

REPRESENTATION OF THE JOINT STOCK CORPORATION BY THE
SUPERVISORY BOARD

Dr. Rafael HARNOS**

ZUSAMMENFASSUNG

Die deutsche Aktiengesellschaft hat eine zweigliedrige Führungs- und Kontrollstruktur. Während der Vorstand die Gesellschaft leitet, ihre Geschäfte führt und sie nach außen vertritt, überwacht der Aufsichtsrat die Tätigkeit des Vorstands. Doch wird diese Regel durchbrochen, wenn die Gesellschaft einen Vertrag mit einem Vorstandsmitglied abschließt. In diesem Fall vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gem. § 112 AktG. Dasselbe gilt, wenn die Gesellschaft mit einem Unternehmen kontrahiert, das zu 100% einem Vorstandsmitglied gehört. Doch verbleibt die Vertretungsmacht beim Vorstand, wenn ein Vorstandsmitglied nur einige Geschäftsanteile am Vertragspartner hält. Der potentielle Interessenkonflikt im Vorstand kann durch Haftungsandrohung gedämpft werden: Verletzt der Vorstand seine Treuepflicht, indem er die Belange der Gesellschaft ignoriert und seinen eigenen Vorteil auf Kosten der Gesellschaft verfolgt, kann er auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Der Beitrag untersucht die Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat und setzt sich dabei mit der Funktionsweise der zweigliedrigen Führungs- und Kontrollstruktur sowie mit Vorstandshaftung auseinander.

Schlüsselwörter: Aktiengesellschaft, Vertretung, Vorstand, Aufsichtsrat, Haftung.

ABSTRACT

In Germany the joint stock corporation has a two-tiered board structure. The executive board manages the corporation and is vested with the authority to represent the corporation; the supervisory board is charged to control the executive board. There is an exception to this division of powers if the corporation enters into a contract with a member of the executive board. In this case the supervisory board represents the corporation according to section 112 of the Stock Corporation Act. The same rule applies if the corporation deals with another company that belongs completely to a member of the executive board. The rule does not apply, however, if a member of the executive board only holds some shares. In this case the possible conflict of interest can be dealt with by holding the executive board liable for breach of its duty of loyalty if it ignores the interest of the corporation and seeks private advantage at the expense of the company. By examining the supervisory board as representative of the joint stock corporation, this article sheds some light on the principles governing the two-tiered board structure and on the liability of the executive board.

Keywords: Joint stock corporation, representation, executive board, supervisory board, liability.

* Dieser Aufsatz wurde am 27 November 2014 auf dem I. Internationalen Symposium zum Handelsrecht vorgetragen.

** Universität Bonn, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, (rafael.harnos@uni-bonn.de).

I. GRUNDZÜGE DER AKTIENRECHTLICHEN ORGANISATIONSVERFASSUNG

Die aktienrechtliche Organisationsverfassung vertraut in §§ 76 ff. AktG die Leitung, Geschäftsführung und Vertretung der Aktiengesellschaft dem Vorstand an.¹ Dem Aufsichtsrat kommt hingegen nach § 111 Abs. 1 AktG die Aufgabe zu, die Geschäftsführung – also den Vorstand – zu überwachen.² Doch sind die Geschäftsführungs- und Vertretungskompetenz des Vorstands nicht unbegrenzt, die Funktion des Aufsichtsrats nicht auf die Überwachung der Geschäftsleitung beschränkt. Vielmehr sieht das Aktiengesetz einige Regelungen vor, in denen der Aufsichtsrat in die Unternehmensleitung einbezogen wird. In diesem Zusammenhang ist etwa die in § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG geregelte Möglichkeit zu nennen, bestimmte Vorstandsmaßnahmen von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig zu machen, wodurch die Geschäftsführungsbefugnisse des Vorstands eingeschränkt werden.³ Missachtet der Vorstand einen Zustimmungsvorbehalt, bleibt seine Vertretungsmacht unberührt, da die Mitwirkung des Aufsichtsrats lediglich im internen Willensbildungsprozess erforderlich ist. Im rechtsgeschäftlichen Bereich hat dies zur Folge, dass die Maßnahmen des Vorstands die Gesellschaft auch dann binden, wenn der Aufsichtsrat übergangen wird.⁴

Das Aktiengesetz sieht darüber hinaus Regelungen vor, die die Macht des Vorstands auch im Außenverhältnis beschränken. So bestimmen beispielsweise §§ 246 Abs. 2 Satz 2, 184 Abs. 1 Satz 1, 188 Abs. 1 AktG, dass der Vorstand nur gemeinsam mit dem Aufsichtsrat oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden die Gesellschaft vertreten kann. Wird das andere Gesellschaftsorgan nicht beteiligt, bleibt das Geschäft nach §§ 177 ff. BGB zunächst schwebend unwirksam. Die Wirksamkeit ist von der Genehmigung durch das übergangene Organ abhängig.⁵ In manchen Situationen ist der Aufsichtsrat gar alleine zur Vertretung der Aktiengesellschaft befugt.⁶ So kann er die Gesellschaft rechtsgeschäftlich binden, wenn er gem. § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG einen Sach-

verständigen für die Wahrnehmung bestimmter Überwachungsaufgaben beauftragt oder einem Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag gem. § 112 Abs. 2 Satz 3 AktG erteilt. Er tritt dabei als Vertreter der Gesellschaft auf (§§ 164 ff. BGB).⁷ Eine weitere Vorschrift, die dem Aufsichtsrat die Vertretungsmacht für die Gesellschaft einräumt, ist § 112 AktG. Danach vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich gegenüber Vorstandsmitgliedern. Der enge Wortlaut des § 112 AktG stellt die Rechtsprechung und das Schrifttum vor die Frage, ob diese Norm entsprechend angewendet werden kann, wenn die Gesellschaft zwar nicht mit einem Vorstandsmitglied selbst kontrahiert oder gegen ihn einen Prozess führt, dieses sich aber immerhin in einem Interessenkonflikt befindet. Außerdem äußert sich § 112 AktG nicht zu den Folgen, die eintreten, wenn der Vorstand die ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats missachtet. Wie aktuell diese Probleme sind, zeigt ein Blick auf das unter dem Aktenzeichen II ZR 63/14 geführte Revisionsverfahren: Der BGH wird in Kürze ein Urteil darüber fällen, ob sich der Vorstand gem. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG schadensersatzpflichtig macht, wenn er einen Vertrag mit einer Ein-Personen-Gesellschaft eines Vorstandsmitglieds abschließt. Um diese Frage zu klären, wird zunächst die Reichweite des § 112 AktG beleuchtet, um sodann andere Mechanismen zur Vermeidung von Interessenkonflikten der Vorstandsmitglieder aufzuzeigen und abschließend auf die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 112 AktG einzugehen. Dabei konzentrieren sich die Ausführungen auf die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft.

II. VERTRETUNG DURCH DEN AUFSICHTSRAT NACH § 112 AKTG

A. Schutz vor Interessenkonflikten durch § 112 AktG

Analysiert man den Wortlaut des § 112 AktG, ist die Vorschrift nur anwendbar, wenn ein amtierendes Vorstandsmitglied unmittelbar am Rechtsverhältnis mit der Gesellschaft beteiligt ist. Wollte man es bei diesem engen, wortlautgetreuen Verständnis der Vorschrift belassen, sind Störgedächtnisse spätestens dann vorprogrammiert, wenn man den hinter § 112 AktG stehenden Zweck in die Betrachtung einbezieht: Der Gesetzgeber hat nach einhelli-

1 Zur Unterscheidung zwischen Leitung, Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft vgl. etwa **Fleischer**, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 77 Rn. 5 f.

2 Zur Reichweite der Überwachungsaufgabe **J. Koch**, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 111 Rn. 2 ff.

3 Dazu etwa **Spindler** (Fn. 3) § 111 Rn. 61 ff.

4 **J. Koch** (Fn. 2) § 111 Rn. 49; **Spindler** (Fn. 3) § 111 Rn. 62, 75.

5 **Fleischer** (Fn. 1) § 78 Rn. 17.

6 Überblick bei **Leuering**, FS Kollhossler, Bd. 2, 2004, S. 361 ff.

7 **Mertens/Cahn**, in: KölnKommAktG, 3. Aufl. 2013, § 112 Rn. 12; **Spindler** (Fn. 3) § 111 Rn. 46.

ger Auffassung die Kompetenzen vom Vorstand auf den Aufsichtsrat übertragen, um die Gesellschaft vor Interessenkonflikten zu schützen, die daraus resultieren, dass Mitglieder des Vorstands auf beiden Seiten einer Rechtsbeziehung stehen.⁸ Trifft der Vorstand Entscheidungen, die einen seiner Mitglieder betreffen, besteht die Gefahr, dass er nicht unbefangen agiert. Dieser Gefahr versucht der Gesetzgeber vorzubeugen, indem er in § 112 AktG die Vertretung der Gesellschaft gegenüber einem Vorstandsmitglied dem Aufsichtsrat anvertraut. Ob die Besorgnis der Befangenheit im Einzelfall gerechtfertigt ist, spielt keine Rolle: § 112 AktG begnügt sich mit einer typisierenden Betrachtung, so dass der tatsächliche Interessenkonflikt nicht festgestellt werden muss.⁹ Um diesem Zweck Rechnung zu tragen, wendet die ganz herrschende Ansicht § 112 AktG nicht nur auf den amtierenden Vorstand an, sondern auch auf künftige und ausgeschiedene Mitglieder: Auch wenn ein Vorstandsmitglied noch nicht oder nicht mehr im Amt sei, bestehe nach typisierender Betrachtung die Gefahr, dass die künftigen oder ehemaligen Kollegen nicht unbefangen agieren.¹⁰ Einschränkungen werden bei ausgeschiedenen Mitgliedern allerdings zu Recht erwogen, wenn es um sog. neutrale Geschäfte geht, also wenn der geschäftliche Kontakt in keinem Zusammenhang mit der früheren Vorstandstätigkeit steht.¹¹

B. Vertretung durch den Aufsichtsrat gegenüber Dritten

1. Meinungsstand

Die Wortlautgrenze ist jedenfalls verlassen, wenn die Aktiengesellschaft mit einem Unternehmen kontrahiert, an dem ein Vorstandsmitglied beteiligt ist. Doch stellt sich aus Schutzzweckgesichtspunkten die Frage, ob § 112 AktG in einem solchen Fall analog angewendet werden kann.¹² Teilweise wird diese Möglichkeit unter Verweis auf die Rechts-

sicherheit gänzlich verneint: § 112 AktG sei eine Ausnahmegesetzgebung, so dass sie einer erweiternden Auslegung oder Analogie nur unter strengen Voraussetzungen zugänglich sei, die im Fall eines Geschäfts mit einem Dritten nicht erfüllt seien. Der Vorstand sei nur verpflichtet, den Aufsichtsrat über seinen Interessenkonflikt zu informieren.¹³ Teilweise wird die Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat bereits dann für notwendig erachtet, wenn ein Vorstandsmitglied den Vertragspartner aufgrund seiner Beteiligung maßgeblich beeinflussen kann: Sei der Vorstand am Vertragspartner seiner Gesellschaft maßgeblich beteiligt, tangiere jede Entscheidung automatisch seine Interessen, so dass der Schutzzweck des § 112 AktG verletzt sei. Außerdem sei die Sachlage mit Vorschriften vergleichbar, in denen die Figur des maßgeblichen Einflusses anerkannt sei.¹⁴ Unklar ist jedoch, wann ein solcher maßgeblicher Einfluss gegeben ist. Manche Autoren stellen auf die mehrheitliche Beteiligung ab,¹⁵ andere halten § 112 AktG bereits dann für einschlägig, wenn der Vorstand nur ein Minderheitsgesellschafter des Vertragspartners mit einer Beteiligung von 20% ist.¹⁶ Schließlich nehmen zahlreiche Stimmen eine vermittelnde Position ein: Ein maßgeblicher Einfluss eines Vorstandsmitglieds auf den Vertragspartner sei zwar für die analoge Anwendung des § 112 AktG nicht ausreichend. Etwas anderes gelte nur für den Fall der wirtschaftlichen Identität, die jedoch eng zu verstehen und nur gegeben sei, wenn ein Vorstandsmitglied am Vertragspartner der Aktiengesellschaft zu 100% beteiligt sei.¹⁷

8 Statt aller **J. Koch** (Fn. 2) § 112 Rn. 1.

9 Vgl. nur **Habersack**, in: MünchKommAktG, 4. Aufl. 2014, § 112 Rn. 2; **J. Koch** (Fn. 2) § 112 Rn. 2; **Cahn**, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 247, 250. Zur kasuistischen Gesetzgebungstechnik bei der Regelung der Interessenkonflikte im deutschen Aktienrecht etwa **J. Koch**, ZGR 2014, 697, 698 f.

10 Für künftige Mitglieder: BGHZ 26, 236, 238; **Mertens/Cahn** (Fn. 7) § 112 Rn. 15. Für ausgeschiedene Mitglieder: BGH NJW-RR 1993, 1250, 1251; BGH NZG 2009, 466, 467; **Drygala**, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 112 Rn. 8.

11 **Drygala** (Fn. 10) § 112 Rn. 8; **Grigoleit/Tomasic**, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 112 Rn. 4; **Hopt/Roth**, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 112 Rn. 31 ff. A.A. wohl **Mertens/Cahn** (Fn. 7) § 112 Rn. 16.

12 Vgl. dazu **Baumanns**, Rechtsfolgen einer Interessenkollision bei AG-Vorstandsmitgliedern, 2004, S. 68.

13 OLG München, Urt. v. 9. Februar 2009 – 21 U 4853/08, Rn. 11 ff.; **Hopt/Roth** (Fn. 11) § 112 Rn. 43; **Honert/Schuhknecht**, GWR 2013, 479, 481; **Witt**, ZGR 2013, 668, 683. Vgl. auch **Fischer**, ZNotP 2002, 397, 401 f., der aber später seine Auffassung aufgibt (**Fischer**, GS Gruson, 2009, S. 151, 155).

14 **Hambloch-Gesinn/Gesinn**, in: Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 112 Rn. 7; **Israel**, in: Bürgers/Körper, AktG, 2. Aufl. 2013, § 112 Rn. 3; **Spindler** (Fn. 3) § 112 Rn. 8; **Rupietta**, NZG 2007, 801 ff.; **Theusinger/Wolf**, NZG 2012, 901, 902 f.; **E. Vetter**, FS Roth, 2011, S. 855, 859 ff.; *ders.*, Der Konzern 2012, 437, 441 ff.

15 So **Rupietta**, NZG 2007, 801, 804; **Theusinger/Wolf**, NZG 2012, 901, 903. Für qualifizierte Mehrheit **R. Werner**, Der Konzern 2008, 639, 641 f. Der BGH hat 2013 entschieden, ein Anteil von 24,99% reiche jedenfalls nicht aus, um vom maßgeblichen Einfluss auszugehen, vgl. BGH NJW 2013, 1742 Rn. 9.

16 So **E. Vetter**, FS Roth, 2011, S. 855, 861; *ders.*, Der Konzern 2012, 437, 443. In Ausnahmefällen auch **Rupietta**, NZG 2007, 801, 804 (enge persönliche Verbindung mit übrigen Gesellschaftern des Vertragspartners).

17 OLG Saarbrücken NZG 2014, 343 f.; **Breuer/Fraune**, in: Heidel, AktG, 4. Aufl. 2014, § 112 Rn. 1c; **Drygala** (Fn. 10) § 112 Rn. 11; **Grigoleit/Tomasic** (Fn. 11) § 112 Rn. 6; **Habersack** (Fn. 9) § 112 Rn. 9; **J. Koch** (Fn. 2) § 112 Rn. 4; **Mertens/Cahn** (Fn. 7) § 112 Rn. 18; **Selter**, Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, 2014, Rn. 868; **Baumanns** (Fn. 12) S. 68 ff.; **Palzer**, JZ 2013, 691; **Suttmann**, MittBayNot 2011, 1, 10; **W. Werner**, ZGR 1989, 369, 373 f. Offen gelassen von OLG München NZG 2012, 706, 707.

2. Analoge Anwendung des § 112 AktG auf Fälle wirtschaftlicher Identität

Geht es um Fälle der wirtschaftlichen Identität, ist aus methodischer Sicht zunächst festzustellen, dass eine erweiternde Auslegung des § 112 AktG nicht möglich ist, weil der Wortlaut der Norm eindeutig auf Verhältnisse zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied selbst abstellt. Innerhalb eines so eng gesteckten Rahmens verbleibt kein Raum für eine interpretatorische Freiheit, die ein extensives Verständnis des Gesetzestextes erlaubt.¹⁸ Dies ändert nichts daran, dass die Wortlautgrenze des § 112 AktG nach allgemeinen Regeln der Analogie durchbrochen werden kann, also wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und die Interessenlage im geregelten und nicht geregelten Fall vergleichbar ist. Der Analogie steht auch der Ausnahmecharakter des § 112 AktG nicht entgegen.¹⁹

Ist das Vorstandsmitglied Alleingesellschafter des Vertragspartners, erweist sich § 112 AktG als planwidrig lückenhaft. Der Gesetzgeber hat 1965 in § 112 AktG nur einen eng begrenzten Fall eines Interessenkonflikts geregelt und andere – gleich schwer wiegende – Sachverhalte ausgeklammert. Aus wirtschaftlicher Sicht ist es aber unerheblich, ob die Aktiengesellschaft mit dem Vorstandsmitglied selbst oder mit einer 100%igen Gesellschaft dieses Mitglieds kontrahiert. In beiden Fällen ist der Interessenkonflikt gleich stark, so dass von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen ist.²⁰ Selbst wenn man dieser wirtschaftlichen Sichtweise nicht folgen möchte, lässt die starke Veränderung des Normumfelds eine Analogie zu: 1965 konnte ein Vorstandsmitglied den Wortlaut des § 112 AktG noch nicht ohne weiteres durch Gründung einer Ein-Personen-Gesellschaft umgehen. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH war zwar eine nachträgliche Entstehung einer Ein-Personen-Gesellschaft möglich, am Gründungsakt selbst mussten jedoch mehrere Personen als Strohmänner teilnehmen.²¹ Eine offene Ein-Mann-Gründung ei-

ner GmbH ist erst seit der GmbHG-Novelle 1980 möglich,²² eine Ein-Mann-Gründung einer AG seit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 1994.²³ Der Gesetzgeber hat die Gründung einer Ein-Personen-Gesellschaft mit der Einführung der Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt) durch das MoMiG²⁴ weiter erleichtert, indem er auf das Mindestkapitalerfordernis faktisch verzichtet hat (§ 5a GmbHG). Diese Verschiebungen des Normumfelds rechtfertigen es, eine planwidrige Regelungslücke im Rahmen des § 112 AktG anzunehmen: Nachdem der Gesetzgeber die Ein-Mann-Gründung schrittweise vereinfacht hat, kann ein Vorstandsmitglied den Wortlaut des § 112 AktG ohne weiteres umgehen. Der Umstand, dass der Gesetzgeber in anderen Tatbeständen des Aktiengesetzes – so etwa §§ 89 Abs. 3 und 4, 115 Abs. 2 und 3 AktG im Zusammenhang mit der Kreditvergabe an Organe – Umgehungs Sachverhalte geregelt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung.²⁵ Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, in jeder einzelnen Norm ausschöpfend alle denkbaren Konstellationen zu regeln, die vom Schutzzweck erfasst sind. Unterlässt er die Anpassung bestehender Vorschriften an das geänderte Normgefüge, kann eine planwidrige Regelungslücke entstehen.

Tritt die Aktiengesellschaft mit einer Ein-Personen-Gesellschaft des Vorstandsmitglieds in Kontakt, ist die Interessenlage im geregelten und unregulierten Fall vergleichbar: Unabhängig davon, ob der Vorstand mit einem seiner Mitglieder kontrahiert oder einem Unternehmen, das von diesem Mitglied absolut beherrscht wird, ist eine unbefangene Vertretung der Gesellschaft im gleichen Maße gefährdet, weil der Nutzen aus dem Geschäft zu 100% beim Vorstandsmitglied verbleibt. Wollte man § 112 AktG auf Fälle wirtschaftlicher Identität nicht anwenden, würde man sehenden Auges eine Umgehung dieser Vorschrift zulassen und den Schutz der Gesellschaft vor abstrakten Interessenkonflikten

18 So zutreffend **Baumanns** (Fn. 12) S. 68 f.; unklar **R. Werner**, Der Konzern 2008, 639, 641, der teilweise von erweiternder Auslegung spricht.

19 Vgl. im Allgemeinen **Würdinger**, AcP 206 (2006), 946, 956 ff. Speziell zu § 112 AktG **Rupietta**, NZG 2007, 801, 803; **R. Werner**, Der Konzern 2008, 639, 641. In andere Richtung wohl **Honert/Schuhknecht**, GWR 2013, 479, 481.

20 **Baumanns** (Fn. 12) S. 69 f.; **W. Werner**, ZGR 1989, 369, 374.

21 Vgl. BGHZ 21, 378, 383 f. Zur geschichtlichen Entwicklung vgl.

Fleischer, in: MünchKommGmbHG, 2010, § 1 Rn. 61 ff.; **Heider**, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 2 Rn. 7 f.

22 Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4. Juli 1980, BGBl. I, S. 836. Dazu etwa **Fleischer** (Fn. 21) § 1 Rn. 65 ff.

23 BGBl. I, S. 1961. Vgl. auch **Heider** (Fn. 21) § 2 Rn. 7 f.

24 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I, S. 2026.

25 Vgl. **R. Werner**, Der Konzern 2008, 639, 641.

untergraben. Wie in den explizit geregelten Fällen kann man ohne Würdigung eines jeden Einzelfalls davon ausgehen, dass eine unbefangene Vertretung durch den Vorstand nicht zu erwarten ist. Auch bei der wirtschaftlichen Identität ist also eine typisierende Betrachtung zulässig.²⁶

3. Maßgeblicher Einfluss des Vorstandsmitglieds auf den Vertragspartner

Anders ist die Rechtslage, wenn das Vorstandsmitglied den Vertragspartner nicht zu 100% beherrscht, sondern nur einen maßgeblichen Einfluss ausüben kann. Schon die Begründung einer planwidrigen Regelungslücke bereitet Schwierigkeiten: Als der Gesetzgeber 1965 die Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat in § 112 AktG normiert hat, war die Situation absehbar, dass ein Vorstandsmitglied am Vertragspartner maßgeblich beteiligt ist. Eine solche Gestaltung war – anders als die Gründung einer Ein-Personen-Gesellschaft – ohne Beteiligung von Stroh Männern möglich. Die Veränderungen des Normumfelds waren also seit 1965 nicht so stark wie in den Fällen wirtschaftlicher Identität. Selbst wenn man trotz dieser Unterschiede eine planwidrige Regelungslücke bejahen wollte, ist die Interessenlage mit dem geregelten Fall des § 112 AktG nicht vergleichbar, und zwar unabhängig davon, wie das Merkmal des maßgeblichen Einflusses konkret ausgefüllt wird. Sind am Vertragspartner der Aktiengesellschaft neben dem Vorstandsmitglied auch andere Personen beteiligt, fällt der wirtschaftliche Vorteil aus dem Geschäft regelmäßig nicht nur dem Vorstandsmitglied zu. Zwar kann das Unternehmen so organisiert sein, dass das Vorstandsmitglied der größte Nutznießer ist und deshalb einem vergleichbaren Interessenkonflikt unterliegt, wie wenn er selbst gegenüber der Aktiengesellschaft auftritt. Dieser Befund lässt sich jedoch nicht verallgemeinern, sondern es ist eine Analyse der jeweiligen Unternehmensorganisation nötig. Für § 112 AktG ist aber gerade eine typisierende Betrachtung kennzeichnend. Der Rechtsverkehr soll von der – unter Umständen schwierigen – Feststellung eines konkreten Interessenkonflikts entlastet werden. Wollte man jeden Sachverhalt auf die Existenz von Interessenkonflikten untersuchen, verließ man den Boden der kasuistischen Arbeitstechnik

des Gesetzgebers.²⁷ Dabei wollte der Gesetzgeber des Aktiengesetzes 1965 gerade die Rechtsunsicherheiten beseitigen, die aus dem unklaren Tatbestand des § 97 AktG 1937 resultierten.²⁸

Die Analogie zu § 112 AktG lässt sich auch nicht mit einem Hinweis auf Vorschriften begründen, die auf Fälle des maßgeblichen Einflusses anwendbar sind, obwohl es sich nicht aus dem Wortlaut ergibt. Als Beispiel kann etwa § 114 Abs. 1 AktG genannt werden, der die Zulässigkeit von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern regelt und auf den sich etwa einige Stimmen aus dem Schrifttum beziehen.²⁹ Nach herrschender Auffassung ist § 114 Abs. 1 AktG bereits dann einschlägig, wenn der Beratungsvertrag mit einem Unternehmen zustande kommt, an dem ein Aufsichtsrat maßgeblich beteiligt sei.³⁰ Der Vergleich des § 112 AktG mit § 114 Abs. 1 AktG überzeugt bei näherer Betrachtung nicht, weil die Vorschriften eine unterschiedliche Reichweite haben: Während § 114 Abs. 1 AktG nur auf Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern abzielt, beschäftigt sich § 112 AktG mit der materiell-rechtlichen und prozessualen Vertretung der Aktiengesellschaft bei Geschäften jeglicher Art. Die Rechtsunsicherheit wiegt also im Fall des § 112 AktG deutlich schwerer als bei § 114 Abs. 1 AktG.³¹ Wenig hilfreich ist schließlich der Hinweis darauf, dass sich die Auslegungsschwierigkeiten durch Zustimmungsvorbehalte mühelos lösen lassen.³² Die Anwendung des § 112 AktG muss gerade in Fällen, in denen die Aktionäre oder der Aufsichtsrat nicht an Zustimmungsvorbehalte gedacht haben, zu rechtssicheren Ergebnissen führen. Außerdem betreffen Zustimmungsvorbehalte nur die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands, nicht aber auch seine Vertretungsmacht,³³ so dass aus Sicht des Rechtsverkehrs der Rückgriff auf § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG keine äquivalente Lösung darstellt.

26 *Baumanns* (Fn. 12) S. 69 f.

27 So auch *Baumanns* (Fn. 12) S. 71 f.; A.A. *E. Vetter*, Der Konzern 2012, 437, 442, der einen Interessenkonflikt nach einer abstrakten Betrachtung bejaht.

28 *Kropff*, AktG, S. 156. S. auch *Witt*, ZGR 2013, 668, 682.

29 *Spindler* (Fn. 3) § 112 Rn. 8; *E. Vetter*, FS Roth, 2011, S. 855, 860 f.; *ders.*, Der Konzern 2012, 437, 442; *Rupietta*, NZG 2007, 801, 803.

30 Zur Reichweite des § 114 AktG vgl. etwa *Spindler* (Fn. 3) § 114 Rn. 7 ff.

31 So auch im Ergebnis *Habersack* (Fn. 9) § 112 Rn. 9; *Mertens/Cahn* (Fn. 7) § 112 Rn. 18; *Witt*, ZGR 2013, 668, 683. Gegen Parallelwertungen zu §§ 88, 136 AktG *Honert/Schuhknecht*, GWR 2013, 479, 480 f.

32 So etwa *R. Werner*, Der Konzern 2008, 639, 642. Krit. aber *E. Vetter*, Der Konzern 2012, 437, 443.

33 Vgl. bereits oben, I. mit Nachw. in Fn. 4.

C. Bekämpfung von Interessenkonflikten jenseits des § 112 AktG

Der enge Anwendungsbereich des § 112 AktG bedeutet jedoch nicht, dass die Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder, die sich bei der Vertretung der Gesellschaft aufgrund der Beteiligung am Vertragspartner befanden ist, ungeschützt bleibt.³⁴ So zeigt der Deutsche Corporate Governance Kodex, dass man Interessenkonflikte auch auf einem anderen Weg bekämpfen kann, namentlich durch ihre Offenlegung: Nach Ziff. 4.3.4. Satz 1 des Kodex sollen Vorstandsmitglieder Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber unverzüglich offenlegen und die anderen Vorstandsmitglieder hierüber informieren.³⁵ Kommt ein Vorstandsmitglied dieser Vorgabe nach, ist eine ausreichende Kontrolle des Geschäfts mit einem ihm nahe stehenden Unternehmen durch den Gesamtvorstand und Aufsichtsrat gewährleistet,³⁶ zumal es unwahrscheinlich ist, dass die Geschäftsleiter keine Entsprechenserklärung nach § 161 AktG abgeben. Es lässt sich kaum begründen, warum ein Vorstandsmitglied das Offenlegungsgebot nicht befolgen will.³⁷ Flankierend schreiben Ziff. 4.3.4. Satz 2 und 3 des Kodex vor, dass Geschäfte zwischen der Aktiengesellschaft und dem Vorstand nahe stehenden Personen und Unternehmen branchenüblichen Standards entsprechen müssen und – wenn sie wesentlich sind – unter Zustimmungsvorbehalt gestellt werden sollen.³⁸

Obwohl Ziff. 4.3.4. Satz 1 des Kodex ihrem Wortlaut nach als Empfehlung ausgestaltet ist („Vorstandsmitglied soll“), handelt es sich bei näherem Hinsehen teilweise um eine Darstellung des geltenden Rechts. Vorstandsmitglieder müssen bereits aufgrund der organschaftlichen Treuepflicht ihre Interessenkonflikte offenlegen.³⁹ Die Treuepflicht zielt jedoch nur darauf ab, Vorstandsmitglieder zur Offenlegung des Interessenkonflikts gegenüber dem

Vorstand zu verpflichten.⁴⁰ Ziff. 4.3.4. Satz 1 des Kodex geht darüber hinaus und empfiehlt auch die entsprechende Information des Aufsichtsrats.⁴¹ Auch die Kodexvorgabe, dass Geschäfte der Gesellschaft mit dem Vorstand nahe stehenden Personen und Unternehmen branchenüblichen Standards entsprechen müssen, lässt sich aus der Treuepflicht herleiten: Stellt ein Vorstandsmitglied seine Interessen vor die Belange der Gesellschaft, handelt er pflichtwidrig.⁴² Die Gesellschaft kann ihn nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in Anspruch nehmen, wenn sie aufgrund der Treuepflichtverletzung einen Schaden erlitten hat. Die Gefahr der Inanspruchnahme für den Fall, dass ein Vorstandsmitglied die Treuepflicht verletzt, dürfte eine ausreichende präventive Wirkung entfalten.⁴³ Die Fälle der maßgeblichen Beteiligung lassen sich also unter Heranziehung der organschaftlichen Treuepflicht und der Kodexvorgaben lösen, ohne dass man die Grenzen des § 112 AktG auf eine methodisch fragwürdige Weise überdehnt.

III. RECHTSFOLGEN BEI VERSTÖßEN GEGEN DIE VERTRETUNGSREGELUNGEN

A. Auswirkungen im Außenverhältnis

In einem letzten Schritt sind die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Vertretungsregelungen zu skizzieren. Hat der Vorstand die Gesellschaft vertreten, obwohl § 112 AktG einschlägig war, stellt sich zunächst die Frage, ob das Rechtsgeschäft automatisch nichtig ist oder ob die Gesellschaft – vertreten durch den Aufsichtsrat – dessen Wirksamkeit mit ex-tunc-Wirkung herbeiführen kann. Früher war die Auffassung herrschend, ein entgegen § 112 AktG durch den Vorstand abgeschlossener Vertrag sei gem. § 134 BGB nichtig. Wollte man die Zustimmung durch den Aufsichtsrat zulassen, könnte dieser nicht mehr frei über die Erteilung der Genehmigung entscheiden. Außerdem hätte man den Aufsichtsrat zu einem reinen Zustimmungsorgan degradiert und die zwingende Kompetenzzuweisung

34 So auch *Palzer*, JZ 2013, 691; *Witt*, ZGR 2013, 668, 683 f. Zweifelnd aber *Rupietta*, NZG 2007, 801, 804.

35 Zur Ziff. 4.3.4. DCGK *Vetter*, FS G.H. Roth, 2011, S. 855, 862 f.

36 Vgl. *Goslar*, in: Wilsing, DCGK, 2012, Ziff. 4.3.4 Rn. 14; *Müller/Stelzer*, in: Pfitzer/Oser/Orth, DCGK, 2. Aufl. 2005, S. 140; *Ringleb*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, 5. Aufl. 2014, Rn. 834.

37 *Ringleb* (Fn. 36) Rn. 833.

38 Dazu *Goslar* (Fn. 36) Ziff. 4.3.4 Rn. 16 ff., 20 ff.; *Müller/Stelzer* (Fn. 36) S. 141 f.; *Ringleb* (Fn. 36) Rn. 837 f., 845 f. Zum Schutz über Zustimmungsvorbehalte vgl. auch *Mertens/Cahn* (Fn. 7) § 112 Rn. 18.

39 Vgl. *Fleischer* (Fn. 1) § 93 Rn. 124; *Spindler*, in: MünchKommAktG, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 61; *J. Koch*, ZGR 2014, 697, 709. A.A. wohl *Müller/Stelzer* (Fn. 36) S. 140.

40 *Goslar* (Fn. 36) Ziff. 4.3.4 Rn. 7; *Mertens/Cahn* (Fn. 7) § 93 Rn. 110; *Grigoleit/Tomasic* (Fn. 11) § 112 Rn. 5. Weitergehend *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 148: Unbedingte Transparenz auch gegenüber dem Aufsichtsrat.

41 Vgl. dazu *Goslar* (Fn. 36) Ziff. 4.3.4 Rn. 8 ff.

42 Vgl. dazu *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 241; *Hölters*, in: Hölters, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rn. 123, 125. Zur Reichweite der Treuepflicht etwa *Goslar* (Fn. 36) Ziff. 4.3.3 Rn. 3 ff.; *Fleischer* (Fn. 1) § 93 Rn. 113 ff.; *Spindler* (Fn. 39) § 93 Rn. 108 ff.

43 S. etwa *Palzer*, JZ 2013, 691. Zur Steuerungswirkung des § 93 Abs. 2 AktG vgl. etwa *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 827, 829 f.

in § 112 AktG missachtet.⁴⁴ Teilweise wird ein differenzierender Ansatz vertreten: Es sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein unter Verstoß gegen § 112 AktG geschlossener Vertrag nach § 177 BGB schwebend unwirksam und genehmigungsfähig sei. § 134 BGB greife jedoch ein, wenn das Gesetz den Geschäftserfolg wegen Befangenheit des Vorstands seiner Zuständigkeit entziehe, wie etwa bei § 83 AktG oder § 87 AktG.⁴⁵ Eine dritte Meinungsgruppe spricht sich dafür aus, in allen Fällen § 177 BGB anzuwenden: Ein Vorstand, der die Gesellschaft entgegen § 112 AktG vertrete, sei als Vertreter ohne Vertretungsmacht tätig, so dass die Wirksamkeit der Willenserklärung gem. § 177 BGB von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig sei.⁴⁶

Die besseren Argumente sprechen für die letztgenannte Auffassung. Missachtet der Vorstand die Kompetenzzuweisung in § 112 AktG, handelt er ohne Vertretungsmacht. Genau diese Situation liegt § 177 BGB zugrunde.⁴⁷ Will der Vertretene für die Folgen des Geschäfts eintreten, kann er das Handeln des unberechtigten Vertreters genehmigen. Anderenfalls kann er die endgültige Unwirksamkeit des Geschäfts herbeiführen, indem er die Genehmigung verweigert. Im Fall eines Verstoßes gegen § 112 AktG kann also die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat, den Vertrag genehmigen, wenn es in ihrem Interesse liegt. Da das zuständige Organ die Genehmigung erteilt und die Auswirkungen des Geschäfts überprüft, ist der Schutzzweck des § 112 AktG, die unbefangene Vertretung der Gesellschaft sicherzustellen, nicht beeinträchtigt. Wollte man der Gesellschaft die Möglichkeit einer Genehmigung versagen, würde man sie von vornherein der denkbaren wirtschaftlichen Vorteile ohne Not berauben.⁴⁸ Nicht überzeugend ist dabei der Einwand, der Aufsichtsrat wäre zu einem Zustimmungsorgan degradiert und könnte nicht mehr frei entscheiden: Vor exzessiven Verstößen gegen § 112 AktG kann

sich der Aufsichtsrat über § 84 Abs. 3 AktG schützen, weil die Missachtung der Kompetenzordnung eine Pflichtverletzung des Vorstands darstellt. Außerdem handelt der Aufsichtsrat selbst gem. § 116 Satz 1 AktG pflichtwidrig, wenn er Geschäfte genehmigt, die dem Interesse der Gesellschaft nicht entsprechen. Da der Pflichtenverstoß nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zur Schadensersatzhaftung des Aufsichtsrats führt, dürfte eine freie und an den Belangen der Gesellschaft orientierte Entscheidung im Hinblick auf die Steuerungswirkung des Haftungsrechts gewährleistet sein. Außerdem spricht gegen die Anwendung des § 134 BGB der Umstand, dass sich das Aktiengesetz nicht generell gegen Geschäfte zwischen der Gesellschaft und einem Vorstandsmitglied richtet, sondern den Geschäftsabschluss in die Hände des Aufsichtsrats legt. § 112 AktG will nicht Geschäfte eines bestimmten Inhalts verbieten. Vielmehr geht es lediglich um die Frage, welches Organ das an sich zulässige Geschäft abschließen darf.⁴⁹

B. Haftung im Innenverhältnis

1. Verstoß gegen § 112 AktG als Pflichtverletzung iSd § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG

Während die Probleme im Außenverhältnis kontrovers diskutiert werden, hat das Schrifttum bislang der Frage, welche haftungsrechtlichen Folgen aus einem Verstoß gegen § 112 AktG resultieren, wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Missachtet der Vorstand die Vorgaben des § 112 AktG, setzt er sich zugleich über die Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis hinweg: Wenn § 112 AktG einschlägig ist, hat dies nicht nur zur Folge, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft im Außenverhältnis vertreten muss, sondern er ist auch – in Abweichung von § 77 AktG – im Innenverhältnis zur Geschäftsführung befugt.⁵⁰ Dabei ist es allgemein anerkannt, dass die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis eine organschaftliche Pflichtverletzung darstellt.⁵¹ Dies führt dazu, dass der Gesellschaft ein Schadensersatzanspruch nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zustehen kann, wenn sich der Vorstand über § 112 AktG hinwegsetzt.⁵² Die Schadensersatzpflicht trifft dabei nicht nur Geschäftsleiter, die am

44 So etwa OLG Hamburg WM 1986, 972; OLG Stuttgart AG 1993, 85, 86; *Drygala* (Fn. 10) § 112 Rn. 19; *Hopt/Roth* (Fn. 11) § 112 Rn. 109; *Fischer*, GS Gruson, 2009, S. 151, 161 f.; *Rupietta*, NZG 2007, 801, 804; *Stein*, AG 1999, 28, 31 ff.

45 *Hambloch-Gesinn/Gesinn* (Fn. 14) § 112 Rn. 21 ff.; *J. Koch* (Fn. 2) § 112 Rn. 12; *Mertens/Cahn* (Fn. 7) § 112 Rn. 10 f.; *Spindler* (Fn. 3) § 112 Rn. 42.

46 Vgl. nur OLG Celle AG 2003, 433; *Habersack* (Fn. 9) § 112 Rn. 32; *Leuring*, FS Kollhoser, Bd. 2, 2004, S. 361, 373 ff.; *Nägele/Böhm*, BB 2005, 2197, 2199; *Suttmann*, MittBayNot 2011, 1, 10 f.; *E. Vetter*, FS Roth, 2011, S. 855, 866 ff.; *R. Werner*, Der Konzern 2008, 639, 643 f.; *W. Werner*, ZGR 1989, 369, 392 ff.

47 Vgl. *Baumanns* (Fn. 12) S. 75; *Nägele/Böhm*, BB 2005, 2197, 2199; *W. Werner*, ZGR 1989, 369, 392 f.

48 *Baumanns* (Fn. 12) S. 76 f.

49 Vgl. *Baumanns* (Fn. 12) S. 76; *Nägele/Böhm*, BB 2005, 2197, 2199.

50 Vgl. *Drygala* (Fn. 10), § 112 Rn. 2; *J. Koch* (Fn. 2) § 112 Rn. 7; *Mertens/Cahn* (Fn. 7) § 112 Rn. 3; *Cahn*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 247, 249.

51 *Hölters* (Fn. 42) § 93 Rn. 59.

52 So auch OLG Saarbrücken NZG 2014, 343, 344 f.

Vertragsschluss auf Seiten der Aktiengesellschaft unmittelbar beteiligt waren. Vielmehr spricht der Grundsatz der Gesamtverantwortung⁵³ dafür, dass auch Vorstandsmitglieder in Anspruch genommen werden können, die zwar nicht mitgewirkt haben, aber das kompetenzwidrig abgeschlossene Geschäft nicht verhindert haben.⁵⁴ Das Vorstandsmitglied kann der Haftung nur entgehen, wenn es alles unternommen hat, um das pflichtwidrige Handeln des Gesamtgorgans zu unterbinden.⁵⁵

2. Schadensberechnung

Im Rahmen der Schadensberechnung stellt sich die Frage, welche unfreiwillige Vermögenseinbuße die Gesellschaft erleiden kann. Auf den ersten Blick kommt ein ersatzfähiger Schaden nicht in Betracht, weil der Aufsichtsrat die Genehmigung des kompetenzwidrig abgeschlossenen Geschäfts verweigern und somit die Verpflichtung der Gesellschaft im Außenverhältnis verhindern kann. Doch kann es auch in diesem Fall dennoch zum Mittelabfluss kommen, wenn der Vorstand aufgrund des unwirksamen Vertrags leistet und eine Rückabwicklung wirtschaftlich unmöglich ist, etwa weil der Vertragspartner mittellos ist. Diese Leistung stellt im Ausgangspunkt den Schaden der Gesellschaft dar. Des Weiteren können der Gesellschaft Rechtsverteidigungskosten entstehen, falls sie von ihrem Vertragspartner in Anspruch genommen wird.⁵⁶ Im Zusammenhang mit beiden Positionen sind jedoch zwei allgemeine Grundsätze des Schadensrechts zu berücksichtigen, mit denen sich das Vorstandsmitglied gegen die Inanspruchnahme wehren kann: die Vorteilsanrechnung und das rechtmäßige Alternativverhalten. Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung muss sich die Gesellschaft die Vorteile anrechnen lassen, die sie aus dem kompetenzwidrig abgeschlossenen Geschäft erlangt hat. Die Zulässigkeit dieses Einwands ist in der aktienrechtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum inzwischen weitgehend anerkannt.⁵⁷ Demnach muss sich die Gesellschaft etwaige Ge-

genleistungen der Vertragspartner auf den Schaden anrechnen lassen, was unter Umständen zu einer erheblichen Minderung der Haftungshöhe führen kann.

3. Rechtmäßiges Alternativverhalten

Auch die Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens, die die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden entfallen lässt,⁵⁸ ist in der kapitalgesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum grundsätzlich anerkannt.⁵⁹ Eine Ausnahme machen aber zahlreiche Autoren für den Fall, dass sich der Vorstand über Kompetenzvorschriften hinwegsetzt: Lasse man die Berufung auf das rechtmäßige Alternativverhalten zu, sei der Schutzzweck der Kompetenzvorschriften beeinträchtigt, weil die mit dem Schadensersatzanspruch einhergehende Abschreckungswirkung vermindert werde.⁶⁰ Diese Argumentation greift zu kurz: Zunächst ist die Gesellschaft nicht schutzbedürftig, wenn das zuständige Organ – also im Fall des § 112 AktG der Aufsichtsrat – ohnehin dieselbe Entscheidung getroffen hätte wie das unzuständige Organ. Hätte der Aufsichtsrat das Rechtsgeschäft zu denselben Konditionen abgeschlossen wie der Vorstand, ist nicht ersichtlich, worin die unfreiwillige Vermögenseinbuße der Gesellschaft liegen soll. Vergleicht man die tatsächliche und die hypothetische Vermögenslage der Gesellschaft, hat die kompetenzwidrige Vorstandsmaßnahme für diese keine negativen materiellen Auswirkungen. Wollte man es allein wegen der Abschreckungswirkung des Haftungsrechts dem Vorstand untersagen, sich auf die Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens zu berufen, würde man entgegen den herkömmlichen Grundsätzen einen Schadensersatzanspruch ohne Schaden konstruieren, um den Vorstand zu sanktionieren.

53 **Fleischer** (Fn. 1) § 77 Rn. 44 ff.; **J. Koch** (Fn. 2) § 77 Rn. 15, § 93 Rn. 42.

54 So auch OLG Saarbrücken NZG 2014, 343, 344 f.

55 Vgl. dazu **Grigoleit/Tomasic** (Fn. 11) § 93 Rn. 39; **Spindler** (Fn. 39) § 93 Rn. 170.

56 Um Rechtsverteidigungskosten geht es auch im Revisionsverfahren in der Sache II ZR 63/14, vgl. dazu die Vorinstanz: OLG Saarbrücken NZG 2014, 343.

57 Vgl. BGH NJW 2013, 1958 Rn. 26 ff.; BGH NZG 2011, 1271 Rn. 31; **Hölters** (Fn. 42) § 93 Rn. 256 ff.; **J. Koch** (Fn. 2) § 93 Rn. 50. A.A. im Fall einer Legalitätspflichtverletzung aber **Lohse**, FS Hüffer, 2010, S. 581, 597 ff.; **Thole**, ZHR 173 (2009), 504, 529 f.

58 Zur Verortung des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf der Kausalitätsebene **Hopt/M. Roth** (Fn. 42) § 93 Rn. 413 ff.; **Spindler** (Fn. 39) § 93 Rn. 174; **Wiesner/Kraft**, in: MünchHdbAG, 3. Aufl. 2007, § 26 Rn. 8. Andere dogmatische Einordnung bei **Altmeppen**, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 32; **Hölters** (Fn. 42) § 93 Rn. 262 (Zurechnungszusammenhang).

59 Vgl. nur BGHZ 152, 280, 283 ff. = NJW 2003, 358; BGH NJW 2013, 3636 Rn. 32 f.; **Altmeppen**, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 32. Dies gilt auch für Schadensfälle außerhalb der Geschäftsleiterhaftung, s. statt aller **Oetker**, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 217 ff.

60 Vgl. dazu **Hopt/M. Roth** (Fn. 42) § 93 Rn. 416; **Mertens/Cahn** (Fn. 7) § 93 Rn. 54 f.; **Spindler** (Fn. 39) § 93 Rn. 174; **Wiesner/Kraft** (Fn. 58) § 26 Rn. 8. Für den GmbH-Geschäftsführer **Haas/Ziemons**, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 199a; **Kleindiek**, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 43 Rn. 53; **Paefgen**, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 195.

Der reine Sanktionsgedanke ist aber dem deutschen Schadensrecht fremd.⁶¹ Ein Schadensersatzanspruch nur um der Sanktion willen ist nicht notwendig, weil zum einen augenscheinlich keine sachlichen Einwände gegen die Vorstandsmaßnahme bestehen, wenn der Aufsichtsrat das Geschäft ohnehin abgeschlossen hätte, und zum anderen die Steuerung des Vorstands nicht alleine durch Schadensersatzansprüche erfolgen muss, sondern auch auf anderen Wegen gewährleistet werden kann: Auch wenn das kompetenzwidrige Verhalten nicht zum Schaden der Gesellschaft geführt hat, ist es nach wie vor eine Pflichtverletzung, so dass der Aufsichtsrat den Vorstand nach Maßgabe des § 84 Abs. 3 AktG abberufen kann.⁶²

Von dem (abstrakten) Problem, ob sich der Vorstand auf das rechtmäßige Alternativverhalten berufen kann, ist die Frage zu trennen, ob dem Vorstand die Verteidigung im konkreten Einzelfall gelingt.⁶³ Dies ist namentlich im Hinblick auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast von Bedeutung: Der Einwand verfängt nur dann, wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass der Aufsichtsrat dieselbe Entscheidung tatsächlich getroffen hätte.⁶⁴ Man kann also die Sorgen um die ausreichende Abschreckungswirkung des Haftungsrechts auf beweisrechtlicher Ebene ausräumen, indem man die Anforderungen an das Vorbringen des Vorstands richtig justiert.⁶⁵ Ungeklärt und durch die meisten Autoren nicht diskutiert ist dabei die Frage, auf welche Weise festgestellt wird, ob der Aufsichtsrat als zuständiges Organ das Geschäft ebenfalls abgeschlossen hätte. *Fleischer* schlägt eine wertende Betrachtung vor: Es komme nicht entscheidend auf empirische Feststellungen an, sondern es sei auf das

Stimmverhalten eines verantwortungsvoll handelnden Aufsichtsratsmitglieds abzustellen und dabei die bisherige Entscheidungspraxis des übergangenen Organs zu berücksichtigen. Nur so beuge man der Gefahr vor, dass die nachträglich als Zeugen befragten Aufsichtsratsmitglieder aus ex-post-Perspektive vortragen würden, sie hätten die Maßnahme nicht gebilligt.⁶⁶

Diese Vorgehensweise überzeugt jedoch nicht: Die Frage, ob ein verantwortungsvoll handelndes Aufsichtsratsmitglied das Rechtsgeschäft ebenfalls abgeschlossen hätte, erfordert eine inhaltliche Überprüfung der Vorstandsmaßnahme. Im Rahmen des Schadensersatzanspruchs wegen Kompetenzüberschreitung geht es aber nicht um den Inhalt des Rechtsgeschäfts, sondern allein um die Missachtung der aktienrechtlichen Aufgabenverteilung. Wollte man eine wertende Betrachtung zulassen, statt sich auf die empirischen Feststellungen zu konzentrieren, würde man zwei Kategorien vermengen. Hinzu kommt, dass es sich häufig um die Beurteilung unternehmerischer Entscheidungen des Vorstands handeln wird, die jedoch nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG der richterlichen Entscheidungsbefugnis gerade entzogen sind. Es ist aber nicht ersichtlich, wieso der Richter einerseits eine unternehmerische Entscheidung inhaltlich nur eingeschränkt überprüfen darf, wenn die Gesellschaft ihren Anspruch darauf stützt, dass diese Entscheidung selbst pflichtwidrig war, andererseits aber zu einer inhaltlichen Aussage über dieselbe Entscheidung befugt ist, wenn die Pflichtverletzung in einem Kompetenzverstoß liegt. Vielmehr ist in beiden Situationen ein gleichlaufender Prüfungsmaßstab vorzugswürdig, was im Rahmen des Schadensersatzanspruchs wegen Verstoßes gegen § 112 AktG zur Folge hat, dass der Vorstand mit dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nur dann gehört wird, wenn er beweist, dass der Aufsichtsrat sich tatsächlich gleich verhalten hätte. Es sind also empirische Feststellungen über das (hypothetische) Verhalten des Aufsichtsrats in der Vergangenheit notwendig. Das Gericht muss sich bei der Beweiserhebung nicht auf den Zeugenbeweis (Anhörung der Aufsichtsratsmitglieder und

61 Im Ergebnis auch *Hölters* (Fn. 42) § 93 Rn. 262; *J. Koch* (Fn. 2) § 93 Rn. 50; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 16; *Altmeyen*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 36 f.; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1208 f. Vgl. auch BGH NJW 2007, 917 Rn. 10 (Verletzung von Informationspflichten); BGH NZG 2008, 783 Rn. 19; BGH NJW 2013, 3636 Rn. 32 f. S. ferner *Oetker* (Fn. 59) § 249 Rn. 223: „Aufgabe des Schadensersatzrechts ist es nicht, auf die Einhaltung verfahrensrechtlicher Bestimmungen hinzuwirken“.

62 *J. Koch* (Fn. 2) § 93 Rn. 50; *Zöllner/Noack* (Fn. 61) § 43 Rn. 16.

63 So auch der zutreffende Hinweis von *Altmeyen*, FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 36 f. Vgl. auch *Zöllner/Noack* (Fn. 61) § 43 Rn. 16.

64 BGHZ 152, 280, 284 = NJW 2003, 358; BGH NZG 2008, 104 Rn. 4; BGH NZG 2008, 783 Rn. 19; *Hölters* (Fn. 42) § 93 Rn. 262; *Hopt/M. Roth* (Fn. 42) § 93 Rn. 415; *Mertens/Cahn* (Fn. 7) § 93 Rn. 55; *Wiesner/Kraft* (Fn. 58) § 26 Rn. 8; *Altmeyen*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 36. Vgl. ferner *Schubert*, in: BeckOK-BGB, Ed. 32, 1.3.2011, § 249 Rn. 103.

65 Vgl. *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1208 f.

66 *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1209. Ähnlich *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 16. So auch für Verletzung von Informationsrechten OLG Oldenburg NZG 2007, 434, 438; *U.H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 43 Rn. 221; *Böttcher*, NZG 2007, 481, 485.

anderer Unternehmensangehörigen) beschränken,⁶⁷ sondern kann die Entscheidung etwa auch auf die Korrespondenz zwischen Aufsichtsrat und Vorstand oder Aktennotizen stützen. War der Aufsichtsrat in den Vorgang einbezogen und stand er dem Vorhaben positiv gegenüber, kann dem Vorstandsmitglied der Beweis durchaus gelingen.⁶⁸ Die Gefahr, dass der Aufsichtsrat während der Zeugenvernehmung das Geschäft anders einschätzt als bei einer ex-ante-Betrachtung, rechtfertigt keine andere Beurteilung: Es entspricht den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen, dass der Vorstand das Risiko der Unsicherheit hinsichtlich des Schadenseintritts bei rechtmäßigem Handeln trägt.⁶⁹ Wenn er sich über die aktienrechtliche Kompetenzordnung hinweggesetzt hat, ist kein Grund ersichtlich, für ihn Beweiserleichterungen zu schaffen.⁷⁰

Abs. 2 Satz 1 AktG in Betracht, wobei auf die allgemeinen schadensrechtlichen Figuren – wie etwa das rechtmäßige Alternativverhalten oder die Vorteilsanrechnung – Rücksicht zu nehmen ist.

IV. FAZIT

Schließt die Gesellschaft einen Vertrag mit ihrem Vorstandsmitglied ab, verlagert § 112 AktG die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse auf den Aufsichtsrat. Außerdem ist § 112 AktG über seinen engen Wortlaut hinaus nur einschlägig, wenn die Aktiengesellschaft mit einem Dritten kontrahiert, der mit einem Vorstandsmitglied wirtschaftlich identisch ist. Jenseits dieser Ausnahmefälle ist bei der analogen Anwendung des § 112 Zurückhaltung geboten: Der Vorstand bleibt zur Vertretung der Gesellschaft befugt, wenn es um Rechtsverhältnisse mit einem Dritten geht, an dem ein Vorstandsmitglied maßgeblich beteiligt ist. In diesem Fall ist den Interessenkonflikten des Vorstands auf anderen Wegen zu begegnen. Ein besonders wirkungsvolles Instrument stellt in diesem Zusammenhang die organschaftliche Treuepflicht dar, deren Verletzung spürbare Haftungsfolgen für den pflichtvergessenen Geschäftsleiter nach sich ziehen kann. Missachtet der Vorstand die Vorgaben des § 112 AktG, ist das Geschäft nicht automatisch gem. § 134 BGB nichtig. Vielmehr kann der Aufsichtsrat das Geschäft nach § 177 AktG genehmigen. Außerdem kommt ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft nach § 93

67 Zur Zulässigkeit des Zeugenbeweises **Fleischer**, DStR 2009, 1204, 1209. Krit. aber OLG Oldenburg NZG 2007, 434, 438; **Böttcher**, NZG 2007, 481, 485.

68 So auch **Altmeynen**, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 37.

69 **Schubert** (Fn. 64) § 249 Rn. 103.

70 Für strenge Anforderungen an den Beweis auch **Hölters** (Fn. 42) § 93 Rn. 262; **Altmeynen**, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 37.