



C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT



# Kapitalgesellschaftsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Wintersemester 2021/2022

## Einheit 10: Zentralisierte Leitungsmacht (Teil 1/4)



Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



## Übersicht zur heutigen Veranstaltung

### ➤ **Vorstand der AG & GmbH-Geschäftsführer**

**I. Einleitung**

**II. Aufgaben des Leitungsorgans**

**III. Bestellung und Anstellung**



# Einheit 10: Zentralisierte Leitungsmacht (1/4)

## I. Einleitung

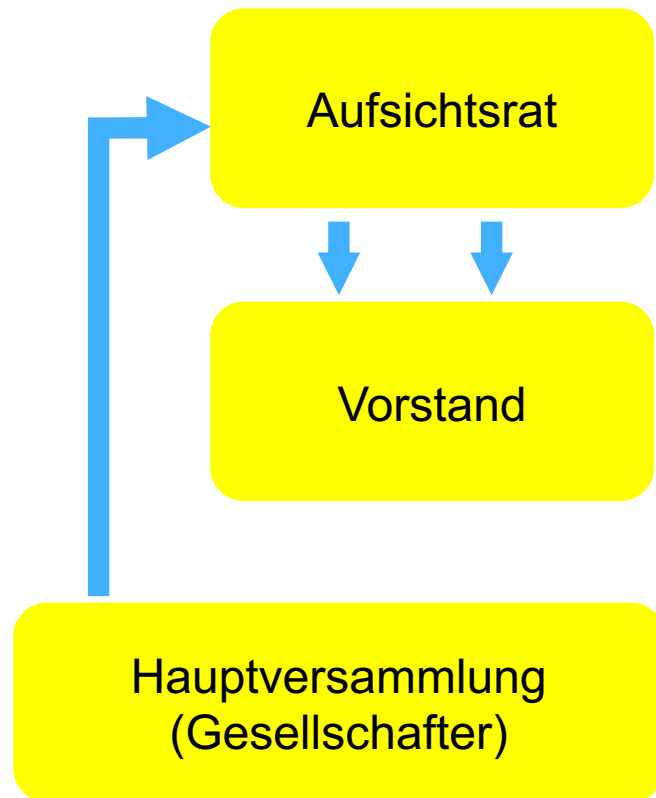
- Die Leitung von **Personengesellschaften** ist durch das **Prinzip der Selbstorganschaft** geprägt. Die Geschäftsführung obliegt den Gesellschaftern selbst (§§ 709-713 BGB). Die **Beteiligung Dritter** ist durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag nur insoweit zulässig, als die Gesellschafter alleine handlungsfähig bleiben.
- Bei **Kapitalgesellschaften** – insbesondere der AG als Publikumsgesellschaft – würde dieses Konzept aufgrund der Vielzahl der Mitglieder versagen. Daher überträgt das Gesetz die Geschäftsführung einem Organ, das zumindest mittelbar von den Gesellschaftern gewählt bzw. bestellt wird.
- Bei der **AG** ist dieses zentrale Leitungsorgan der **Vorstand**.
- Daneben kennt das Aktienrecht zwei weitere Organe, nämlich die **Hauptversammlung** und den **Aufsichtsrat**.



# Einheit 10: Zentralisierte Leitungsmacht (1/4)

## I. Einleitung

Das Verhältnis des Vorstands zu den übrigen Organen einer AG kann – vereinfacht – wie folgt dargestellt werden:



- Die **Hauptversammlung** (§§ 118 ff. AktG) ist das Organ, in dem die Aktionäre ihre Rechte (insbesondere das Stimmrecht) „in den Angelegenheiten der Gesellschaft“ ausüben.
- Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden nach **§ 101 I 1 AktG** grds. von der Hauptversammlung gewählt.
- Nach **§ 84 I 1 AktG** bestellt der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder auf Zeit.
- Der **Vorstand** leitet die Gesellschaft (§ 76 I AktG), führt die Geschäfte (§ 77 AktG) und vertritt die AG (§ 78 I 1 AktG).
- Die Hauptaufgabe des **Aufsichtsrats** besteht nach § 111 I AktG in der Überwachung der Geschäftsführung durch den Vorstand.



# Einheit 10: Zentralisierte Leitungsmacht (1/4)

## I. Einleitung

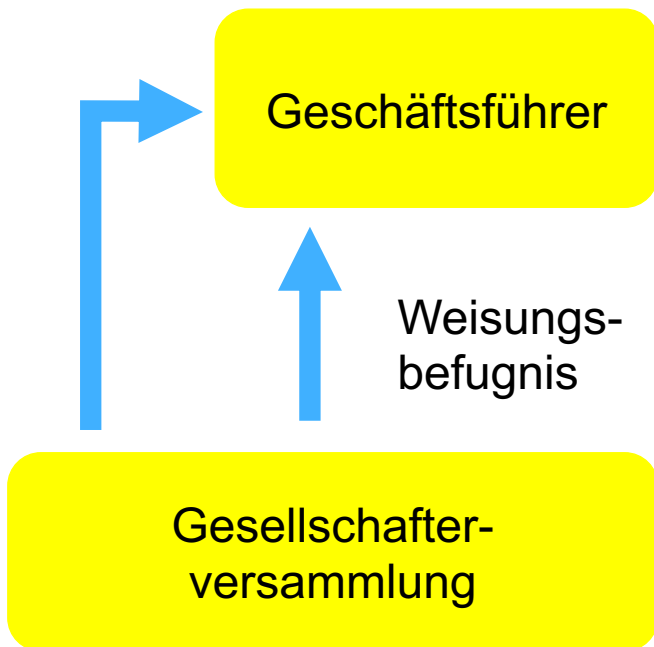
- Im Gegensatz zu der AG (Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung) verfügt die GmbH **grds.** nur über zwei Organe, nämlich den oder die **Geschäftsführer** und die **Gesellschafterversammlung**.
- Ein **Aufsichtsrat** ist nur **ausnahmsweise** zu bilden, nämlich, wenn
  - das Gesetz (§ 6 I **MitbestG**) das Unternehmen hierzu verpflichtet (sog. **obligatorischer Aufsichtsrat**) oder
  - der **Gesellschaftsvertrag** die Bestellung eines Aufsichtsrats vorsieht (§ 52 I **GmbHG**, sog. **fakultativer Aufsichtsrat**).
- Von dem Aufsichtsrat sind **Verwaltungsräte** und **Beiräte** zu unterscheiden. Es besteht keine gesetzliche Pflicht zur Bildung; i.d.R. haben sie nur beratende Funktion.



# Einheit 10: Zentralisierte Leitungsmacht (1/4)

## I. Einleitung

Das Verhältnis der Geschäftsführer zur Gesellschafterversammlung – vereinfacht – wie folgt dargestellt werden:



- Die Geschäftsführer **vertreten** die GmbH (§ 35 I 1 GmbHG).
- Das GmbHG enthält keine § 76 I AktG vergleichbare Regelung.
- Ursächlich hierfür ist, dass die wesentlichen Entscheidungen gemäß **§§ 45 II, 46 GmbHG** grds. der **Gesellschafterversammlung** vorbehalten sind, z. B. die Bestellung des Geschäftsführers.
- Außerdem hat die Gesellschafterversammlung – im Unterschied zu § 119 II AktG – das Recht, **jede Entscheidung in der Geschäftsführung „an sich zu ziehen“** und den Geschäftsführern entsprechende **Weisungen zu erteilen**.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 1. Vorstand einer AG

Dem Vorstand einer AG sind im Wesentlichen **drei Aufgaben** zugewiesen, nämlich:

- a) **Leitung** der Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“ (§ 76 I AktG)
- b) **Geschäftsführung** (§ 77 AktG)
- c) **Vertretung** der Gesellschaft (§§ 78, 82 AktG, dazu Einheit 2)



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 1. Vorstand einer AG

#### a) Leitung der Gesellschaft

- In den **§§ 76 I, 77 AktG** unterscheidet das Gesetz zwischen der Leitung der AG und der Geschäftsführung.
- Den Aufgaben ist gemeinsam, dass sie – im Unterschied zu der Vertretung – das **Innenverhältnis** der Gesellschaft betreffen.
- Nach h. M. ist die Leitung ein hervorgehobener **Teilbereich der Geschäftsführung**. Sie entspricht der unternehmerischen Funktion.
- Sie berechtigt (und verpflichtet) den Vorstand dazu, die **Richtlinien der Unternehmenspolitik** festzulegen und die **geschäftlichen Initiativen zu ergreifen**.
- Hierzu zählen herkömmlich **vier Bereiche**: die Unternehmens**planung**, die Unternehmens**koordination**, die Unternehmens**kontrolle** und die **Personalkompetenz** für Führungspositionen im Unternehmen.
- Diese Leitungsmacht hat der Vorstand gemäß § 76 I AktG „**unter eigener Verantwortung**“ auszuüben, also **grds. frei von Weisungen**. Eine wesentliche Ausnahme findet sich in § 308 I 1 AktG.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 1. Vorstand einer AG

#### b) Geschäftsführung

##### (1) Allgemeines

- Die Vorschrift des **§ 77 I 1, 2 AktG** regelt nur das **Prinzip der Geschäftsführung** bei einem mehrgliedrigen Vorstand sowie die Zulässigkeit abweichender Regelungen.
- Die **Befugnis** des Vorstands **zur Geschäftsführung** setzt die Vorschrift voraus wie den **Begriff der Geschäftsführung**.
- Die Geschäftsführung ist jede tatsächliche und rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die Gesellschaft in deren **Innenverhältnis**.
- Das Spektrum möglicher Geschäftsführungsakte reicht von der Gestaltung der Geschäftsbriefe (§ 80 AktG) bis zur Vorbereitung von Hauptversammlungen (§ 83 I 1 AktG).



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 1. Vorstand einer AG

#### b) Geschäftsführung

#### (2) Verhältnis zu den übrigen Organen

##### Verhältnis zur Hauptversammlung:

- Die Geschäftsführung obliegt – wie von **§ 77 AktG** vorausgesetzt – *primär* dem Vorstand.
- Die Hauptversammlung kann über Fragen der Geschäftsführung nach **§ 119 II AktG** nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt. M.a.W.: Der Vorstand kann die Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung entscheiden lassen.
- Anschließend ist der Vorstand nach **§ 83 II AktG** verpflichtet, die von der Hauptversammlung gesetzmäßig beschlossene Maßnahmen auszuführen.
- Der wesentliche Vorteil einer solchen Vorlage an die Hauptversammlung liegt in dem **Ausschluss der persönlichen Haftung** gegenüber der Gesellschaft nach **§ 93 IV 1 AktG**.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 1. Vorstand einer AG

#### b) Geschäftsführung

#### (2) Verhältnis zu den übrigen Organen

##### Verhältnis zum Aufsichtsrat:

- Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats besteht nach **§ 111 I AktG** darin, die Geschäftsführung durch den Vorstand – einschließlich des Teilbereichs der Leitung – zu **überwachen**.
- Diese Aufgabe schließt es aus, Maßnahmen der Geschäftsführung auf den Aufsichtsrat zu übertragen (z. B. durch Regelung in der Satzung), **§ 111 IV 1 AktG**.
- Aber: Überwachung ist **keine rein repressive Tätigkeit**. Möglich und üblich ist auch die **präventive** Überwachung mittels der in **§ 111 IV 2 AktG** genannten Instrumente.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

Den Geschäftsführern einer GmbH sind im Wesentlichen **zwei Aufgaben** zugewiesen, nämlich:

- a) **Geschäftsführung**
- b) **Vertretung** der Gesellschaft (§ 35 GmbHG, siehe dazu Einheit 2)



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

Den Geschäftsführern einer GmbH sind im Wesentlichen **zwei Aufgaben** zugewiesen, nämlich:

- a) **Geschäftsführung**
- b) **Vertretung der Gesellschaft** (§ 35 GmbHG, siehe dazu Einheit 2)

Die **Nichtnennung der Leitung** lässt sich nicht allein damit erklären, dass die Leitung ein Teilbereich der Geschäftsführung ist. Maßgeblich ist vielmehr ein wesentlicher Unterschied zu § 76 I AktG, nämlich, dass die Leitung der GmbH den Geschäftsführern nicht „unter eigener Verantwortung“ zusteht. Zu dem **Weisungsrecht der Gesellschafter** sogleich.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

#### a) Geschäftsführung: gesetzliche Regelung

- Obgleich das GmbHG **keine § 77 AktG vergleichbare Vorschrift** enthält, obliegt die Geschäftsführung **grds. den Geschäftsführern**.
- Soll den Gesellschaftern das Recht zur Führung von Geschäften zustehen, geht **§ 45 I GmbHG** davon aus, dass die Gesellschafter – notariell beraten (§ 2 I 1 GmbHG) – diese Gegenstände im **Gesellschaftsvertrag** bestimmen.
- Treffen die Gesellschafter **keine Regelung im Gesellschaftsvertrag**, hat dies nicht zur Folge, dass die Geschäftsführer die Geschäfte „unter eigener Verantwortung“ zu führen haben, die Gesellschafter also nicht intervenieren können.
- Im Gegenteil:
  - Zum einen bestimmt **§ 45 II GmbHG**, dass die in **§ 46 GmbHG** genannten (wesentlichen) Geschäfte der **Gesellschafterversammlung vorbehalten** sind.  
M.a.W.: Die Vorschrift des § 46 GmbHG enthält eine vertyppte Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnisse zwischen den Geschäftsführern und den Gesellschaftern.
  - Zum anderen enthält das GmbHG **keine § 119 II AktG vergleichbare Regelung**. Daher kann die Gesellschafterversammlung über Fragen der Geschäftsführung auch dann entscheiden kann, wenn die Geschäftsführer dies nicht verlangen. M.a.W.: Die Gesellschafterversammlung kann **jederzeit über jede Frage der Geschäftsführung** entscheiden.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

#### a) Geschäftsführung: gesetzliche Regelung

- Obgleich das GmbHG **keine § 77 AktG vergleichbare Vorschrift** enthält, obliegt die Geschäftsführung **grds. den Geschäftsführern**.
- Soll den Gesellschaftern das Recht zur Führung von Geschäften zustehen, geht **§ 45 I GmbHG** davon aus, dass die Gesellschafter die Geschäfte im **Gesellschaftsvertrag** festlegen.
- Treffen die Gesellschafter **keine Regelung**, hat die Folge, dass die Geschäftsführer die Geschäfte führen können, die Gesellschafter also nicht intervenieren müssen.
- Im Gegenteil:
  - Zum einen bestimmt **§ 45 II GmbHG**, dass die Gesellschafterversammlung die Geschäfte der **Gesellschafterversammlung** führt. M.a.W.: Die Vorschrift des § 46 GmbHG enthält eine typische Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnisse zwischen den Geschäftsführern und den Gesellschaftern.
  - Zum anderen enthält das GmbHG **keine § 1 AktG vergleichbare Regelung**. Daher kann die Gesellschafterversammlung über Fragen der Geschäftsführung auch dann entscheiden, wenn die Geschäftsführer dies nicht verlangen. M.a.W.: Die Gesellschafterversammlung kann **jederzeit über jede Frage der Geschäftsführung** entscheiden.

Der wesentliche Grund für diesen Unterschied zum AktG liegt darin, dass die **Einberufung und Durchführung einer Hauptversammlung ungleich formalisierter** ist als bei der Gesellschafterversammlung.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

#### b) Geschäftsführung: Gesellschaftsvertrag

##### (1) Dispositive Befugnisse

- Die gesetzliche Aufteilung der Befugnisse ist ausweislich **§ 45 GmbHG** dispositiv.
- Im Grundsatz können die Befugnisse der Geschäftsführer durch **besondere Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag**
  - sowohl **erweitert** (z. B. abweichend von § 46 Nr. 7 GmbHG über die Bestellung von Prokuristen entscheiden zu dürfen)
  - als auch **eingeschränkt** werden (z. B. Geschäfte, deren Wert den Betrag von x Euro übersteigt, dürfen nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung vorgenommen werden).



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

#### b) Geschäftsführung: Gesellschaftsvertrag

##### (2) Zwingende Befugnisse

- Nach **§ 45 I GmbHG** können die Rechte in Bezug auf die Führung der Geschäfte nur insoweit durch Gesellschaftsvertrag geregelt werden, „**soweit nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen**“.
- M.a.W.: Bestimmte Aufgaben sind den Geschäftsführern durch Gesetz **exklusiv zugewiesen**. Sie können den Gesellschaftern durch abweichende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag nicht übertragen werden.
- Diese Aufgaben entsprechen den **originären Pflichten der Geschäftsführer**. Diese haben sie aufgrund der Zuweisung durch das Gesetz **in eigener Verantwortung** zu erfüllen. Dies bedeutet, dass Weisungen der Gesellschafter unbeachtlich sind, ihre Befolgung also die Geschäftsführer von der Haftung (§ 43 II GmbHG) nicht entbindet.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

#### b) Geschäftsführung: Gesellschaftsvertrag

##### (2) Zwingende Befugnisse

Zu diesen **originären Aufgaben**, die die Geschäftsführer **in eigener Verantwortung** zu erfüllen haben, gehören insbesondere:

- Beachtung des Verbots der Rückzahlung des Stammkapitals (§ 30 I GmbHG) bei der Gewinnausschüttung;
- ordnungsgemäße (laufende) Buchführung, § 41 GmbHG;
- Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 242 III HGB) und des Lageberichts (§ 289 HGB) sowie und deren Vorlage an die Gesellschafter, § 264 I 1 HGB, § 42a I 1 GmbHG;
- Anzeige wesentlicher Verluste gegenüber den Gesellschaftern und Einberufung einer Gesellschafterversammlung, §§ 49 I, III, 84 Nr. 1 GmbHG;
- Anmeldungen zum Handelsregister, § 78 GmbHG;
- Beachtung des Zahlungsverbots bei Zahlungsunfähigkeit, § 15b InsO;
- Überwachung der Solvenz der Gesellschaft und ggf. Stellung eines Insolvenzantrags, § 15a I InsO.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

#### c) Geschäftsführung: Weisungen und Befolgungspflicht

- Sämtliche Fragen der Geschäftsführung, die die Geschäftsführer *nicht* in eigener Verantwortung zu erfüllen haben (s. o.), kann die Gesellschafterversammlung „**an sich ziehen**“, also darüber **beschließen** und den Geschäftsführern eine **Weisung erteilen**.
- Eine Weisung haben die Geschäftsführer – ähnlich dem Vorstand der AG (§ 83 II AktG, s. o.) – auszuführen. Diese sog. **Befolgungspflicht** wird von **§ 37 GmbHG** – dessen Abs. 1 nur die Vertretung und dessen Abs. 2 nur das Außenverhältnis behandelt – vorausgesetzt.
- Die Befolgungspflicht wird – vereinfacht gesagt – nur durch **rechtmäßige Weisungen** begründet.



## II. Aufgaben des Leitungsorgans

### 2. Geschäftsführer einer GmbH

#### c) Geschäftsführung: Weisungen und Befolgungspflicht

- Weisungen werden **grds.** von der **Versammlung** der Gesellschafter (§ 48 I GmbHG) durch **Beschlussfassung** (§ 47 I GmbHG) ausgesprochen.
- Der Beschluss bedarf gemäß § 47 I GmbHG **grds.** der **Mehrheit der abgegebenen Stimmen**, wobei die Mehrheit – im Gegensatz zum Personengesellschaftsrecht – nicht nach Köpfen, sondern **nach Kapitalanteilen** (§ 47 II GmbHG) bestimmt wird.
- Von diesen Grundsätzen sind **Ausnahmen** anerkannt:
  - Bei einer **Ein-Personen-GmbH** ist sowohl eine förmliche Versammlung als auch ein Beschluss entbehrlich. Die Weisung kann der einzige Gesellschafter formlos erteilen.
  - Bei einer Mehrheit von Gesellschaftern kann der Gesellschaftsvertrag das Weisungsrecht **einem Gesellschafter als Sonderrecht** zusprechen.



## III. Bestellung und Anstellung

### 1. Einführung

- Bestellung und Anstellung sind nicht nur terminologisch, sondern auch in der Sache **zu unterscheiden**.
- Die **Bestellung** ist ein **korporationsrechtlicher Akt**, der die Person zum bzw. in das Gesellschaftsorgan beruft. Sie ist die Grundlage für die Erlangung der organschaftlichen Rechte (z. B. Teilnahme an den Sitzungen des Vorstands, Stimmrecht etc.) und Pflichten (insbesondere die Sorgfaltspflicht nach § 93 I 1 AktG, § 43 I GmbHG).
- Die Anstellung hingegen erfolgt durch den sog. **Anstellungsvertrag** (siehe § 84 I 5, III 5 AktG), den das Organmitglied i.d.R. mit der Gesellschaft schließt (dazu sogleich). Der Vertrag regelt (weitere) Rechte und Pflichten der Beteiligten, z. B. die Bezüge des Organmitglieds.
- Obgleich zwischen der Bestellung und dem Anstellungsvertrag ein enger tatsächlicher und rechtlicher Zusammenhang besteht, sind sie rechtlich getrennt zu würdigen (sog. **Trennungstheorie**).



## III. Bestellung und Anstellung

### 2. Bestellung

#### a) Personenbezogene Anforderungen und Drittorganschaft

- Mitglied des Vorstands und Geschäftsführer können nach **§ 76 III 1 AktG** und **§ 6 II 1 GmbHG** nur **natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen** sein.
- Ausgeschlossen sind ...
  - Personen, für die nach **§ 76 III 2 Nr. 1-3 AktG** bzw. **§ 6 II 2 GmbHG** ein **Bestellungshindernis** besteht. Steuerstraftaten (z. B. § 370 AO) sind in dem abschließenden Katalog *nicht* genannt und begründen daher kein Bestellungshindernis.
  - nach **§ 105 I AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 6 II 1 MitbestG) Mitglieder des aktuellen Aufsichtsrats (sog. **Inkompatibilität**). Möglich ist hingegen die Bestellung als stellvertretendes Vorstandsmitglied; während dieser Zeit ruht die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat (§ 105 II 3 AktG).
- Die Kandidaten für die Organmitgliedschaft müssen keine Gesellschafter sein. M.a.W.: Eine **Fremd- bzw. Drittorganschaft** ist möglich (siehe § 6 III 1 GmbHG).



## III. Bestellung und Anstellung

### 2. Bestellung

#### b) Verfahren

##### (1) Aktienrecht: Wahl durch den Aufsichtsrat

- Die Mitglieder des Vorstands werden gemäß **§ 84 I 1 AktG** vom **Aufsichtsrat** bestellt.
- Der Aufsichtsrat entscheidet **als Organ**, also **grds.** durch **Beschluss** mit **einfacher Mehrheit**.
- Besonderheiten ergeben sich gemäß **§ 31 I 1 MitbestG** bei einer **mitbestimmten AG** (§ 1 I MitbestG: i.d.R. mehr als 2.000 Arbeitnehmer):
  - Der Beschluss über die Bestellung bedarf nach § 31 II MitbestG einer Mehrheit von **mindestens 2/3 sämtlicher Mitglieder**.
  - Wird diese Mehrheit nicht erreicht, tritt nach § 31 III 1 Hs. 1 MitbestG der sog. **Vermittlungsausschuss** zusammen und erachtet einen Vorschlag für die Bestellung.
  - Für die Annahme des Vorschlags oder eines ggf. vorgelegten anderen Vorschlags (§ 31 III 1 Hs. 2 MitbestG) genügt nach § 31 III 2 MitbestG die **einfache Mehrheit**.
  - Wird auch diese Mehrheit nicht erreicht (i.d.R. Gleichgewicht zwischen Annahme und Ablehnung aufgrund paritätischer Besetzung des Aufsichtsrats, § 7 I MitbestG), hat eine weitere Abstimmung stattzufinden, in der der **Aufsichtsratsvorsitzende** gemäß § 31 IV 1 MitbestG **zwei Stimmen** hat.



## III. Bestellung und Anstellung

### 2. Bestellung

#### b) Verfahren

##### (2) GmbH-Recht

- Die Bestellung der Geschäftsführer erfolgt **grds. durch die Gesellschafter**, entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafterversammlung, §§ 6 III 2, 46 Nr. 5 GmbHG.
- Hat die GmbH einen **Aufsichtsrat** (s. o.), ist zu differenzieren:
  - In den Fällen des § 6 I MitbestG ist (allein) der **obligatorische Aufsichtsrat** gemäß **§ 84 I 1 AktG i.V.m. § 31 I 1 MitbestG** zur Bestellung der Geschäftsführer befugt.
  - Bei einem **fakultativen Aufsichtsrat** (§ 52 I GmbHG) verbleibt diese Befugnis bei den Gesellschaftern, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag diese Befugnis dem Aufsichtsrat zuweist.



## III. Bestellung und Anstellung

### 2. Bestellung

#### b) Verfahren

##### (3) Allgemeines

- Die Bestellung ist kein Zwangsakt, der gegen oder ohne die Willen des Betroffenen erfolgen kann. Vielmehr muss der Betroffene seiner Bestellung **zustimmen**.
- Die Zustimmung ist **formfrei** möglich, so dass z. B. der **Amtsantritt** als stillschweigende Zustimmung genügt.
- Schließlich sind die Vorstandsmitglieder (§ 81 I AktG) und Geschäftsführer (§ 39 GmbHG) zur **Eintragung in das Handelsregister** anzumelden. Die Eintragung ist allerdings **keine konstitutive Voraussetzung der Bestellung**, sondern lediglich Grundlage der Rechtsscheinhaftung.



## III. Bestellung und Anstellung

### 2. Bestellung

#### c) Amtszeit

##### (1) Aktienrecht

- Die Amtszeit der Vorstandsmitglieder ist durch **§ 84 I 1 AktG** auf „**höchstens fünf Jahre**“ begrenzt. In der Praxis beträgt die Amtszeit häufig (nur) drei Jahre.
- **Vor dem Ende der Amtszeit** ist gemäß **§ 84 I 2 AktG** eine **Verlängerung** zulässig. Die Verlängerung (nicht die Amtszeit insgesamt) darf höchstens fünf Jahre betragen.
- **Nach dem Ende der Amtszeit** hat der Aufsichtsrat erneut über die Bestellung zu entscheiden. Bei der Auswahl des neuen Vorstandsmitglieds ist der Aufsichtsrat frei, eine neue Person zu wählen oder den bisherigen Amtsinhaber gemäß **§ 84 I 2 AktG** wiederholt (auch mehrfach) zu bestellen.
- Gemäß **§ 84 I 3 AktG** bedürfen sowohl die Verlängerung als auch die wiederholte Bestellung eines **Aufsichtsratsbeschlusses**, der **frühestens ein Jahr vor dem Ablauf der bisherigen Amtszeit** gefasst werden kann.



## III. Bestellung und Anstellung

### 2. Bestellung

#### c) Amtszeit

##### (1) Aktienrecht

- Die Amtszeit der Vorstandsmitglieder ist durch **§ 84 I 1 AktG** auf „**höchstens fünf Jahre**“ begrenzt. In der Praxis beträgt die Amtszeit häufig (nur) drei Jahre.
- **Vor dem Ende der Amtszeit** ist gemäß **§ 84 I 2 AktG** eine **Verlängerung** zulässig. Die Verlängerung (nicht die Amtszeit insgesamt) darf höchstens fünf Jahre betragen.
- **Nach dem Ende der Amtszeit** hat der Aufsichtsrat erneut über die Bestellung zu entscheiden. Bei der Auswahl des neuen Vorstandsmitglieds ist der Aufsichtsrat frei, eine neue Person zu wählen oder den bisherigen Amtsinhaber gemäß **§ 84 I 2 AktG** wiederholt (auch mehrfach) zu bestellen.
- Gemäß **§ 84 I 3 AktG** bedürfen sowohl die Verlängerung als auch die wiederholte Bestellung eines **Aufsichtsratsbeschlusses**, der **frühestens ein Jahr vor dem Ablauf der bisherigen Amtszeit** gefasst werden kann.

Diese **Personalkompetenz** gewährt dem Aufsichtsrat **mittelbaren Einfluss auf die Unternehmensführung**. Denn ein Vorstandsmitglied, dass sich den Vorstellungen des Aufsichtsrats widersetzt, muss damit rechnen, nicht wiederholt bestellt zu werden.



## III. Bestellung und Anstellung

### 2. Bestellung

#### c) Amtszeit

##### (2) GmbH-Recht

- Im Unterschied zu den Mitgliedern des Vorstands einer AG ist die Amtszeit der Geschäftsführer einer GmbH **grds. unbefristet**.
- Hat die GmbH allerdings einen **Aufsichtsrat** (s. o.), ist zu differenzieren:
  - Bei einem **obligatorischen Aufsichtsrat** (§ 6 I MitbestG) gilt **§ 84 I 1 AktG** i.V.m. § 31 I 1 MitbestG, so dass die Bestellung auf **höchstens fünf Jahre** erfolgen kann.
  - Bei einem **fakultativen Aufsichtsrat** (§ 52 I GmbHG) können die Gesellschafter (s. o.) die Geschäftsführer **unbefristet** bestellen, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag eine Begrenzung der Amtszeit vorsieht.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### a) Parteien des Anstellungsvertrags

- Parteien des Anstellungsvertrags sind **grds.** das **designierte Mitglied des Leitungsgorgans** und die **Gesellschaft**.
- Die Ausnahme bilden Fälle der **Drittanstellung**, in denen der Anstellungsvertrag nicht mit der bestellenden Gesellschaft, sondern mit einem Dritten geschlossen wird.
- Bei der Drittanstellung werden unterschieden:
  - sog. **Konzernanstellungsverträge**, die mit einem anderen Konzernunternehmen (§ 18 I 1 Hs. 2 AktG) geschlossen werden, und
  - sog. Matrix bzw. **Interim Manager** (sog. Personalleasing), die bei einer Interim-Management-Agentur angestellt sind.
- Die **h. M.** erachtet die Drittanstellung als **zulässig**, da für die Ausübung der Kompetenzen nach dem AktG die Bestellung genügt und eine Anstellung nicht erforderlich ist.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### b) Abschluss des Anstellungsvertrags

##### (1) Aktienrecht

###### Regelfall:

- Die Verweisung in **§ 84 I 5 Hs. 1 AktG** auf § 84 I 1 AktG lässt erkennen, dass **gesellschaftsintern** der Aufsichtsrat für den Abschluss des Anstellungsvertrags und dessen Inhalt zuständig ist.
- Im **Außenverhältnis**, also beim Abschluss des Anstellungsvertrags, agiert der Aufsichtsrat gemäß **§ 112 AktG** als Vertreter der AG.

###### Drittanstellung:

- In Fällen der Drittanstellung gelten nach h. M. weder § 84 I 1, 5 Hs. 1 AktG noch § 112 AktG. Daher liegen Entscheidungs- und Abschlusskompetenz bei dem allgemeinen gesetzlichen Vertretungsorgan.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### b) Abschluss des Anstellungsvertrags

##### (2) GmbH-Recht

- Bei der GmbH ist grds. die Gesellschafterversammlung zum Abschluss des Anstellungsvertrags berufen. Es handelt sich um eine **Annexkompetenz zu § 46 Nr. 5 GmbHG** („Bestellung“).
- Diese Befugnis umfasst sowohl die **gesellschaftsinterne Willensbildung** als auch den **Abschluss des Vertrags**. Bei dem Vertragsschluss wird die Gesellschafterversammlung regelmäßig (gewillkürt) vertreten, i.d.R. durch einen Gesellschafter.
- Soll bei einer **Ein-Personen-GmbH** der Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt werden, liegt bei dem Abschluss des Anstellungsvertrags grds. ein Fall des **§ 181 Fall 1 BGB** vor. Nach ganz h. M. wird die Vorschrift in diesen Fällen aber **teleologisch reduziert**.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### c) Vertragstyp

- Die Mitglieder des Leitungsorgans üben Arbeitgeberfunktionen (z. B. das Weisungsrecht) aus. Sie sind daher **keine Arbeitnehmer**, der Anstellungsvertrag also **kein Arbeitsvertrag**.
- Unabhängig von dieser materiell-rechtlichen Einordnung fingieren wesentliche **arbeitsrechtliche Gesetze**, dass die Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans keine Arbeitnehmer sind, z. B. **§ 5 II Nr. 1 BetrVG**, **§ 5 I 3 ArbGG**.
- Der Anstellungsvertrag ist **Dienst- und Geschäftsbesorgungsvertrag** i.S.d. §§ 611 ff., 675 I BGB. Das Element der Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 I BGB beruht darauf, dass die Mitglieder des Leitungsorgans als Treuhänder für die Gesellschaft und die Gesellschafter agieren (sog. **Principal-Agent-Verhältnis**).



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### c) Vertragstyp

Der **Standardinhalt** eines Anstellungsvertrags umfasst:

- **Bezüge** (dazu sogleich);
- Anspruch auf Verschaffung einer angemessenen **D&O-Versicherung**;
- **Urlaubsanspruch**;
- **Entgeltfortzahlung** im Krankheitsfall;
- **Ruhegeld** bzw. sonstige Altersversorgung;
- Präzisierung und ggf. Ausdehnung des **Wettbewerbsverbots**;
- Herausgabepflichten anlässlich der **Vertragsbeendigung**; etc.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### c) Vertragstyp

Der **Standardinhalt** eines Anstellungsvertrags umfasst:

- **Bezüge** (dazu sogleich);
- Anspruch auf Ver...
- **Urlaubsanspruch**;
- **Entgeltfortzahlung**;
- **Ruhegeld** bzw. ...;
- Präzisierung un...
- Herausgabepflichten anlässlich der **Vertragsbeendigung**; etc.

Nach h. M. agieren die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bei Vertragsschluss als **Verbraucher** (§ 13 BGB) mit der Folge, dass der Vertragsinhalt – wenn er vorformuliert ist und einseitig gestellt wird – der **AGB-Inhaltskontrolle** (§§ 307 ff. BGB) zugänglich ist.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### d) Bezüge

##### (1) Aktienrecht

- Ein wesentlicher Bestandteil des Anstellungsvertrags sind die Bezüge des Vorstandsmitglieds (s. o.).
- Die **Gesamtbezüge** können die in genannten **§ 87 I 1 AktG** Bestandteile umfassen. Die Regelung darf aber nicht i.S. einer Legaldefinition dahingehend (miss-)verstanden werden, dass die Gesamtbezüge sämtliche **Bestandteile** umfassen müssen.
- Der Kern der Gesamtbezüge besteht i.d.R. aus einem **festen Geldbetrag** und einem Anteil am Jahresgewinn (sog. **Tantieme**).
- Daneben wird häufig eine **stock option**, d. h. ein Optionsrecht auf den Bezug von Aktien der AG vereinbart. Dieser Bestandteil soll die Vorstandsmitglieder motivieren, ihr Handeln (nicht nur kurzfristig) auf die Steigerung des Unternehmensgewinns auszurichten. Die Zulässigkeit derartiger *stock options* wird seit dem am 1.5.1998 in Kraft getretenen **KonTraG** in **§ 192 II Nr. 3 AktG** vorausgesetzt.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### d) Bezüge

##### (1) Aktienrecht

- Der Aufsichtsrat vertritt nicht nur die AG beim Abschluss des Anstellungsvertrags (§ 112 AktG, sog. **Abschlusskompetenz**), sondern hat auch über die Höhe der Gesamtbezüge zu entscheiden (§ 87 I 1 AktG, sog. **Festsetzungskompetenz**).
- Maßgebliches Kriterium ist nach § 87 I 1 AktG die **Angemessenheit** in Bezug auf die Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds, die Lage der Gesellschaft und die übliche Vergütung.
- Verschlechtert sich die Lage der AG wird das Prinzip *pacta sunt servanda* durch § 87 II 1 AktG dahingehend aufgeweicht, dass der Aufsichtsrat **unbillig hohe Bezüge** auf die angemessene Höhe herabsetzen kann.
- Im Gegenzug erhält das betroffene Vorstandsmitglied durch § 87 II 4 AktG das Recht, den Anstellungsvertrag mit einer Frist von sechs Wochen zum Ende des nächsten Kalendervierteljahres zu **kündigen**.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### d) Bezüge

##### (1) Aktienrecht

- Unter dem **Stichwort** „*say on pay*“ wurde und wird rechtspolitisch diskutiert, ob und mit welcher Wirkung die **Hauptversammlung** über die Vergütung der Vorstandsmitglieder beschließen kann.
- Im Anschluss an Empfehlungen der EU Kommission sah **§ 120 IV AktG** seit dem In-Kraft-Treten des **VorstAG** am 5.8.2009 bei einer **börsennotierten AG** die Möglichkeit eines unverbindlichen *say on pay* vor. Der Beschluss ließ die Verpflichtungen des Aufsichtsrats nach § 87 AktG unberührt, hatte also bloße Öffentlichkeitswirkung.
- Im Zuge der Umsetzung der Vorgaben der Zweiten Aktionärsrechte-RL durch das ARUG II (BGBl. I 2019, 2637) wurde § 120 IV AktG aufgehoben. An seine Stelle sind mit Wirkung zum 1.1.2020 die **§§ 87a, 120a AktG** getreten. Grundzüge:
  - Der **Aufsichtsrat** einer **börsennotierten AG** entwickelt und beschließt ein **Vergütungssystem** mit den Mindestvorgaben des § 87a I AktG.
  - Die **Hauptversammlung** gibt hierzu mindestens alle vier Jahre ein **rechtlich unverbindliches Votum** ab, § 120a I AktG.
  - Von diesem Vergütungssystem darf der Aufsichtsrat **nur vorübergehend in begründeten Ausnahmefällen abweichen**, § 87a II AktG.



## III. Bestellung und Anstellung

### 3. Anstellungsvertrag

#### d) Bezüge

##### (2) GmbH-Recht

- Die Vergütung der Geschäftsführer (i.d.R. Festgehalt, gewinn- oder umsatzabhängige Tantiemen, Aufwandsentschädigungen etc.) wird im Anstellungsvertrag festgelegt.
- Dem GmbH-Recht ist eine **§ 87 AktG** vergleichbare Verpflichtung auf die angemessene Höhe **fremd**; dies gilt auch bei einer mitbestimmten GmbH.
- Die Angemessenheit wird durch **andere Mechanismen** sichergestellt. Bei einer Verschlechterung der Lage der GmbH darf der Geschäftsführung eine unbillig hohe Vergütung nicht einziehen; vielmehr hat er aufgrund einer **Nebenpflicht** der Herabsetzung seiner Vergütung zuzustimmen.



# Einheit 10: Zentralisierte Leitungsmacht (1/4)

## Weiterführende Lesehinweise:

- *Bachmann/Pauschinger*, Die Neuregelung der Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung durch das ARUG II, ZIP 2019, 1 ff.
- *T. Bezzenberg*, Der Vorstandsvorsitze der Aktiengesellschaft, ZGR 1996, 661 ff.
- *Florstedt*, Die wesentlichen Änderungen des ARUG II nach den Empfehlungen des Rechtsausschusses, ZIP 2020, 1 ff.
- *Lindemann/Heim*, Die Vergütung von Vorständen – Begrenzung durch Nachhaltigkeit, Aktionärsrechte und Clawback, JuS 2018, 1121 ff.
- *J. Schmidt*, Die Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie 2017: der Referentenentwurf für das ARUG II, NZG 2018, 1201 ff.
- *Thüsing*, Auf der Suche nach dem iustum pretium der Vorstandstätigkeit, ZGR 2003, 457 ff.



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT  
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

**MAIL:** [SEK.FEST@LAW.UNI-KIEL.DE](mailto:SEK.FEST@LAW.UNI-KIEL.DE)

AKTUELLE HINWEISE FINDEN SIE UNTER:

**Homepage:** <https://www.fest.jura.uni-kiel.de/de>

**Facebook:** <http://fb.me/LehrstuhlFest>

**Twitter:** [@FestTimo](https://twitter.com/FestTimo)

