG	191
II. Unterlassene Geltendmachung von Verfahrensfehlern	193
C. Zwischenergebnis	194

6. Kapitel

Auswirkungen von Beschlussmängeln auf die Abgabe der Willenserklärung	195
A. Auswirkungen der Beschlussmängel des Geschäftsführungsbeschlusses auf den Beschluss hinsichtlich der Vornahme der Vertretungshandlung bzw. der Beauftragung eines Dritten	197
I. Mängel der Beschlussfassung erstrecken sich auf die gesamte Aufsichtsrats-sitzung	197
II. Mängel der Beschlussfassung bestehen nur hinsichtlich einzelner Beschlüsse	198
B. Durchschlagen der Nichtigkeit des Vertretungs- bzw. Bevollmächtigungsbe-schlusses auf die tatsächliche Abgabe der Willenserklärung	201
I. Vereinbarkeit einer Verknüpfung von Beschlusswirksamkeit und Vertre-tungsmacht mit den Grundlagen der organschaftlichen Vertretung	202
II. Vereinbarkeit einer Verknüpfung von Beschlussmängeln und Bevollmächi-gung im Hinblick auf den Grundsatz der Abstraktheit der Vollmacht	209
1. Grundsatz der Abstraktheit der Vollmacht	210
2. Verkehrsschutzinteressen des vertragsschließenden Dritten	214
3. Rechtsfolgen der fehlenden Vertretungsmacht für die Beteiligten	217
a) Rechtsfolgen fehlender Vertretungsmacht für den Vertreter	218
b) Rechtsfolgen fehlender Vertretungsmacht für den Geschäftspartner und die Gesellschaft als Vertretene	223
aa) Haftung der Vertretenen aus culpa in contrahendo	224
bb) Überleitung der Haftung auf den Hauptbevollmächtigten	226
cc) Vertrauensschutz durch Rechtsscheinvollmacht	229
4. Lösungsansatz über den Missbrauch der Vertretungsmacht	232
C. Zusammenfassung in Thesen	233

7. Kapitel

Rechtsfolgen des vollmachtlosen Vertreterhandelns	234
A. Entwicklung in der Rechtsprechung	235
B. Entwicklung in der Literatur	237
C. § 112 AktG als Verbotsgesetz	241
I. Feststellung des Verbotscharakters	243
II. § 112 AktG als zwingende Vorschrift	244
III. § 112 AktG als Beschränkung der Gestaltungs- und Verfügungsmacht	244
D. Anwendung der §§ 177 ff. BGB – Genehmigungsfähigkeit des Vorstandsrechts-geschäfts?	249
I. Genehmigungsoffenheit des allgemeinen Zivilrechts	250
1. Minderjährigenrechtsgeschäfte	251
2. Betreuung nach §§ 1896, 1901 i. V. m. 1903 BGB	254
3. Parallele zu § 181 BGB	255

4. Verbot der Vertretung im Vormundschaftsrecht	256
II. Genehmigungsfreudliche Rechtsgeschäfte	257
1. Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte	258
2. Genehmigungsfreudliche Rechtshandlungen aus dem Aktienrecht	259
a) Zustimmungserfordernis und Ad-hoc-Mitteilungspflicht	260
b) Beratungsverträge gem. § 114 AktG	263
c) Zustimmung bei Abschlagszahlung gem. § 59 AktG	265
III. Zwischenergebnis	265
E. Genehmigungsfreudlichkeit des § 112 AktG	266
I. Regelungsgehalt des § 112 AktG	267
1. Stellvertretung im Willen durch nachträgliche Genehmigung – Unterlaufen des Beschlusserfordernisses des § 108 Abs. 1 AktG	269
2. Reichweite der Höchstpersönlichkeit der Amtswahrnehmung	272
3. Gesetzlich vorgesehene Genehmigungsmöglichkeiten	273
4. § 112 AktG als Konfliktvermeidungsmaßnahme	275
5. Zwischenergebnis	277
II. Verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse über das Aufsichtsrats Handeln bei nachträglicher Genehmigung des Rechtsgeschäfts	278
1. Ausgangspunkt: Das rational-theoretische Verhaltensmodell – Leitbild des homo oeconomicus	280
2. Behavioral Law and Economics	282
3. Ausgewählte Abweichungen vom rationalen Entscheidungsbild	284
a) Framing-Effekt	284
b) Selektive Wahrnehmung	285
c) Verfügbarkeitsheuristik	286
d) Sunk-Cost-Effekt	287
e) Verankerungseffekt	287
f) Endowment-Effekt	288
g) Status-Quo-Effekt	288
h) Gruppendenken	289
4. Folgerungen für das Entscheidungsverhalten des Aufsichtsrates	290
a) Beschlussvorbereitung	291
b) Beschlussfassung	294
5. Führt die Kompetenzüberschreitung dazu, dass ein Debiasing stattfindet?	298
6. Zusammenfassung	301
F. Zwischenergebnis	304
G. Vollmachtloses Handeln eines einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes	306
H. Zusammenfassung in Thesen	307

*Teil 3***Die prozessuale Vertretung bei Vorstandsrechtsgeschäften** 309

8. Kapitel

§ 112 AktG und die gerichtliche Vertretungsbefugnis	309
A. Formale Anforderungen im Prozess	310
B. Folgen einer fehlerhaften Vertretung	311
I. Aktivprozess	312
1. Prozessunfähigkeit	312
2. Wechsel des „organschaftlichen Vertreters“ im Aktivprozess	314
3. Eintritt in den Prozess durch den Aufsichtsrat	318
a) Genehmigung als Prozesshandlung	319
b) Die Übernahme des Prozesses durch den Aufsichtsrat	320
aa) Übernahme der Mandatsbeziehung	323
bb) Übernahme der bisherigen prozessualen Ergebnisse	326
c) Übernahme des Prozesses in zweiter oder dritter Instanz	329
d) Zwischenergebnis	330
II. Passivprozess	330
1. Rubrumsberichtigung	331
2. Wechsel des „organschaftlichen Vertreters“ im Passivprozess	332
3. Übernahme des Prozesses in zweiter oder dritter Instanz	333
III. Vertretung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden	334
C. Zusammenfassung in Thesen	335

*Teil 4***Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse** 336**Literaturverzeichnis** 338**Sachwortverzeichnis** 370

Teil I

Grundlagen

1. Kapitel

Einleitung und Gang der Untersuchung

A. Einleitung

„Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. § 78 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.“

Die auf den ersten Blick so einfach erscheinende Vorschrift des § 112 AktG begegnet in der Praxis doch erheblich mehr Bedenken und Problemen, als man zunächst vermuten mag. An zahlreichen (Einzel-)Fällen in Rechtsprechung¹ und Literatur² lässt sich erkennen, dass die seit mehreren Jahrzehnten diskutierte Problematik, wem gegenüber die Vorschrift des § 112 AktG gilt und welche Konsequenzen mit einem Verstoß gegen die Kompetenzzuweisung verbunden sind, immer noch nicht abschließend geklärt ist. (Rechts-)Berater und Organe der Aktienge-

¹ Fragen nach dem Anwendungsbereich: BGH, Urt. v. 11.05.1981, WM 1981, S. 759 ff.; BGH, Urt. v. 09.10.1986, NJW 1987, S. 254, 255 = AG 1987, S. 19, 20; BGH, Urt. v. 08.02.1988, BGHZ 103, S. 213, 218 = NJW 1988, S. 1384 ff.; BGH, Urt. v. 22.04.1991, BGHZ 113, S. 262 = AG 1991, S. 269 = ZIP 1991, S. 796 = DStR 1991, S. 752 = AG 1991, S. 269 = NJW-RR 1991, S. 926 = WM 1991, S. 941; BGH, Urt. v. 07.07.1993, AG 1994, S. 35 = NJW-RR 1993, S. 1250 = WM 1993, S. 1630; BGH, Urt. v. 28.04.2015, NJW-RR 2015, S. 988 ff. = NZG 2015, S. 792 ff.; OLG München, Beschl. v. 08.05.2012, AG 2012, S. 467 = NJW-RR 2012, S. 998. Zur prozessualen Genehmigungsmöglichkeit BGH, Urt. v. 26.06.1995, BGHZ 130, S. 108 ff. = NJW 1995, S. 2559 ff. hinsichtlich der Parallelfrage bei der Genossenschaft; BGH, Urt. v. 14.05.2013, ZIP 2013, S. 1274 ff. = NZG 2013, S. 792 ff.; OLG München, Urt. v. 29.01.1996, AG 1996, S. 328, 329.

² Zu einzelnen Fragen des Anwendungsbereichs *Fuhrmann*, NZG 2017, S. 291 ff.; *Schubel*, WuB II A., § 112 AktG, 2.96; *Drygala*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 112, Rn. 5 ff.; *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, in: Hölters, AktG, § 112, Rn. 4 ff.; *Henssler*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, AktG, § 112, Rn. 3 ff.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 112, Rn. 2 ff.; *Mertens/Cahn*, in: KölnKom, AktG, Band 2/2, § 112, Rn. 11, 17; *Habersack*, in: MünchKom, AktG, § 112, Rn. 7 ff.; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, § 112, Rn. 4 ff.; *Spindler*, in: BeckOGK, AktG, § 112, Rn. 8 ff. Kritisch und mit zum Teil anderen Lösungsansätzen: *Behr/Kindl*, DStR 1999, S. 119, 123. Hinsichtlich der rechtlichen Wirkung eines gegen § 112 AktG verstoßenden Gesetzes: *Hopt/Roth*, in: GroßKom, AktG, 5. Band, § 112, Rn. 118 f.; *Spindler*, in: BeckOGK, AktG, § 112, Rn. 52 ff.; *Schmits*, AG 1992, S. 149, 155; *Stein*, AG 1999, S. 28 ff.; *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, in: FS Mayer, S. 169 ff.

sellschaft werden daher immer wieder vor die Frage gestellt, wer für die Vertretung der AG zuständig ist. Zur Vermeidung der Unwirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte sowie der damit verbundenen Haftungsfolgen bleibt in der Praxis häufig nur eine Doppelvertretung von Vorstand und Aufsichtsrat.³

Als die wirtschaftlich bedeutendste, auf moderne industrielle Großunternehmen zugeschnittene Gesellschaftsrechtsform ist die Aktiengesellschaft vor allem durch Arbeitsteilung, Spezialisierung und Risikostreuung gekennzeichnet, die ihrerseits wiederum das Bedürfnis nach einer klaren Abgrenzung der Aufgabenbereiche der einzelnen Organe fordern.⁴ Allein schon deshalb verwundert es nicht, dass in der wachsenden Komplexität der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Vorgänge Interessenkonflikte angelegt sind und diese mit der Zeit immer stärker in Erscheinung treten.⁵ So wurden im Laufe der letzten Jahre immer wieder Fälle öffentlich, in denen ein Vorstandsmitglied zu seinen privaten Gunsten ein Geschäft mit der Aktiengesellschaft abschloss. Dabei wäre zunächst an den ehemaligen Mannesmann-Vorstandsvorsitzenden Werner Dieter zu denken. Diesem reichte sein Spitzenmanager-Gehalt offenbar nicht aus, und so machte er noch nebenbei über eine Firma, die ihm und seiner Familie gehörte, mit dem Konzern, den er leitete, Geschäfte. Werner Dieter verdiente als Privatmann an den Rechtsgeschäften, die er selbst als Vorstandsvorsitzender tätigte.⁶ Auch die KarstadtQuelle AG war von einem ähnlichen Skandal betroffen: Unter der Leitung des damaligen Vorstandsvorsitzenden Thomas Middelhoff wunderte sich die Öffentlichkeit darüber, dass sich der Konzern nicht gegen übertriebene Mietforderungen eines Immobilienfonds zur Wehr setzte.⁷

³ Mit dieser Empfehlung für die Praxis *Fuhrmann*, NZG 2017, S. 291, 293; *Theusinger/Guntermann*, AG 2017, S. 798; *Paul*, EWiR 2009, S. 397, 398; *Fischer*, ZNotP 2002, S. 297; *Eßwein*, AG 2015, S. 151; *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, in: FS Mayer, S. 169, 180.

⁴ *Kumpun*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 1; *Martinek*, WRP 2008, S. 51 ff.

⁵ Die Unternehmensleitung rückt immer mehr in den Fokus, siehe dazu *Merkelbach*, Der Konzern 2013, S. 227. So auch wieder beim Deutschen Juristentag, siehe *Habersack*, Gutachten DJT, E 72; vgl. auch *Cahn*, in: Veil, Reformdiskussionen, S. 139, 150 ff., nach dem die Qualifikation der Aufsichtsräte eine immer wichtigere Rolle in der modernen Reformdiskussion einnimmt. Ganz aktuell hat der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre durch die Einführung der §§ 111a–c AktG umgesetzt (Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärs-rechterichtlinie (ARUG II) vom 12. 12. 2019, BGBl. I, 2019, S. 2637). Ziel dieser Normen ist, zu verhindern, dass bei Geschäften von Gesellschaften mit nahestehenden Personen oder Unternehmen die besondere Gefahr sich realisiert, dass Letztere bei diesen Transaktionen in besonderer Weise Einfluss nehmen und sich auf Kosten der Gesellschaft besondere Vorteile sichern, vgl. BR-Drs. Nr. 156/19, S. 92 ff.

⁶ Der Spiegel, „Der segensreiche Pakt“, Spiegel Online, 13.06.1994, im Internet abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13685983.html>, zuletzt abgerufen am 10.07.2021.

⁷ *Knop*, Carsten, „Die Karstadt-Mieten werden zum Politikum“, FAZ Online, 08.06.2009, im Internet abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/thomas-middelhoff-die-karstadt-mieten-werden-zum-politikum-1818014.html>, zuletzt abgerufen am 10.07.2021.

Später stellte sich heraus, dass an dem Immobilienfond sowohl Thomas Middelhoff als auch seine Frau maßgeblich beteiligt waren. Bei beiden Skandalen wurden die Geschäfte vorbei an Aufsichtsrat und Hauptversammlung getätigt. Auf solche und ähnliche Fälle zielt die Norm des § 112 AktG ab. Sie verfolgt zum einen die Aufgabe, die Gesellschaft und die an ihr Partizipierenden vor der Möglichkeit zu schützen, dass Organmitglieder die ihnen zustehenden weitreichenden Befugnisse zu eigenen Gunsten missbrauchen, beugt gleichzeitig aber auch der Befangenheit der Mitglieder des (Rest-)Vorstandes vor, von denen aufgrund ihrer Loyalität gegenüber ihren Kollegen und einer möglichen Ausstrahlungswirkung des Rechtsgeschäfts auf die eigene Position eine Vertretung der Gesellschaft frei von sachfremden Erwägungen nicht erwartet wird.⁸

Die eben genannten Beispiele und eine ganze Reihe weiterer spektakulärer Unternehmenszusammenbrüche⁹ führten dazu, dass der Aufsichtsrat in den letzten Jahren mehrfach Gegenstand gesetzlicher Reformbemühungen und intensiver Diskussionen war.¹⁰ Immer wieder wurde bemängelt, dass der Aufsichtsrat seiner Kontrollaufgabe nicht hinreichend nachkomme und daher keine funktionierende Überwachung des Vorstandes gegeben sei. Deshalb überrascht es umso mehr, dass in der Rechtswissenschaft nach wie vor Unsicherheit und Uneinigkeit im Umgang mit der Norm des § 112 AktG vorherrschen. Eine einheitliche Praxis wurde bis heute nicht etabliert. Vielmehr ist es so, dass die Falllösung eine Gratwanderung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit im Einzelfall darstellt.

Die Vorschrift des § 112 AktG gilt seit dem Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965 mit nahezu unverändertem Wortlaut. Der Gesetzestext erscheint eindeutig und sollte die damals bestehenden Unsicherheiten beseitigen.¹¹ Tatsächlich wird aber das grundsätzliche Verbot von Geschäften zwischen Vorstandsmitgliedern und der Aktiengesellschaft der Aufgabe, Interessenkonflikten in diesen besonderen Vertretungsverhältnissen Rechnung zu tragen, nur höchst unvollkommen gerecht. Teils

⁸ BGH, Urt. v. 08.02.1988, BGHZ 103, S. 213 ff. = NJW 1988, S. 1384 ff.; BGH, Urt. v. 26.06.1995, BGHZ 130, S. 108 ff. = NJW 1995, S. 2559, 2560; BGH, Urt. v. 13.02.1989, NJW 1989, S. 2055, 2056; BGH, Urt. v. 28.02.2005, NZG 2005, S. 560, 561; BGH, Urt. v. 20.09.2016, NZG 2017, S. 69, 70; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 112, Rn. 1; *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, in: Hölters, AktG, § 112, Rn. 1; *Spindler*, in: BeckOGK, AktG, § 112, Rn. 2; *Henssler*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, AktG, § 112, Rn. 1; *Nägele/Böhm*, BB 2005, S. 2197; *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, in: FS Mayer, S. 169, 170.

⁹ Dazu ausführlich mit weiteren Beispielen *Schwalbach/Schwerk*, in: Habisch/Schmidpeter/Neureiter, Corporate Citizenship, S. 187.

¹⁰ Vgl. z.B. *Meyer-Wellmann*, „Aufsichtsrat ist für Krise verantwortlich“, Hamburger Abendblatt Online, 13.11.2008, im Internet abrufbar unter: <https://www.abendblatt.de/hamburg/article107475141/Aufsichtsrat-ist-fuer-Krise-verantwortlich.html>, zuletzt abgerufen am 10.07.2021; ausführlich dazu auch *Langenbacher*, ZGR 2012, S. 314, 316 ff.; so war der Aufsichtsrat z.B. eine der Hauptfiguren der im Rahmen der neunziger Jahre einsetzenden Corporate-Governance-Diskussion, *Martinek*, WRP 2008, S. 51, 52.

¹¹ *Kropff*, RegE, Aktiengesetz 1965, S. 156; *Schwarz*, ZfG (52) 2002, S. 61, 67; *Fischer*, ZNotP 2002, S. 297, 299; *Schubel*, WuB II A. § 112, 2.96.