

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 57

**Gesamtvertreterermächtigung
und Vorstandsermächtigung im Lichte
der Publizitätsrichtlinie**

Von

Jessica Kroepels



Duncker & Humblot · Berlin

JESSICA KROPELS

Gesamtvertreterermächtigung und Vorstandsermächtigung
im Lichte der Publizitätsrichtlinie

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 57

Gesamtvertreterermächtigung und Vorstandsermächtigung im Lichte der Publizitätsrichtlinie

Von

Jessica Kroepels



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Wintersemester 2011 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
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-13877-7 (Print)
ISBN 978-3-428-53877-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83877-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Meinen Eltern und meinem Ehemann

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011 von der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand der Gesetzgebung April 2009. Nach Fertigstellung dieser Arbeit wurde die Richtlinie 68/151/EWG vom 9. März 1968 (sog. PublizitätsRiL) durch die weitgehend inhaltsgleiche Richtlinie 2009/101/EG vom 16. September 2009 ersetzt und Artikel teilweise neu nummeriert. So findet sich die für diese Arbeit zentrale Regelung des Artikels 9 der PublizitätsRiL nunmehr in Artikel 10 der Richtlinie 2009/101/EG, während die für die Untersuchung ebenfalls wesentliche Vorschrift des Artikels 2 der PublizitätsRiL nicht neu nummeriert wurde. Beide Artikel wurden inhaltlich weitgehend unverändert übernommen, so dass die vorliegende Untersuchung und ihre Ergebnisse auch im Lichte der Richtlinie 2009/101/EG weiterhin Anwendung finden. Aus Gründen der Klarheit, Nachvollziehbarkeit und mit Blick auf die existierende Literatur wird in der Arbeit jedoch weiterhin auf die Vorschriften der PublizitätsRiL in ihrer ursprünglichen Fassung vom 9. März 1968 Bezug genommen.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Martin Schwab, der meine Arbeit betreut und mich mit wertvollen Ideen und Hinweisen begleitet hat. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Christian Armbrüster. Danken möchte ich auch meinen Freunden und Kollegen für ihre Unterstützung bei der Erstellung der Arbeit. Ein herzlicher Dank gilt hierbei insbesondere Herrn Dr. Dr. Ino Augsburg für seine hilfreichen Anmerkungen und konstruktive Kritik.

Besonders herzlich danke ich meinen Eltern für die Ermöglichung meines Studiums und ihre bedingungslose und unermüdliche Unterstützung, die mir darüber hinaus auch die Fertigstellung dieser Arbeit ermöglicht hat. Ebenso herzlich danke ich meinem Ehemann, der mich stets zur Weiterarbeit ermutigte, mich bei meiner Recherchetätigkeit unterstützte und schließlich die vorliegende Arbeit auch Korrektur gelesen hat.

Hamburg, im April 2013

Jessica Kroepels

Inhaltsübersicht

A. Einführung in die Thematik	19
I. Die Fragestellung der Studie	20
II. Illustration der Fragestellung anhand eines Beispielfalls	22
III. Zum Stand der Forschung	22
IV. Der Gang der Untersuchung	23
B. Grundlagen der PublizitätsRiL	25
I. Die Bedeutung der PublizitätsRiL auf internationaler Ebene und ihre Entstehungsgeschichte	25
II. Drittschutz als Regelungsziel der PublizitätsRiL	31
III. Regelungsstruktur und der Regelungsgegenstand der PublizitätsRiL	34
C. Zweifel an der Vereinbarkeit der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG mit den Vorgaben der PublizitätsRiL	61
I. Die Fragestellung der Untersuchung	61
II. Die Grundlagen der Vertretung der Gesellschaft und die Rolle der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG	62
III. Die Vereinbarkeit der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG mit den Vorgaben des Art. 2	73
IV. Die Vereinbarkeit der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 3	88
V. Ein Ausblick: Die Konsequenzen für die Anwendung des § 78 Abs. 3 S. 2 AktG auf nationaler Ebene	113
D. Zweifel an der Vereinbarkeit der Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG mit den Vorgaben der PublizitätsRiL	140
I. Die Fragestellung der Untersuchung	140
II. Die Rolle der Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG im aktienrechtlichen Vertretungsrecht	141
III. Die Vereinbarkeit der Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG mit den Vorgaben des Art. 2	169
IV. Die Vereinbarkeit der Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG mit den Vorgaben des Art. 9	180
V. Ausblick: Die Konsequenzen für die Anwendung des § 78 Abs. 4 AktG auf nationaler Ebene	201

E. Das Ergebnis der Untersuchung	210
I. Die statutarische Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG und ihre Vereinbarkeit mit der PublizitätsRiL	210
II. Die Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG und ihre Vereinbar- keit mit der PublizitätsRiL	210
Literaturverzeichnis	212
Stichwortverzeichnis	224

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in die Thematik	19
I. Die Fragestellung der Studie	20
II. Illustration der Fragestellung anhand eines Beispielfalls	22
III. Zum Stand der Forschung	22
IV. Der Gang der Untersuchung	23
B. Grundlagen der PublizitätsRiL	25
I. Die Bedeutung der PublizitätsRiL auf internationaler Ebene und ihre Entstehungsgeschichte	25
1. Das Bedürfnis zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechts	25
2. Die Rechtsangleichung als Mittel der Harmonisierung	27
3. Die Entstehung der PublizitätsRiL und das interinstitutionelle Gesetzgebungsverfahren	28
II. Drittschutz als Regelungsziel der PublizitätsRiL	31
1. Die Schutzrichtung des Drittschutzes	31
2. Das Sachniveau des Drittschutzes	32
III. Regelungsstruktur und der Regelungsgegenstand der PublizitätsRiL	34
1. Der sachliche Anwendungsbereich der PublizitätsRiL	34
2. Der Regelungsinhalt der PublizitätsRiL	36
3. Die Gültigkeit der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen	37
a) Die Ausgangssituation in den Mitgliedstaaten	37
aa) Das Verständnis der Gesellschaft als Vertrag der Gesellschafter (Mandatstheorie)	38
bb) Das Verständnis der Gesellschaft als institutionelle Körperschaft (Organtheorie)	39
cc) Die Folgen für die Rechtssituation innerhalb der Gemeinschaft	40
b) Die Harmonisierung mitgliedstaatlichen Rechts nach den Vorgaben des Art. 9	41
aa) Der Umfang der Vertretungsmacht gemäß Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1	41
bb) Der Umfang der Vertretungsmacht Art. 9 Abs. 2	42
cc) Der Umfang der Vertretungsmacht „Ultra-Vires“ gemäß Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1	43
dd) Die Ausübung der Vertretungsmacht gemäß Art. 9 Abs. 3	46

(1) Die Erforderlichkeit der Regelung der Ausübung der Vertretungsmacht	46
(2) Die „Publizistische Lösung“ des Art. 9 Abs. 3	47
c) Änderungen des aktienrechtlichen Vertretungsrechts aufgrund der PublizitätsRiL	48
4. Die Nichtigkeit der Gesellschaft	49
a) Die Ausgangssituation in den Mitgliedstaaten	49
b) Die Harmonisierung mitgliedstaatlichen Rechts durch die PublizitätsRiL	50
aa) Die Gründungskontrolle gemäß Art. 10	50
bb) Die Nichtigkeitsgründe gemäß Art. 11	50
cc) Die Folgen der Nichtigkeit gemäß Art. 11	51
5. Die Publizität wesentlicher Rechtstatsachen	51
a) Die Ausgangssituation in den Mitgliedstaaten	51
b) Die Harmonisierung mitgliedstaatlichen Rechts durch Art. 2	52
aa) Die Offenlegungspflicht gemäß Art. 2 Abs. 1 d)	52
(1) Die Änderung des deutschen Aktienrechts	53
(2) Die Probleme bei der richtlinienkonformen Auslegung des angeglichenen Rechts	54
bb) Die Publizitätsmittel	56
cc) Die Publizitätswirkung	57
(1) Die negative Publizität	58
(2) Die positive Publizität	59
(3) Die Divergenz zwischen Eintragung und Bekanntmachung	59
C. Zweifel an der Vereinbarkeit der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG mit den Vorgaben der PublizitätsRiL ..	61
I. Die Fragestellung der Untersuchung	61
II. Die Grundlagen der Vertretung der Gesellschaft und die Rolle der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG	62
1. Der gesetzlich angeordnete Grundfall der Gesamtvertretung	62
a) Der Inhalt der Gesamtvertretung	62
b) Die Ausübung der Gesamtvertretung	64
2. Die statutarische Aufsichtsratsermächtigung	64
3. Die Modifizierung der Gesamtvertretung durch den statutarisch ermächtigten Aufsichtsrat	65
a) Die allgemeinen Grenzen der Gestaltung	65
b) Die Gestaltungsmöglichkeiten im Einzelnen	66
aa) Die Anordnung der Einzelvertretung	66
bb) Die Anordnung der unechten Gesamtvertretung	67
cc) Die Anordnung der gemeinschaftlichen Vertretung	67

dd) Besondere Gestaltungsmöglichkeiten des statutarisch ermächtigten Aufsichtsrats	68
(1) Die Beschränkung der statutarisch angeordneten Einzelvertretungsbefugnis	68
(2) Die Regelung der Vertretungsbefugnis bestimmter Vorstandsmitglieder	70
4. Die Eintragung der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung in das Handelsregister	70
a) Die Eintragung bei Anmeldung der Gesellschaft	71
b) Die Eintragung nach Anmeldung der Gesellschaft	71
c) Der Inhalt der Angabe der Vertretungsbefugnis	71
III. Die Vereinbarkeit der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG mit den Vorgaben des Art. 2	73
1. Das Ausgangsproblem	73
2. Die Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 d) S. 1 i)	75
3. Die Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	75
a) Die Offenlegung von „Zwischenformen“ der Vertretungsbefugnis ..	75
aa) Die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	76
(1) Die Verwertbarkeit von Arbeitsmaterialien der Gemeinschaft	77
(2) Die beschränkte Verwertbarkeit von Arbeitsmaterialien ...	78
(3) Die Verwendung öffentlich zugänglicher Arbeitsmaterialien	78
(4) Stellungnahme	79
bb) Die Teleologie der Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	80
b) Der Inhalt der Angabe der Vertretungsbefugnis gemäß Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	82
aa) Die Offenlegung der abstrakten und ausnahmsweise der konkreten Vertretungsbefugnis gemäß Art. 2 Abs.1 d) S. 2	82
bb) Diskussion	83
(1) Die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	83
(2) Die teleologische Auslegung des Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	84
c) Die Art und Weise der Offenlegung der Vertretungsbefugnis	86
aa) Die teleologische Auslegung des Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	86
bb) Würdigung	87
4. Ergebnis	88
IV. Die Vereinbarkeit der statutarischen Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 3	88
1. Die „Übertragung“ der Vertretungsbefugnis	90
a) Die Auslegung des Wortlauts des Art. 9 Abs. 3	90
b) Die Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3	91
2. Die Übertragung der Vertretungsbefugnis „generell“	93

a)	Die Auslegung des Wortlauts des Art. 9 Abs. 3	94
b)	Die Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3	94
3.	Die Übertragung der Vertretungsbefugnis „durch die Satzung“	96
a)	Die restriktive Auslegung des Wortlauts des Art. 9 Abs. 3	96
b)	Die weite Auslegung des Wortlauts des Art. 9 Abs. 3	97
c)	Stellungnahme und eigene Auslegung des Art. 9 Abs. 3	98
aa)	Die Teleologie des Art. 9 Abs. 3	98
(1)	Die Auslegung des fünften Erwägungsgrunds und der Wendung „soweit wie möglich“	99
(2)	„Soweit wie möglich im Rahmen des Erforderlichen“	100
(3)	„Soweit wie rechtsethisch gerade noch vertretbar“	101
(4)	Zwischenergebnis	102
bb)	Die Systematik des Art. 9 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3	103
(1)	Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 9 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3	103
(a)	Die Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 2 auf den Umfang der Vertretungsmacht	103
(b)	Die Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 2 auf die Vertre- tungsbefugnis	104
(c)	Stellungnahme	105
(2)	Die Auslegung von Ausnahmenvorschriften	106
(a)	Die Auslegung von Ausnahmenvorschriften nach An- sicht des EuGH	106
(b)	Die Auslegung von Ausnahmenvorschriften nach An- sicht der Literatur	108
(c)	Stellungnahme	108
cc)	Die Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3	109
dd)	Die Zulässigkeit einer hohen Regelungsintensität bei einer Richtlinie	110
ee)	Zwischenergebnis	111
4.	Ergebnis	112
V.	Ein Ausblick: Die Konsequenzen für die Anwendung des § 78 Abs. 3 S. 2 AktG auf nationaler Ebene	113
1.	Umsetzungsverpflichtung des nationalen Gesetzgebers	113
2.	Rechtsfolgen der defizitären Umsetzung einer Richtlinie	114
a)	Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien	116
aa)	Die positive Direktwirkung von Richtlinien	116
bb)	Die negative Direktwirkung von Richtlinien	120
cc)	Stellungnahme	121
b)	Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts und ihre Reichweite	122

aa) Reichweite des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung nach Ansicht der Rechtsprechung des EuGH	123
bb) Reichweite des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung nach Ansicht der deutschen Literatur und deutschen Rechtsprechung	125
(1) Der Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung	125
(2) Inhalt der richtlinienkonformen Auslegung	127
(a) Richtlinienkonforme Auslegung nach Ansicht des BGH („Quelle-Entscheidung“)	127
(b) Wortlaut als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung	128
(c) Weites Verständnis vom Gebot der richtlinienkonformen Auslegung	129
(d) Richtlinienkonforme Auslegung im Wege der Rechtsfortbildung	131
c) Der Staatshaftungsanspruch bei der Verletzung von Gemeinschaftsrecht	133
3. Ergebnis	134

D. Zweifel an der Vereinbarkeit der Vorstandsermächtigung gemäß § 78

Abs. 4 AktG mit den Vorgaben der PublizitätsRiL	140
I. Die Fragestellung der Untersuchung	140
II. Die Rolle der Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG im aktienrechtlichen Vertretungsrecht	141
1. Die Rechtsnatur der Ermächtigung	142
a) Die Ermächtigung als Handlungsvollmacht gemäß § 54 HGB	143
b) Die Ermächtigung als Erweiterung organschaftlicher Vertretung	143
c) Die Ermächtigung als Ausübungsermächtigung	145
d) Stellungnahme	145
2. Die Erteilung der Ermächtigung	147
a) Die Mitwirkung des Ermächtigten bei der Erteilung	148
aa) Für die Mitwirkung des Ermächtigten bei der Erteilung	148
bb) Gegen die Mitwirkung des Ermächtigten bei der Erteilung	148
cc) Stellungnahme	149
b) Der Empfänger der Ermächtigungserklärung	149
c) Die Form der Ermächtigung	150
3. Die Rechtsscheinhafung der Gesellschaft bei fehlender Ermächtigung des handelnden Vorstandsmitglieds	150
4. Die Ermächtigung des Prokuristen gemäß § 78 Abs. 4 S. 2 AktG	151
a) Die Ermächtigung des Prokuristen als Bevollmächtigung	151
b) Die Ermächtigung des Prokuristen als Ausübungsermächtigung	151
c) Stellungnahme	152
5. Der Umfang der Ermächtigung	152

a)	Der Umfang der Ermächtigung bei der Spezialermächtigung	153
aa)	Entsprechende Anwendung des § 54 HGB	153
bb)	Stellungnahme	155
b)	Der Umfang der Ermächtigung bei der Artermächtigung	156
c)	Zulässigkeit einer Ressortermächtigung	157
aa)	Klar umrissener Kreis von Geschäften erforderlich	158
bb)	Ermächtigung für einen bestimmten Geschäftsbereich möglich	159
cc)	Stellungnahme	159
(1)	Grenzen der Generalvollmacht	159
(2)	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gesamtverantwortung	160
6.	Keine Eintragung der Ermächtigung in das Handelsregister	162
a)	Ausnahmsweise Eintragung der Ermächtigung	162
b)	Würdigung	163
7.	Schutz des Dritten wegen mangelnder Verlautbarung der Legitimation	164
8.	Der Widerruf der Ermächtigung	166
a)	Der Widerruf durch die ermächtigenden Vorstandsmitglieder	166
aa)	Der Widerruf durch eine zur Vertretung geeignete Anzahl an Vorstandsmitgliedern	166
bb)	Der Widerruf durch ein einzelnes Vorstandsmitglied	167
cc)	Stellungnahme	167
b)	Der Widerruf durch nicht ermächtigende Vorstandsmitglieder	168
aa)	Durch eine zur Vertretung geeignete Anzahl an Vorstandsmitgliedern	168
bb)	Kein Widerrufsrecht der nicht ermächtigenden Vorstandsmitglieder	168
cc)	Stellungnahme	168
c)	Ergebnis	169
III.	Die Vereinbarkeit der Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG mit den Vorgaben des Art. 2	169
1.	Die Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 S. 1 d) S. 1	169
2.	Die Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	170
a)	Der Zeitpunkt der Offenlegung	171
aa)	Teleologische Auslegung des Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	171
bb)	Die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	172
cc)	Zwischenergebnis	174
b)	Der persönliche Anwendungsbereich der Offenlegungspflicht	174
aa)	Die Offenlegung der nichtorganschaftlichen Vertretungsbefugnis gemäß Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	174
bb)	Stellungnahme	175
(1)	Der Regelungszweck der PublizitätsRiL	175

(2) Die Systematik der PublizitätsRiL	176
c) Bestehen einer Ausnahme von der Offenlegungspflicht wegen gleichzeitiger Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht ...	178
aa) Die begrenzte Offenlegungspflicht des Art. 2 Abs. 1 d) S. 2 ...	178
bb) Die teleologische Auslegung des Art. 2 Abs. 1 d) S. 2	179
d) Ergebnis	180
IV. Die Vereinbarkeit der Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG mit den Vorgaben des Art. 9	180
1. Die Regelung der Vertretungsbefugnis gemäß § 78 Abs. 4 AktG und ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Art. 9	181
a) Die Vereinbarkeit der Regelung der Vertretungsbefugnis mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1	181
aa) Die Auslegung des Wortlauts des Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1 ...	183
bb) Die Systematik des Art. 9	183
cc) Die teleologische Auslegung des Art. 9	184
b) Die Vereinbarkeit der Regelung der Vertretungsbefugnis mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 3	185
aa) Die „Übertragung“ der Vertretungsmacht	186
bb) Die Übertragung der Vertretungsbefugnis „durch die Satzung“	186
(1) Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 3 auf die Vorstandsermäch- tigung nach Boden	187
(2) Stellungnahme	188
(3) Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 3 auf die Vorstandsermäch- tigung nach Schwarz	189
(a) Die Anwendbarkeit des Art. 9 bei der Beschränkung der Vertretungsbefugnis	190
(b) Die Anwendbarkeit des Art. 9 bei der Erweiterung der Vertretungsbefugnis	191
(4) Stellungnahme	191
(a) Die Systematik des Art. 9 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 ..	191
(b) Beschränkungen im Sinne des Art. 9 Abs. 2	193
(c) Zwischenergebnis	194
c) Ergebnis	194
2. Die Regelung des Umfangs der Vertretungsmacht gemäß § 78 Abs. 4 AktG und ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Art. 9	195
a) Die Zuständigkeit für die Bestimmung des Umfangs der Vertre- tungsmacht	195
aa) Mitgliedschaftlicher Gestaltungsspielraum nach Ansicht von Schwarz	196
bb) Stellungnahme	197
b) Der Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertre- tungsmacht gemäß Art. 9 Abs. 1 und 2	198

aa) Der Umfang der Vertretungsmacht gemäß Art. 9 Abs. 1 und 2 ..	198
bb) Ausnahme aufgrund der Verbindung der Regelung der personellen und sachlichen Vertretungsmacht	200
c) Ergebnis	201
V. Ausblick: Die Konsequenzen für die Anwendung des § 78 Abs. 4 AktG auf nationaler Ebene	201
1. Die fehlende Eintragung der Vorstandsermächtigung	202
a) Mögliche Konsequenzen aufgrund der Richtlinienwidrigkeit	202
b) Die richtlinienkonforme Auslegung des § 78 Abs. 4 AktG	202
c) Die richtlinienkonforme Auslegung des § 78 Abs. 4 AktG mittels richtlinienkonformer Analogiebildung	203
d) Ergebnis	204
2. Richtlinienkonforme Auslegung des § 78 Abs. 4 AktG im Hinblick auf die Regelung des Umfangs der Vertretungsmacht	205
a) Die richtlinienkonforme Auslegung des § 78 Abs. 4 AktG	205
aa) Die richtlinienkonforme Auslegung nach Ansicht von Schwarz	205
bb) Stellungnahme	206
b) Stellungnahme	207
3. Richtlinienkonforme Auslegung des § 78 Abs. 4 AktG im Hinblick auf die Übertragung der Vertretungsbefugnis durch ein gesetzlich ermächtigtes Organ	208
4. Ergebnis	209
E. Das Ergebnis der Untersuchung	210
I. Die statutarische Aufsichtsratsermächtigung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG und ihre Vereinbarkeit mit der PublizitätsRiL	210
II. Die Vorstandsermächtigung gemäß § 78 Abs. 4 AktG und ihre Vereinbarkeit mit der PublizitätsRiL	210
Literaturverzeichnis	212
Stichwortverzeichnis	224

A. Einführung in die Thematik

Am 9. März 1968 erließ der Ministerrat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaften die „Erste Richtlinie zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“ (68/151/EWG).¹ Inhaltliche Änderungen erfuhr die PublizitätsRiL durch die Richtlinie 2003/58/EG vom 15. Juli 2003.²

Der sachliche Anwendungsbereich der PublizitätsRiL erstreckt sich auf die Gesellschaftsformen der AG, der KGaA und der GmbH³ sowie deren Pendanten in den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, bei denen die Gesellschafter grundsätzlich nicht für die Gesellschafterschulden haften.⁴

Ziel der PublizitätsRiL ist der Schutz der Interessen Dritter.⁵ Um dieses Ziel zu erreichen, regelt die PublizitätsRiL drei Themenkomplexe auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.⁶ Sie enthält Regelungen bezüglich der Gültigkeit der von Gesellschaften eingegangenen Verpflichtungen, bezüglich der Gründe und Folgen der Nichtigkeit von Gesellschaften sowie bezüglich der Publizität bestimmter, für die Gläubiger wesentlicher Rechtsverhältnisse. Dabei stellt die Publizität nicht nur einen von drei Regelungsgegenständen der PublizitätsRiL dar. Die Offenlegung dient gleichzeitig auch dazu, den gewünschten Gläubigerschutz zu realisieren, indem durch sie gewährleistet wird, dass Dritten die Angaben, die sie benötigen, auch zugänglich gemacht werden.⁷ Vor dem Hintergrund dieses

¹ ABIEG Nr. L 65 vom 14.03.1968, S. 8 ff., im Folgenden: PublizitätsRiL.

² ABIEG Nr. L 221 vom 04.09.2003, S. 13 ff.; die Richtlinie wurde in Deutschland durch das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Gesetz über elektronische Handels- und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) umgesetzt.

³ Im Folgenden: Gesellschaften.

⁴ *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 85 (§ 5 Rn. 8); *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 198 (Rn. 304); *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg, S. 32; *Einmahl*, AG 1969, S. 131 (Fn. 8); vgl. auch: Art. 1 PublizitätsRiL.

⁵ *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 83 (§ 5 Rn. 2); *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 196 (Rn. 298); *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg, S. 1; *Einmahl*, AG 1969, S. 131.

⁶ *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 83 (§ 5 Rn. 2); *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 196 (Rn. 298); *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg, S. 42.

⁷ *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg, S. 44.

grundlegenden Prinzips der Publizität ist zu verstehen, dass die PublizitätsRiL die nicht amtliche, aber übliche Kurzbezeichnung „Publizitätsrichtlinie“ erhielt.⁸

In der Bundesrepublik Deutschland erfolgte die Umsetzung der Vorgaben der PublizitätsRiL durch das „Gesetz zur Durchführung der PublizitätsRiL des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts“⁹ vom 15. August 1969.¹⁰ Das Gesetz trat am 1. September 1969 in Kraft. Die Vorgaben der Änderungsrichtlinie 2003/58/EG setzte die Bundesrepublik in Teilen durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Justizkosten für Telekommunikation (ERJuKoG)¹¹ und durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)¹² um.¹³ Zumindest die formale Umsetzung der Regelungen der PublizitätsRiL in nationales Recht ist demnach in Deutschland bereits seit beinahe 40 Jahren abgeschlossen. Im Unterschied zu einer Reihe anderer Staaten sah sich die Bundesrepublik Deutschland durch die PublizitätsRiL nicht zu grundlegenden Änderungen des nationalen Rechts veranlasst.¹⁴ Insbesondere das aktienrechtliche Vertretungsrecht wurde durch den deutschen Gesetzgeber nicht angetastet.

I. Die Fragestellung der Studie

Der Angleichungserfolg und die Richtlinienkonformität deutscher¹⁵ und anderer¹⁶ nationaler Rechtsvorschriften waren immer wieder Gegenstand von Untersuchungen. Auf Grundlage dieser Untersuchungen ist zwar im Ergebnis festzustellen, dass die PublizitätsRiL grundsätzlich in weiten Teilen erfolgreich umgesetzt wurde. Noch nicht zur Gänze ausgeräumt ist jedoch der Verdacht, dass vereinzelt „Angleichungslücken“ verblieben sind, bei denen Vorschriften nicht an die Vorgaben der PublizitätsRiL angepasst wurden.¹⁷

⁸ *Spindler*, in: MüKomm., § 78 Rn. 55; *Krafka*, in: MüKomm. HGB, § 8 Rn. 28; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 81; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 193 (Rn. 294); *Lutter*, ZGR 1991, Sonderh. 1, S. 33.

⁹ Im Folgenden: Koordinierungsgesetz.

¹⁰ BGBl. 1969 I, S. 1146 ff.

¹¹ BGBl. 2001 I, S. 3422 ff.

¹² BGBl. 2006 I, S. 2553 ff.

¹³ *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 85 (§ 5 Rn. 7).

¹⁴ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. V/3862, Ziff. II und schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. V/4406, Ziff. II, der nur von „rechtstechnischen Änderungen“ in der deutschen Rechtsordnung ausgeht.

¹⁵ *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg; *Boden*, Die Vertretungsmacht der Verwaltungsorgane; *Buchholz*, Die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts.

¹⁶ Umfassend insoweit: *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg.

¹⁷ *Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg, S. 345; hinsichtlich möglicher Umsetzungsdefizite in anderen Rechtsordnungen, vgl. *Lutter*; ZGR 1991, Sonderh. 1, S. 33 f.

Eben diesem Problemfeld widmet sich die folgende Untersuchung. Ihr Gegenstand ist die Frage, ob die Vorschriften § 78 Abs. 3 S. 2 AktG und § 78 Abs. 4 S. 1 AktG ein Angleichungsdefizit in Bezug auf die Regelungen der Publizitäts-RiL aufweisen und welche Rechtsfolgen ein derartiges mögliches Angleichungsdefizit nach sich zieht.

Zweifel an der Richtlinienkonformität der § 78 Abs. 3 S. 2 AktG und § 78 Abs. 4 S. 1 AktG ergeben sich zum einen bezüglich der Vorgaben der Vorschriften des Art. 2¹⁸. Gemäß Art. 2 Abs. 1 d) i) haben Mitgliedstaaten offen zu legen, wer befugt ist, die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Die Änderung der Vertretungsbefugnis durch den statutarisch ermächtigten Aufsichtsrat gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 AktG ist nach heute herrschender Meinung¹⁹ grundsätzlich nur abstrakt offenzulegen. Die Ermächtigung eines Vorstandsmitglieds durch andere, zur Gesamtvertretung befugte Vorstandsmitglieder gemäß § 78 Abs. 4 S. 1 AktG ist nach herrschender Meinung²⁰ überhaupt nicht zu publizieren, so dass Zweifel bestehen, ob die Vorschriften der § 78 Abs. 3 S. 2 AktG und § 78 Abs. 4 S. 1 AktG den Vorgaben der PublizitätsRiL genügen.

Zum anderen bestehen aber auch hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 9 Bedenken. Art. 9 Abs. 1 und 2 normieren den Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretungsmacht. Sachliche Beschränkungen entfalten nach diesem Grundsatz keine Außenwirkung und können Dritten nicht entgegengehalten werden. Anderes gilt bezüglich der personellen Ausgestaltung der Vertretungsmacht. Hier belässt die PublizitätsRiL dem nationalen Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum und erlaubt gemäß Art. 9 Abs. 3, dass die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft abweichend von der gesetzlichen Regel durch die Satzung einer Person allein oder mehreren Personen gemeinschaftlich übertragen werden und bei erfolgter Offenlegung Dritten entgegengehalten werden kann.

Es bestehen Bedenken, ob nicht sowohl § 78 Abs. 3 S. 2 AktG als auch § 78 Abs. 4 S. 1 AktG eine Ausgestaltung der Vertretungsbefugnis zulassen, die den durch Art. 9 vorgegebenen Rahmen überschreiten. § 78 Abs. 3 S. 2 AktG sieht vor, dass die Satzung den Aufsichtsrat dazu ermächtigen kann zu bestimmen, dass einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung befugt sind. § 78 Abs. 4 S. 1 AktG erlaubt darüber hinaus

¹⁸ Alle Art., die im Folgenden ohne Zusatz zitiert werden, sind solche der Publizitäts-RiL.

¹⁹ *Pentz*, in: *Mükomm.*, § 37 Rn. 54; *Hüffer*, § 37 Rn. 8; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 81 Rn. 12; *Kraft*, in: *Kölnkomm.*, § 37 Rn. 12; *Hefermehl*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 81 Rn. 6; *Eckardt*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 37 Rn. 29; *Wiesner*, in: *MünchHdb. AG*, § 23 Rn. 13.

²⁰ *Pentz*, in: *Mükomm.*, § 37 Rn. 54; *Hüffer*, § 37 Rn. 8; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 81 Rn. 12; *Kraft*, in: *Kölnkomm.*, § 37 Rn. 12; *Hefermehl*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 81 Rn. 6; *Eckardt*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 37 Rn. 29; *Wiesner*, in: *MünchHdb. AG*, § 23 Rn. 13.