

Josephine Teclia

§ 111 Absatz 4 Satz 2 AktG im Spannungsverhältnis zur Vorstandsautonomie



Nomos

**Lüneburger Juristische Studien
Leuphana Legal Studies**

Herausgegeben von
Prof. Dr. Axel Halfmeier
Prof. Dr. Suzan Denise Hüttemann
Prof. Dr. Alexander Schall, M.Jur.
Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Schomerus
Prof. Dr. Lesley Jane Smith
Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte

Band 35

Josephine Teclia

§ 111 Absatz 4 Satz 2 AktG
im Spannungsverhältnis zur
Vorstandsautonomie



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Lüneburg, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-8987-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-3324-3 (ePDF)

Bis Band 32 erschien diese Reihe als „Lüneburger Schriften zum Wirtschaftsrecht“ und wurde von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Schomerus herausgegeben.

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinem Großvater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit mit dem Titel „§ 111 Absatz 4 Satz 2 AktG im Spannungsverhältnis zur Vorstandsautonomie“ wurde von der Leuphana Universität Lüneburg im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation angenommen (Schrifttum ist auf dem Stand 31.12.2021).

Allem voran gilt größter Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Alexander Schall, der mir mit Rat und Tat stets konstruktiv zur Seite stand und dessen unbezahlbare Ermutigung mich über die Jahre begleitet hat.

Herrn Prof. Dr. Axel Halfmeier danke ich für die zügige Erstellung des Zweitvotums und die Befürwortung und Ermöglichung der Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Für das Drittvotum möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Michael Stöber bedanken, der die große Mühe auf sich genommen hat, in einem kurzen Zeitraum meine Arbeit zu durchdringen und zu bewerten.

Darüber hinaus muss betont werden, dass die Promotionsphase mit Blick auf meinen beruflichen Werdegang und den damit im Zusammenhang stehenden Aufgaben und Prüfungen nicht im Ansatz so gut verlaufen wäre, wäre ich nicht von einem ganz besonderen Menschen begleitet worden.

Mein besonderer Dank gilt daher meinem Seniorpartner und Lehrmeister, Helmut Schmitt und dem gesamten Team von Schmitt & Partner, das mir stets mit Verständnis begegnet ist.

Schließlich standen enge Freunde und eine liebende Familie an meiner Seite, was durch nichts zu ersetzen ist. Mein herzlicher Dank gilt daher meinen Eltern Katharina und Aron, meiner Schwester Nathalie und meinem Bruder Benjamin sowie meinem Mann Jan, die mich während der gesamten Promotionsphase auf verschiedenste Weise unterstützt und gefördert haben.

Wentorf, Mai 2022

Josephine Teclia

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
Teil I: Die Aktiengesellschaft und ihre Organe	19
A. Die AG	19
B. Organe und Geschäftsführung der AG	24
I. Das Satzungsorgan der Hauptversammlung, §§ 118 ff. AktG	24
II. Das Führungsorgan des Vorstands, §§ 76 ff. AktG	26
1. Allgemeines	26
2. Rechte und Pflichten des Vorstands	29
III. Das Überwachungsorgan des Aufsichtsrats, §§ 95 ff. AktG	32
1. Allgemeines	32
2. Pflichten des Aufsichtsrats	35
Teil II: Kompetenzverteilung zwischen den Organen der AG	36
A. Die Leitungsmacht des Vorstands	36
I. Historische Entwicklung	36
1. Die ursprüngliche Oberhoheit der Hauptversammlung	37
a. Das Preußische Gesetz über Aktiengesellschaften vom 09.11.1843	37
b. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861	39
2. Die Einführung des obligatorischen Aufsichtsrats	42
a. Die Aktienrechtsnovelle vom 11.06.1870	42
b. Die Aktienrechtsnovelle vom 18.07.1884	45
c. Das Handelsgesetzbuch vom 11.05.1897	49
d. Entwicklung des Aktienrechts bis zum Aktiengesetz 1937	51
aa. Vorarbeiten	54
(1) Das anglo-amerikanische Recht zur Beseitigung von Missständen	54
(2) Die vom 34. DJT eingesetzte Kommission	56
(3) Die Reformarbeiten des Reichsjustizministeriums	56

(4) Der Entwurf eines Gesetzes über AG und KGaA von 1930	57
bb. Die aktienrechtliche Notverordnung vom 19.09.1931	58
cc. Zweite Entwurf eines Gesetzes über AG und KGaA von Oktober 1931	62
dd. Zusammenfassung	65
e. Das Aktiengesetz von 1937	66
aa. Der Vorstand im AktG 1937	67
bb. Die Hauptversammlung im AktG 1937	68
cc. Der Aufsichtsrat im AktG 1937	70
dd. Zusammenfassung	77
f. Das Aktiengesetz von 1965	82
g. Die weitere Entwicklung des Aktienrechts seit 1965	91
II. Umfang und Reichweite der Leitungsmacht des Vorstands	106
1. Begriffsbestimmungen: „Leitung“ und „Geschäftsführung“	108
2. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Leitungsermessen des Vorstands und den Zustimmungskatalogen des Aufsichtsrats	115
3. Stellungnahme	130
a. Geschäfte von grundlegender Bedeutung	139
b. Zustimmungskataloge nach Kriterien der englischen <i>listing rules</i>	146
c. Zustimmungskataloge nach Kriterien der <i>corporate social responsibility</i> (CSR)	148
B. Die Rückführung der Zustimmungspflicht nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG auf ihren Kontrollzweck durch <i>die business judgement rule</i>	158
I. Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates bei rechtmäßigem <i>business judgement</i>	161
1. Die Voraussetzungen unternehmerischer Entscheidungen unter der <i>business judgement rule</i> nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	162
a. Begriffsbestimmung	162
b. Tatbestandsvoraussetzungen	164
2. Umsetzung der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats bei rechtmäßigem <i>business judgement</i> auf Tatbestandsebene	169
3. Umsetzung der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats bei <i>rechtmäßigem business judgement</i> auf Rechtsfolgenebene	173

4. Durchsetzbarkeit der Zustimmungspflicht	174
II. Ausschluss der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats bei rechtmäßigem <i>business judgement</i>	177
C. Ad-hoc-Entscheidungen des Aufsichtsrats	178
D. Fazit	182
Teil III: Anhang Mustersatzung	187
Literaturverzeichnis	189

Einleitung

Die deutsche Aktiengesellschaft (AG) ist eine unmittelbar mit dem dualistischen System der Unternehmensführung verknüpfte Rechtsform. Das dualistische System der Unternehmensführung hat seinen Ursprung in Deutschland und stellt das hierzulande auch heute noch praktizierte Leistungsmodell dar. Die zentrale Besonderheit dessen und somit auch der elementare Unterschied zum monistischen System besteht in der funktionalen sowie personellen Trennung der Leistungs- und Kontrollkompetenz, die voneinander unabhängigen Organen zugeteilt wird; hierunter fällt namentlich insbesondere die in dieser Arbeit genauer zu begutachtende faktische Trennung von der Geschäftsführung und deren Kontrolle.

Die Unternehmensform der AG, deren Regelungen im Aktiengesetz (AktG) festgehalten sind, verlangt eine strikte Kompetenzzuweisung, die sich in einer Dreiteilung der Unternehmensorgane ausdrückt. Als Organe der deutschen AG lassen sich demgemäß das Satzungsorgan der Hauptversammlung und das Führungsorgan des Vorstands sowie das Überwachungsorgan des Aufsichtsrats unterscheiden. Aufgrund der Tatsache, dass die Verwaltungsaufgaben auf zwei Organe verteilt sind, spricht man im internationalen Vergleich von einer *dual-board-structure* oder auch *two-tier-structure*.¹

Eine Besonderheit der deutschen Unternehmensverfassung ist der Einfluss der Arbeitnehmer im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung. Diese wird durch die paritätische Zusammensetzung des Aufsichtsrats aus Vertretern der Eigenkapitalgeber und der Arbeitnehmer umgesetzt.

Im Hinblick auf ihren Aufsichtsrat war die Unternehmensform der AG in den vergangenen Jahren wiederholt Gegenstand intensiver Debatten. Die AG gilt als die im Wirtschaftsleben prominenteste Rechtsform einer Körperschaft des privaten Rechts und ist traditionell die Rechtsform für große Unternehmen und dabei ein Sammelbecken für die Kapitalbeträge einer Vielzahl von Anlegern.

Zahlreiche Unternehmenskrisen und -zusammenbrüche Anfang der 1990er-Jahre sowie jüngste Schieflogen in deutschen Großunternehmen

1 Siehe dazu international vergleichend Hopt/Leyens, Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy, ECFR 2004, 135 ff.

und nicht zuletzt die Finanz- und Wirtschaftskrise von 2008 wurden vermehrt mit dem Versagen von Aufsichtsräten in Verbindung gebracht.²

In der Annahme, dass sich Fehler in der Unternehmensführung und in Unternehmenskrisen durch eine verbesserte Aufgabenwahrnehmung seitens des Aufsichtsrats vermeiden ließen, wird von dem Gesetzgeber seitdem eine Optimierung des Aufsichtsrats angestrebt. Das Recht und die Ausgestaltung des Aufsichtsrats unterlagen deshalb im Grunde seit seiner Einführung in das Aktienrecht einem stetigen Wandel.³

In ferner Vergangenheit, insbesondere bis zum Aktiengesetz von 1937, agierte der Aufsichtsrat aufgrund unklarer Abgrenzung seiner Funktionen und mangelnder Bestimmungen seiner Pflichten noch allgemein als Verwaltungsrat, mithin als Organ, welches gemeinsam mit dem Vorstand die Geschäftsführung der Gesellschaft vornahm. Das Aktiengesetz von 1937 reduzierte die Kompetenzen des Aufsichtsrats dann auf ein Mitwirkungsrecht in Form zustimmungsbedürftiger Geschäfte (vgl. § 95 AktG 1937) und schuf somit eine weitreichende Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat.

Die Geschäftsführung des Vorstands sollte neben der vergangenheitsorientierten Kontrolle auch präventiv durch den Aufsichtsrat überwacht werden, wenngleich er nicht die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand beeinträchtigen sollte. Zudem wurde dem Aufsichtsrat die Bestellung des Vorstands zugewiesen, so dass mit dem Aktiengesetz von 1937 der Aufsichtsrat in seiner heutigen Konzeption und mit seinen heutigen Funktionen entstanden ist.

Das Aktiengesetz von 1937 einerseits und weitere Gesetzesnovellen andererseits grenzten den Aufsichtsrat durch die personelle und funktionelle Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat somit als primäres Kontrollorgan ab; der uneingeschränkte „Gebrauch“ des Aufsichtsrats als Geschäftsführungs- und Verwaltungsorgan ist seitdem versagt.

Der Aufsichtsrat wurde zwar zunächst eher als vergangenheitsorientiertes Überwachungs- und Kontrollorgan angesehen. Diese Aufgabe ist mittlerweile darüber hinaus als zukunftsgerichtet und beratend zu verstehen.⁴

2 Hopt/Roth, 5. Neu bearb. Aufl. 2018, GK, AktG § 111 Rn 47.

3 Siehe dazu Lutter, „Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit – von seinen Anfängen bis heute“, in Bayer/Habersack (eds.), Aktienrecht im Wandel, Vol. 2, 2007, Kap. 8, insbesondere Rn. 1 – 50; Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006.

4 MüKoAktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, AktG § 111 Rn. 50-52; Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 111 Rn. 5-6.

Die rechtlichen Bestimmungen zur Stellung und Zusammensetzung sowie zu den Aufgaben und Kompetenzen des Aufsichtsrats sind über eine Vielzahl von Gesetzen verstreut. Als maßgebliche Rechtsquellen sind das AktG, das Handelsgesetzbuch (HGB), das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) und die Mitbestimmungsgesetze (MitbestG, DrittelbG, Montan-MitbestG) zu nennen. Diese Vorschriften werden durch Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) und die jeweilige Unternehmenssatzung ergänzt. Neben der höchstrichterlichen Rechtsprechung haben insbesondere die Änderungen durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) sowie das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) zu einer Stärkung und aktiveren der Rolle des Aufsichtsrats geführt und dessen Rolle aktiver ausgestaltet.

Die Erweiterung der Aufgaben des Aufsichtsrates ist für diesen im Hinblick auf eine klare Kompetenzaufteilung jedoch nicht unproblematisch. Der Aufsichtsrat ist in keiner Weise zu einem Eingriff in die operativen Geschäfte befugt; letztere obliegen einzig und allein dem Vorstand. Je mehr Kompetenzen dem Aufsichtsrat jedoch zustehen, desto eher kann er nach freiem Ermessen beratend, leitend und/oder mitentscheidend auf die gem. § 76 Abs. 1 AktG unabhängige und weisungsfreie Geschäftsführung durch den Vorstand einwirken. Neben einer Vielzahl von Änderungen, die allesamt zu einer Erweiterung der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats führen, lässt insbesondere aber dessen Pflicht, Zustimmungsvorbehalte gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG festzulegen, Zweifel an der Allgemeingültigkeit einer klaren Kompetenzaufteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat aufkommen. Hierzu ist in diesem Zusammenhang in einem Aufsatz von *Freund* gleich in der Einführung Folgendes zu lesen:

„Aufsichtsräte werden zunehmend mächtiger. Vorstände verlieren an Einfluss. Bisweilen hat man den Eindruck, ein Unternehmen werde nicht vom Vorstandsvorsitzenden, sondern vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats geführt.“⁵

Nach *Freund*, der diesbezüglich auf die Kolumne von *Seibt*⁶ für das Manager Magazin verweist, ist es unverkennbar, dass sich die Balance des im dualistischen System angelegten Machtgefüges zwischen Vorstand und Aufsichtsrat in den letzten 20 Jahren – und zuletzt immer deutlicher – zu

5 Freund, Starke Aufsichtsräte in der Organhaftung, NZG 2018, 1361.

6 Manager Magazin Heft 6/2018 S. 75.

Gunsten des Aufsichtsrats verschoben habe. Das traditionelle dualistische System bewege sich zunehmend in Richtung eines monistischen Systems.

Im Manager Magazin selbst wird die die Verschiebung der Machtverhältnisse sogar als politisch gewünscht beschrieben, dies fasst *Seibt* wie folgt zusammen:

*„Der Aufsichtsrat wird damit zu einem Beratungs- und Mitgeschäftsführungsorgan – und der Vorsitzende fast zu einem Verwaltungspräsidenten Schweizer Prägung.“*⁷

Die Rolle des Aufsichtsrats in der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft hat sich freilich verändert. Die stärker gewordene Einflussnahme von Aufsichtsräten im Bereich der Unternehmensführung wirft im Hinblick auf die mit dem TransPuG im Jahre 2002 eingeführten verpflichtenden Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats und der Geschäftsführung nach freiem Leitungsermessen zahlreiche Fragen auf, die es in dieser Arbeit zu klären gilt.

Zustimmungsvorbehaltspflichtige Geschäfte sind im Übrigen solche, bei denen der Vorstand vor deren rechtswirksamen Durchführung die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen hat. Nimmt der Vorstand ein zustimmungspflichtiges Geschäft vor, ohne die entsprechende Zustimmung herbeigeführt zu haben, ist das Geschäft zwar wirksam; der Zustimmungsvorbehalt lässt die Vertretungsmacht des Vorstands im Außenverhältnis unberührt (§ 78 AktG). In einem solchen Fall macht sich der Vorstand gleichwohl im Verhältnis zur Gesellschaft einer Pflichtverletzung schuldig, da er gemäß § 82 Abs. 2 AktG im Innenverhältnis zur Einhaltung der entsprechenden Zustimmungsvorbehalte verpflichtet ist.⁸

Derartige Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates dienen jedenfalls nach dem Gesetzeszweck zwar der Erfüllung seiner präventiven Kontroll- und Überwachungsaufgabe gegenüber dem Vorstand. Sie ermöglichen es aber auch, dass der Aufsichtsrat gestaltenden Einfluss auf die Geschäftsführung nach freiem Leitungsermessen nimmt. Erteilt der Aufsichtsrat nämlich die Zustimmung zu einem bestimmten Geschäft oder einer bestimmten Maßnahme des Vorstands nicht, nur weil er die geplante Maßnahme unter Zweckmäßigkeitgesichtspunkten oder aus wirtschaftlichen Gründen anders als der Vorstand beurteilt, so geht dies über seine bloße Kontrollfunktion i. S. einer Rechtmäßigkeitsprüfung hinaus. Vielmehr wird er durch diese vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit zu einer Mitent-

7 Manager Magazin Heft 6/2018 S. 75 f.

8 NJW 2018, 3574; BGH, Urt. V. 10.07.2018 – II ZR 24/17.

scheidungskompetenz verleitet. Dies ist im Hinblick auf § 76 Abs. 1 AktG, der die Geschäftsführung des Vorstands nach freiem Leitungsermessen garantiert, und im Hinblick auf § 111 Abs. 4 S. 1 AktG, der die Übertragung von Geschäftsführungsmaßnahmen auf den Aufsichtsrat versagt, systemwidrig und kann daher nicht hingenommen werden.

Zudem regelt das Gesetz nicht ausdrücklich, wie umfangreich der Zustimmungskatalog zugunsten des Aufsichtsrats sein darf. Da aber nach der Vorschrift des § 111 Abs. 4 S. 1 AktG Maßnahmen der Geschäftsführung nicht dem Aufsichtsrat übertragen werden dürfen, wird allgemein davon ausgegangen, dass nur Geschäfte von besonderer Bedeutung einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden dürfen.⁹ Hierbei stellt sich sogleich die Frage, ob dies bedeutet, dass alle Geschäfte von grundlegender Bedeutung im Zustimmungskatalog erfasst sein müssen. Zudem gilt es festzulegen, welche Geschäfte des Vorstands überhaupt eine grundlegende Bedeutung haben. Denn es liegt immerhin im pflichtgemäßen Ermessen des Aufsichtsrats, auszuwählen, welche Geschäfte von grundlegender Bedeutung einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen und welche nicht. Die Pflicht des Aufsichtsrats zur gewissenhaften Kontrolle des Vorstands kann es im Übrigen erfordern, bestimmte Maßnahmen auch zusätzlich zu einem bereits bestehenden Zustimmungskatalog der Zustimmungspflicht zu unterwerfen. Nach der Rechtsprechung des BGH reduziert sich das Ermessen des Aufsichtsrats zur Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte in dem Fall zu einer Pflicht, wenn eine gesetzeswidrige Maßnahme des Vorstands nur durch einen Zustimmungsvorbehalt verhindert werden kann.¹⁰

Ferner sind die Zustimmungsvorbehalte von Weisungen abzugrenzen, die einem Vorstand erteilt werden. Dem Aufsichtsrat stehen derartige Weisungsrechte nämlich gerade nicht zu – der Vorstand einer AG ist überhaupt nicht weisungsgebunden, § 76 Abs. 1 AktG, es sei denn, die Gesellschaft ist vertraglich durch ein anderes Unternehmen beherrscht, § 291 Abs. 1 AktG. Nur in diesem Fall könnte der Vorstand des herrschenden Unternehmens dem Vorstand der abhängigen AG Weisungen erteilen.

Im Hinblick auf die Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat, den Vorstand zu überwachen und zu kontrollieren, ist jedenfalls zu klären, ob diese durch die Festlegung der Zustimmungsvorbehalte und das Einräumen des damit zusammenhängenden Vetorechts zugunsten des Aufsichtsrats

9 Hopt/Roth, 5. neu bearb. Aufl. 2018, GK, AktG § 111 Rn. 656 f.; MüKoAktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, AktG § 111 Rn. 120-124.

10 BGHZ 124, 111, 127, OLG Düsseldorf AG 2016, 410, 411.

gegen Maßnahmen des Vorstands, relativiert oder sogar durchbrochen wird. Hierbei geht es letztlich um einen Normkonflikt der §§ 111 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 und 2, 76 Abs. 1 AktG, den es anhand von methodischen Grundlagen aufzulösen gilt. Zudem gilt es, mögliche Zulässigkeitsgrenzen von Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Aufsichtsrats herauszuarbeiten.

Das Ziel dieser Arbeit ist, darzulegen, welche Probleme sich aus der vorstehend oberflächlich angerissenen Kompetenzüberschneidung zwischen – zumal womöglich mitbestimmenden – Aufsichtsrat und Vorstand im dualistischen System der Unternehmensführung ergeben. Hierzu werden zunächst die für das Verständnis dieser Arbeit erforderlichen aktienrechtlichen Grundlagen bezüglich der Aktiengesellschaft und ihrer Organe in den für die Themenstellung relevanten Teilbereichen zusammengefasst vorgestellt (**Teil I**).

In einem zweiten Schritt werden die geschichtlichen Zusammenhänge des deutschen Aktienrechts beleuchtet, d. h., der Umfang und die Wirkungen der jeweiligen Reformen werden im Hinblick auf die Organverfassung der Aktiengesellschaft dargestellt sowie die Art und Weise der Entstehung und Entwicklung des Aufsichtsrats begutachtet. Die verpflichtenden Zustimmungskataloge des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG im Spannungsverhältnis mit der Grundsatzzuständigkeit des Vorstands zur Geschäftsführung nach freiem Ermessen (§ 76 AktG) werden hierbei vertiefend untersucht sowie den Schwerpunkt der Arbeit bilden (**Teil II**).

Im Rahmen dessen stellt sich insbesondere die Frage, ob der Beschluss über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zu einem Katalogpunkt eine unternehmerische Entscheidung darstellt und der Aufsichtsrat damit nicht über ein entsprechendes eigenes unternehmerisches Ermessen verfügt – und ob dies im Lichte der tradierten Aufgabenteilung adäquat sein kann. Den Abschluss der Arbeit bildet eine Stellungnahme.

Keine Rolle für die vorliegende Arbeit wird hingegen den Vorschriften zu *Related Party Transactions* nach der Aktionärsrechterichtlinie II ((EU) 2017/828) beigemessen, deren Umsetzung durch das ARUG II die neuen §§ 111a – 111c AktG ins Leben rief. Denn hier geht es nicht um die grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen den Organen der Aktiengesellschaft, sondern vielmehr um die Regelung einer Sondersituation, in der zu befürchten ist, dass die Funktion der herkömmlichen Corporate-Governance-Mechanismen aufgrund der Befangenheit der Beteiligten gestört wird.

Teil I: Die Aktiengesellschaft und ihre Organe

A. Die AG

Die AG ist eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, § 1 Abs. 1 S. 1 AktG; sie zählt zu der Unternehmensform der Kapitalgesellschaften, wenngleich der Begriff selbst im Aktiengesetz nicht auftaucht.¹¹ Dagegen enthalten andere Gesetze an unterschiedlicher Stelle eine Zusammenfassung von AG, KGaA und GmbH unter dem Oberbegriff der Kapitalgesellschaften (so z. B. die Überschrift zum zweiten Abschnitt des HGB vor § 264; § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG; § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG).

Rechtsfähigkeit erlangt die AG mit der Eintragung ins Handelsregister, § 41 Abs. 1 AktG. Im Zeitraum von der notariellen Beurkundung der Satzung bis zur Eintragung ins Handelsregister existiert eine sogenannte Vorgesellschaft.¹² Diese nimmt wie eine juristische Person uneingeschränkt am Rechtsverkehr teil, insbesondere gehen mit der Eintragung im Handelsregister sämtliche Rechte und Pflichten der Vorgesellschaft „quasi automatisch“ auf die durch die Eintragung entstandene juristische Person über.¹³

Ein Wesensmerkmal der deutschen Kapitalgesellschaft ist die Existenz eines satzungsmäßig festgelegten Nennkapitals, das bei der AG als Grundkapital bezeichnet wird. Es handelt sich um eine rein nominelle Bilanzziffer,¹⁴ für die ein Mindestbetrag in Höhe von € 50.000, - vorgeschrieben ist, § 7 AktG.

Das Aufbringen des Grundkapitals erfolgt, indem die Gründer die Aktien durch notarielle Beurkundung übernehmen. Mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer ist die Gesellschaft errichtet. Der Mindestnenn-

11 MüKoAktG/Heider, 5. Aufl. 2019, AktG § 1 Rn. 101-108; Henssler/Strohn GesR/Lange, 4. Aufl. 2019, AktG; § 1 Rn. 1, 2; Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 1 Rn. 10; Hölters/Solveen, 3. Aufl. 2017, AktG § 1 Rn. 2-3.

12 Spindler/Stilz/Heidinger, 4. Aufl. 2019, AktG § 41 Rn. 25, 26; Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 41 Rn. 3; MüKoAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, AktG § 41 Rn. 22-25.

13 Hölters/Solveen, 3. Aufl. 2017, AktG § 41 Rn. 3; MüKoAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, AktG § 41 Rn. 105-108.

14 MüKoAktG/Heider, 5. Aufl. 2019, AktG § 1 Rn. 97, 98; Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 1 Rn. 10.