



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 11: Zentralisierte Leitungsmacht (Teil 2/4)



Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

➤ Vorstand der AG & GmbH-Geschäftsführer

- I. Innere Organisation
- II. Pflichten des Leitungsorgans
- III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.
- IV. Haftung



I. Interne Organisation

1. Vorstand als Kollegialorgan

- Gemäß § 76 II 1 AktG kann der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen.
- Aufgrund der Vielzahl der Aufgaben und deren Komplexität ist der Vorstand i.d.R. ein Kollegialorgan.
- Gesetzlich vorgeschrieben ist ein Kollegialorgan in **zwei Fällen**, nämlich, wenn
 - (1) das **Grundkapital** der AG **drei Mio. Euro** übersteigt (§ 76 II 2 AktG) oder
 - (2) die AG i.d.R. mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, so dass ein **Arbeitsdirektor** als „gleichberechtigtes Mitglied“ bestellt werden muss (§ 76 II 3 AktG i.V.m. §§ 1 I, 33 I 1 MitbestG).
- Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, kann der Aufsichtsrat ein Mitglied gemäß § 84 II AktG zum **Vorstandsvorsitzenden** ernennen.



I. Interne Organisation

2. Gesamtgeschäftsleitung und Geschäftsordnung

- Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, sind sie nach **§ 77 I 1 AktG** nur gemeinschaftlich zur Geschäftsleitung – Gleches gilt für die Leitung (s. o.) – befugt (sog. **Gesamtgeschäftsleitung**).
- Die Regelung ist **dispositiv**. Von ihr kann gemäß **§ 77 I 2 AktG** entweder in der Satzung oder – dies ist üblich – in der **Geschäftsordnung des Vorstands** abgewichen werden.
- Die Geschäftsordnung erlässt **grds.** der **Vorstand** selbst. Seine Befugnis ist aber gemäß **§ 77 II 1 AktG subsidiär**, d. h. er ist an dem Erlass der Geschäftsordnung gehindert, wenn
 - die **Satzung** diese Befugnis dem Aufsichtsrat zuweist oder,
 - wenn die Satzung schweigt, der **Aufsichtsrat** eine Geschäftsordnung bereits erlassen hat.



I. Interne Organisation

3. Inhalt der Geschäftsordnung

- Den Inhalt der Geschäftsordnung kann das für den Erlass zuständige Organ in den gesetzlichen und statutarischen Grenzen **frei bestimmen**.
- Die Geschäftsordnung – gleich wer sie erlässt – enthält regelmäßig mehrere **Abweichungen von § 77 I 1 AktG**.
- Üblich ist folgende **Grundstruktur aus zwei Regelungen**:
 - (1) Für die **wiederkehrenden Geschäfte** wird eine **Arbeitsteilung** dargestalt vorgesehen, dass jedem Vorstandsmitglied im Grundsatz ein bestimmter Bereich zugewiesen wird, innerhalb dessen er befugt ist, die Geschäfte **alleine** zu führen.
 - (2) Für **Grundfragen** wird die **gemeinschaftliche Geschäftsführung** i.d.R. beibehalten und bestimmt, dass der Vorstand z. B. wöchentlich zusammentritt. Hierbei wird von der Gesamtgeschäftsführung (§ 77 I 1 AktG) i.d.R. insoweit abgewichen, als das Erfordernis der Einstimmigkeit durch das **Mehrheitsprinzip** ersetzt wird.



I. Interne Organisation

3. Inhalt der Geschäftsordnung

Für die **Arbeitsteilung** dominieren in der Praxis **zwei Modelle**:

- (1) Bei einer **funktionalen** Gliederung der Zuständigkeitsbereiche werden die **Produktion**, der **Vertrieb**, die **Finanzen** etc. einzelnen Vorstandsmitgliedern zugewiesen. Dem Vorstandsvorsitzenden obliegt die Koordination der Ressorts.
- (2) Bei **Mischunternehmen**, die in verschiedenen Wirtschaftszweigen aktiv sind (z. B. Siemens), enthält die Geschäftsordnung häufig eine **divisionale** Aufteilung nach **Produktgruppen** (z. B. Haushaltsgeräte, Anlagenbau, ehemals Medizintechnik etc.).
 - Aufgrund des Umfangs der Ressorts findet man innerhalb derselben auf der **Ebene unterhalb des Vorstands** häufig eine funktionale Gliederung.



I. Interne Organisation

3. Inhalt der Geschäftsordnung

Für die **Arbeitsteilung** dominieren in der Praxis **zwei Modelle**:

- (1) Bei einer **funktionalen** Gliederung der Zuständigkeitsbereiche werden die **Produktion**, **Vertrieb**, die **Finanzen** etc. einzelnen Vorstandsmitgliedern zugewiesen. Der **Vorstandsvorsitzende** obliegt die Koordination der **Resourcen**.

Ist Mitglied des Vorstands ein **Arbeitsdirektor**, ist die inhaltliche Gestaltungsfreiheit beschränkt. Zwar beschreibt § 33 MitbestG die Aufgaben des Arbeitsdirektors nicht. Aus dem **Sinn und Zweck der Mitbestimmung** folgt aber, dass der Arbeitsdirektor für das **Personal- und Sozialwesen** im Unternehmen zuständig ist. Diese Aufgaben können ihm weder durch die Geschäftsordnung noch durch die Satzung entzogen werden.

szweigen aktiv sind
e **divisionale** Auf-
lagenbau, ehemals
halb derselben auf
ktionale Gliederung.



I. Interne Organisation

4. Kollegialprinzip

- Die in der Geschäftsordnung niedergelegte Arbeitsteilung ändert nichts daran, dass das Gesetz die Leitung (§ 76 I AktG), die Geschäftsführung und die (Aktiv-)Vertretung (§ 78 I 1 AktG) dem **Vorstand als Organ** zuweist.
- Dies ergibt sich aus dem **Wortlaut der §§ 76 I, 78 I 1 AktG** („Der Vorstand“).
- M.a.W.: Die arbeitsteilige Organisation entbindet die Vorstandsmitglieder nicht von der **Verantwortung aller für die Unternehmensleitung**.
- Für die Arbeit der Vorstandsmitglieder bedeutet dies:
 - Hinsichtlich der **wiederkehrenden Geschäfte** aus einem anderen Ressortbereich verringert sich ihre Tätigkeit auf eine **kontinuierliche Überwachung** der Entscheidungen des nach der Geschäftsordnung zuständigen Vorstandsmitglieds.
 - Um diese Aufgabe ordnungsgemäß wahrnehmen zu können, muss sich jedes Vorstandsmitglied **in sämtliche Gegenstände der Vorstandssitzungen** einarbeiten.



II. Pflichten des Leitungsorgans

1. Einführung

- Die Konzentration der Leitungsmacht bei einem Organ begründet einen sog. **Principal-Agent-Konflikt**.
- Die Rolle des **Principal** hat formal die **Gesellschaft** inne. Bei wirtschaftlicher Betrachtung sind die **Gesellschafter** die „Eigentümer der Gesellschaft“ und der Principal.
- Die Rolle als **Agent** obliegt den **Mitgliedern des Leitungsorgans**. Sie agieren – Beleg hierfür ist u. a. die Rechtsnatur des Anstellungsvertrags (siehe Einheit 10) – als Dienstleister und Geschäftsbesorger, also als Treuhänder für das Vermögen der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter.
- Wie sämtlichen Treuhändern obliegen den Mitgliedern der Leitungsorgane zahlreiche Einzelpflichten gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern, die **zwei Gruppen** zugeordnet werden können, nämlich
 - der **Sorgfaltspflicht** und
 - der **Treue- bzw. Loyalitätspflicht**.



II. Pflichten des Leitungsorgans

2. Sorgfaltspflicht

- Die Sorgfaltspflicht ist – mit geringfügigen Abweichungen im Wortlaut – in **§ 93 I 1 AktG** und **§ 43 I GmbHG** niedergelegt.
- Die Vorschriften haben eine **Doppelfunktion**:
 - (1) Zum einen begründen sie – in Ergänzung zu einzelnen besonderen Verhaltenspflichten (dazu sogleich) – die **objektive allgemeine Verhaltenspflicht** der Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer, nämlich, „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“
 - (2) Zum anderen bestimmen sie – wie § 276 I 1 BGB und § 347 HGB – den **Sorgfaltmaßstab**. Dieser ist – wie z. B. in § 276 II BGB („im Verkehr erforderliche Sorgfalt“) – **objektiv**, d. h. nach den Anforderungen des Amtes, zu bestimmen. M.a.W.: Persönliche Defizite des Organwalters (z. B. Unkenntnis von Rechtsvorschriften und ökonomischen Methoden) können ihn nicht entlasten. Übernimmt der Organwalter das Amt, muss er sich die (objektiv) erforderlichen Kenntnisse aneignen.



II. Pflichten des Leitungsorgans

2. Sorgfaltspflicht

a) Legalitätspflicht

Die Sorgfaltspflicht verpflichtet die Organwälter in erster Linie dazu, die **maßgeblichen Rechtsvorschriften** einzuhalten (sog. Legalitätspflicht). Diese können in **drei Gruppen** unterteilt werden:

(1) Besondere Pflichten des Organ und der Organwälter

Insbesondere:

- das **Wettbewerbsverbot** nach § 88 AktG;
- die ordnungsgemäße **Buchführung** nach § 91 I AktG bzw. §§ 41, 42a I 1 GmbHG;
- die Errichtung und Überwachung eines Systems der **Corporate Compliance** nach § 91 II AktG;
- die (relative) **Verschwiegenheitspflicht** nach § 93 I 3 AktG;
- die in **§ 93 III Nr. 1-9 AktG** und **§ 43 III 1 GmbHG** vorausgesetzten Pflichten.



II. Pflichten des Leitungsorgans

2. Sorgfaltspflicht

a) Legalitätspflicht

(2) Innere Organisation

Insbesondere:

- Einhaltung der **statutarischen Grenzen** (§ 23 III Nr. 2 AktG, § 3 I Nr. 2 GmbHG) bei Veränderungen der Geschäftstätigkeit;
- Achtung der **Corporate Governance**, d. h. der Kompetenzen der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrats;
- Beachtung der **gesetzlichen Vorschriften** bei der Wahrnehmung der Organaufgaben, z. B. des Bilanzrechts bei der Buchführung (s. o.), des Betriebsverfassungsrechts bei der Ausübung der Personalhoheit.



II. Pflichten des Leitungsorgans

2. Sorgfaltspflicht

a) Legalitätspflicht

(3) Außenverhältnis

- Neben den Organmitgliedern unterliegt auch die **Gesellschaft** selbst zahlreichen Ge- und Verboten.
- Diese können sich u. a. aus dem Arbeits-, Kapitalmarkt- („Emittent“), Kartell-, Lauterkeits-, Steuer- und Sozialrecht ergeben.
- Zu deren Beachtung sind die Organmitglieder der Gesellschaft gegenüber aufgrund ihrer Funktion als *Agent* (s. o.) verpflichtet.



II. Pflichten des Leitungsgremiums

2. Sorgfaltspflicht

a) Legalitätspflicht

(3) Außenverhältnis

- Neben den Organmitgliedern unterliegt auch die **Gesellschaft** selbst zahlreichen Ge- und Verboten.
- Diese können sich u. a. aus dem Arbeits-, Kapitalmarkt- („Emittent“), Kartell-, Lauterkeits-, Steuer- und Sozialrecht ergeben.
- Zu deren Beachtung sind die Organmitglieder der Gesellschaft gegenüber aufgrund ihrer Funktion als *Agent* (s. o.) verpflichtet.

Besondere Brisanz hat diese Gruppe aus zwei Gründen, zum einen wegen der stetig **zunehmenden Regulierungsdichte**, zum anderen aufgrund der umstrittenen Frage, ob gegen die Gesellschaft verhängte **Geldbußen** enormen Ausmaßes im Wege des **Haftungsregresses** von den Vorstandsmitglieder zu ersetzen sind.



II. Pflichten des Leitungsorgans

2. Sorgfaltspflicht

b) Sorgfältige Unternehmensleitung

- Die Legalitätspflicht umschreibt nur die „äußersten Grenzen“ sorgfältigen Organhandelns.
- Innerhalb dieser Grenzen verpflichtet **§ 93 I 1 AktG** bzw. **§ 43 I GmbHG** die Organmitglieder dazu, „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“
- Dies verbietet nicht nur jede Art von **nachlässiger und oberflächlicher Amtsführung**, sondern gebietet auch die Anwendung der **anerkannten technischen, finanz- und betriebswirtschaftlichen Methoden**.
- Die Beachtung dieser Grundsätze verengt das **Spektrum legaler Handlungsvarianten** nur selten auf eine. Verbleiben mehrere legale Möglichkeiten, haben die Organmitglieder eine auszuwählen (sog. **unternehmerisches Ermessen**). Hierbei sind die Organmitglieder aufgrund ihrer Funktion als *Agents* auf das **Unternehmenswohl** verpflichtet. M.a.W.: Sie haben diejenige Handlungsvariante zu wählen, die das Unternehmenswohl am besten fördert.



II. Pflichten des Leitungsorgans

2. Sorgfaltspflicht

b) Sorgfältige Unternehmensleitung

- Dabei ist zu beachten, dass die Sorgfaltspflicht eine **Verhaltenspflicht** ist. Dies verbietet eine *hindsight bias* des Inhalts, aus dem Eintritt eines wirtschaftlichen Nachteils auf eine Verletzung der Sorgfaltspflicht zu schließen.
- Im Gegenteil: Im Anschluss an die BGH-Entscheidung **ARAG/Garmenbeck** (BGHZ 135, 244 ff.) hat der Gesetzgeber – in Anlehnung an das anglo-amerikanische Recht – durch das UMAG mWv 1.11.2005 in **§ 93 I 2 AktG** eine sog. ***Business Judgment Rule*** geschaffen.
- Unter den Voraussetzungen des § 93 I 2 AktG – Gleiches gilt im GmbH-Recht – ist die Betätigung unternehmerischen Ermessens auch dann **keine Verletzung der Sorgfaltspflicht**, wenn sich die gewählte Handlungsvariante später als nachteilig herausstellt (**safe harbour**).



II. Pflichten des Leitungsorgans

2. Sorgfaltspflicht

b) Sorgfältige Unternehmensleitung

Den **safe harbour** gewährt § 93 I 2 AktG unter **drei Voraussetzungen**:

(1) Unternehmerische Entscheidung

- Der Begriff „Entscheidung“ erfordert eine **bewusste Entscheidung**. Ausgeschlossen ist daher z. B. das unbewusste Verjährenlassen einer Forderung der Gesellschaft.
- Unternehmerisch** ist die Entscheidung nach h. M. nur, wenn sie zukunftsbezogen ist und deshalb **Prognoseelemente** enthält.

(2) Angemessene Informationsgrundlage

- Die Angemessenheit der Informationsgrundlage ist **im Einzelfall** insbesondere unter Berücksichtigung des Zeithorizonts und der Kosten der Informationsbeschaffung zu beurteilen.
- Maßgeblich ist nach dem Wortlaut („vernünftigerweise annehmen durfte“) eine **normativ-subjektive ex ante Sichtweise**.

(3) Zum Wohle der Gesellschaft

Diese Formulierung ist keine bloße Wiederholung der allgemeinen Maxime der Sorgfaltspflicht, sondern bezieht die **Treue- bzw. Loyalitätspflicht** ein. M.a.W.: Bei der **Verfolgung von Sonderinteressen** und der **Berücksichtigung sachfremder Erwägungen** ist ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft ausgeschlossen.



II. Pflichten des Leitungsorgans

3. Treue- bzw. Loyalitätspflicht

Die mit der **treuhänderischen Stellung** der Organmitglieder einhergehende Treue- bzw. Loyalitätspflicht hat **zwei Bereiche**:

- a) **Zurückstellung der Privatinteressen**
- b) **Geschäftschancen-Lehre (*Corporate Opportunities*)**



II. Pflichten des Leitungsorgans

3. Treue- bzw. Loyalitätspflicht

a) Zurückstellung der Privatinteressen

- Allgemeines Gebot: Die Privatinteressen sind hinter die Interessen des Unternehmens zurückzustellen.
- Einzelausprägungen dieses Gebots sind u. a.:
 - Die Organwälter haben einen **Lebensstil** zu pflegen, der sie in die Lage versetzt, ihre Aufgaben (objektive Anforderungen, s. o.) **physisch** und **psychisch** zu erfüllen.
 - Die Organwälter dürfen keine **anderen Funktionen** übernehmen, die sie **zeitlich** an der Wahrnehmung des Amtes hindern.
 - In ihrem **äußeren Auftreten** (z. B. *social media*) haben die Organmitglieder Angriffsflächen zu vermeiden, die das Ansehen oder die Erfolgsschancen des Unternehmens beeinträchtigen können.



II. Pflichten des Leitungsorgans

3. Treue- bzw. Loyalitätspflicht

b) Geschäftschancen-Lehre (*Corporate Opportunities*)

- Von Dritten werden Geschäftschancen nicht nur offiziell an die Gesellschaft bzw. das Leitungsorgan herangetragen, sondern häufig auch **informell an einzelne Organwälter**.
- **Bsp.:** Der Geschäftsführer eines Bauträgers (GmbH) wird von dem Bürgermeister auf ein attraktives unbebautes Grundstück hingewiesen, das kostengünstig erworben werden kann (BGH, WM 1967, 679).
- Fällt die Geschäftschance in den **Tätigkeitsbereich der Gesellschaft** (*line of business*), verpflichtet die Treue- bzw. Loyalitätspflicht die Organwälter dazu, das zuständige Entscheidungsorgan darüber zu informieren.
- Hiermit geht – spiegelbildlich – das **Verbot** einher, Geschäftschance der Gesellschaft auf eigene Rechnung wahrzunehmen oder Dritten zukommen zu lassen.
- Verboten ist es ferner, für Geschäfte der Gesellschaft **private Vorteile** („Schmiergelder“, Provisionen etc.) anzunehmen oder zu fordern. **Bsp.:** Der Geschäftsführer des Bauträgers fordert bei der Renovierung seiner Privatimmobilie von den Handwerkern Vorzugspreise unter Hinweis auf seine Organstellung (BGH, WM 1979, 1328 ff.).



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

1. Einführung

- Das **Trennungsprinzip** gilt nicht nur für die Bestellung und Anstellung, sondern auch dann, wenn die begründeten Beziehungen beendet werden sollen.
- Der **körperschaftliche Akt** der Bestellung kann vorzeitig mit Wirkung *ex nunc* beendet werden durch
 - den **Widerruf der Bestellung** (sog. **Abberufung**, § 46 Nr. 5 GmbHG) oder
 - die **Amtsniederlegung**.
- Der **Anstellungsvertrag** kann entweder einvernehmlich aufgehoben oder von jeder Partei gekündigt werden.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

a) Grund für den Widerruf

(1) Aktienrecht

- Der Widerruf der Bestellung setzt gemäß **§ 84 III 1 AktG** stets einen **wichtigen Grund** voraus.
- Nach der allgemeinen Definition liegt ein wichtiger Grund vor, wenn die Fortführung des Amtes der Gesellschaft **bis zum Ablauf der Amtszeit** nicht mehr zuzumuten ist.
- Konturen erfährt der wichtige Grund i.S.d. § 84 III 1 AktG insbesondere durch die **Regelbeispiele in § 84 III 2 AktG**, nämlich:

(1) eine grobe Pflichtverletzung

Die *grobe* Pflichtverletzung ist zwar regelmäßig, aber nicht notwendig eine *schuldhafte* Pflichtverletzung.

(2) die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung

Die Unfähigkeit kann auf Krankheit (z. B. Alkoholsucht) beruhen, aber z. B. auch auf der Unfähigkeit zur kollegialen Zusammenarbeit mit den übrigen Organmitgliedern.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

a) Grund für den Widerruf

(1) Aktienrecht

Konturen erfährt der wichtige Grund i.S.d. § 84 III 1 AktG insbesondere durch die **Regelbeispiele in § 84 III 2 AktG**, nämlich:

- (3) den **Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung**, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist
- Dieser Grund wurde im Anschluss an **BGHZ 13, 188 ff.** durch das AktG 1965 eingefügt.
 - Hintergrund dieses Grundes ist das **Principal-Agent-Verhältnis** zwischen dem Vorstand und den Aktionären, deren Vermögen der Vorstand verwaltet (s. o.).
 - Aufgrund der Einwirkungsmöglichkeiten des *Agents* muss der *Principal* nicht notwendig eine grobe Pflichtverletzung abwarten, um das Verhältnis beenden zu können. Es genügt, dass das (für das Amt notwendige) Vertrauen entfallen ist.
 - Die wesentliche Hürde dieses Regelbeispiels besteht darin, die Hauptversammlung derart weitgehend zu überzeugen, dass diese den Vertrauensentzug mit **einfacher Stimmenmehrheit** (§ 133 I AktG) beschließt.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

a) Grund für den Widerruf

(2) GmbH-Recht

Im GmbH-Recht sind **vier Konstellationen** zu unterscheiden:

- ① Gemäß § 38 I GmbHG ist die Bestellung der Geschäftsführer **grds. jederzeit** widerruflich. Der Vergleich mit § 38 II GmbHG zeigt, dass es hierfür **keines wichtigen Grundes** bedarf.
- ② Die Möglichkeit des Widerrufs kann im **Gesellschaftsvertrag** gemäß § 38 II 1 GmbHG dahingehend beschränkt werden, dass der Widerruf einen **wichtigen Grund** voraussetzt.
 - Obgleich § 38 II 2 GmbHG („insbesondere“) den **Vertrauensentzug** durch die Gesellschafterversammlung – im Gegensatz zu § 84 III 2 AktG – nicht nennt, kann dieser nach h. M. einen wichtigen Grund darstellen (s. o.).



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

a) Grund für den Widerruf

(2) GmbH-Recht

Im GmbH-Recht sind **drei Konstellationen** zu unterscheiden:

- ③ Ist die Geschäftsführung ein **Sonderrecht eines Gesellschafters**, das ihm durch besondere Bestimmung im Gesellschaftsvertrag eingeräumt ist, kann der Widerruf (= Aufhebung des Sonderrechts) **analog § 35 BGB** nur mit seiner Zustimmung erfolgen, es sei denn, dass ein wichtiger Grund vorliegt.
- ④ Beschäftigt die GmbH **i.d.R. mehr als 2.000 Mitarbeiter**, unterliegt sie also der Mitbestimmung (§ 1 I MitbestG), gilt für den Widerruf **§ 84 III 1 AktG i.V.m. § 31 I 1 MitbestG**, so dass der Widerruf – abweichend von § 38 I GmbHG – einen wichtigen Grund voraussetzt.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

b) Verfahren

(1) Aktienrecht

- Liegt ein wichtiger Grund i.S.d. § 84 III 1 AktG vor, kann der Aufsichtsrat die Bestellung widerrufen. M.a.W.: Der Widerruf steht im **pflichtgemäßem Ermessen** des Aufsichtsrats.
- Die Umsetzung erfolgt **in zwei Akten**:
 - ① Der Aufsichtsrat muss den Widerruf **beschließen** (§ 108 I AktG).
 - Hierfür genügt **grds.** die **einfache Mehrheit**. Untersteht die AG der Mitbestimmung, gelten – wie bei der Bestellung – die Modifikationen des **§ 31 II-V MitbestG** (siehe Einheit 10).
 - ② Wird der Beschluss gefasst, muss der Wille des Aufsichtsrats gegenüber dem betreffenden Vorstandsmitglied erklärt werden. M.a.W.: Als Willenserklärung wird der Widerruf erst mit **Zugang** wirksam. Für die Abgabe der Erklärung wird der Aufsichtsrat (i.d.R. in dem Beschluss) ein Mitglied (i.d.R. den Aufsichtsratsvorsitzenden) **bevollmächtigen**.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

b) Verfahren

(2) GmbH-Recht

- Bei einer GmbH, die i.d.R. mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, gilt **§ 84 III AktG i.V.m. § 31 I 1 MitbestG** (s. o.).
- Bei einer GmbH, die i.d.R. *nicht* mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, entscheidet hingegen gemäß **§ 46 Nr. 5 GmbHG** die **Gesellschafterversammlung** über die „Abberufung“ der Geschäftsführer.
- Erforderlich, aber grds. auch ausreichend, ist ein **Beschluss mit einfacher Mehrheit** (§ 47 I, II GmbHG).
- Ist der **Geschäftsführer zugleich Gesellschafter**, stellt sich die Frage, ob er einem **Stimmverbot nach § 47 IV GmbHG** unterliegt. In Betracht kommt nur eine **Analogie**.
 - Soll der Widerruf der Bestellung nach **§ 38 I GmbHG** erfolgen, darf der Gesellschafter-Geschäftsführer mitstimmen (BGHZ 18, 205 ff.).
 - Bei **§ 38 II 1 GmbHG** unterliegt der Gesellschafter-Geschäftsführer hingegen **analog § 47 IV GmbHG** einem Stimmverbot. Der wichtige Grund müsse objektiv beurteilt werden (BGH, NJW 1969, 1483).



Einheit 11: Zentralisierte Leitungsmacht (2/4)

III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

b) Verfahren

(2) GmbH-Recht

- Bei einer Gr. i.V.m. § 31 I
 - Bei einer Gr. hingegen ge berufung“ de Erforderlich, (§ 47 I, II GmbHG).
 - Ist der **Geschäftsführer** gleich **Gesellschafter**, stellt sich die Frage, ob er einem **Stimmverbot** nach § 38 IV GmbHG unterliegt. In Betracht kommt nur eine **Analogie**.
 - Soll der Widerstand der Bestellung nach **§ 38 I GmbHG** erfolgen, darf der Gesell schafter-Geschäftsführer mitstimmen (BGHZ 18, 205 ff.).
 - Bei **§ 38 II 1 GmbHG** unterliegt der Gesellschafter-Geschäftsführer hingegen analog **§ 47 IV GmbHG** einem Stimmverbot. Der wichtige Grund müsse objektiv beurteilt werden (BGH, NJW 1969, 1483).

Die Vorschrift des § 47 IV GmbHG ist **dispositiv** (siehe § 45 II GmbHG). In den Fällen des § 38 II GmbHG wird die **Bestimmung des Gesellschaftsvertrags** sich i.d.R. auch dazu verhalten, ob ein betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer einem Stimmverbot unterliegt.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

c) Rechtsschutz

(1) Aktienrecht

- Gemäß **§ 84 III 4 AktG** bleibt der erklärte Widerruf wirksam bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist. M.a.W.: Der gerichtliche Rechtsschutz hat keine aufschiebende Wirkung.
- Die **Formulierung („festgestellt“)** darf allerdings nicht dahingehend (miss-)verstanden werden, dass die Klage stets eine Feststellungsklage ist.
- Vielmehr ist nach dem **Vortrag des Vorstandsmitglieds** zu differenzieren:
 - Eine **Feststellungsklage** ist nur dann statthaft, wenn das Vorstandsmitglied vorträgt, der Aufsichtsrat habe nicht oder nicht wirksam **beschlossen**.
 - Trägt das Vorstandsmitglied hingegen vor, dass ein **wichtiger Grund** fehle, ist seine Klage eine **Gestaltungsklage**, da die Bestellung rückwirkend wiederhergestellt wird.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

2. Widerruf der Bestellung

c) Rechtsschutz

(2) GmbH-Recht

- Bei einer GmbH, die i.d.R. mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, gilt **§ 84 III 4 AktG i.V.m. § 31 I 1 MitbestG** (s. o.).
- Bei GmbH, die i.d.R. *nicht* mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, ist nach h. M. zu unterscheiden:
 - Ein **Gesellschafter-Geschäftsführer** ist **analog § 245 Nr. 1 AktG** – auch dann, wenn er bei § 38 II 1 GmbHG einem Stimmverbot analog § 47 IV GmbHG unterliegt (s. o.) – befugt, den Beschluss der Gesellschafterversammlung **anzufechten** (analog § 243 I AktG).
 - Ein sog. **Fremdgeschäftsführer** ist nach h. M. nicht zur Anfechtung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung befugt. Er kann aber den **Fortbestand seiner Bestellung** (implizit die Unwirksamkeit der Abberufung) **feststellen** lassen (§ 256 I ZPO).



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

3. Amtsniederlegung

a) Aktienrecht

- Die Vorstandsmitglieder einer AG sind nicht nur zur Leitung der AG und zur Führung der Geschäfte berechtigt, sondern kraft ihres Amtes auch dazu **verpflichtet**.
- Daher kann auf ihrer Seite (z. B. aufgrund von Krankheit) ein berechtigtes Interesse daran erwachsen, vorzeitig aus dem Amt auszuscheiden.
- Möglich sind
 - ein **einvernehmliches Ausscheiden**, dem auf Seiten der AG der **Aufsichtsrat** durch **Beschluss** (§ 108 I AktG) mit einfacher Mehrheit zustimmen muss, oder
 - die **einseitige Amtsniederlegung** durch das Vorstandsmitglied, wenn hierfür ein **wichtiger Grund** vorliegt, der einen Verbleib bis zum Ende der Amtszeit unzumutbar erscheinen lässt.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

3. Amtsniederlegung

b) GmbH-Recht

- Die Geschäftsführer einer GmbH können ihr Amts **grds. jederzeit und fristlos** niederlegen.
- Im Unterschied zum Aktienrecht (s. o.) bedarf es hierfür – vorbehaltlich einer besonderen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag – **keines wichtigen Grundes**. Sogar ein berechtigtes Interesse ist nicht erforderlich.
- Ausreichend ist daher z. B. die Aussage des scheidenden Geschäftsführers, er habe das „Vertrauen der Gesellschafter nicht mehr gefühlt“.
- Erfolgt die Amtsniederlegung **zur Unzeit** (z. B. in einer Krise der GmbH), sind die Rechtsfolgen umstritten. Die **wohl h. M.** entnimmt den **§§ 627 II, 671 II BGB** einen **allgemeinen Rechtsgedanken** und geht davon aus, dass die Amtsniederlegung wirksam ist, den Geschäftsführer aber zum Schadensersatz verpflichtet. Die Gegenansicht sieht die Amtsniederlegung als unwirksam an.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

4. Beendigung des Anstellungsvertrags

a) Allgemeines

- Der Anstellungsvertrag ist ein **Dienst- und Geschäftsbesorgungsvertrag** (siehe Einheit 10).
- Aufgrund dieses Vertragstypus richtet sich die Beendigung nach den **§§ 620 ff. BGB**, sofern der Anstellungsvertrag keine besondere Vereinbarungen enthält.
- Danach endet
 - ein **unbefristeter Anstellungsvertrag** durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung,
 - ein **befristeter Anstellungsvertrag** durch Ablauf der vereinbarten Zeit oder durch außerordentliche Kündigung.
- Eine einvernehmliche Aufhebung (sog. **Aufhebungsvertrag**) ist stets möglich.
- Aufgrund des **Trennungsprinzips** erstreckt der Widerruf der Bestellung („Abberufung“) sich nicht ohne Weiteres auf den Anstellungsvertrag. Die **Auslegung** des Widerrufs (§§ 133, 157 BGB) kann aber im Einzelfall ergeben, dass zugleich eine **konkludente Kündigung** des Anstellungsvertrags erklärt wird. Dann endet der Anstellungsvertrag aber nur dann vorzeitig, wenn ein **Recht zur Kündigung** gegeben ist.



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

4. Beendigung des Anstellungsvertrags

b) Recht zur Kündigung

(1) Ordentliche Kündigung

- Die ordentliche Kündigung ist nur bei einem **unbefristeten Anstellungsvertrag** zulässig (s. o.). Da die Anstellungsverträge von Vorstandsmitgliedern i.d.R. eine auf ihre Amtszeit abgestimmte Laufzeit aufweisen, scheidet eine ordentliche Kündigung zumindest im Aktienrecht i.d.R. aus.
- Da der Anstellungsvertrag **kein Arbeitsvertrag** ist, müsste für die ordentliche Kündigung grds. § 621 BGB gelten.
- Aber: Da jedenfalls der sog. **Fremdgeschäftsführer einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig** sei, gelte **§ 622 BGB analog** (BGHZ 79, 291 ff.).



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

4. Beendigung des Anstellungsvertrags

b) Recht zur Kündigung

(2) Außerordentliche Kündigung

- Die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags bedarf nach **§ 626 I BGB** eines wichtigen Grundes.
- Die Anforderungen hieran – konkret: bei der Interessenabwägung im Einzelfall – sind jedoch **höher** als die für den Widerruf der Bestellung nach **§ 84 III 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 31 I 1 MitbestG) bzw. **§ 38 II 1 GmbHG**. Hierfür sind **drei Erwägungen** maßgeblich:
 - Infolge des (isolierten) Widerrufs ist das Vorstandsmitglied zu der Dienstleistung (Handeln als Vorstandsmitglied) weder verpflichtet noch berechtigt; der Gesellschaft droht also **kein Schaden mehr durch künftige Handlungen**.
 - Der fortbestehende Anstellungsvertrag gewährt dem (abberufenen) Vorstandsmitglied lediglich den **Anspruch auf seine Bezüge**, belastet ihn aber auch mit dem über § 88 AktG hinausreichenden **Wettbewerbsverbot**.
 - Schließlich ist die Gesellschaft ggf. **analog § 622 BGB** zur **ordentlichen Kündigung** berechtigt (s. o.).



III. Abberufung, Amtsniederlegung etc.

4. Beendigung des Anstellungsvertrags

b) Recht zur Kündigung

(2) Außerordentliche Kündigung

- Die außerordentliche Kündigung ist auf die Abberufung eines wichtigen Grundes beschränkt.
- Die Anforderungen hieran – konkret: bei der Interessenabwägung im Einzelfall – sind jedoch **höher** als die für den Widerruf der Bestellung nach § 84 III 1 AktG (ggf. i.V.m. § 31 I 1 MitbestG) bzw. § 38 II 1 GmbHG. Hierfür sind **drei Erwägungen** maßgeblich:
 - Infolge des (isolierten) Widerrufs ist das Vorstandsmitglied zu der Dienstleistung (Handeln als Vorstandsmitglied) weder verpflichtet noch berechtigt; der Gesellschaft droht also **kein Schaden mehr durch künftige Handlungen**.
 - Der fortbestehende Anstellungsvertrag gewährt dem (abberufenen) Vorstandsmitglied lediglich den **Anspruch auf seine Bezüge**, belastet ihn aber auch mit dem über § 88 AktG hinausreichenden **Wettbewerbsverbot**.
 - Schließlich ist die Gesellschaft ggf. **analog § 622 BGB** zur **ordentlichen Kündigung** berechtigt (s. o.).

Um bei einem Widerruf der Bestellung den Fortbestand des Anstellungsvertrags zu verhindern, enthält der Anstellungsvertrag häufig ein **Sonderkündigungsrecht der Gesellschaft** für den Fall wirksamen Abberufung.



IV. Haftung

1. Anspruchsgrundlage

- Nach **§ 93 II 1 AktG** bzw. **§ 43 II GmbHG** sind Vorstandsmitglieder und GmbH-Geschäftsführer, die ihre Pflichten (s. o.) verletzten, der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet.
- Der Tatbestand dieser Haftungsansprüche ähnelt auf den ersten Blick § 280 I BGB. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass die gesellschaftsrechtlichen Sondertatbestände **kein Schuldverhältnis** (z. B. wirksamen Anstellungsvertrag) voraussetzen, sondern auf die Organstellung gründen. Dies hat zur Folge, dass neben den ordnungsgemäß bestellten Organmitgliedern auch die **bloß faktische Organmitglieder** (fehlerhafte Bestellung, aber tatsächlicher Amtsantritt) haften können.
- Zu den Sondertatbeständen des § 93 II 1 AktG bzw. § 43 II GmbHG steht § 280 I BGB ebenso in **Anspruchskonkurrenz** wie Ansprüche aus unerlaubter Handlung (insbesondere § 823 II BGB und § 826 BGB).



IV. Haftung

2. Tatbestand

Der Tatbestand der Haftungsvorschriften besteht aus **vier Voraussetzungen**:

- (1) **Vorstandsmitglied bzw. Geschäftsführer**
- (2) **Objektive Pflichtverletzung**
- (3) **Verschulden**
- (4) **Kausaler Schaden der Gesellschaft i.S.d. Differenzhypothese (§§ 249 ff. BGB)**

Besondere **Schärfe** gewinnt die Haftung durch die **Beweislastregelung** des **§ 93 II 2 AktG**:

- Für die **Schlüssigkeit** des Anspruchs muss die Gesellschaft nur den Schaden und ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten darlegen.
- Dem (i.d.R. ausgeschiedenen) **Organmitglied** obliegt es sodann, die Pflichtgemäßheit seines Handelns darzulegen. Dies wird i.d.R. dadurch erheblich erschwert, dass das Organmitglied mit seinem Ausscheiden sämtliche geschäftlichen Unterlagen abzugeben hat.



IV. Haftung

3. Entlastungsmöglichkeiten

Zu ihrer Entlastung werden die Organmitglieder häufig anführen:

- (1) die sog. **Business Judgment Rule** nach § 93 I 2 AktG, wonach ihr Verhalten keine Pflichtverletzung darstellt (s. o.), sowie
- (2) die Behauptung, mit dem Verhalten einen **Beschluss der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung ausgeführt** zu haben. M.a.W.: Man habe nur die Ausführungs-pflicht nach § 83 II AktG erfüllt.
 - Dieser Einwand hat aufgrund der Tatsache, dass die Hauptversammlung nur aus-nahmsweise (§ 119 II AktG) über Fragen der Geschäftsführung entscheidet, insbe-sondere im GmbH-Recht praktische Bedeutung.
 - Dabei ist zu beachten, dass die entlastende Wirkung von Beschlüssen ausweislich § 93 IV 1 AktG auf **gesetzmäßige Beschlüsse** begrenzt ist.
 - Wurde ein gesetzmäßiger Beschluss ausgeführt, existiert zulasten der Geschäftsführer einer GmbH mit § 43 III 3 GmbHG eine besondere **Ausnahme**, nämlich dass der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.



IV. Haftung

4. Aktivlegitimation, Klagebefugnis

- Der Ersatzanspruch steht – ausweislich des Wortlauts von **§ 93 II 1 AktG** und **§ 43 II GmbHG** („der Gesellschaft“) – **der Gesellschaft** zu.
- Über die Geltendmachung des Anspruchs gegen das (i.d.R. ehemalige) Organmitglied hat bei der **AG** der **Aufsichtsrat** zu beschließen. Er vertritt die AG auch bei der **gerichtlichen Durchsetzung** des Anspruchs (**§ 112 Satz 1 AktG**).
- Im **GmbH-Recht** hat die **Gesellschafterversammlung** nach **§ 46 Nr. 8 GmbHG** durch Beschluss über die Geltendmachung des Ersatzanspruchs zu entscheiden. Hierbei handelt es sich – für § 46 GmbHG atypisch – um eine **materielle Voraussetzung im Außenverhältnis**. Bei der gerichtlichen Durchsetzung ist zu unterscheiden:
 - Hat die GmbH keinen Aufsichtsrat, wird sie gemäß **§ 46 Nr. 8 GmbHG** durch die Gesellschafterversammlung oder einen von dieser (i.d.R. im Beschluss) bevollmächtigten Gesellschafter vertreten.
 - Hat die GmbH einen **obligatorischen Aufsichtsrat** (§§ 1 I, 6 I MitbestG), vertritt dieser die GmbH gemäß § 25 I 1 Nr. 1 MitbestG i.V.m. § 112 Satz 1 AktG.
 - Hat die GmbH einen **fakultativen Aufsichtsrat** (§ 52 I GmbHG), vertritt dieser die GmbH gemäß § 52 I GmbHG i.V.m. § 112 Satz 1 AktG, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt anderes.



IV. Haftung

4. Aktivlegitimation, Klagebefugnis

- Bei der **AG** sind unter den Voraussetzungen des **§ 93 V AktG** auch die **Gesellschaftsgläubiger** befugt, den Ersatzanspruch geltend zu machen. Sie können (und müssen) Leistung an sich selbst verlangen.
- Das **GmbHG** enthält **keine § 93 V AktG vergleichbare Vorschrift**. Die Gesellschaftsgläubiger können nur im Wege der Zwangsvollstreckung aufgrund eines zuvor erwirkten Titels gegen die GmbH deren Haftungsanspruch pfänden, sich zur Einziehung überweisen lassen und die sog. **Einziehungsklage** betreiben.
- Die **einzelnen Gesellschafter** sind weder im Aktien- noch im GmbH-Recht klagebefugt. Lediglich das Aktienrecht sieht für die Hauptversammlung die Möglichkeit vor, einen **besonderen Vertreter** zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen einzusetzen (**§ 147 AktG**) oder das **Klagezulassungsverfahren** nach **§ 148 AktG** anzustrengen.



Weiterführende Lesehinweise:

- BGHZ 13, 188 ff.
- BGHZ 18, 205 ff.
- BGHZ 79, 291 ff.
- BGHZ 135, 244 ff. – ARAG/Garmenbeck
- BGH, NJW 1969, 1483
- *Bachmann*, Reformbedarf bei der Business Judgment Rule?, ZHR 177 (2013), 1 ff.
- *Fleischer*, Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685 ff.
- *Hoffmann-Becking*, Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, ZGR 1998, 497 ff.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



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

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)

