

Großkommentare der Praxis



Aktiengesetz

Großkommentar

früher bearbeitet von

W. Gadow †, Dr. E. Heinichen †, Dr. Eberhard Schmidt, Dr. W. Schmidt †, Dr. O. Weipert †
Dr. Robert Fischer, Präsident des Bundesgerichtshofes

Dritte, neu bearbeitete Auflage

von

Dr. Carl Hans Barz
Rechtsanwalt in Frankfurt/M.

Dr. Dr. Herbert Bröner
Wirtschaftsprüfer in Berlin

Dr. Ulrich Klug
Staatssekretär
Professor a. d. Universität zu Köln

Dr. Konrad Mellerowicz
Professor a. d. Technischen Universität Berlin

Dr. Joachim Meyer-Landrut
Rechtsanwalt in Düsseldorf

Dr. Wolfgang Schilling
Rechtsanwalt in Mannheim
Professor a. d. Universität Heidelberg

Dr. Herbert Wiedemann
Professor a. d. Universität zu Köln

Dr. Hans Würdinger
Professor a. d. Universität Hamburg

ERSTER BAND, 2. Halbband §§ 76-147

Bearbeiter: §§ 76-92, 94-115 u. 117: Meyer-Landrut
§§ 93 u. 116: Schilling
§§ 118-147: Barz

Zitierweise

z. B. Meyer-Landrut in Großkomm. AktG § 1 Anm. 23



1973

DE GRUYTER
BERLIN · NEW YORK

Erscheinungsdaten der Lieferungen

Lieferung 2 (§§ 76-94): Januar 1971

Lieferung 3 (§§ 95-117): September 1971

Lieferung 4 (§§ 118-147): August 1972

ISBN 3 11 004399 8

©

Copyright 1972 by
Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag,
Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., Berlin 30.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen Wiedergabe,
der Herstellung von Mikrofilmen und der Übersetzung, vorbehalten. — Printed in Germany.

Satz und Druck: Walter de Gruyter & Co, Berlin.

Inhaltsverzeichnis
zum I. Band, 2. Halbband

**Gesetz über Aktiengesellschaften
und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz)**

Erstes Buch. Aktiengesellschaft

Vierter Teil. Verfassung der Aktiengesellschaft §§ 76—147	Seite
Erster Abschnitt. Vorstand §§ 76—94	579
Zweiter Abschnitt. Aufsichtsrat §§ 95—116	759
Dritter Abschnitt. Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft § 117	910
Vierter Abschnitt. Hauptversammlung §§ 118—147	
Erster Unterabschnitt. Rechte der Hauptversammlung §§ 118—120 . . .	921
Zweiter Unterabschnitt. Einberufung der Hauptversammlung §§ 121—128	976
Dritter Unterabschnitt. Verhandlungsniederschrift. Auskunftsrecht §§ 129—132	1049
Vierter Unterabschnitt. Stimmrecht. §§ 133—137.	1105
Fünfter Unterabschnitt. Sonderbeschluß § 138	1172
Sechster Unterabschnitt. Vorzugsaktien ohne Stimmrecht §§ 139—141 . .	1176
Siebter Unterabschnitt. Sonderprüfung. Geltendmachung von Ersatzan- sprüchen §§ 142—147	1189
Register	1223

Erster Abschnitt

Vorstand

§ 76 Leitung der Aktiengesellschaft

(1) Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.

(2) Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Deutsche Mark hat er aus mindestens zwei Personen zu bestehen, es sei denn, die Satzung bestimmt, daß er aus einer Person besteht. Die Vorschriften über die Bestellung eines Arbeitsdirektors bleiben unberührt.

(3) Mitglied des Vorstands kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein.

Übersicht

	Anm.	Anm.
Einleitung		2. Wohl des Unternehmens 10
I. Die Bezeichnung Vorstand		3. Interessen der Aktionäre 11
II. Die Leitung der Gesellschaft		4. Interessen der Arbeitnehmer 12
1. a) Allgemeines	2	IV. Zusammensetzung des Vorstands
b) Geschäftsführung	3	(Abs. 2)
c) Vertretung	4	1. Zahl der Vorstandsmitglieder 13
d) Notwendiger Verwaltungsträger	5	2. Arbeitsdirektor 14
2. Eigenverantwortlichkeit	6	V. Persönliche Voraussetzung (Abs. 3)
3. Mitwirkung von Aufsichtsrat und Hauptversammlung	7	1. Geschäftsfähigkeit 15
4. Haftung	8	2. Weitere Erfordernisse 16
III. Die sozial- und wirtschaftspolitischen Pflichten des Vorstands		3. Rechtsfolgen 17
1. Gemeinwohl	9	VI. Außerordentliche Vertreter 18

Einleitung

Diese grundlegende Vorschrift über die Stellung des Vorstands der AG ist aus § 70 AktG 1937 hervorgegangen, der aber, teils wesentlich, geändert worden ist.

§ 70 Abs. 1 AktG 1937 hat erstmals die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands und dessen Leitungsbefugnis gesetzlich postuliert und die zwingende Abgrenzung der Zuständigkeiten der Organe eingeführt. Das Ziel der Unternehmensleitung war mit einer Gemeinwohlklausel umschrieben, die in nationalsozialistischer Terminologie die Beachtung des Wohls des Unternehmens, der Betriebsangehörigen und der Allgemeinheit forderte. Trotz gewisser Bedenken wurde § 70 AktG 1937 auch nach 1945 als geltendes Recht angesehen (vgl. dazu die Voraufgabe Anm. 1 zu § 70). In § 76 ist die Gemeinwohlklausel entfallen, da sich Berücksichtigung der Belange der Aktionäre (in § 70 AktG 1937 nicht erwähnt), der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit von selbst versteht (so die amtliche Begründung, bei Kropff S. 97). Auch wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren die beantragte Wiedereinführung der Gemeinwohlklausel (ähnlich dem RefE § 71 Abs. 1) mit der Begründung abgelehnt, sie sei ohne rechtliche Substanz, habe keine selbständige Bedeutung und könne im übrigen durch die Reihenfolge der Aufzählung dazu führen, daß eine Rangfolge der zu beachtenden Interessen aufgestellt würde (s. Ausschußbericht bei Kropff S. 97f.). Zur Rechtslage s. Anm. 9 bis 12 unten.

Anm. 1, 2

§ 70 Abs. 2 AktG 1937 enthielt die Vorschrift über die Möglichkeit der Bestellung eines entscheidungsbefugten Vorstandsvorsitzenden; hierin hat man einen Niederschlag des sogenannten Führerprinzips gesehen. Die Regelung ist nicht nur beseitigt sondern in § 77 Abs. 1 S. 2 ist ausdrücklich jedes Alleinentscheidungsrecht eines Vorstandsmitglieds als dem Kollegialprinzip widersprechend und für die AG gefährlich für unzulässig erklärt worden. Weitere gesetzliche Bestimmungen über die Geschäftsführung des Vorstands und deren Ordnung, die im AktG 1937 nicht enthalten waren, finden sich in § 77. Neu eingeführt ist die Vorschrift, daß Gesellschaften mit mehr als 3 Millionen DM Grundkapital in der Regel mindestens einen zweiköpfigen Vorstand haben sollen. Weitergehende Anträge in den Ausschußberatungen, bei Gesellschaften, die mehr als 5000 Arbeitnehmer beschäftigen, einen dreiköpfigen Vorstand zwingend vorzuschreiben und damit ein allein für Personalangelegenheiten zuständiges Vorstandsamt zu schaffen, wurden abgelehnt (s. den Ausschußbericht bei Kropff, S. 98). Modifiziert wird dieser Reformvorschlag im Bericht der Sachverständigenkommission „Mitbestimmung im Unternehmen“ (BTDrucks. VI/334), die einen besonderen Personalvorstand schon bei Gesellschaften mit 1000 oder 2000 Arbeitnehmern empfiehlt. Der in Abs. 2 weiterhin gebrachte Hinweis, daß die Vorschriften über die Bestellung eines Arbeitsdirektors nach den MitbestG unberührt blieben, dient der Klarstellung (vgl. Anm. 14 unten).

Abs. 3 konkretisiert die Vorschrift des § 75 Abs. 1 S. 3 AktG 1937, derzufolge eine juristische Person nicht zum Vorstand bestellt werden kann; sachlich Neues bringt sie nicht.

Anm. 1**I. Die Bezeichnung Vorstand**

Als juristische Person (§ 1 Anm. 4) muß die AG natürliche Personen haben, durch die sie im Verkehr handelt und sich betätigen kann; vgl. § 26 BGB. Dieses Organ ist der *Vorstand*. Er ist selbständiger Verwaltungsträger und leitet seine Befugnisse und Obliegenheiten nicht aus einer „Bevollmächtigung“ durch Aufsichtsrat oder Hauptversammlung ab; so schon RG 117, 203 (207). Vgl. auch § 84 und Anm. 4.

Die *Bezeichnung* „Vorstand“ ist zwingend vorgeschrieben. Die Bezeichnung „Direktorium“ oder „Verwaltungsrat“ für das Gesamtkollegium oder die Bezeichnung „Geschäftsführer“ oder „Direktor“ für ein einzelnes Vorstandsmitglied sind unklar und unbestimmt. „Verwaltungsrat“ oder „Direktorium“ kann auch ein anderes Gremium genannt werden; der Titel „Direktor“ wird auch von sonstigen Angestellten, z. B. Prokuristen oder Filialvorstehern geführt. Der Registerrichter müßte daher die Anmeldung der Bestellung eines Direktors oder Geschäftsführers zurückweisen (vgl. Baumbach-Hueck Rn. 7). OLG Kolmar (LZ 1908, 871) hat ausnahmsweise die Eintragung eines als „Direktor“ Gewählten als Vorstandsmitglied zugelassen, weil die besonderen Umstände des Falls jeden Zweifel an der Bedeutung der Wahl ausschlossen. Heute hat die Frage keine besondere Bedeutung mehr, da sich die gesetzlichen Bezeichnungen der Organe der AG inzwischen im Verkehr durchgesetzt haben.

Anm. 2**II. Die Leitung der AG****1. Allgemeines**

a) § 70 AktG 1937 führte erstmals den Begriff der eigenverantwortlichen *Leitung* der AG durch den Vorstand in das Aktienrecht ein. AktG 1965 hat ihn übernommen. Mit Recht hat man also entgegen den Verlautbarungen anläßlich des Inkrafttretens des AktG 1937 (vgl. etwa Schlegelberger-Quassowski Allg. zu § 70, s. aber auch die 1. Auflage § 70 Anm. 10) in der Übertragung der Leitungsmacht an den Vorstand nicht typisch national-sozialistisches Gedankengut gesehen. So heißt es denn auch in der amtlichen Begründung zu § 70 AktG 1937: „Die grundsätzlichen Entscheidungen über die Geschicke der Aktiengesellschaft lagen bei der persönlich unverantwortlichen Mehrheit der Geldgeber, denen meistens der genaue und sachkundige Einblick in die Geschäfte und in den Stand der Gesellschaft fehlt und die im wesentlichen darauf bedacht

sind, die Belange des Kapitals in den Vordergrund zu stellen. Die Entwicklung des Aktienwesens hat gezeigt, daß sich aus diesen Gründen zwischen der Verwaltung und der Hauptversammlung Gegensätze und Machtkämpfe herausbildeten, die keineswegs zum Vorteil der Gesellschaft und des Wirtschaftslebens dienten.“ Vgl. auch Düringer-Hachenburg Einl. zu Bd. III (1) Anm. 95 ff. insb. 104. Auch der Bericht, Teil I der Studienkommission des Deutschen Juristentages kam 1955 zu dem Ergebnis, daß sich die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands, wie sie die Aktienrechtsreform von 1937 gebracht hat, bewährt hat. Es heißt in dem Bericht (S. 73): „Diese unabhängige Stellung des Vorstands in der Geschäftsführung scheint dem Ausschuß die notwendige Voraussetzung für die Entfaltung der unternehmerischen Initiative zu sein. Dazu kommt, daß die Hauptversammlung nicht die geeignete Stelle für die Erörterung und Entscheidung von Geschäftsführungsfragen ist. Bei wechselnder Mehrheit wird die Kontinuität der Geschäftsführung gefährdet. Großaktionäre können sich ohnehin durchsetzen.“ Auch von anderen Gremien durchgeführte Untersuchungen zur Aktienrechtsreform befürworteten nicht eine Rückkehr zur früheren Regelung des HGB, vgl. die allgemeine Einleitung S. 8 ff.

Ob man allerdings die dem Vorstand übertragene Leitung der AG lediglich als eine zusammenfassende begriffliche Bestimmung dessen verstehen kann, was man im Gesellschaftsrecht unter Geschäftsführung einerseits und Vertretung andererseits versteht (vgl. auch die Voraufgabe § 70 Anm. 1) kann zweifelhaft sein, auch wenn die Geschäftsführung als eine noch so umfassende Wirksamkeit definiert wird (vgl. Anm. 3 unten) und die Vertretung im Außenverhältnis als nicht beschränkbar geregelt ist (§ 82 Abs. 1). Auch soll der Begriff „Leitung“ wohl mehr ausdrücken als die gesetzlich statuierte Unabhängigkeit des Vorstands von Weisungen des Aufsichtsrats, der Aktionäre oder der Hauptversammlung in Fragen der Geschäftsführung (so Würdinger § 21 IV 2a), vgl. §§ 111 Abs. 4, 119 Abs. 2.). Godin-Wilhelmi § 76 Anm. 2 und vorher schon Leo, Die AG 1960, 261 ff. sprechen von einer Unternehmerfunktion des Vorstands, was über das, was man als Geschäftsführung definiert, hinausgeht. Auch dem Gesetzgeber des AktG 1965 ist die hier erörterte Frage bewußt gewesen, wenn es in der amtlichen Begründung zu § 308 (Leitungsmacht bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages) heißt, daß das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens „nicht auf Fragen der Geschäftsführung beschränkt (ist), vielmehr den gesamten Bereich (umfaßt) in dem der Vorstand die Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 zu leiten hat“ (bei Kropff S. 403). Auch § 18 definiert den Konzern als Zusammenfassung von Unternehmen „unter einheitlicher Leitung“ (vgl. auch § 323). Wie diese Leitungsmacht konzernrechtlich zu begreifen ist (dazu etwa Kropff DB 1967, 2147 ff. und 2204 ff.; Mestmäcker in Festgabe für Heinrich Kronstein, 1967, S. 129 ff.; Gessler in Festgabe für Otto Kunze, 1969, S. 157 ff.) braucht hier nicht verfolgt zu werden. Für die Auslegung des § 76 Abs. 1 stützen Formulierungen aus dem Recht der verbundenen Unternehmen die Ansicht, daß Leitung (oder Leitungsmacht) mehr sein muß als die Summe der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Vorstands. Daß die Leitungsbefugnis des Vorstands auch die „beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen“ umfaßt, folgt schließlich jeden Zweifel ausschließend aus § 90 Abs. 1 Nr. 1, der vom Vorstand eine entsprechende Berichterstattung an den Aufsichtsrat unaufgefordert mindestens einmal jährlich verlangt (§ 90 Abs. 2 Nr. 1).

Auch daß das Gesetz grundlegende und die Funktion des Unternehmens und seine Rechtsform berührende Maßnahmen, wie die Eingliederung (§ 319), Verschmelzung (§ 340), Vermögensübertragungen (§§ 359 Abs. 2, 360 Abs. 2) und Umwandlung (§§ 362 Abs. 2, 366 Abs. 1, 369 Abs. 1) der Beschlußfassung durch die Hauptversammlung unterwirft und nur deren Vorbereitung dem Vorstand überträgt, § 83 Abs. 1, (s. auch die Ausgabe von Gewinnschuldverschreibungen, § 221) ist eine Weiterführung und Ergänzung der Zuständigkeiten der Hauptversammlung zu Entscheidungen über Satzungsänderungen und alle Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung (Sechster Teil §§ 179 bis 240). Soweit die Hauptversammlung zuständig ist, ist die Leitungsbefugnis des Vorstands eingeschränkt und er hat die von der Versammlung beschlossenen Maßnahmen auszuführen, § 83 Abs. 2; vgl. auch Baumbach-Hueck § 83 Rn. 4 gegen Godin-Wilhelmi § 83 Anm. 4.

Die Leitungsmacht des Vorstands bedeutet somit über die Geschäftsführung hinaus, mit der vorerwähnten Einschränkung, die Statuierung der unternehmerischen Funktion des Vorstands, also Ausarbeitung und Durchführung von langfristigen Planungen auf dem Gebiete der Produktion, der Finanzierung, der Organisation im weitesten Sinne, einschließlich der Investitions- und Dividendenpolitik der Gesellschaft (so auch Dose S. 47 bis 54 unter Bezugnahme auf betriebswirtschaftliche Begriffe der Unternehmensführung sowie Westermann in Freundesgabe für E. H. Vits, 1963, S. 251 ff. 256). Soweit bestimmte Maßnahmen der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen (vgl. § 82 Anm. 14) ist diese natürlich einzuholen; die Festlegung der Geschäftspolitik der Gesellschaft kann aber nicht, weil nicht durch § 111 Abs. 4 Satz 2 („bestimmte Arten von Geschäften“) gedeckt, dem Zustimmungserfordernis durch den Aufsichtsrat unterworfen werden (Duden in Festgabe für O. Kunze, 1969, S. 125 ff. 140; vgl. auch Würdinger § 21 IV 3b). Die Bilanzaufstellung durch den Vorstand (§ 148) erfordert zwar zur Feststellung die Billigung durch den Aufsichtsrat (§ 172 bzw. ausnahmsweise die Hauptversammlung gemäß § 173). Die Initiativen liegen aber beim Vorstand, und einer in der allgemein von ihm festgelegten und verfolgten Geschäftspolitik der Gesellschaft verankerten Bilanz wird der Aufsichtsrat zwar nicht aus rechtlichen aber aus wirtschaftlichen Gründen regelmäßig zustimmen müssen; Einschränkungen zugunsten der Hauptversammlung ergeben sich allerdings aus § 58 soweit die Bildung stiller Reserven untersagt und die Bildung offener eingeschränkt ist. Nur im Rahmen des § 83 sowie im Vertragskonzern sind Weisungen und damit Eingriffe in die Leitungsmacht des Vorstands sanktioniert (§ 308 Abs. 2 und entsprechend § 323 sowie § 15 MitbestErgG). Liegt kein Beherrschungsvertrag vor, so trifft das Gesetz Vorkehrungen (Verpflichtung einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen, § 312 ff., strenge Haftung des herrschenden Unternehmens und seiner Organe, § 317) zum Schutz der beherrschten Gesellschaft und dient damit auch einer Gewährleistung der Leitungsbefugnis ihres Vorstands. Denn diese ist auch durch die Regelung des § 311 Abs. 2 grundsätzlich nicht eingeschränkt; auch wenn das herrschende Unternehmen dem Vorstand der abhängigen AG ein nachteiliges Rechtsgeschäft *mit* entsprechendem Ausgleich anträgt, muß der Vorstand eigenverantwortlich entscheiden (vgl. dazu Mestmäcker in Festgabe für Heinrich Kronstein, 1967, S. 129 [S. 139 ff.] und Lüchterhand ZHR 133, 1). Eine Verpflichtung, Weisungen des herrschenden Unternehmens auszuführen (wie bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages oder bei Eingliederung, §§ 308 Abs. 2, 323) besteht nicht. Das ist auch für den Umfang der Verantwortlichkeit gemäß § 93 von Bedeutung, die neben der Verantwortlichkeit gemäß § 318 fortbesteht (Baumbach-Hueck Rn. 7 zu § 318); s. aber auch § 318 Abs. 3. Auch § 117 wird man in diesem Zusammenhang als eine Schutzvorschrift für den Vorstand interpretieren können: vorsätzliche und die Gesellschaft schädigende Einflußnahmen führen zu Schadensersatzansprüchen.

Anm. 3

b) Geschäftsführung

Die Leitung umfaßt sowohl die *Vertretung* der AG wie die *Geschäftsführung*. Beides, Vertretung und Geschäftsführung, ist der gleiche Handlungsvorgang, nur von verschiedenen Seiten oder in bezug auf verschiedene Wirkungen gesehen. Geschäftsführung ist Betätigung jeder Art zur Gestaltung der Wirtschaftsleistung der AG, Vertretung ist das Handeln für die AG im Rechtsverkehr mit Dritten. Die Geschäftsführung umfaßt alle innerorganisatorischen Maßnahmen und Leistungen wie alle rechtsgeschäftlichen Handlungen: vom Durchlesen des täglichen Posteingangs, der Besichtigung des Betriebes, der Anweisungen für das tägliche Arbeitsprogramm, der Aufstellung der Betriebsordnung, bis zur Führung der Bücher, der Erprobung einer Erfindung, ferner den Vertrieb der hergestellten Waren, den Einkauf der Rohstoffe und Maschinen, den Abschluß von Verträgen und Absprachen aller Art, die Durchführung und Überwachung aller sozialen und öffentlichen Aufgaben, die Repräsentation der Gesellschaft. *Jede* Handlung des Vorstands ist hiernach Geschäftsführung. Vertretung liegt nur vor, wenn eine geschäftsführende Handlung im Rechtsverkehr mit Dritten vorgenommen wird. Geschäftsführung ist die Betätigung des Vorstands im Verhältnis

nach innen zur Gesellschaft betrachtet. § 77 behandelt die Geschäftsführung des Vorstands, die sich im übrigen nach den allgemeinen Auftragsregeln bestimmt, §§ 664 bis 670 BGB (vgl. §§ 27 III und 713 BGB), so auch BGH 24, 53. Die Vertretung der Gesellschaft ist in § 78 geregelt.

Anm. 4

c) Vertretung

Der Vorstand ist „gesetzlicher Vertreter“, nicht nur weil die AG nach dem Gesetz einen Vorstand haben muß (vgl. auch § 39), sondern auch weil seine Vertretungsmacht nach Inhalt und Umfang durch das Gesetz bestimmt ist. Zwar beruht die Bestellung des Vorstands regelmäßig auf einem *körperschaftlichen* Akt (Bestellung durch den Aufsichtsrat, § 84; ausnahmsweise Bestellung durch das Gericht § 85); aber die Vertretungsmacht — Dritten gegenüber — ist nach dem Gesetz unbeschränkbar (§ 82 Abs. 2); vgl. auch RG 117, 207f. Auch der Einschränkung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis sind Grenzen gesetzt (§ 82).

Als gesetzlicher Vertreter der AG ist der Vorstand *Willensorgan* der AG. Sein Wissen und Kennen ist Wissen und Kennen der AG. Sein Kennenmüssen wird der AG zugerechnet. Die AG handelt durch den Vorstand. Seine in Handlungen umgesetzten Willensentschlüsse sind solche der AG. Diese wird durch die *rechtsgeschäftlichen* Handlungen des Vorstands berechtigt und verpflichtet. Sie haftet auch außervertraglich für die Handlungen und Unterlassungen ihres Vorstands (BGB §§ 278, 31; vgl. § 1 Anm. 4).

Anm. 5

d) Notwendiger Verwaltungsträger

Der Vorstand ist *notwendiger Verwaltungsträger* der AG. Die Entstehung der AG, ihre Eintragung in das Handelsregister, setzt die Bestellung eines Vorstands voraus (§ 30). Diesem liegt die Gründungsprüfung ob (§§ 33 ff.). Von sämtlichen Mitgliedern des Vorstands ist die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 36). Zeitweiliger späterer Fortfall des Vorstands oder der zur Leitung der AG erforderlichen Zahl von Vorstandsmitgliedern ist ohne Einfluß auf den *Bestand* der AG. Ein Auflösungsgrund ist nicht gegeben (§ 262). Die AG arbeitet durch ihre sonstigen Angestellten und Arbeiter weiter. Sie kann auch im Rechtsverkehr weiter handeln, soweit sie durch Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte vertreten ist. Nur solche Handlungen müssen unterbleiben, für die das Gesetz die persönliche Vornahme durch den Vorstand verlangt, wie Anmeldungen zum Handelsregister, bei denen mindestens ein Vorstandsmitglied mitwirken muß (vgl. §§ 81, 181, 184, 188, 195, 201, 223, 229 Abs. 3, 239, 263, 294, 319 Abs. 3, 345, 353 Abs. 5) oder die von sämtlichen Mitgliedern des Vorstands vorzunehmen sind (vgl. §§ 36, 379, 385 Abs. 2, 385g Abs. 2, 385o), oder Unterzeichnung der Aktienurkunden (§ 13 Anm. 3), Einberufung der Hauptversammlung (§ 121 Abs. 2), überhaupt alle Maßnahmen, die die Beziehungen der AG zu den Aktionären betreffen und nicht den Betrieb der AG. Ebenso wenig kann die AG Klage erheben oder verklagt werden, solange sie ohne Vorstand ist. In bestimmten Fällen kann aber ein Prozeßvertreter gem. § 57 ZPO bestellt werden, vgl. im Einzelnen § 1 Anm. 14; § 84 Anm. 4. Wegen außerordentlicher Vertreter für AG, die in der Ostzone und in den Gebieten jenseits der Oder-Neiße-Linie ihren Sitz hatten, s. Anm. 18 unten.

Für Abhilfe hat der Aufsichtsrat zu sorgen, dem gemäß § 84 die Bestellung des Vorstands obliegt. Versäumung dieser Pflicht kann zur Schadensersatzpflicht führen (§ 116), unter Umständen bei Gefährdung des Gemeinwohls durch gröbliche Gesetzesverstöße der unverantwortlichen Angestellten zur Auflösung der AG von Staats wegen (§ 396). Unterbleibt die Bestellung der fehlenden Zahl der Vorstandsmitglieder, so kann die Bestellung durch das Gericht gemäß § 85 vorgenommen werden; dagegen kann der Registerrichter nicht den Aufsichtsrat durch Ordnungsstrafen zur Bestellung eines Vorstands zwingen.

Anm. 6, 7

Solange ein Vorstand fehlt, sind nicht Aufsichtsrat oder Hauptversammlung, befugt, die Gesellschaft zu leiten. Sie bleiben auf ihre Zuständigkeiten beschränkt (vgl. § 111 Abs. 4 und § 119 Abs. 2). Insbesondere kann der Aufsichtsrat auch nicht an Stelle des Vorstands Anmeldungen zum Handelsregister vornehmen. Die Prokuristen oder sonstigen Angestellten sind nicht den Weisungen des Aufsichtsrats unterworfen, werden auch nicht von der Haftung für schuldhaftes Handeln befreit, wenn sie solchen Weisungen folgen. Anders, wenn der Aufsichtsrat gemäß § 105 Abs. 2 einzelne seiner Mitglieder in den Vorstand delegiert. Dann handeln diese Aufsichtsratsmitglieder als Vorstand.

Anm. 6

2. Eigenverantwortlichkeit

Der Vorstand leitet die Gesellschaft *unter eigener Verantwortung*. Ihm ist hiermit *selbständige Entscheidungsbefugnis* zuerkannt. Dadurch ist sein Verhältnis zu Aufsichtsrat, Hauptversammlung und den Aktionären bestimmt. Entscheidungen für die Leitung der AG, Maßnahmen der Geschäftsführung können von den übrigen Organen nicht getroffen werden. Die Satzung kann sie dem Aufsichtsrat nicht übertragen. Der Aufsichtsrat kann sie sich selbst nicht anmaßen (§ 111 Abs. 4). Auch die Hauptversammlung kann Entscheidungen über Fragen der Geschäftsführung nicht an sich ziehen. Die Satzung kann der Hauptversammlung solche Entscheidungen nicht vorbehalten (s. § 23 Abs. 5). Die gesetzliche Abgrenzung der Zuständigkeiten der Organe der AG ist zwingenden Rechts. Die Eigenverantwortlichkeit entfällt auch nicht bei pünktlicher und gewissenhafter Erfüllung der Berichterstattungspflichten (insbes. §§ 90, 160), auch nicht, wenn es sich um grundlegende Fragen der Geschäftspolitik handelt, (Baumbach-Hueck § 90 Rn. 5). Verweigert bei zustimmungsbedürftigen Geschäften der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand sogar noch eine Entscheidung der Hauptversammlung herbeiführen, und damit den Aufsichtsrat unter Umständen überspielen (vgl. § 111 Abs. 4). Dagegen liegt in der Entlastung eine Billigung der Geschäftsführung, wenn auch kein Verzicht auf Ersatzansprüche (§ 120 Abs. 2). Zur Haftung s. Anm. 8. Die konzernrechtlichen Sondervorschriften sind in der Einleitung vor § 76 angeführt: zu nennen ist hier besonders § 310 Abs. 3, der eine Ersatzpflicht (und damit Verantwortlichkeit) der Mitglieder des Vorstands der beherrschten Gesellschaft dann aufhebt, wenn die Handlung auf einer Weisung im Rahmen eines Beherrschungsvertrages erfolgte (§ 308 Abs. 2) — das gilt sinngemäß für den Vorstand einer eingegliederten Gesellschaft (§ 323). Bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages ist die Verantwortlichkeit auch auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Abhängigkeitsberichts ausgedehnt (§ 318 Abs. 1) und andererseits, entsprechend § 93 Abs. 5 Satz 3 (dazu im folgenden) eingeschränkt, wenn ein gesetzmäßiger Beschluß der Hauptversammlung die betreffende Maßnahme deckt.

Anm. 7

3. Mitwirkung von Aufsichtsrat und Hauptversammlung

Von der zwingenden gesetzlichen Zuständigkeitsabgrenzung der Organe ergeben sich Abweichungen aus § 111 Abs. 4. Die Satzung kann bestimmen, daß der Vorstand bestimmte Arten von Rechtsgeschäften *nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats* vornehmen darf. Auch kann der Aufsichtsrat — ohne derartige Satzungsbestimmung oder über sie hinaus — von sich aus derartige Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands vorsehen. Stimmt der Aufsichtsrat nicht zu, so kann der Vorstand die Hauptversammlung anrufen, die mit qualifizierter Mehrheit entscheidet. Wegen der *gesetzlichen* Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands infolge des Zustimmungserfordernisses des Aufsichtsrats s. § 82 Anm. 12 und 14.

Dagegen sind für die *Hauptversammlung* Eingriffsrechte gegenüber dem Vorstand grundsätzlich (s. aber § 83 sowie § 82 Anm. 15) nicht vorgesehen. Die Satzung kann daher nicht bestimmen, daß bestimmte Arten von Rechtsgeschäften der Zustimmung der Haupt-

versammlung bedürfen. § 119 Abs. 2 bestimmt ausdrücklich, daß die Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung nur Beschluß zu fassen hat, *wenn der Vorstand es verlangt*. Selbst wenn der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 3 die Hauptversammlung einberuft und über eine Frage der Geschäftsführung entscheiden läßt, wird der Vorstand durch diese Beschlußfassung nicht gebunden. Das *Gesetz* hat aber in bestimmten Fällen die Vertretungsmacht des Vorstands dadurch beschränkt, daß es zur Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte die Zustimmung der Hauptversammlung erfordert (s. die in Anm. 2 oben angeführten Fälle). Eine Ausdehnung dieser Vorschriften in der Satzung auf andere Fälle, ist unzulässig. Es ist überhaupt jede Satzungsbestimmung unzulässig und somit nichtig, die eine Verschiebung der Stellung des Vorstands zu den anderen Organen zum Inhalt hat, soweit nicht die hier dargestellten Ausnahmen Platz greifen (s. Möhring-Schwartz-Rowedder-Haberlandt, S. 66). Die Hauptversammlung kann ihr Mißfallen mit der Geschäftsführung des Gesamtvorstands oder einzelner Vorstandsmitglieder nur durch Verweigerung der Entlastung ausdrücken (§ 120 Abs. 1). Ist diese nicht offenbar unsachlich motiviert, so kann der Aufsichtsrat die Vorstandsbestellung widerrufen (§ 84 Abs. 3 Satz 2). Im Hinblick auf die Zuständigkeit der Hauptversammlung bei Abschluß und Änderung von Unternehmensverträgen, die den Vorstand auf entsprechenden Beschluß der Hauptversammlung hin verpflichten, die erforderlichen Maßnahmen vorzunehmen und die beschlossenen Maßnahmen durchzuführen, ist im AktG 1965 die allgemeine Vorschrift des § 83 eingeführt worden, die den Vorstand zur Vorbereitung und Ausführung der von der Hauptversammlung beschlossenen Maßnahmen verpflichtet (vgl. die in Anm. 2 und § 83 Anm. 2 erwähnten Vorschriften). Soweit die Hauptversammlung bei der Erteilung von Weisungen an den Vorstand im Rahmen ihrer Zuständigkeiten handelt, ist der Vorstand zur Ausführung der betreffenden Maßnahmen verpflichtet (s. § 83 Anm. 3 sowie § 82 Anm. 15 und 18).

Anm. 8

4. Haftung

Die Vorschrift, daß der Vorstand die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“ leitet, bedeutet neben der zwingenden Zuständigkeitsabgrenzung die *Begründung eigener Haftung* und einer *besonderen Treuepflicht* gegenüber der Gesellschaft (dazu § 84 Anm. 59) innerhalb des dem Vorstand zugewiesenen Aufgabenkreises. Der Vorstand hat seine Leitung und Geschäftsführung selbst zu verantworten. Es genügt nicht, daß er die Beschränkungen innehält, die ihm Gesetz und Satzung für seine Geschäftsführung auferlegen (§ 77). Die Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrats entlastet ihn nicht, auch wenn die Satzung für das Geschäft diese Zustimmung erfordert (§§ 111 Abs. 4 i. V. m. § 93 Abs. 4 Satz 2). Daß er das Geschäft vornimmt, muß er selbständig verantworten. Für schuldhaftes Handeln kann er schadensersatzpflichtig sein; auch ohne daß ihn ein Verschulden trifft, kann seine Handlungsweise zur Entziehung des Vertrauens und zur Verweigerung der Entlastung führen. Jedes Vorstandsmitglied ist daher auch nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, bei Geschäfts- und Verwaltungsmaßnahmen, die vom Gesamtvorstand, dem Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung getroffen wurden, seine Bedenken und Einwände zu äußern; daß diese in sachlicher Form vorgebracht werden müssen, versteht sich (BGH 15, 71 [78]).

Das Gesetz gibt dem Vorstand *eine* allgemeine Möglichkeit, seine Verantwortung gegenüber der Gesellschaft auszuschließen. Er kann gemäß § 119 Abs. 2 die Beschlußfassung der Hauptversammlung über eine Frage der Geschäftsführung herbeiführen. Folgt er dann der von der Hauptversammlung getroffenen Entscheidung, so entfällt im Schadensfall die Ersatzpflicht des Vorstands gegenüber der Gesellschaft (§ 93 Abs. 4 S. 1); s. im einzelnen § 93 Anm. 32. Das gilt nicht für einen nur die Zustimmung des Aufsichtsrats ersetzenden Beschluß gem. § 111 Abs. 4 Satz 3 (§ 93 Anm. 30). Von einer Haftung gegenüber den Gläubigern der AG befreit ihn auch ein Beschluß der Hauptversammlung nicht (§ 93 Abs. 5 Satz 3). Über die Verantwortlichkeit der Vorstände des beherrschten und des herrschenden Unternehmens im Konzernverbund s. im übrigen die Kommentierung der einschlägigen Vorschriften.

III. Die sozial- und wirtschaftspolitischen Pflichten des Vorstands**Anm. 9****1. Gemeinwohl**

Die Berücksichtigung der Belange der Allgemeinheit, des Betriebs, der Arbeitnehmer, das war dem Vorstand nach § 70 AktG 1937 ausdrücklich aufgegeben (s. dazu die Einleitung oben). Die Streichung dieser unternehmerischen Zielvorschrift im neuen § 76 soll nach herrschender Ansicht eine Änderung des Rechtszustandes nicht herbeigeführt haben (vgl. außer der amtlichen Begründung bei Kropff S. 96, Baumbach-Hueck Rz. 1; Godin-Wilhelmi Anm. 5; Hanau BB 1969, 760f.).

Richtig ist sicher, daß sich in einer als sozialer Rechtsstaat verstehenden Gesellschaft (vgl. Art. 20, 26 GG) auch alle Rechtsunterworfenen, nicht nur Gesetzgebung und Verwaltung in Bund, Ländern und Gemeinden, diesem Verfassungsgebot zu fügen haben. Andererseits ist eine begriffliche Definition des im Wirtschaftsleben beachtlichen Gemeinwohls schwierig, wenn nicht unmöglich (vgl. schon den Bericht Teil I DJT StK S. 22 ff., ferner Mestmäcker, S. 34 ff.; ders. Verhandlungen des Vereins zur Sozialpolitik, 1964, S. 116 ff. s. auch Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse in Festschrift für Alfred Hueck, 1959, S. 439 ff.). Die Forderung nach angemessener Berücksichtigung der Belange von Kapitalgebern und Arbeitnehmern im Rahmen des Allgemeinwohls ist in der Tat so formuliert kaum konkretisierbar; vgl. zur Kritik auch Westermann in Freundesgabe für E. H. Vits, 1963, S. 265 ff. Ähnliches gilt auch für die Ableitung der Verpflichtung zur Wahrung des Gemeinwohls aus der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 II GG): eine dem Allgemeinwohl verantwortliche Unternehmensleitung ist allein aus der Verfügungsberechtigung des Vorstands über das Gesellschaftsvermögen der AG nicht genügend verdeutlicht (vgl. Duden in Festgabe für O. Kunze S. 127 ff. (133); a. A. BVerfG 14, 263 (Feldmühle) und Würdinger § 21 IV, 2).

Es ist in erster Linie die Befolgung der im Interesse der Allgemeinheit bestehenden Gesetzgebung, in der sich die Konkretisierung der Pflichten einer dem Allgemeinwohl verantwortlichen Unternehmensleitung darstellt; ähnlich wohl auch Mertens NJW 1970, 1718 (1719). Das fängt bei der Steuergesetzgebung an (Steuerehrlichkeit) und führt über die Sozialgesetzgebung zur Beachtung der Wettbewerbsordnung wie sie im UWG, GWB und im EWG-Vertrag normiert ist. Die in diesem Zusammenhang auch in der amtlichen Begründung erwähnte Auflösungsklage gemäß § 396 greift auch nur Platz, wenn die Verwaltung der AG das Gemeinwohl „durch gesetzwidriges Verhalten“ gefährdet. Die Leitung eines Großunternehmens ist darüberhinaus als verpflichtet und den Aktionären gegenüber als berechtigt anzusehen, allgemeine Belange und Interessen der Volkswirtschaft gebührend in Betracht zu ziehen, wie Reinerhaltung von Luft und Wasser, Förderung der Wissenschaft, Rücksichtnahme auf konjunkturpolitische Erfordernisse u. a. m.

Eine Berücksichtigung der staatlichen Interessen wird im übrigen vom Aktiengesetz im Zusammenhang mit einer dahingehenden Beschränkung der Publizität des Geschäftsberichts (§§ 160 Abs. 4, 334 Abs. 4) verlangt.

Es muß in dem hier aufgezeigten Rahmen die Berücksichtigung der Belange der Allgemeinheit als höherwertig gegenüber den Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer oder des Unternehmens der AG angesehen werden, a. A. Leo Die AG 1960, 261 ff., der von einer Prävalenz des Aktionärsinteresses ausgeht; kritisch dazu auch Godin-Wilhelmi Anm. 6, die von einer Gleichrangigkeit der in Betracht kommenden Interessen ausgehen; (vgl. auch Ballerstedt JZ 1968, S. 397 [399]).

Anm. 10**2. Wohl des Unternehmens**

Die Unternehmensleitung in einer nach marktwirtschaftlichen Prinzipien ausgerichteten Wirtschaftsordnung muß, wenn sie persönlich bestehen will, und sachlich den Bestand des Unternehmens mindestens erhalten will, die Berücksichtigung des

Rentabilitätsprinzips zu ihrer primären Richtschnur machen. Weder die Interessen der Allgemeinheit an einer funktionierenden Wirtschaft und ihrer einzelnen Glieder und einer daraus resultierenden Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zu angemessenen Preisen, noch die der Aktionäre nach Ertragsmaximierung, noch die der Arbeitnehmer nach höchstmöglicher Entlohnung und gleichzeitig nach Arbeitsplatzsicherung können gewährleistet werden, wenn das Unternehmen nicht rentabel arbeitet. (Die Nichtbeachtung des Rentabilitätsprinzips in subventionierten Versorgungsbetrieben kann hier außer Betracht bleiben). Es läuft also die Berücksichtigung des Unternehmensinteresses grundsätzlich gleich mit den langfristigen Interessen der Allgemeinheit und der Faktoren Kapital und Arbeit. Interessenkonflikte sind trotzdem gegeben, etwa bei einer auf Expansion gerichteten Investitionspolitik, die mit den augenblicklichen Gewinnerwartungen der Aktionäre kollidiert, oder Rationalisierungsmaßnahmen, die dem Interesse nach Arbeitsplatzsicherung widersprechen, oder etwa eine im Interesse der Kapitalbeschaffung erforderliche Dividendenpolitik, die nur bei umfangreichen Entlassungen durchgeführt werden kann. Der Vorstand ist derartigen Konflikten eigenverantwortlich ausgesetzt (so auch Farthmann, BB 1968, 473, 475). Ihre Lösung wird regelmäßig und von Fall zu Fall unter sorgfältiger Abwägung der betroffenen Interessen zu erfolgen haben. Sie ist optimal, wenn sie kurz- und langfristige Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer verbindet (im einzelnen s. auch Hanau BB 1969, 760 [763]). Eine Haftung entfällt, wenn der Vorstand als sorgfältiger und gewissenhafter Geschäftsleiter gehandelt hat (§ 93 Abs. 2).

Anm. 11

3. Interessen der Aktionäre

Daß der Vorstand nicht nur die Unternehmensinteressen sondern auch die der Aktionäre zu wahren hat, folgt aus deren Funktion als Kapitalgeber, gleich ob es sich um Mehrheits- oder Minderheitsaktionäre handelt (s. BGH 15, 78).

Andererseits geht es zu weit, über die Konstruktion eines Unterschieds zwischen „Interessen des Unternehmens“ und „Interessen der Gesellschaft“, als der durch die Aktionäre repräsentierten Körperschaft, vom Vorstand *primär* die Förderung des Gesellschaftsinteresses zu verlangen und dieses mit dem Interesse der Aktionäre an bestmöglichen Erträgen zu identifizieren; so Leo, Die AG 1957, 152 (156f.). Ähnlich auch Neuhaus, S. 91f. Das Aktionärsinteresse, insbesondere soweit es allein auf Erträge aus der Aktienbeteiligung gerichtet ist, oder soweit es sich als geschäftliches Interesse eines Großaktionärs darstellt, ist nur *ein* Aspekt, der allein, wie dargelegt, die dem Vorstand auferlegte Verantwortung für das Gesamtunternehmen der AG nicht umfaßt. Mit Recht weist Leo a. a. O., S. 154 m. w. N. im anderen Zusammenhang darauf hin, daß die aus dem Eigentumsbegriff des § 903 BGB fließenden Herrschaftsrechte ihre legitime Autorität aus der Übernahme des persönlichen Risikos des Eigentümers herleiten, daß aber dieser sachenrechtliche Eigentumsbegriff für die Begründung eines absoluten Herrschaftsanspruchs der Aktionäre nicht herangezogen werden kann. Der Aktionär ist weder Miteigentümer der AG (vgl. dazu die allgemeine Einleitung S. 12, 20) noch trägt er durch seine gesellschaftsrechtliche Beteiligung ein über seine Einlage hinausgehendes wirtschaftliches Risiko (vgl. § 1). Diese Beschränkung des Risikos findet ihre sachgerechte Ergänzung in der verantwortlichen Fremdverwaltung durch die Organe der AG, insbesondere den geschäftsführenden Vorstand.

Daß die Belange des Unternehmens mit denen der Aktionäre verknüpft sind, ergibt sich im übrigen aus der Abhängigkeit der AG vom Kapitalmarkt: Jede Erhöhung des Eigenkapitals der Gesellschaft (wie auch eine Fremdfinanzierung über die Börse) setzt eine die Aktionärsinteressen verständlich in Betracht ziehende Geschäftspolitik voraus, die damit auch wieder dem Wohl des Unternehmens dient. Dabei erscheint es nicht angängig, zwischen dem Interesse von Gegenwartsaktionären und dem zukünftiger Aktionäre zu unterscheiden (so Godin-Wilhelmi Anm. 5; s. auch Henn MDR 1957, 392 ff.). Der Bestand und die Entwicklung eines Unternehmens kann rechtlich nur zum Interesse der „gegenwärtigen“ Aktionäre in Bezug gesetzt werden. Das mögliche

Anm. 12

Interesse, im Wege der Kapitalerhöhung künftige Aktionäre heranzuziehen, kann im Einzelfall unter den erschwerten Bedingungen des § 186 Abs. 3 (Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts) eine Zurücksetzung der Interessen der „Gegenwartsaktionäre“ erforderlich machen, ist aber ohne entsprechenden Hauptversammlungsbeschluß undurchführbar. Und auch ein derartiger Beschluß unterläge der Anfechtung, wenn eine nicht vertretbare Zurückdrängung oder Schädigung der überstimmten Minderheit die Folge wären.

Soweit darüber hinaus die Interessen der Aktionäre als berechtigt und schützenswert anzusehen sind, individuell und im Rahmen der wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen der verfassungsrechtlichen Ordnung, trägt ihnen das AktG 1965 in gebührendem Maße Rechnung. Auf die Sonderproblematik der Belegschaftsaktionäre (vgl. § 71 Abs. 1 Nr. 2) kann hier nur hingewiesen werden.

Anm. 12

4. Interessen der Arbeitnehmer

Wie das richtig verstandene Wohl des Unternehmens mit dem seiner Aktionäre verknüpft ist, so sind auch jedenfalls langfristig das *Wohl* des Unternehmens und das seiner *Arbeitnehmer* keine Gegensätze, sondern Ergänzungen. Arbeitskämpfe und sozialer Unfriede im Betrieb werden sich immer nachteilig für das Unternehmen und damit auch die Aktionäre auswirken. Die Erhaltung und Förderung des sozialen Friedens ist daher ein notwendiges Erfordernis jeder verantwortungsbewußten Geschäftsleitung. Als allgemeine politische Forderung ist sie im sozialen Rechtsstaat selbstverständlich (vgl. den Ausschlußbericht bei Kropff, S. 98).

In weitem Umfang sind die sozialen Forderungen der Gegenwart durch die neuere Gesetzgebung verankert worden. Über die Betriebsräte ist den Arbeitnehmern in sozialen (§§ 56 ff. BetrVG), personellen (§§ 60 ff. BetrVG) und gewissen wirtschaftlichen Angelegenheiten (§ 67 ff. insbesondere 72 f. BetrVG) ein Mitbestimmungsrecht in der Geschäftsführung eingeräumt worden. Weiterhin muß regelmäßig ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG aus Arbeitnehmervertretern bestehen, wobei Ausnahmen nur für sogenannte Tendenzbetriebe und Familiengesellschaften bestehen (vgl. §§ 81, 76 Abs. 6 BetrVG), die insoweit freigestellt sind, und für die Unternehmen der Montan-Industrie und die Montan-Holding-Gesellschaften, die der qualifizierten Mitbestimmung unterliegen. Außer der hier gegebenen paritätischen Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat ist der *Arbeitsdirektor* zu nennen (§ 12 MitbestG, § 13 MitbestErgG), ein Amt, das geschaffen wurde, um die Interessen der Arbeitnehmer auch in den Vorständen der Montan-Gesellschaften möglichst nachhaltig vertreten zu können. Hingewiesen sei weiter auf das KündigungsschutzG vom 10. 8. 51 neu gefaßt vom 25. 8. 1969 (BGBl. I, 1317), das sozial ungerechtfertigten Kündigungen die Rechtswirksamkeit versagt und einen besonderen Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder und bei Massenentlassungen schafft. Weitere Gesetze schützen den Arbeitsplatz bestimmter Gruppen und machen es den Verwaltungen zur Pflicht, unverschuldet in Not Geratene zu beschäftigen. Es seien beispielhaft erwähnt der Mutterschutz, das Verbot der Kinderarbeit, der Schutz der minderjährigen Arbeitnehmer und die Bestimmungen zugunsten der Opfer der nat.-soz. Verfolgung, der Spätheimkehrer und der Schwerbeschädigten. Gesetzliche Versicherungspflichten und die Anordnung zur Unfallverhütung sind hier weiter zu nennen, ferner die gesetzlichen Regelungen zur Vermögensbildung der Arbeitnehmer. Durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen werden über das Gesetz hinaus zwischen den Sozialpartnern die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer gestaltet; neben Regelungen über Lohn, Arbeitszeit und Urlaub finden sich hier häufig Vereinbarungen über zu gewährende Sozialleistungen.

Das Wohl des Unternehmens erfordert darüber hinaus angemessene *freiwillige* Sozialleistungen, wie sie heute auch allgemein und zum Teil in weitem Ausmaß üblich sind.

Für das *Ausmaß der sozialen Leistungen* im Interesse der Arbeitnehmer ist die Tragbarkeit für das Unternehmen maßgebend. Der Vorstand setzt den Umfang der freiwilligen

Aufwendungen zu sozialen Zwecken nach eigenem pflichtmäßigen Ermessen fest. Er kann auch Rücklagen für künftige soziale Leistungen (Wohlfahrtsfonds, Pensionsfonds, Vermögensbildung usw.) selbständig in den Jahresabschluß einstellen, sofern er ihn mit Billigung des Aufsichtsrats aufstellt und sich dabei im Rahmen der Satzung hält (§ 172). Wegen Zuwendungen an rechtsfähige Unterstützungseinrichtungen s. auch Kuhn WM 1966, 52.

IV. Zusammensetzung des Vorstands (Abs. 2)

Anm. 13

1. Zahl der Vorstandsmitglieder

Das AktG 1965 beläßt es dabei, daß der Vorstand grundsätzlich aus einer oder mehreren Personen bestehen kann. Die Zahl der Vorstandsmitglieder setzt die Satzung fest. Enthält die Satzung keine ausdrückliche Bestimmung oder wiederholt sie den Gesetzestext, so bestimmt der Aufsichtsrat die Zahl der Mitglieder (Baumbach-Hueck § 23 Rn. 14; Möhring-Tank I 197). Möglich ist auch eine Satzungsbestimmung die Mindest- oder Höchstzahlen festlegt.

Da der Gesetzgeber es als im Interesse der Aktionäre unerwünscht ansieht, daß nur eine Person die AG leitet, einmal wegen der Größe der Verantwortlichkeit, zum anderen wegen der eher möglichen Verhütung von Mißbräuchen bei einem sich gegenseitig überwachenden mehrköpfigen Vorstand (s. die amtliche Begründung, bei Kropff S. 97), wird in Abs. 2 Satz 2 bestimmt, daß bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als 3 Millionen DM der Vorstand aus mindestens zwei Personen zu bestehen hat. Aber auch hier kann die Satzung, da es sich um eine Vorschrift im Interesse der Aktionäre handelt, bestimmen, daß der Vorstand aus nur einer Person besteht.

Nach Inkrafttreten des AktG 1965 war es zunächst streitig geworden, ob angesichts dieser Sonderregelung für größere Gesellschaften bei solchen noch die sehr häufig anzutreffende Satzungsbestimmung zulässig sei, daß der Vorstand aus einer oder mehreren Personen besteht (vgl. etwa Barz, DieAG 1966, 39, 41). Heute wird die Zulässigkeit einer solchen Satzungsregelung allgemein bejaht; s. schon Möhring NJW 1966, 5; Godin-Wilhelmi Anm. 10; Baumbach-Hueck Rn. 10 und § 23 Rn. 14; Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 85; Möhring-Tank I 196 und die amtliche Begründung zum G zur Durchführung der Ersten Richtlinie des Rates der EWG zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts BTDrucks. V/3862 zu Art. 2 Nr. 1. Dieses Gesetz (v. 15. 8. 1969, BGBl. I, 1146) hat § 23 im Hinblick auf die Regelung in § 76 Abs. 2 und die anerkannte Zulässigkeit einer dem Gesetzeswortlaut in Abs. 2 Satz 1 entsprechenden Satzungsbestimmung derart geändert, daß die Vorschrift, wonach die Satzung die Zusammensetzung des Vorstands bestimmen muß (§ 23 Abs. 3 Nr. 5 a. F.) ersatzlos gestrichen ist (s. auch § 23 Anm. 1).

Hat der Vorstand einer AG aus mindestens zwei Personen zu bestehen, dann genügt auch die Bestellung eines stellvertretenden Vorstandsmitglieds dem gesetzlichen Erfordernis (§ 94; wie hier auch Bürger DB 1966, 101; Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 87; Godin-Wilhelmi Anm. 10).

Ist der Vorstand nicht ordnungsgemäß besetzt, hat also eine AG mit einem Grundkapital von mehr als 3 Millionen DM nur ein Vorstandsmitglied, obgleich die Satzung entsprechend der gesetzlichen Regelung einen mehrköpfigen Vorstand vorschreibt, so ist sie nicht handlungsfähig (vgl. im einzelnen Anm. 5). Eine Strafvorschrift zur Erzwingung der Vervollständigung des Vorstands durch den Aufsichtsrat gibt es nicht; es kommt also nur gerichtliche Notbestellung (§ 85) oder gegebenenfalls eine Bestellung durch das Prozeßgericht (§ 57 ZPO) in Betracht. Schon im Hinblick auf diese Rechtsfolgen wird es ratsam sein, auch bei den größeren Gesellschaften es bei der üblichen Satzungsbestimmung, daß der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen kann, zu belassen und den Aufsichtsrat zu ermächtigen, jeweils die Zahl der Vorstandsmitglieder zu bestimmen (Möhring-Tank I 196; Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 84 ff.

2. Arbeitsdirektor (Abs. 2 Satz 2)

Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen lauten:

MitbestG § 13 (I) Als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs wird ein Arbeitsdirektor bestellt. Der Arbeitsdirektor kann nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der nach § 6 gewählten Aufsichtsratsmitglieder bestellt werden. Das gleiche gilt für den Widerruf der Bestellung.

(2) Der Arbeitsdirektor hat wie die übrigen Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben. Das Nähere bestimmt die Geschäftsordnung.

MitbestErgG § 13 Für die Bestellung der Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs und für den Widerruf ihrer Bestellung gelten § 75 (jetzt 84) des Aktiengesetzes und § 13 Abs. 1 Satz 1 des Mitbestimmungsgesetzes. § 13 Abs. 2 des Mitbestimmungsgesetzes findet Anwendung.

Daß die Vorschriften der Mitbestimmungsgesetze als Spezialnormen, wie nach bisherigem Recht, unberührt bleiben, dient lediglich der Klarstellung (Baumbach-Hueck Rn. 4). Schon bisher war es einhellige Meinung, daß in mitbestimmten AGs der Vorstand aus mindestens zwei Personen bestehen muß um dem Erfordernis, ein gleichberechtigtes Vorstandsmitglied als Arbeitsdirektor zu bestellen, zu genügen (vgl. die Voraufgabe Anm. 13; ferner Boldt MitbestG § 13 Anm. 2 (a) und § 12 Anm. 4 (d); Möhring-Tank, I 194; Müller-Lehmann MitbestG § 13 Anm. 7; Godin-Wilhelmi Anm. 11; Baumbach-Hueck Rn. 10). Ebenso wenig wäre es zulässig, in einer mitbestimmten AG nur einen Arbeitsdirektor als Vorstand zu bestellen (s. die amtliche Begründung, bei Kropff S. 97).

Zum Geschäftsbereich des Arbeitsdirektors s. § 77 Anm. 3 am Ende.

Über das bei Bestellung des Arbeitsdirektors gemäß § 13 MitbestG zu beachtende Verfahren vgl. § 84 Anm. 3.

Zur Frage, ob schon im Gründungsstadium ein Arbeitsdirektor bestellt werden muß, s. § 31 Anm. 4.

Über die Bedeutung der paritätischen Mitbestimmung — und den insofern sich abzeichnenden Funktionswandel des Vorstands — für das kollektive Arbeitsrecht s. Hanau BB 1969, 760 ff. Vgl. hier auch die Ergebnisse der Anhörung der Sachverständigenkommission „Mitbestimmung im Unternehmen“ (BTDrucksache VI/334, S. 93 ff.) zur Frage des Verhältnisses der paritätischen Mitbestimmung zum Tarifvertragsrecht.

V. Persönliche Voraussetzungen (Abs. 3)**1. Geschäftsfähigkeit**

§ 75 Abs. 1 Satz 2 AktG 1937 bestimmte, daß eine juristische Person nicht zum Vorstandsmitglied einer AG bestellt werden kann (wohl aber auch noch nach geltendem Recht zum Abwickler, § 265 Abs. 2 Satz 2). Jetzt heißt es in Abs. 3 positiv, daß Vorstandsmitglied nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein kann. Weitere Erfordernisse stellt das Gesetz nicht auf (vgl. aber auch Anm. 16). Die früher streitige Frage, ob auch beschränkt Geschäftsfähige zu Mitgliedern des Vorstands bestellt werden können, ist vom Gesetz im Sinne der auch in der Voraufgabe (§ 75 Anm. 5) vertretenen Meinung entschieden, in dem unbeschränkte Geschäftsfähigkeit verlangt wird. Nicht Geschäftsfähige und beschränkt Geschäftsfähige können ebenso wenig Vorstandsmitglieder werden wie juristische Personen; das gleiche gilt auch für Personengesellschaften als solche, wie BGB-Gesellschaften, OHG, KG oder etwa ein Nachlaß vertreten durch den Testamentsvollstrecker (wie hier Baumbach-Hueck, Rn. 9; Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 68). Es ist aber für zulässig erachtet worden, daß eine KG persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA wird (§ 278 ff.; s. OLG Hamburg DieAG 1967, 259 ff.).

Ferner können Aufsichtsratsmitglieder nicht gleichzeitig dem Vorstand angehören (§ 105 Abs. 1). Ausnahmsweise können aber Mitglieder des Aufsichtsrats für höchstens ein Jahr als Stellvertreter für ein fehlendes oder behindertes Vorstandsmitglied in den Vorstand delegiert werden (§ 105 Abs. 2).

Beamte bedürfen zum Eintritt in den Vorstand oder Aufsichtsrat einer AG der Genehmigung, die unter besonderen Umständen zu erteilen ist (vgl. u. a. § 65 Abs. 1 Ziff. 3 BundesbeamtenG). Das Fehlen der Genehmigung beeinträchtigt aber die Wirksamkeit der Bestellung nicht. Der Bundespräsident und die Mitglieder der Bundesregierung dürfen kraft Verfassungsrechts nicht zu Vorstandsmitgliedern bestellt werden, Art. 55 Abs. 2 und Art. 66 GG. Ähnliche Bestimmungen enthalten die Verfassungen der meisten Bundesländer (vgl. Art. 53 Abs. 2 Baden-Württemberg; Art. 57 Bayern; Art. 113 Bremen; Art. 39 Hamburg; Art. 25 Abs. 2 Niedersachsen; Art. 64 Abs. 3 Nordrhein-Westfalen; Art. 29 Schleswig-Holstein).

Vorstandsmitglied darf nicht sein, wer bereits Vorstand einer AG, Geschäftsführer einer GmbH oder persönlich haftender Gesellschafter einer OHG oder KG ist, § 88 Abs. 1 Satz 2; diese Vorschrift soll die Arbeitskraft des Vorstandsmitglieds für die AG sicherstellen. Mit Einwilligung des Aufsichtsrats kann auf ihre Einhaltung genau so wie auf die der anderen Wettbewerbsverbote des § 88 verzichtet werden. Im Konzern ist eine Ämterhäufung bei Vorstandsmitgliedern in dem Sinne, daß Mitglieder des Vorstands des herrschenden Unternehmens auch den Vorständen beherrschter Unternehmen angehören, häufig anzutreffen (Würdinger § 21 III 2). Demgegenüber sind sogenannte Überkreuzungsverflechtungen bei Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht zulässig (§ 100 Abs. 2 Ziff. 2 und 3).

Nicht gefordert wird, daß die Vorstandsmitglieder Inhaber von Aktien sind, inländischen Wohnsitz haben oder wenigstens einige die deutsche Staatsangehörigkeit haben; nicht ausgeschlossen sind auch Personen, die etwa wegen Vermögensdelikten vorbestraft oder in Konkurs gefallen sind.

Anm. 16

2. Weitere Erfordernisse

Die Satzung kann aber beliebige *weitere Erfordernisse* vorsehen, wie eine bestimmte Staatsangehörigkeit, inländischen Wohnsitz oder Wohnsitz am Ort der Geschäftsleitung, männliches Geschlecht, Familienzugehörigkeit, bestimmtes Mindest- oder Höchstalter, Aktionärserschaft und dergleichen. Die Grenze der Gestaltungsfreiheit der Satzung liegt einmal bei der allgemeinen Sittenwidrigkeit und zum anderen bei dem nicht entziehbaren Recht des Aufsichtsrats, den Vorstand zu bestellen; der Kreis der bestellbaren Personen darf daher nicht so eng gezogen werden, daß dem Aufsichtsrat jede Auswahlmöglichkeit genommen ist (Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 68).

Anm. 17

3. Rechtsfolgen

Ein Verstoß gegen die gesetzlich geforderten Voraussetzungen macht die Vorstandsbestellung nichtig. Bei nachträglichem Eintritt einer Beschränkung oder des Wegfalls der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit tritt die Nichtigkeit der Bestellung mit dem Eintritt des Verlusts der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit ein. Ein Dritter, mit dem dieses Vorstandsmitglied im Namen der AG ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, kann sich auch nicht auf den Grundsatz berufen, daß die AG gutgläubigen Dritten gegenüber als Vorstand gegen sich gelten lassen muß, wen sie als solchen hat nach außen auftreten lassen.

Der Grundsatz über die Wirkung des äußeren Auftretens im kaufmännischen Verkehr kann keine Wirkungen haben, die nicht durch Rechtsgeschäft herbeigeführt werden könnten; er findet daher an der gesetzlichen Unfähigkeit, zum Vorstandsmitglied bestellt zu werden, eine Grenze. Daher versagt er auch bei nachträglichem Wegfall der

Anm. 18

Geschäftsfähigkeit eines Vorstandsmitglieds § 15 HGB (vgl. BGH WM 1970, 478 = DB 1970, 677; abw. Schlegelberger-Quassowski § 75 AktG 1937 Anm. 4).

Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot des § 88 führt dagegen nur zu Schadensersatzverpflichtungen und gibt gegebenenfalls dem Aufsichtsrat das Recht, die Vorstandsbestellung zu widerrufen. Auch ein Verstoß gegen satzungsmäßige Erfordernisse führt nicht zu einer Nichtigkeit der Bestellung (so heute die h. L.: Baumbach-Hueck Rn. 9; Godin-Wilhelmi Anm. 8; Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 69; Würdinger § 21 III 2; Dose S. 22, 30). Andererseits verpflichtet und berechtigt regelmäßig ein Verstoß gegen die satzungsmäßigen Voraussetzungen den Aufsichtsrat zum Widerruf der Bestellung. Das gilt auch, wenn durch die Satzung geforderte persönliche Eigenschaften nachträglich wegfallen. Ob auch ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages gegeben ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab; (a. A. Baumbach-Hueck-Rn. 9, die offenbar grundsätzlich einen wichtigen Grund auch zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages annehmen).

Anm. 18

VI. Außerordentlicher Vertreter

Um den aus der Spaltung Deutschlands sich ergebenden Schwierigkeiten zu begegnen, wurde für das im Gebiet der Bundesrepublik befindliche Teilvermögen im Osten enteigneter oder nicht handlungsfähiger Gesellschaften die Möglichkeit geschaffen, außerordentliche Vertreter zu bestellen.

Gesellschaften, die ihren Sitz in Deutschland, aber außerhalb des Geltungsbereichs des DMBilG hatten, waren verpflichtet, für ihre westlichen Zweigniederlassungen einen oder mehrere „ständige Vertreter“ zu bestellen, sofern nicht im Währungsgebiet West eine ausreichende gesetzliche Vertretung vorhanden war, § 2 Abs. 2 DMBilG. Der „ständige Vertreter“ hatte die Befugnis der gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, vertrat also insoweit nach außen das Westvermögen im Rahmen der vorhandenen oder zu errichtenden Zweigniederlassung. Durch die Bestellung eines derartigen Vertreters wurde jedoch die Geschäftsführungsbefugnis eines nicht im Währungsgebiet West wohnhaften Vorstands nicht berührt, ebensowenig konnten die durch Satzung oder Gesetz bestehenden Regelungen der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis außer Kraft gesetzt werden, vgl. Schmölder-Gessler-Merkel, Komm. z. DMBilG, § 2 Anm. 25; Teichmann-Köhler, § 70 Anm. 6. Sah also die Satzung Kollektivvertretung vor, so mußten auch eine entsprechende Anzahl „ständiger Vertreter“ bestellt werden. Der „ständige Vertreter“ hat Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen und auf angemessene Vergütung. Er konnte gegebenenfalls auch durch das Gericht bestellt werden, vgl. § 2 Abs. 4 und 5 DMBilG. Eine Sonderregelung für Geldinstitute mit dem Sitz in den Ostgebieten war durch § 9 der 35. DVO z. UG geschaffen: für die Verwaltung der im Währungsgebiet West vorhandenen Vermögenswerte bestellte die Bundesbank *Treuhänder*, welche gerichtlich und außergerichtlich das Westvermögen vertreten und hinsichtlich ihrer Geschäftsführung der Aufsicht der Bundesbank unterliegen.

Schließlich konnte, unabhängig von den genannten Bestimmungen, die vornehmlich aus währungsrechtlichen Erwägungen geschaffen wurden, und in Abweichung von den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, für AG mit dem Sitz in den Gebieten, in denen die deutsche Gerichtsbarkeit nicht mehr ausgeübt wird, Abwesenheitspfleger bestellt werden, „wenn die Verbindung mit . . . den zur Vertretung berechtigten Personen der juristischen Person . . . unterbrochen oder in einer Weise erschwert ist, daß die Vermögensangelegenheiten . . . nicht ordnungsgemäß besorgt werden können,“ § 10 ZustErgG v. 7. 8. 1952 (BGBl. I 407).

Außer den hier erwähnten außergewöhnlichen Vertretern, die anstelle weggefallener oder nicht erreichbarer Vorstandsmitglieder eingesetzt werden können, besteht noch die Möglichkeit, neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte in entsprechender Anwendung von § 30 BGB „besondere Vertreter“ zu bestellen (§ 1 Anm. 3). Die Bestellung solcher Vertreter kann die Satzung vorschreiben; sie sind damit zwar Organe der AG und unterliegen somit der strengen Haftung des § 31 BGB, jedoch sind sie nicht

gesetzliche Vertreter der AG und sind der Weisungsbefugnis des Vorstands unterworfen (Godin-Wilhelmi Anm. 13). Im Einzelnen vgl. auch Frels DieAG 1958, 79ff.

Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus der Gründung gegen die nach den §§ 46 bis 48, 53 Verpflichteten oder aus der Geschäftsführung gegen Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstands oder aus § 117 kann die Hauptversammlung *besondere Vertreter* bestellen (§ 147 Abs. 3).

§ 77 Geschäftsführung

(1) Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so sind sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt. Die Satzung oder die Geschäftsordnung des Vorstands kann Abweichendes bestimmen; es kann jedoch nicht bestimmt werden, daß ein oder mehrere Vorstandsmitglieder Meinungsverschiedenheiten im Vorstand gegen die Mehrheit seiner Mitglieder entscheiden.

(2) Der Vorstand kann sich eine Geschäftsordnung geben, wenn nicht die Satzung den Erlaß der Geschäftsordnung dem Aufsichtsrat übertragen hat oder der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung für den Vorstand erläßt. Die Satzung kann Einzelfragen der Geschäftsordnung bindend regeln. Beschlüsse des Vorstands über die Geschäftsordnung müssen einstimmig gefaßt werden.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		II. Geschäftsordnung (Abs. 2)	
I. Geschäftsführung (Abs. 1)	1	1. Inhalt	6
1. Gesamtgeschäftsführung	2	2. Zuständigkeit für den Erlaß	
2. Abweichende Regelungen	3	a) Satzung	7
3. Verbot des Alleinentscheidungsrechts	4	b) Aufsichtsrat	8
4. Art der Beschlußfassungen	5	c) Vorstand	9
		3. Form	10

Einleitung

Wie schon das AktG 1937 übernimmt auch AktG 1965 die scharfe Trennung zwischen der nach außen wirkenden Vertretungsbefugnis und der im Innenverhältnis geltenden Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands (vgl. § 76 Anm. 3 und 4). Wie aber die Geschäftsführungsbefugnis in einem mehrköpfigen Vorstand ausgeübt wird, bestimmte das AktG 1937 nicht, überließ es vielmehr der Satzung oder der vom Aufsichtsrat oder vom Vorstand selbst erlassenen Geschäftsordnung, die erforderlichen Regelungen zu treffen. Nur in § 70 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 war bestimmt, daß ein Vorstandsvorsitzender, falls die Satzung schweigt, bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand die Alleinentscheidungsbefugnis habe. Diese gesetzliche Verankerung der Stellung eines „Generaldirektors“, die schon vor dem Inkrafttreten des AktG 1937 als satzungsmäßige Regelung anzutreffen war (vgl. § 70 Anm. 20 der Vorauf.), ist nunmehr unzulässig. Die Gesetzesänderung entspricht einem von allen Seiten einmütig vorgetragenen Reformwunsch (vgl. auch die Einleitung zu § 76 und die Vorauf. a. a. O.).

Das Gesetz regelt jetzt ferner die früher streitige Frage, ob grundsätzlich bei einem mehrgliedrigen Vorstand die Geschäftsführung nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann oder ob Stimmenmehrheit entscheidet oder gar Alleingeschäftsführungsbefugnis gegeben ist, im Sinne der auch in der Voraufage (§ 70 Anm. 15) vertretenen Gesamtgeschäftsführung.

Anm. 1, 2

§ 77 stellt schließlich in Abs. 2 Regeln über den Erlaß einer Geschäftsordnung für den Vorstand auf. Früher erwähnte lediglich § 13 Abs. 2 MitbestG das an sich bei größeren Gesellschaften in der Praxis ganz allgemein übliche und auch aus sachlichen Gründen notwendige Vorhandensein einer Geschäftsordnung.

Anm. 1

I. Geschäftsführung (Abs. 1)

Die Leitungsbefugnis des Vorstands (§ 76 Anm. 2) umfaßt die Führung der Geschäfte und die Vertretung der AG (vgl. § 76 Anm. 3 und 4). Während die Vertretungsbefugnis des Vorstands aber nicht beschränkt werden kann (§ 82 Abs. 1), sind die Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, die Geschäftsführungsbeschränkungen, die ihnen im Rahmen des Gesetzes durch die Satzung, den Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und eine Geschäftsordnung auferlegt werden, einzuhalten (§ 82 Abs. 2).

Unzulässig ist es aber, ein Vorstandsmitglied, auch ein stellvertretendes, von der Geschäftsführung ganz auszuschließen (wie hier auch Baumbach-Hueck Rn. 4; Würdinger § 21 IV 3 e). Nicht notwendig ist es dagegen, daß Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis zusammenfällt, wenn ein mehrgliedriger Vorstand vorhanden ist (vgl. Möhring-Tank I 229). Es kann Gesamtvertretungsbefugnis aller Vorstandsmitglieder oder Kollektivvertretung mehrerer Vorstandsmitglieder (§ 78 Abs. 2 und 3) neben der Geschäftsführungsbefugnis jedes einzelnen Vorstandsmitglieds oder Einzelvertretung neben Kollektivgeschäftsführung vorgesehen sein.

Im Konzernwesen ist die Geschäftsführungsbefugnis durch die Leitungsmacht der herrschenden Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages oder bei Eingliederung zwar eingeschränkt (vgl. §§ 308 Abs. 2, 323), ohne das aber grundsätzlich die Regelung des § 77 außer Kraft gesetzt wäre (vgl. auch § 76 Anm. 2 am Ende).

Anm. 2

1. Gesamtgeschäftsführung

Entsprechend der Regelung für die Vertretungsbefugnis in § 78 Abs. 2 S. 1 sieht das Gesetz auch für die Geschäftsführungsbefugnis grundsätzlich Gesamtgeschäftsführung vor. D. h. daß Vorstandsbeschlüsse einstimmig zustande kommen müssen oder anders gesagt, daß jedem Mitglied ein Vetorecht zusteht (so auch die amtliche Begründung, bei Kropff S. 99; Godin-Wilhelmi Anm. 2). Das Gesetz folgt damit der auch bisher schon zum AktG 1937 h. L. (vgl. die Vorauf. § 70 Anm. 15) und der bewährten Regelung in den §§ 114, 161 Abs. 2 und 164 HGB für die Personalgesellschaften des Handelsrechts. Soweit — insbesondere bei größeren Gesellschaften — die gesetzliche Regelung zu schwerfällig oder sonst nicht zweckmäßig scheint, kann durch die Satzung oder durch eine gemäß Abs. 2 zu erlassende Geschäftsordnung eine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen werden. Bei Beschlußfassung über die Geschäftsordnung, soweit sie vom Vorstand erlassen ist, bleibt es aber kraft Gesetzes beim Grundsatz der Kollektivgeschäftsführung (Abs. 2 S. 3). Das gilt auch für Änderungen (vgl. im übrigen Anm. 9).

Bestimmte Aufgaben und Handlungen des Vorstandes sind immer vom Gesamtvorstand zu verantworten. Es sind dieses die sogenannten *Mindestzuständigkeiten*, die weder durch die Satzung noch durch eine Anordnung des Aufsichtsrats dem Vorstand als solchem entzogen werden können und die somit auch bei Bestehen einer Geschäftsverteilung (dazu Anm. 3) der Beschlußfassung durch den Gesamtvorstand unterliegen. (vgl. zusammenfassend Frels ZHR 122, 8 [24 ff.]). Zunächst ist hier das Recht und die Pflicht zur Leitung der Gesellschaft zu nennen (§ 76 Abs. 1). Die eigenverantwortliche Leitungsbefugnis kann auf kein anderes Organ übertragen oder sonstwie beschränkt werden (vgl. im einzelnen § 76 Anm. 6). Ebenso obliegt die Sorge für die Buchführung (§ 91) dem Gesamtvorstand, selbst wenn ein Mitglied nach der Geschäftsverteilung zuständig ist (im einzelnen Anm. 2 und 3 zu § 91). Die Aufstellung des

Jahresabschlusses (vgl. § 91 Anm. 4 und § 184 Anm. 3) und die Abfassung des Geschäftsberichts (§§ 160, 334) sowie des Abhängigkeitsberichts (§ 312) gehören gleichfalls zu den gesetzlichen Pflichten des gesamten Vorstands. Auch die Vorstandspflichten bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit (§ 92) obliegen allen Mitgliedern. Gleiches gilt für die Berichterstattungspflicht an den Aufsichtsrat (§ 90) sowie die Pflicht zur Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 83). Auch alle öffentlich-rechtlichen Pflichten und Aufgaben (vgl. § 76 Anm. 9) gehören hierher, soweit sie das Gesamtunternehmen der AG betreffen. Jedes einzelne Vorstandsmitglied ist darüber hinaus verpflichtet, etwaige Bedenken gegen Geschäftsleitungsmaßnahmen sowie Pflichtverletzungen oder Versagen von anderen Vorstandsmitgliedern dem Aufsichtsrat (oder dessen Vorsitzenden) vorzutragen (BGH 15, 78).

Eine gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung findet sich in § 121 Abs. 1 S. 2: über die Einberufung der Hauptversammlung beschließt der Vorstand immer mit einfacher Mehrheit.

Anm. 3

2. Abweichende Regelungen

Das Gesetz läßt Abweichungen vom Prinzip der Gesamtgeschäftsführung durch die Satzung oder die Geschäftsordnung zu.

a) Es kann also bestimmt werden, daß der Vorstand grundsätzlich oder in bestimmten Fällen durch Mehrheitsbeschluß entscheidet. Es sind auch alle Arten von qualifizierten Mehrheiten zulässig, etwa für bestimmte Geschäfte oder Maßnahmen, und es kann natürlich auch für bestimmte Fälle Einstimmigkeit verlangt werden. Entsprechend kann auch vorgesehen werden, ein Widerspruchsrecht einzelner oder bestimmter Vorstandsmitglieder oder von Minderheitsgruppen im Vorstand (siehe auch Anm. 4).

b) Daneben ist als eine abweichende Regelung von der Gesamtgeschäftsführung üblicherweise die Geschäftsverteilung unter den einzelnen Mitgliedern des Vorstandes geregelt. Das beginnt mit einer Teilung der Zuständigkeiten in kaufmännische und technische Leitung bis hin zu höchst differenzierten Aufgliederungen der einzelnen Arbeitsgebiete und Geschäftsbereiche. In Unternehmen mit heterogenen Fertigungszweigen stellen sich naturgemäß andere Probleme als bei solchen mit übersichtlicher oder gar uniformer Produktion. Die in der US-amerikanischen Gesellschaftspraxis oft anzutreffende sehr weitgehende selbstverantwortliche Kompetenz einzelner Mitglieder des Board of Directors in der Leitung sogenannter Divisions wird neuerdings auch in der Bundesrepublik praktiziert. Daneben sind Geschäftsverteilungen nach örtlichen Gesichtspunkten möglich und insbesondere bei überregionalen durch zahlreiche Filialen tätigen Unternehmen des Handels und des Dienstleistungsgewerbes sowie bei Banken und Versicherungsgesellschaften anzutreffen.

Für die Vertretungsbefugnis gilt das alles nicht (§ 82 Abs. 1).

c) Das Gesetz legt allein im Bereich der Montan-Industrie (§ 13 Abs. 2 MitbestG; vgl. § 76 Anm. 14) fest, daß der als gleichberechtigtes Vorstandsmitglied zu bestellende Arbeitsdirektor seine Aufgaben im „engsten Einvernehmen“ mit dem Gesamtvorstand auszuüben habe und daß das Nähere die Geschäftsordnung bestimme. Trotz gewisser unterschiedlicher Auffassungen scheint in der Praxis Einigkeit über den Umfang des Aufgabenbereichs des Arbeitsdirektors zu bestehen (Würdinger § 21 IV 3c; Spieker BB 1968, 1089 jeweils m. w. N.). Man rechnet zu den unentziehbaren Zuständigkeiten die die Arbeitnehmer betreffenden Fragen, insbesondere Lohn- und Gehaltspolitik, Einstellungen und Entlassungen, Arbeitsschutz, Sozial- und Altersfürsorge einschließlich Pensionsfragen, Gesundheitswesen sowie Berufs- und Weiterbildung.

Nachweise über die Literatur zur Institution des Arbeitsdirektors s. bei Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. Bd. II/2, S. 1536.

d) Nicht zulässig ist es, Meinungsverschiedenheiten im Vorstand durch den Aufsichtsrat oder einen Ausschuß des Aufsichtsrats entscheiden zu lassen. Durch eine der-

Anm. 4

artige Bestimmung in der Satzung oder der Geschäftsordnung für den Vorstand wäre § 111 Abs. 4 verletzt, der die Übertragung von Maßnahmen der Geschäftsführung auf den Aufsichtsrat verbietet. Das hindert jedoch nicht, daß der Aufsichtsrat bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand schlichtend eingreift. Das ergibt sich schon aus seiner Überwachungsfunktion.

e) Besteht *Mehrheitsprinzip* für Entscheidungen des Vorstands, es ist in der Praxis mehrgliedriger Vorstände wohl die Regel, so hat sich das übereinstimmende Mitglied der Mehrheit zu beugen. Jedoch kann eine Ersatzpflicht bei die Gesellschaft schädigenden Beschlüssen entfallen, wenn das widersprechende Vorstandsmitglied den von ihm abgelehnten Beschluß im übrigen sorgfältig und gewissenhaft ausgeführt hat (im einzelnen s. § 93 Anm. 22). Weigert sich ein Vorstandsmitglied, ordnungsgemäß zustande gekommene Beschlüsse des Gesamtvorstands auszuführen, so ist das ein Abberufungsgrund (vgl. § 84 Anm. 31 und Godin-Wilhelmi Anm. 6). Meint andererseits ein überstimmtes Vorstandsmitglied, die beschlossenen Maßnahmen nicht mitverantworten zu können, so muß es sein Amt niederlegen (im einzelnen § 84 Anm. 37 ff.).

f) Eine *Geschäftsverteilung*, die den einzelnen Vorstandsmitgliedern besondere Arbeitsgebiete zuweist, gibt jedem Mitglied für sein Gebiet die alleinige Geschäftsführungsbefugnis und schließt damit die einzelnen Mitglieder von der selbständigen Geschäftsführung auf dem Gebiet des anderen aus (vgl. Frels ZHR 122, 8 [27 ff.]; Spieker DB 60, 927 f.). Die Vorstandsmitglieder sind damit aber nicht von jeder Verantwortung für die ihnen fremden Arbeitsgebiete frei. Es trifft sie, sofern sie selbst die Geschäftsverteilung vorgenommen haben (dazu Anm. 9), die Haftung für ordentliche Auswahl und in jedem Fall die Haftung für gegenseitige Überwachung. Jedes Vorstandsmitglied behält daher für die fremden Arbeitsgebiete ein *Widerspruchsrecht* gegen Handlungen der dort zuständigen Vorstandsmitglieder. Es kann eine Entscheidung des Gesamtvorstands anrufen oder die Abberufung eines pflichtwidrig handelnden durch den Aufsichtsrat anregen. Es ist hierzu auch verpflichtet (BGH 15, 78; vgl. auch Godin-Wilhelmi, Anm. 6). Der Aufsichtsrat, der nur mittelbar über § 111 Abs. 4 und § 82 Abs. 2 in die Geschäftsführung eingreifen kann, ist nicht befugt, durch eine Geschäftsverteilung innerhalb des Vorstands oder durch die Anstellungsverträge mit den einzelnen Vorstandsmitgliedern diese etwa zu Vorstandsmitgliedern minderen Rechts zu machen. Das Recht und die Pflicht der Vorstandsmitglieder zur Geschäftsführung der AG ist grundsätzlich unteilbar (s. auch Würdinger § 21 IV e), und jede Beschränkung eines Vorstandsmitglieds durch Anstellungsvertrag, Anordnung des Aufsichtsrats, der Hauptversammlung oder der Satzung (gem. § 82 Abs. 2) enthebt ihn nicht der Mitverantwortung für die ihm entzogenen Arbeitsgebiete, genauso wenig, wie im Falle der vom Vorstand vorgenommenen Geschäftsverteilung, vgl. wegen der Haftung, Anm. 21 zu § 93 sowie im einzelnen wegen der sog. Mindestzuständigkeiten, Anm. 2.

Anm. 4

3. Verbot des Alleinentscheidungsrechts

Das Gesetz läßt auch heute noch die Bestellung eines Vorsitzenden des Vorstands zu, wenn ein mehrköpfiger Vorstand bestellt wird (§ 84 Abs. 2; im einzelnen s. § 84 Anm. 60). Nicht zulässig ist aber eine Regelung der Satzung oder der Geschäftsordnung, wonach ein Mitglied oder auch eine Minderheit im Vorstand bei Meinungsverschiedenheiten entscheiden kann. Damit ist das gemäß § 70 AktG 1937 zulässig gewesene Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden abgeschafft. Es verstößt nicht nur gegen das Kollegialitätsprinzip, sondern auch das Recht und die Pflicht eines jeden Vorstandsmitgliedes zur eigenverantwortlichen Leitung der AG (§ 76 Abs. 1). Die amtliche Begründung (bei Kropff S. 99) weist auch auf die Gefahr hin, daß das Alleinentscheidungsrecht zu vorschnellen und nicht gründlich durchdiskutierten Entscheidungen verführen kann. In AGs, die den MitbestG unterliegen, wurde die Bestellung eines Vorstandsvorsitzenden mit Alleinentscheidungsbefugnis schon unter dem AktG 1937 als unzulässig angesehen (vgl. die Vorauf. § 70 Anm. 19).

Die Bestellung eines Vorsitzenden des Vorstands obliegt, wenn die Satzung schweigt, dem Gesamtaufsichtsrat (§ 107 Abs. 3). Der Vorstand selbst kann keinen Vorsitzenden aus seiner Mitte ernennen (§ 84 Abs. 2; vgl. Möhring-Schwarz, Rohwedder-Haberlandt, S. 88); es kann aber ein Mitglied zum *Sprecher des Vorstands* gewählt werden (s. auch Anm. 6). Ein nicht vom Aufsichtsrat bestellter Vorsitzender ist nicht Vorsitzender im Sinne des Aktienrechts (Dose, S. 31 ff.). Es besteht auch kein Erfordernis, weder für die Satzung noch für den Aufsichtsrat, die Bestellung eines Vorsitzenden vorzusehen bzw. durchzuführen. Ist ein Vorsitzender bestellt, so kann in der Satzung oder in der Geschäftsordnung bestimmt werden, daß seine Stimme bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt (Stichentscheid), so die h. L., siehe etwa die amtliche Begründung, bei Kropff, S. 99; Godin-Wilhelmi Anm. 4; Baumbach-Hueck Rn. 7. Ein Stichentscheid des Vorsitzenden kann aber in einem zweigliedrigen Vorstand nicht vorgesehen werden; denn dann würde bei Meinungsverschiedenheiten ein Mitglied immer entscheiden.

Vorgesehen werden kann aber, daß dem Vorsitzenden gegen Vorstandsbeschlüsse ein *Widerspruchsrecht* zusteht. Das entspricht der Rechtslage bei Gesamtgeschäftsführung insoweit, als ohne abweichende Regelung jedes Vorstandsmitglied ein Widerspruchsrecht hat (vgl. Anm. 3). Es ist nicht einzusehen, weshalb der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung nicht durch Satzung oder Geschäftsordnung auch derart modifiziert werden kann, daß einem einzelnen Vorstandsmitglied (oder einer Minderheit der Mitglieder) ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird; das kann der Vorsitzende sein, aber auch das älteste Mitglied — an Jahren oder an Dienstzeit — und dergleichen. Mit Recht wird zur Begründung der hier vertretenen Auffassung von Baumbach-Hueck (Rn. 8) einmal darauf hingewiesen, daß die Rechts- und Interessenlage der des § 115 Abs. 1 HGB entspricht und zum anderen der Gesetzgeber des AktG 1965 nur verhindern wollte, daß gegen die Mehrheit Entscheidungen erzwungen werden können, während ein Widerspruchsrecht lediglich die Möglichkeit zur Verhinderung einer bestimmten Maßnahme gibt (s. auch Dose S. 100). Ein pflichtwidrig erhobener, die Interessen der AG schädigender Widerspruch ist unbeachtlich (vgl. Hueck, OHG, 3. Aufl. S. 93 ff.).

Im übrigen ist der Vorstandsvorsitzende *primus inter pares*; er beruft und leitet die Sitzungen, er setzt die Tagesordnung fest, er fertigt die Niederschriften aus, er repräsentiert die Gesellschaft; oft obliegt ihm insbesondere die Koordinierung der Arbeit des Gesamtvorstands, vgl. ferner § 84 Anm. 60.

Anm. 5

4. Art der Beschlußfassung

Grundsätzlich faßt ein mehrgliedriger Vorstand seine Beschlüsse in Versammlungen (Sitzungen), vgl. §§ 28 Abs. 1 i. V. m. 32 und 34 BGB, die soweit anwendbar sind, als nicht aktienrechtliche Sonderregelungen entgegenstehen, insbesondere das Einstimmigkeitsprinzip gemäß § 77 Abs. 1 S. 1 (s. Anm. 2 oben). Schriftliche Beschlußfassungen sind nur zulässig, wenn alle Mitglieder zustimmen. Zu Vorstandssitzungen müssen alle Mitglieder geladen werden, wobei bei fehlender Regelung in der Geschäftsordnung eine den Umständen nach angemessene Frist gewahrt werden muß. Fehlende Ladung aller im Amt befindlichen Vorstandsmitglieder führt grundsätzlich zur Unwirksamkeit des Beschlusses (vgl. OLG Schleswig NJW 60, 1862), auch wenn nicht Gesamtgeschäftsführungsbefugnis (Anm. 2), sondern Mehrheitsprinzip gilt.

Mangels bestimmter in der Geschäftsordnung festgelegter Regeln ist die Frage der Beschlußfähigkeit des Vorstands bei außerordentlichen und keinen Aufschub duldenden dringlichen Maßnahmen von Fall zu Fall im Rahmen einer sorgfältigen Geschäftsführung zu entscheiden (vgl. auch Godin-Wilhelmi Anm. 5). In derartigen außergewöhnlichen Situationen werden die anwesenden Vorstandsmitglieder ohne Rücksicht auf die abwesenden, nicht erreichbaren Mitglieder Beschlüsse fassen müssen, während weniger dringende Geschäfte immer zu vertagen sind, bis alle Mitglieder an der Beschlußfassung teilnehmen können. Bei Gesamtgeschäftsführung hat jedes Mitglied ein nachträgliches Widerspruchsrecht, bei besonders vorgesehenem Widerspruchsrecht der Berechtigten.

Anm. 6

Ein nachträglicher Widerspruch, der durch die tatsächlichen Ereignisse überholt ist, ist unbeachtlich (Godin-Wilhelmi a. a. O.), andernfalls ist die betreffende Maßnahme rückgängig zu machen (vgl. Dose S. 97 ff.).

Für die Rechte und Pflichten der nicht an der Beschlußfassung beteiligten Vorstandsmitglieder gilt, was auch für überstimmte Mitglieder gilt: sie haben sich der getroffenen Maßnahme zu beugen, unbeschadet der Pflicht, die Angelegenheit, falls sie es im Interesse der Gesellschaft für erforderlich halten, sei es im Gesamtvorstand, sei es gegenüber dem Aufsichtsrat, erneut zur Sprache zu bringen (vgl. Anm. 3 insbesondere zu e und f).

Beschlüsse des Vorstands können formlos, also auch mündlich oder stillschweigend gefaßt werden (BGH WM 1960, 1248 [1249]). Ebenso ist Beschlußfassung in einer ordnungsgemäß einberufenen Sitzung nicht Gültigkeitserfordernis, sofern nur Beschlußfähigkeit gegeben ist. Bei einem mehrgliedrigen Vorstand dürfte aber die Anfertigung von Niederschriften über Beschlüsse, gleich ob sie in Sitzungen, im Umlaufverfahren oder telefonisch oder telegrafisch gefaßt wurden, der Üblichkeit entsprechen. Bei der Bedeutung und der Schwere der Verantwortung der einzelnen Mitglieder und des Gesamtvorstands ist jedenfalls bei größeren Gesellschaften zu verlangen, daß Niederschriften angefertigt werden, deren Fehlen eine Verletzung der erforderlichen Sorgfalt (gem. § 93 Abs. 1) ist. Auch der BFH Großer Senat geht in seiner Entscheidung zur Frage der Vorlagepflicht von Vorstandsprotokollen (BStBl. II 1968, 365) davon aus, daß die Anfertigung von Protokollen im allgemeinen erforderlich ist. Die Geschäftsordnung kann Fragen der Beschlußfassung des Vorstands, der Art der Protokollierung und der Bekanntmachung der Beschlüsse im einzelnen regeln. Jedes Mitglied kann Einsicht und Abschriften verlangen. Es besteht eine Vorlagepflicht gegenüber den Abschlußprüfern (vgl. § 165 Anm. 5) und den Prüfern der Finanzbehörden im Rahmen der steuerlichen Buch- und Betriebsprüfungen (vgl. BFH Großer Senat a. a. O.).

Anm. 6

II. Geschäftsordnung (Abs. 2)

1. Inhalt

Die Geschäftsordnung kann einmal Abweichungen vom Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung bestimmen (Abs. 1 Satz 2), also insbesondere Mehrheitsentscheidungen bei allen oder bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen vorsehen. Sie regelt ferner üblicherweise die Geschäftsverteilung durch Zuweisung bestimmter sachlicher oder örtlicher Arbeitsgebiete an einzelne Vorstandsmitglieder (vgl. Anm. 3). Es kann ein *Sprecher des Vorstands* bestimmt werden, dem dann in erster Linie die Repräsentation der Gesellschaft obliegt; der Sprecher ist nicht Vorsitzender im Sinne des Gesetzes, den nur der Aufsichtsrat bestellen kann (§ 84 Abs. 2). Die Geschäftsordnung hat den Aufgabenbereich des Arbeitsdirektors festzulegen (§ 13 Abs. 2 MitbestG). Geregelt werden ferner zweckmäßigerweise Formalien (vgl. Anm. 5), insbesondere über die Abhaltung von Sitzungen, die Voraussetzungen der Beschlußfassungen, Art und Zeichnung der Niederschriften usw. Ferner finden sich häufig in Geschäftsordnungen Hinweise auf die gesetzlichen Pflichten, insbesondere des Gesamtvorstands, und über die Zusammenarbeit bei Geschäftsverteilung, insbesondere gegenseitige Unterrichtungspflicht u. ä. mehr. Aufgeführt werden häufig auch die zustimmungsbedürftigen Geschäfte (§ 111 Abs. 4), insbesondere wenn der Aufsichtsrat die Geschäftsordnung erläßt.

Ein Muster für eine kurzgefaßte Geschäftsordnung bringen Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 325. Ein ausführliches Muster mit Geschäftsverteilungsplan, allerdings noch gem. AktG 1937, findet sich im Formular-Kommentar I. Teil Handels- und Wirtschaftsrecht, 1958, S. 279 ff.; s. auch Kersten-Bühling, Formularbuch FGG, 12. Auflage 1963, S. 1170; vgl. auch die Beispiele möglicher Geschäftsbereiche bei Frels ZHR 122, 8 (16).

Anm. 7**2. Zuständigkeit für den Erlaß****a) Satzung**

Gemäß Abs. 1 Satz 2 kann die Satzung Einzelfragen der Geschäftsordnung bindend regeln. Somit sind Regelungen, soweit sie in der Satzung enthalten sind, für Aufsichtsrat und Vorstand verbindlich. Die Satzung kann Regeln über die Geschäftsverteilung aufstellen, kann bestimmen, daß der Aufsichtsrat einen Vorstandsvorsitzenden bestellen kann oder zu bestellen hat, und kann Art und Form der Beschlußfassungen im Vorstand regeln. Die Satzung kann also vollständig die Geschäftsordnung für den Vorstand enthalten (Godin-Wilhelmi Anm. 10), wenn auch dem Gesetzgeber offenbar vorgeschwebt hat, daß nur grundsätzliche Fragen in der Satzung Aufnahme finden werden, was auch allein dem praktischen Bedürfnis entspricht, schon wegen der anderenfalls erschwerten und kostenverursachenden Möglichkeit einer Änderung (vgl. auch Möhring-Tank I 223).

Die Satzung kann auch vorsehen, daß der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung für den Vorstand zu erlassen hat (das entspricht in der Praxis der Regel), oder daß der Vorstand sich eine Geschäftsordnung nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats geben kann (vgl. die amtliche Begründung, bei Kropff S. 100, sowie Baumbach-Hueck Rn. 12). Ist die Zuständigkeit des Aufsichtsrats satzungsgemäß festgelegt, so ist diejenige des Vorstands ausgeschlossen. Schließlich kann die Satzung auch vorsehen, daß der Vorstand sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben hat und somit die Zuständigkeit des Aufsichtsrats ganz ausschließen. Das folgt aus der Rechtsnatur der Satzung als der stärksten Rechtsquelle zur Regelung organisatorischer Fragen der AG (vgl. Baumbach-Hueck Rn. 12 und ebenda § 111 Rn. 10).

Anm. 8**b) Aufsichtsrat**

Der Aufsichtsrat ist zum Erlaß einer Geschäftsordnung zuständig, wenn die Satzung es bestimmt. Er kann aber auch ohne eine derartige Ermächtigung eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlassen, wie sich aus dem Wortlaut von Abs. 2 Satz 1 klar ergibt. Die Übertragung dieser Befugnis zur Beschlußfassung an einen Aufsichtsratsausschuß ist unzulässig (§ 107 Abs. 3 Satz 2). Erläßt der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung, so entfällt wieder die Zuständigkeit des Vorstands, und eine etwa bestehende vom Vorstand erlassene Geschäftsordnung tritt außer Kraft. Fragen der Vertretungsbefugnis kann der Aufsichtsrat nur bei Vorliegen einer entsprechenden satzungsmäßigen Ermächtigung regeln (§ 78 Abs. 3 Satz 2). Nach der amtlichen Begründung (bei Kropff S. 99) soll es nicht zulässig sein, daß der Aufsichtsrat nur einzelne Bestimmungen einer bereits vorhandenen Geschäftsordnung des Vorstands abändert, sie aber im übrigen unberührt läßt, weil dann die Geschäftsordnung teils vom Aufsichtsrat und teils vom Vorstand herrühre; wohl aber dürfe der Aufsichtsrat bei Erlaß einer Geschäftsordnung Regelungen aus einer bereits bestehenden Geschäftsordnung des Vorstands übernehmen (so auch Baumbach-Hueck Rn. 13). Diese Auffassung wird vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Der Aufsichtsrat muß auch als berechtigt angesehen werden, eine schon bestehende Geschäftsordnung des Vorstands abzuändern, ohne eine vollständig neue Geschäftsordnung gleichzeitig erlassen zu müssen (so auch Godin-Wilhelmi Anm. 9 und Möhring-Tank I 225), es sei denn, die Satzung legt die ausschließliche Zuständigkeit des Vorstands fest. Allerdings würde es gegen die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand verstoßen, wenn der Aufsichtsrat im Rahmen der Befugnis, eine Geschäftsordnung zu erlassen, von Fall zu Fall *Einzelregelungen* bezüglich einzelner Vorstandsmitglieder treffen würde, also Änderungen etwa der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis anordnen würde (s. Dose, S. 122).

c) Vorstand

Ist die Zuständigkeit zum Erlaß einer Geschäftsordnung nicht durch die Satzung dem Aufsichtsrat übertragen, und hat der Aufsichtsrat auch ohne eine derartige Ermächtigung keine Geschäftsordnung erlassen, fehlen auch in der Satzung insoweit Regelungen, so ist der Vorstand befugt sich eine Geschäftsordnung zu geben. Er ist dazu verpflichtet, wenn ein Bedürfnis besteht und eine ordnungsmäßige Geschäftsführung es erfordert. Für eine nicht sachgerecht vorgenommene und damit den Interessen der AG widersprechende Geschäftsverteilung ist der Gesamtvorstand verantwortlich (vgl. Anm. 3 zu f.), da die Geschäftsordnung nur einstimmig verabschiedet werden kann. Nach erfolgter Geschäftsverteilung haftet aber jedes Vorstandsmitglied nur für seinen Bereich, ausgenommen die in den Zuständigkeitsbereich des Gesamtvorstands fallenden Angelegenheiten (vgl. Anm. 3 sowie im einzelnen § 93 Anm. 21).

Der Vorstand kann Beschlüsse über die Geschäftsordnung nur einstimmig fassen (Abs. 2 Satz 3). Das kann weder durch die Satzung noch eine Geschäftsordnung geändert werden und gilt auch für jede Abänderung oder die Aufhebung einer bestehenden Geschäftsordnung. Grund der Regelung ist einmal, daß die einzelnen Mitglieder des Vorstands in den ihre Zusammenarbeit festlegenden Regeln nicht überstimmt werden sollen, und daß auch bei einer bestehenden Geschäftsordnung der Vorstand nicht in der Lage sein soll, in die einmal festgesetzten Arbeitsbereiche seiner Mitglieder gegen deren Zustimmung einzugreifen (vgl. die amtliche Begründung, bei Kropff S. 99). In der amtlichen Begründung heißt es weiter, daß anderenfalls, also bei der Möglichkeit einer Änderung der Geschäftsordnung durch Mehrheitsbeschluß, der Vorstand praktisch in das Recht des Aufsichtsrats zur Bestellung der Vorstandsmitglieder eingreifen würde (§ 84 Abs. 1), da diese in der Regel im Hinblick auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich erfolge. Wenn das richtig ist (vgl. hierzu auch Würdinger § 21 IV e), dann muß auch der Vorstand gehindert sein, selbst einstimmig, über Änderungen der Geschäftsordnung zu beschließen, soweit diese Änderungen mit den dienstvertraglich vom Aufsichtsrat umschriebenen Tätigkeitsbereichen der einzelnen Vorstandsmitglieder nicht übereinstimmen. Jedenfalls hat aber der Aufsichtsrat die Möglichkeit, eine von ihm nicht gebilligte Geschäftsordnung durch eine neue zu ersetzen. Nur wenn die Satzung den Vorstand allein für zuständig zum Erlaß einer Geschäftsordnung bestimmt (Möhring-Tank I 225), kann der Aufsichtsrat nicht eingreifen; es bleibt dann nur der mögliche Widerruf der Bestellung der sich nicht vertragsgerecht verhaltenden Vorstandsmitglieder.

Anm. 10**3. Form**

Der Ausschußbericht (bei Kropff S. 100) stellt fest, daß nach einmütiger Auffassung die Geschäftsordnung ihrer Natur nach der Schriftform bedarf. Das ist richtig, da eine Regelung, die die verantwortliche Zusammenarbeit der Mitglieder eines Gremiums über einen längeren Zeitraum und möglicherweise bei wechselnden Beteiligten beinhalten soll, vernünftigerweise schriftlich niedergelegt wird. Ein zwingendes gesetzliches Gültigkeitserfordernis ist die Schriftform aber nicht (a. A. Godin-Wilhelmi Anm. 11). Ebenso ist § 126 BGB nicht anwendbar (Baumbach-Hueck Rn. 15).

Wenn der Aufsichtsrat über die Geschäftsführung beschließt, hat Aufnahme in die Satzungsüberschrift zu erfolgen, ohne daß ein Verstoß allerdings die Wirksamkeit des Beschlusses berührt (§ 107 Abs. 2).

Beschließt der Vorstand, soweit er zuständig ist, etwa über eine einmalige oder generelle Abweichung von der Geschäftsordnung, so kann auch dieser Beschluß mündlich gefaßt werden (Baumbach-Hueck Rn. 15).

§ 78 Vertretung

(1) Der Vorstand vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

(2) Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so sind, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt. Ist eine Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Vorstandsmitglied.

(3) Die Satzung kann auch bestimmen, daß einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Dasselbe kann der Aufsichtsrat bestimmen, wenn die Satzung ihn hierzu ermächtigt hat. Absatz 2 Satz 2 gilt in diesen Fällen sinngemäß.

(4) Zur Gesamtvertretung befugte Vorstandsmitglieder können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Dies gilt sinngemäß, wenn ein einzelnes Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		V. 1. Ermächtigung einzelner Mitglieder (Abs. 4)	16
I. Vertretung der AG gerichtlich und außergerichtlich	1—2	2. Rechtliche Natur der Ermächtigung	17
II. 1. Gesamtvertretung (Abs. 2)	3	3. Form	18
2. Ausnahmen von der gesetzlichen Regelung (Abs. 3)	4	4. Umfang	19
3. Einzelvertretung	5	5. Widerruf	20
4. Gesamtvertretung mit einem Prokuristen	6—7	VI. Wirkungen des Handelns von Vorstandsmitgliedern	21
5. Zuständigkeit des Aufsichtsrats	8—9	VII. Insichgeschäft	22
6. Keine Änderung der Vertretungsbefugnis durch den Vorstand selbst	11	VIII. Überschreitung der Vertretungsmacht	23
III. Ausübung der Gesamtvertretung	12—14	IX. Haftung	24
IV. Passive Vertretung (Abs. 2 Satz 2 Abs. 3, Satz 3)	15	X. Die Prokura bei der AG	
		1. Voraussetzungen der Bestellung	25
		2. Zustimmungserfordernisse	26
		3. Anmeldung und Eintragung	27

Einleitung

§ 78 stimmt inhaltlich mit § 71 AktG 1937 überein und entspricht somit der Regelung in §§ 231 Abs. 1, 232 HGB. Die geringfügigen Änderungen sind sprachlicher und gesetzestechnischer Natur. Aus dem früheren Abs. 2 Satz 2 wurde ein neuer Abs. 4 gebildet.

Anm. 1

I. 1. Die Vertretung der AG gerichtlich und außergerichtlich

Die AG wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Anm. 2

Der Vorstand ist ihr *ordentlicher gesetzlicher Vertreter*, vgl. § 26 BGB und Anm. 4 zu § 1. Eine gesetzliche Vertretung der AG durch andere Organe ist nur in engem Umfang für ganz bestimmte Handlungen zugelassen (für den Aufsichtsrat s. § 112, §§ 246 Abs. 2, 249 Abs. 1, für die Hauptversammlung §§ 113, 147 Abs. 3). Der Alleinaktionär ist, auch wenn er Vorsitzter des Aufsichtsrats ist, nicht zur Vertretung berechtigt, auch nicht das alleinige Vorstandsmitglied der Muttergesellschaft, die alle Aktien der AG besitzt (RG SeuffA Bd. 86 Nr. 185). Jede Überschreitung der gesetzlich normierten Zuständigkeiten der Organe verstößt gegen zwingendes Recht und ist unwirksam (RG 43, 286; 117, 206), sei es in Bestimmungen der Satzung, sei es in Beschlüssen einzelner Organe oder in Geschäftsführungshandlungen. Das gilt grundsätzlich und ohne Einschränkung auch im Konzernwesen. Nur die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands wird im Rahmen der Leitungsmacht bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages oder im Falle der Eingliederung eingeschränkt, §§ 308 Abs. 2, 323. Die Vertretungsbefugnis des Vorstands gilt auch uneingeschränkt für den Abschluß solcher Verträge, die der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen, etwa Unternehmensverträge gemäß §§ 291, 292 (vgl. auch Würdinger § 21 IV 4a). Der Fortfall der gesetzlichen Vertretung hindert nicht die Vertretung der AG durch rechtsgeschäftliche Vertreter (Prokuristen, Handelsbevollmächtigte und sonstige Bevollmächtigte), soweit deren Vertretungsmacht reicht (§ 76 Anm. 5). Wegen außerordentlicher Vertreter für deutsche AG mit dem Sitz außerhalb der Bundesrepublik s. § 76 Anm. 18.

Anm. 2

2. Die Vertretungsbefugnis unterliegt nur den gesetzlichen Beschränkungen; im übrigen ist ihr Umfang *unbeschränkt und unbeschränkbar* (s. darüber § 82 nebst Anmerkungen).

a) Insbesondere wird die AG in *gerichtlichen Angelegenheiten* durch den Vorstand vertreten, der ihr gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 51 ZPO ist. Das gilt aber nicht für Rechtsstreitigkeiten zwischen der AG und aktiven Vorstandsmitgliedern; hier gilt jetzt ausnahmslos die Vertretung durch den Aufsichtsrat. Ebenso ist die Vertretungsbefugnis des Vorstands bei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen derart eingeschränkt, daß die AG nur durch Vorstand *und* Aufsichtsrat wirksam vertreten werden kann (§§ 246 Abs. 2 Satz 2, 249). Die gesetzliche Vertretung durch die Vorstandsmitglieder im Prozeß oder in Angelegenheiten und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann nicht durch die rechtsgeschäftliche Vertretung eines Prokuristen oder sonstiger rechtsgeschäftlicher Vertreter, auch nicht durch die Mitwirkung eines Prokuristen neben einem Vorstandsmitglied (vgl. Anm. 9), ersetzt werden (ebenso Schlegelberger-Quassowski § 71 Anm. 5; RG 102, 331). Die Vorstandsmitglieder können nicht *Schiedsrichter* in einem Prozeß der AG sein (RG 92, 288) und auch nicht als *Zeugen* vernommen werden, RG 2, 400; 46, 319. Die Vorstandsmitglieder sind im Wege der *Parteivernehmung* zu vernehmen. Das Gericht bestimmt nach Lage des Falles, ob alle oder nur einzelne Vorstandsmitglieder zu vernehmen sind (ZPO § 449 i. Verb. m. § 455 Abs. 1 S. 2). Die Mitglieder des Aufsichtsrats und die Aktionäre sind jedoch als Zeugen zu vernehmen. Vgl. im übrigen zu Vorstehendem Anm. 13 zu § 1. Die Versicherung an Eides statt (früher *Offenbarungseid*, vgl. G vom 27. 6. 1970 BGBl. I, 911) haben alle Vorstandsmitglieder abzugeben, nicht jedoch solche, die zur Zeit der Abgabe aus dem Vorstand ausgeschieden sind (h. L. s. Baumbach-Hueck, Rn. 3). Scheiden jedoch die letzten Vorstandsmitglieder aus, um sich der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu entziehen, so ist die Versicherung trotz ihres Ausscheidens von ihnen zu leisten (OLG Frankfurt in JW 1926, 2114⁸ und 1927, 726¹²). Mit dem Kammergericht (JW 1929, 2164²) wird die Pflicht zur Abgabe der Versicherung, wenn das letzte Vorstandsmitglied nach Stellung des Antrages auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung sein Amt niederlegt, auch ohne Rücksicht darauf anzunehmen sein, ob die Niederlegung zu dem Zweck erfolgte, die Abgabe der Versicherung zu vermeiden (vgl. auch § 1 Anm. 19 und Hachenburg-Schilling § 35 Anm. 4). In das Schuldnerverzeichnis (§ 915 ZPO) ist aber nur die AG, nicht die Vorstandsmitglieder, einzutragen (RG 140, 152). *Zustellungen und Ladungen* können wirksam an *ein* Vorstandsmitglied erfolgen, auch wenn es keine Einzelvertretungsbefugnis hat

(Abs. 2 S. 2; ZPO § 171 Abs. 3; s. LAG Mannheim BB 51, 972; über die im Zusammenhang mit der Zustellung aktienrechtlicher Anfechtungsklagen gemäß § 246 Abs. 2 Satz 2 sich ergebende Fragen s. v. Gleichenstein DieAG 1969, 305). Bei Gefahr im Verzuge kann das Prozeßgericht, falls zur Vertretung im Prozeß fähige Vorstandsmitglieder nicht vorhanden sind, gemäß § 57 ZPO einen *besonderen Vertreter* bestellen. Vgl. § 1 Anm. 14 und § 84 Anm. 4. Eine aufgelöste AG wird durch die Liquidatoren (*Abwickler*) vertreten, § 269 Abs. 1. Durch die Eröffnung des *Konkursverfahrens* wird die Stellung des Vorstands oder der Abwickler — und der übrigen Organe der AG — grundsätzlich nicht berührt, RG 76, 246; 81, 336. Nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der AG geht nach Maßgabe von § 6 KO auf den Konkursverwalter über. § 147 Abs. 3 sieht für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gründer und Vorstandsmitglieder die Bestellung *besonderer Vertreter* durch die Hauptversammlung vor.

b) Die *außergerichtliche* Vertretung umfaßt den Verkehr gegenüber Behörden und den sonstigen staatlichen und halbstaatlichen Stellen, den internationalen Organisationen und den gesamten privaten Rechtsverkehr.

Anm. 3

II. 1. Gesamtvertretung aller (Abs. 2)

Die Vorstandsmitglieder haben *kraft Gesetzes nur Gesamtvertretungsbefugnis*. Mangels einer anderen Bestimmung durch die Satzung oder durch den Aufsichtsrat auf Grund einer Ermächtigung in der Satzung (Abs. 3; Anm. 4) können also nur sämtliche Vorstandsmitglieder zusammen die AG vertreten. Das gilt auch, wenn ein Vorsitzender des Vorstands bestellt wird (Baumbach-Hueck Rn. 5). Hierin liegt keine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht, sondern nur ihrer Ausübung. Eine weitergehende oder andere Beschränkung ist unzulässig. Die Vertretungsmacht des Vorstandsmitglieds kann weder ganz ausgeschlossen noch kann sie auf bestimmte Arten von Geschäften beschränkt werden. Ersteres ist mit der Stellung des Vorstandsmitglieds, dem Recht und der Pflicht zur eigenverantwortlichen Leistung der AG nicht vereinbar (s. Baumbach-Hueck Rn. 5, 10), letzteres widerspricht § 82 Abs. 1. Das gilt auch ohne Einschränkung für stellvertretende Vorstandsmitglieder (§ 94).

Fallen Mitglieder des Vorstands fort, so können die übrigen solange gemeinsam die AG vertreten, als die in der Satzung vorgesehene Mindestzahl der Vorstandsmitglieder vorhanden ist. Sinkt die Zahl der vorhandenen Vorstandsmitglieder darunter, so ist ein zur Vertretung der AG berechtigter Vorstand nicht vorhanden (vgl. RG 103, 417); Prozesse werden nach § 241 ZPO unterbrochen (vgl. RG JW 98, 280), es sei denn, die AG wird durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten, vgl. § 246 ZPO. Schreibt die Satzung für die Zusammensetzung des Vorstands mehrere Mitglieder vor, so ist ein allein übrig bleibendes Vorstandsmitglied nicht vertretungsberechtigt (vgl. Ritter § 71 AktG 1937, Anm. 4a m. w. N.; Schlegelberger-Quassowski § 71 AktG 1937, Anm. 7). Die „passive“ Seite der Vertretungsmacht bleibt jedoch erhalten (für Willenserklärungen und für die Haftung aus § 31 BGB, vgl. Anm. 15 unten). Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, für die Ergänzung des Vorstands durch Ernennung neuer Vorstandsmitglieder Sorge zu tragen. Äußerstenfalls kann das Gericht gemäß § 85 (oder gemäß § 57 ZPO) auf Antrag eines Beteiligten Abhilfe schaffen.

Anm. 4

2. Ausnahmen von der gesetzlichen Gesamtvertretungsmacht.

Ausnahmen von der gesetzlichen Regelung kann die *Satzung* und, wenn ihn die Satzung dazu ermächtigt, auch der Aufsichtsrat anordnen (*Abs. 3 S. 1, 2*). Die Satzung kann sich hierbei jeder eigenen Regelung enthalten und sich darauf beschränken, die Ermächtigung an den Aufsichtsrat auszusprechen. Regelmäßig stellt aber die Satzung selbst den Vertretungsgrundsatz auf (z. B. Vertretung durch je zwei Vorstandsmitglieder oder ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen) und ermächtigt den Aufsichtsrat,

Anm. 5, 6

hiervon im Einzelfall Ausnahmen vorzusehen, z. B. einzelnen Vorstandsmitgliedern Einzelvertretungsbefugnis zu verleihen (vgl. auch unten Anm. 10).

Andere Organe der AG, insbesondere die Hauptversammlung oder ein Ausschuß des Aufsichtsrats, können eine solche Ermächtigung *durch die Satzung* nicht erhalten; vgl. RG 164, 177 (180, 184); jedoch kann der Aufsichtsrat selbst die Ausübung der ihm satzungsmäßig zustehenden Befugnis gemäß § 107 Abs. 3 einem Ausschuß überlassen. Das war früher streitig, ergibt sich aber jetzt aus § 107 Abs. 3 Satz 2 (s. Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 94; Godin-Wilhelmi Anm. 8). Gemäß § 208 KO, ist jedes Vorstandsmitglied entgegen der Regel des § 78 Abs. 2 Satz 1 allein berechtigt, den Antrag auf Konkursöffnung zu stellen.

Der gesetzliche Grundsatz der Gesamtvertretungsbefugnis kann in folgender Weise durchbrochen werden:

Anm. 5

a) Einzelvertretung

Es kann bestimmt werden, daß alle Vorstandsmitglieder oder einzelne von ihnen *Einzelvertretungsbefugnis* haben. Wenn ein oder mehrere bestimmte Mitglieder Einzelvertretungsbefugnis erhalten, wird meistens zugleich auch eine Regelung für die Vertretungsbefugnis der übrigen Vorstandsmitglieder getroffen werden. Geschieht dies nicht, so bleibt es für sie bei dem gesetzlichen Grundsatz der Gesamtvertretung durch den ganzen Vorstand. Sie können also die AG nicht ohne die Vorstandsmitglieder, denen Einzelvertretungsbefugnis verliehen ist, vertreten. Ist ein Vorstandsvorsitzender bestellt, so kann ihm, braucht aber nicht, Einzelvertretungsbefugnis erteilt werden. Siehe über die Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung besonderer Vertretungsmacht an den Vorsitzenden auch Dose, S. 112 ff.

Ein Fall gesetzlicher Einzelvertretung ist § 208 KO, demzufolge jedes einzelne Vorstandmitglied die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen kann.

Anm. 6

b) Gesamtvertretung mehrerer

Es kann bestimmt werden, daß *mehrere Vorstandsmitglieder gemeinsam* die AG vertreten. § 78 Abs. 3 Satz 1 sagt, daß die Satzung bestimmen kann, daß einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen. Obwohl der Wortlaut den Anschein erweckt, daß die möglichen Ausnahmen von der gesetzlichen Gesamtvertretungsbefugnis hier erschöpfend angeführt seien, kann kein Zweifel darüber obwalten, daß die Möglichkeit der Gesamtvertretung durch mehrere Vorstandsmitglieder zulässig ist; s. RG 164, 382. Dieselbe Lücke enthielt schon HGB § 232 und § 71 Abs. 3 Satz 1 AktG 1937 sowie Abs. 3 für die Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Erteilung der Vertretungsbefugnis. Auch hier ist die Zulässigkeit der Bestimmung, daß mehrere Vorstandsmitglieder die AG gemeinsam vertreten können, nicht zu bezweifeln (Schlegelberger-Quassowski § 71 Anm. 15; Dose, S. 106; Godin-Wilhelmi Anm. 7; KG in JFG 10, 102 und JW 1933, 1031²).

Die Bestimmung der Satzung oder des Aufsichtsrats über die Vertretungsbefugnis kann etwa dahin lauten, daß eine bestimmte Zahl der Vorstandsmitglieder, üblicherweise je zwei die AG vertreten. Es kann aber auch bestimmt werden, daß nur bestimmte Vorstandsmitglieder gemeinsam die AG vertreten können, z. B. A nur zusammen mit B, und C nur zusammen mit D. Ebenso wie es möglich ist, daß ein Vorstandsmitglied zur alleinigen Vertretung der AG befugt ist, die andern dagegen Gesamtvertretungsbefugnis haben (s. z. B. KG JW 1933, 1031²; oben Anm. 5), ist es auch möglich, daß bestimmte Vorstandsmitglieder gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied, andere dagegen nur gemeinsam mit zwei oder noch mehr Vorstandsmitgliedern die AG ver-

treten können. Es kann also etwa bestimmt werden, daß die AG entweder durch A und B oder durch C, D und E gemeinsam vertreten wird. In solchen Fällen dürfte im Zweifel anzunehmen sein, daß ein Mitglied mit stärkerer Vertretungsbefugnis ein Mitglied mit schwächerer Vertretungsbefugnis ersetzen kann; in dem letztgenannten Beispiel könnten also auch A oder B gemeinsam mit C und D oder mit C oder mit D und E die AG vertreten (s. auch, wie hier, Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 93). Wenn von den gemeinsam vertretungsberechtigten Vorstandsmitgliedern je einer weggefallen ist, können die übrigbleibenden zusammen die AG vertreten, falls die in der Satzung vorgeschriebene Mindestzahl der Vorstandsmitglieder noch vorhanden ist (vgl. Anm. 3). Sind also A und B, oder C und D, oder E und F gemeinsam zur Vertretung der AG befugt und fallen B, D und F fort, so können A, C und E gemeinsam die AG vertreten, vorausgesetzt, daß die Satzung als Mindestzahl der Vorstandsmitglieder nicht mehr als drei vorsieht.

Anm. 7

Zulässig ist auch die Bestimmung, daß ein Vorstandsmitglied allein und ein anderes oder die anderen nur zusammen mit jenem die Gesellschaft vertreten können (h. L. s. Baumbach-Hueck Rn. 10; Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 93). Mit Rücksicht darauf, daß ein Vorstandsmitglied, auch ein stellvertretendes, nicht ganz von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen werden kann (Anm. 3), besteht ein Bedürfnis an der Zulassung einer solchen Regelung der Vertretungsmacht. Es wäre sonst z. B. nicht möglich, einen aus zwei Mitgliedern bestehenden Vorstand zu bestellen, wenn eines dieser beiden Einzelbefugnis hat. Die einseitige Abhängigkeit des einen Vorstandsmitglieds von dem andern steht nicht mit der Stellung des Vorstands in Widerspruch. Das Gesetz zeigt nirgends das Bestreben, die Unabhängigkeit der Vorstandsmitglieder voneinander zu sichern. Nur zu andern Organen soll der Vorstand nicht in ein Abhängigkeitsverhältnis geraten, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich Ausnahmen zuläßt.

Anm. 8

c) Gesamtvertretung mit einem Prokuristen

Es kann bestimmt werden, daß einzelne Vorstandsmitglieder *gemeinsam mit einem Prokuristen* vertretungsbefugt sein sollen (über die Bestellung von Prokuristen siehe Anm. 25 ff.). Die Möglichkeit der gemeinsamen Vertretung der AG durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen darf nicht dahin führen, daß eine gesetzliche Vertretung der AG ohne Mitwirkung eines Prokuristen unmöglich wird. Es kann also nicht bestimmt werden, daß nur eine Person zum Vorstand bestellt wird, diese aber die AG nur gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten soll, oder daß bei Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder die AG ausschließlich durch ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten wird (wie hier Schlegelberger-Quassowski § 71, Anm. 12; Baumbach-Hueck Rn. 11; Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt, S. 93). Jedoch kann der Fall vorkommen, daß vorübergehend bis zur Neubestellung eines Vorstandsmitglieds durch den Aufsichtsrat oder das Gericht (§ 85) das einzige noch vorhandene Vorstandsmitglied die AG nur gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten kann, wenn nämlich das Vorstandsmitglied nur Gesamtvertretungsmacht hat und die übrigen Vorstandsmitglieder weggefallen sind (vgl. KG HRR 34, 338 und § 85 Anm. 1; s. auch Baumbach-Hueck Rn. 11.).

Soweit Gesamtvertretung mehrerer Vorstandsmitglieder besteht, kann an Stelle eines Mitglieds auch ein Prokurist eintreten und zwar von Fall zu Fall, je nach Bedarf. Das gilt aber nicht ohne Einschränkungen. Nicht zulässig wäre es, wenn ein Prokurist eine weitergehende Befugnis, gemeinschaftlich mit einem Vorstandsmitglied die AG zu vertreten, erhält als irgendein anderes Vorstandsmitglied. Hiernach kann nicht bestimmt werden, daß ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen, nicht aber gemeinsam mit einem andern Vorstandsmitglied die Gesellschaft vertreten kann. Ebenso ist es nicht zulässig zu bestimmen, daß ein Vorstandsmitglied nur in Gemein-

Anm. 9, 10

schaft mit einem bestimmten anderen Vorstandsmitglied oder einem Prokuristen, nicht aber gemeinsam mit einem der übrigen Vorstandsmitglieder die Gesellschaft vertreten kann. Die Ausübung der gesetzlichen Vertretung, die in Gemeinschaft mit einem Prokuristen möglich ist, muß auch in Gemeinschaft mit jedem anderen Vorstandsmitglied möglich sein. Als nicht zulässig wird ferner die Bestimmung anzusehen sein, daß die AG gesetzlich vertreten wird entweder durch ein alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied oder durch ein solches Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen (abw. Godin-Wilhelmi Anm. 7; Schilling in Hachenburg, § 35 Anm. 23). Der Prokurist hat bei der gesetzlichen Vertretung nur ein anderes Vorstandsmitglied zu ersetzen (BGH 13, 61 [65]); an einem dergestalt zu ersetzenden Vorstandsmitglied fehlt es aber, wenn keine gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder vorhanden sind. Auch ein Bedürfnis an der Zulässigkeit der Bestellung eines Prokuristen, der nur gemeinsam mit dem zum selbständigen Handeln befugten Prinzipal vertretungsberechtigt sein soll, ist nicht zu erkennen. Zulässig ist es dagegen zu bestimmen, daß ein Prokurist nur mit bestimmten Vorstandsmitgliedern zusammen handeln, also nur bestimmte andere ersetzen darf. Es kann etwa bestimmt werden, daß die AG vertreten wird durch das Vorstandsmitglied A gemeinsam mit dem Vorstandsmitglied B oder C oder mit dem Prokuristen P, ohne daß dem P zugleich die Befugnis eingeräumt wird, gemeinsam mit B oder C die Gesellschaft zu vertreten; gleichgültig ist es dabei, ob B und C gemeinsam die Gesellschaft vertreten können.

Anm. 9

Auch die von einem Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen ausgeübte Vertretungsmacht ist die unbeschränkte, über die Vollmacht eines Prokuristen hinausgehende *Vertretungsmacht des Vorstands* (RG 134, 303 [306]; BGH 13, 61 [64]; Schlegelberger-Quassowski AktG 1937 § 71, Anm. 14; Baumbach-Hueck Rn. 12; Dose, S. 108; Brodmann HGB § 232 Anm. 2 b; einschränkend Godin-Wilhelmi Anm. 7). Ein häufig gebrauchter ungenauer Ausdruck hierfür ist, daß die Vertretungsmacht des Prokuristen erweitert ist. Es liegt vielmehr eine an die Mitwirkung eines Prokuristen gebundene Ausübung der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstandsmitglieds vor. Nur das Vorstandsmitglied, nicht der Prokurist, der gemeinsam mit jenem die AG vertritt, ist ihr gesetzlicher Vertreter (BGH 13, 61 [64]; KG JFG 5, 238). Dies zeigt sich insbesondere im Prozeß, in dem eine gesetzliche Vertretung durch ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen nicht stattfindet (oben Anm. 2 und die fig. Anm. 14 sowie Anm. 25). Im übrigen handelt der Prokurist bei Gesamtvertretung mit einem Vorstandsmitglied als Vertreter der AG und nicht als Vertreter eines bestimmten Vorstandsmitglieds, auch wenn er Vertrauensperson eines verhinderten Vorstandsmitglieds ist (BGH 13, 64). Kraft Gesetzes wird er auf Grund eigener Entschließung und eigener Verantwortung tätig, und somit bei Pflichtverletzung der AG schadensersatzpflichtig (Baumbach-Hueck Rn. 12). Über die Frage, ob ein Vorstandsmitglied zusammen mit einem Prokuristen Anmeldungen zum Handelsregister vornehmen kann, s. Anm. 27 und Anm. 9 zu § 42.

Anm. 10

3. Zuständigkeit des Aufsichtsrats

Der Wortlaut des Gesetzes erweckt Zweifel, ob die Satzung Einzelvertretungsbefugnis anordnen, aber *den Aufsichtsrat ermächtigen kann, die Gesamtvertretungsbefugnis einzuführen*. Im Anschluß an Schlegelberger-Quassowski, Anm. 15 zu § 71 AktG 1937 wurde diese Frage in der Voraufgabe (Anm. 10 zu § 71) bejaht. Es ist kein Grund ersichtlich, eine derartige Satzungsermächtigung an den Aufsichtsrat Einzelvertretung in Gesamtvertretung umzuwandeln, nicht auch jetzt noch für zulässig zu halten (wie hier Godin-Wilhelmi Anm. 8). Dagegen kann, wenn die Satzung Gesamtvertretung anordnet, nicht bestimmt werden, daß der Aufsichtsrat etwa bei Verhinderung einzelner Vor-

standsmitglieder ändern Einzelvertretung erteilen kann (Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 95; Baumbach-Hueck Rn. 10).

Ohne satzungsmäßige Ermächtigung kann der Aufsichtsrat Bestimmungen über die Vertretung der Gesellschaft überhaupt nicht treffen (Baumbach-Hueck Rn. 9; Godin-Wilhelmi Anm. 8).

Im Einzelnen siehe im übrigen Anm. 4 oben.

Anm. 11

4. Die Vorstandsmitglieder selbst können die Vertretungsbefugnis nicht ändern; insbesondere kann der Vorstand nicht einem seiner Mitglieder die Alleinvertretungsbefugnis einräumen, wenn sie es nicht durch die Satzung oder durch den Aufsichtsrat auf Grund einer Ermächtigung in der Satzung erhalten hat (BGH 34, 27 [30]; s. auch BGH WM 1960, 1227 sowie Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt, S. 94). Ebensovienig kann ein Vorstandsmitglied durch Erteilung einer Generalvollmacht oder allgemeinen Zustimmung ermächtigt werden, die AG allgemein selbständig zu vertreten; eine solche Vollmacht ist unwirksam (RG 48, 56; RG JW 1912, 526⁹; RG 86, 262 [265]; BGH 34, 27 [30f.]; s. auch BGH 13, 61 [65]; ferner Schilling in Hachenburg § 35 Anm. 7; Ritter § 71 Anm. 3 b; auch Werthauer NJW 1961, 2005 gegen Heim NJW 1961, 1515 und diess. in NJW 1962, 1333; vgl. aber § 82 Anm. 4.

Anm. 12

III. Ausübung der Gesamtvertretung

Der Begriff der Gesamtvertretung besagt nicht mehr, als daß ein Vertreter nur im Zusammenwirken mit einem andern die Gesellschaft vertreten kann; in welcher Weise dieses Zusammenwirken vor sich gehen muß, ist damit nicht entschieden. Darüber kann nur der Sinn der Gesamtvertretung Auskunft geben. Die Gesamtvertretung verlangt das Zusammenwirken mehrerer Vorstandsmitglieder, um den aus einer Einzelvertretung drohenden Gefahren zu begegnen. Welche Art das Zusammenwirken ist, ist unerheblich. Das Entscheidende ist allein, daß die Handlung dem Willen der gemeinschaftlich zur Vertretung berechtigten Vorstandsmitglieder entspricht. Hieraus folgt, daß nicht gleichzeitiges Handeln der Gesamtvertreter erforderlich ist, sondern vorherige oder nachträgliche Zustimmung genügt (RG 81, 325; vgl. 106, 268; s. auch Baumbach-Hueck Rn. 6; Godin-Wilhelmi Anm. 5; Schlegelberger-Quassowski § 71 AktG 1937 Anm. 8), die auch stillschweigend erteilt werden kann (BGH WM 1955, 881 [883]); daß ferner die Zustimmung nicht dem Dritten gegenüber, auch nicht stillschweigend, erklärt zu werden braucht (RG 81, 325; 101, 342; vgl. RG JW 1901, 308¹³ sowie die h. L.; vgl. die vorstehend genannten Autoren, ferner Dose S. 107); daß sie als erklärt gilt, wenn der Vertragspartner nach Treu und Glauben den Umständen nach auf eine Zustimmung schließen konnte, RG 123, 288; daß die Zustimmung des andern Vertreters kein selbständiges Rechtsgeschäft ist, das selbst von den zur Vertretung befugten Gesamtvertretern zusammen vorgenommen werden müsse (so anscheinend RG 80, 180). Ferner folgt daraus, daß dies alles auch für formbedürftige Rechtsgeschäfte gilt und die Zustimmung nicht der für das Geschäft vorgeschriebenen Form bedarf, wie z. B. bei der Wechselzeichnung (RG 118, 168; RG JW 1901, 518⁹), Bürgschaft (RG 85, 256, 261), Aktienzeichnung (RG 63, 96). Voraussetzung ist jedoch, daß die Erklärung des handelnden Gesamtvertreters sich als fertige Vertragserklärung darstellt und nicht als bloßer Entwurf (Schlegelberger-Quassowski § 71 AktG 1937 Anm. 8). Wird eine nachträgliche Zustimmung erteilt, so hat sie rückwirkende Kraft, jedoch bleiben zwischenzeitliche Verfügungen wirksam, § 184 BGB. Schließlich setzt eine Genehmigung voraus, daß der Handelnde selbst mit dem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäft noch einverstanden ist (RG HRR 42, 424; Godin-Wilhelmi Anm. 5; Baumbach-Hueck Rn. 6). Bevor die erforder-

Anm. 13, 14

liche Genehmigung erteilt ist, handelt das zur Gesamtvertretung befugte Vorstandsmitglied als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Bei Rechtsgeschäften, die bei Vornahme durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht nicht schwebend unwirksam, sondern nichtig sind, verpflichtet auch ein Handeln eines Gesamtvertreters ohne vorherige Zustimmung des andern die AG nicht. Entsprechendes gilt für die Stimmabgabe eines nur kollektivberechtigten Vorstandsmitglieds in der Hauptversammlung einer anderen AG oder in sonstigen Fällen der Abstimmung. Für einseitige Rechtsgeschäfte gilt BGB § 180 S. 1, 2. — Es ist auch die Genehmigung durch einen Gesamtvertreter zulässig, der erst nach Abschluß des Geschäfts die Vertretungsbefugnis erlangt hat (RG JW 1908, 151²⁶).

Anm. 13

Dagegen ergibt der Sinn der Gesamtvertretungsmacht nicht die Zulässigkeit einer allgemeinen Zustimmung des einen Gesamtvertreters zu Handlungen des andern. Dadurch würde gerade der Zweck der Gesamtvertretung vereitelt, daß nur durch den Entschluß mehrerer Vertreter Rechtsfolgen für die AG entstehen sollen. Das Verhältnis einer natürlichen Person zu ihrem Vertreter ist ein ganz anderes als das Verhältnis zweier Gesamtvertreter zueinander. Eine natürliche Person kann sich ganz in die Hand eines Vertreters geben, dem sie vertraut. Der Gesamtvertreter der AG hat aber nicht die Befugnis, die AG dem andern Gesamtvertreter auszuliefern. Daher kann auch die Bestimmung über die Ermächtigung einzelner Mitglieder zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften (Abs. 4) nicht aus der Natur der Gesamtvertretung abgeleitet werden. Ebenso steht es hinsichtlich der Zulassung von Blankozustimmungen nicht wie sonst bei Willenserklärungen. Die Zulässigkeit einer solchen Blankozustimmung folgt aber aus der kraft gesetzlicher Vorschrift bestehenden Zulässigkeit der Ermächtigung eines Vorstandsmitglieds zur alleinigen Vertretung *bei bestimmten Geschäften oder bestimmten Arten von Geschäften*. Sie geht nicht weiter als die Möglichkeit einer solchen Ermächtigung. Sie kann nicht den Umfang einer *Generalvollmacht* annehmen, im einzelnen s. Anm. 11 oben sowie Anm. 4 zu § 82, auch nicht wenn die Generalvollmacht widerruflich und zeitlich begrenzt erteilt wird (BGH 34, 27 [31] gegen OLG Hamburg Die AG 1959, 286). Die Kenntnis des genauen Inhalts des Geschäfts ist nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung (RG 101, 342; RG JW 1908, 151²⁶; BGH WM 1959, 881 [883]).

Anm. 14

Die vorstehenden Ausführungen in Anm. 11 und 13 gelten in gleicher Weise für die Vertretung durch mehrere Vorstandsmitglieder und für die Vertretung durch *ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen*. Es liegt jedoch keine gesetzliche Vertretung vor, wenn nur der Prokurist abschließt und das Vorstandsmitglied zustimmt. Der Prokurist allein kann nicht als gesetzlicher Vertreter der AG auftreten (Anm. 9, 16). Er vermag nicht das Handeln eines Vorstandsmitglieds für die AG, sondern nur die *Mitwirkung* eines andern Vorstandsmitglieds zu ersetzen. Freilich aber gelten die obigen Grundsätze über die Gesamtvertretung ebenso für die Prokura wie für die gesetzliche Vertretungsmacht. Sofern das Geschäft nicht außerhalb der Befugnisse eines Prokuristen überhaupt liegt, ist also seine Verbindlichkeit für die AG bei Vornahme durch den Prokuristen und Zustimmung eines Vorstandsmitglieds nicht zu bezweifeln. Auch wird anzunehmen sein, daß bei Zustimmung eines Vorstandsmitglieds der Prokurist alle Rechtsgeschäfte abschließen kann, die er gemeinsam mit dem Vorstandsmitglied abschließen könnte, also auch Verfügungen über Grundstücke oder die Erteilung einer Prokura; nur Handlungen, die ein gewillkürter Vertreter der AG überhaupt nicht vornehmen kann, kann ein Prokurist trotz Zustimmung eines Vorstandsmitglieds nicht vornehmen.

Anm. 15

IV. Passive Vertretung (Abs. 2 Satz 2; Abs. 3 Satz 3)

Der Grundsatz der Gesamtvertretung gilt nicht für Entgegennahme von Willenserklärungen, die sog. *passive Stellvertretung*. Willenserklärungen können vielmehr immer gegenüber jedem einzelnen Vorstandsmitglied abgegeben werden, § 78 Abs. 2 Satz 2 (vgl. § 28 Abs. 2 BGB). Die Satzung kann Abweichendes nicht bestimmen (so auch § 40 BGB). Diese gesetzliche Einzelvertretungsbefugnis für die passive Vertretung der AG gilt, außer für Willenserklärungen, entsprechend auch für alle anderen Arten von Äußerungen und Mitteilungen (h. L.; Ritter § 71 AktG 1937 Anm. 3c; Godin-Wilhelmi Anm. 6; Baumbach-Hueck Rn. 7; Schlegelberger-Quassowski § 71 AktG 1937 Anm. 18). Die Bestimmung Abs. 2 S. 2 ist nach Abs. 3 S. 3 entsprechend anwendbar auf den Fall, daß ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist. Auch hier (vgl. Anm. 14) wird aber anzunehmen sein, daß die entsprechende Anwendung nur die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Vorstandsmitglied gestattet, soweit die Erklärung wirksam nur gegenüber einem gesetzlichen Vertreter der AG abgegeben werden kann. In dem Umfang kann sie auch gegenüber dem Prokuristen abgegeben werden (Baumbach-Hueck Rn. 13).

Ein Spezialfall ist § 171 Abs. 3 ZPO, wonach einzelnen Vorstandsmitgliedern wirksam zugestellt werden kann.

Verwandt hiermit ist die Frage, ob das Wissen nur eines Gesamtvertreters der AG zugerechnet wird. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Auf die AG finden die allgemeinen Grundsätze über die Gesamtvertretung Anwendung, nach denen die Kenntnis eines Gesamtvertreters dem Vertretenen zugerechnet wird (s. BGH 20, 149; 41, 282 [287]; BGH WM 1955, 830, 832 und aus der älteren Rspr. z. B. RG 53, 227; 59, 400, 408; RG JW 1935, 2044). Ein Grund, für das Wissen müssen etwas anderes anzunehmen, liegt um so weniger vor, als die AG auch für fahrlässige Handlungen eines zur Gesamtvertretung berechtigten Vorstandsmitglieds haftet (Anm. 24). Die in der Voraufgabe vertretene Ansicht (§ 71 Anm. 21), daß der Irrtum eines Gesamtvertreters unbeachtlich ist, wenn der andere Gesamtvertreter Kenntnis vom wahren Sachverhalt hat, wird aufgegeben. Solange bei Gesamtvertretung sich ein Gesamtvertreter im Irrtum befindet, liegt eine anfechtbare Erklärung der AG vor (so Baumbach-Hueck Rn. 8; wie hier auch Schilling in Hachenburg § 35 Anm. 8a). Entsprechendes gilt für sonstige Willensmängel, wie Drohung, Täuschung.

V. 1. Ermächtigung einzelner Mitglieder (Abs. 4)

Anm. 16

Abs. 4 Satz 1 erklärt es ausdrücklich für zulässig, daß der Vorstand einzelne seiner Mitglieder zur *Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt*. Eine solche Ermächtigung kann durch die zur *Gesamtvertretung befugten Vorstandsmitglieder* erteilt werden; die früher streitige Frage, ob der gesamte Vorstand die Ermächtigung erteilen muß (vgl. die Nachweise in der Voraufgabe § 71 Anm. 12), hat sich durch die Neufassung der Vorschrift (früher § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937) erledigt; vgl. auch Heim DieAG 1959, 271 ff. Bei der Erteilung der Ermächtigung kann das zur ermächtigende Vorstandsmitglied selbst mitwirken (RG 80, 180; vgl. auch KGJ 20 A 74). Die Befugnis zur Erteilung der Ermächtigung besteht nach Abs. 4 Satz 2 auch in dem Falle, daß einzelne Vorstandsmitglieder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Es kann sich also das Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit dem Prokuristen die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften erteilen. Kann auch dem Prokuristen eine solche Ermächtigung erteilt werden? Dies hängt zunächst davon ab, ob man in der Erteilung einer solchen Ermächtigung eine selbständige Handlungsvollmacht sieht oder eine Befugnis zum alleinigen Handeln als gesetzlicher Vertreter (s. Anm. 17). Im ersten Falle besteht gegen die Zulässigkeit einer solchen Bevollmächtigung des Prokuristen kein Bedenken. Im zweiten Falle hingegen würde die Erteilung der Befugnis an den Prokuristen die Folge haben, daß dieser allein als gesetzlicher Vertreter der AG auf-

Anm. 17, 18

treten kann. Dies würde mit der Stellung des Prokuristen in Widerspruch stehen. Durch die Zulassung einer Gesamtvertretung der AG durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen wird der Prokurist nicht gesetzlicher Vertreter, sondern es wird nur die Ausübung der gesetzlichen Vertretungsmacht eines Vorstandsmitglieds an die Mitwirkung eines Prokuristen, der die Mitwirkung eines andern Vorstandsmitglieds ersetzt, gebunden (Anm. 9). Durch den Prokuristen allein kann die AG nicht gesetzlich vertreten werden. Daraus folgt aber nicht die Unwirksamkeit der dem Prokuristen erteilten Ermächtigung. Nur handelt es sich für ihn um eine echte Vollmachterteilung und nicht, wie bei einem Vorstandsmitglied, um eine Freistellung von den in der Gesamtvertretungsbefugnis liegenden Schranken der Ausübung der gesetzlichen Vertretungsmacht. Weshalb es widersinnig sein soll, daß ein Prokurist, dem nur Gesamtprokura zusteht, außerdem zur alleinigen Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften bevollmächtigt wird (so Brodmann HGB § 232 Anm. 4a), ist nicht zu erkennen (wie hier Godin-Wilhelmi Anm. 9; im Ergebnis auch Baumbach-Hueck Rn. 14). Wegen Erteilung von Generalvollmacht s. Anm. 11.

Anm. 17

2. Rechtliche Natur der Ermächtigung

Die *rechtliche Natur der Ermächtigung* ist streitig. Überwiegend wurde sie als eine echte Vollmacht angesehen (RG 48, 56; 80, 180; RG JW 1900, 663¹⁸; KG OLGR 27, 375), und zwar als eine Handlungsvollmacht im Sinne des § 54 HGB (RAG HRR 1929 Nr. 1924; Schlegelberger-Quassowski § 71 Anm. 17; Ritter § 71 Anm. 3b; Teichmann-Köhler § 71 Anm. 3b; Staub HGB § 232 Anm. 7; Heim DieAG 1959, 271; ders. NJW 1961, 1515. Hält man es grundsätzlich für zulässig, daß der gesetzliche Vertreter zugleich gewillkürter Vertreter ist, so würde sich die Zulässigkeit der Handlungsvollmacht an ein Vorstandsmitglied von selbst verstehen und Abs. 4 wäre überflüssig. Folgerichtig müßte man es aber dann auch zulassen, daß einem Vorstandsmitglied Prokura erteilt wird; das Gegenteil hätte nur eine schwache Begründung in dem Schweigen des Gesetzes über diesen Punkt. In Wirklichkeit ist mit der gesetzlichen leitenden Organstellung des Vorstandsmitglieds die Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht, insbesondere einer Handlungsvollmacht oder einer Prokura, nicht zu vereinbaren. Es ist daher der schon von Brodmann HGB § 232 Anm. 4b vertretenen Auffassung zuzustimmen, daß die Ermächtigung eine Erweiterung der Befugnis, die gesetzliche Vertretungsmacht zu handhaben, bewirkt, es sich also um einen organschaftlichen Akt handelt, nicht eine Bevollmächtigung. Hierfür spricht auch der Wortlaut des Gesetzes, das eben nicht von der Erteilung einer Vollmacht, sondern von einer Ermächtigung spricht. Das Vorstandsmitglied handelt also auf Grund einer solchen Ermächtigung als gesetzlicher Vertreter und nicht als Bevollmächtigter. Wie hier auch Frels ZHR 122, 173 (178ff.); Godin-Wilhelmi Anm. 9 und Schilling in Hachenburg § 35 Anm. 13; im Ergebnis auch Baumbach-Hueck Rn. 14.

Anm. 18

3. Form

Die Ermächtigung bedarf *keiner besonderen Form*. Sie kann daher auch stillschweigend erteilt werden (RG 123, 280 [288]). Das wissentliche Dulden der selbständigen Vornahme bestimmter Arten von Geschäften durch die andern Vorstandsmitglieder ist als Ermächtigung anzusehen (RGSt. 47, 32; vgl. KG OLGR 40, 199).

Überhaupt gilt als Erteilung einer Ermächtigung jedes Verhalten der Vorstandsmitglieder, das nach außen die Überzeugung erwecken muß, daß eine Ermächtigung vorliegt (RG 123, 288). Es ist zwar grundsätzlich erforderlich, daß die Grenzen der Ermächtigung ersichtlich sind (RG 48, 56). Doch ist eine deutliche scharfe Abgrenzung nicht für erforderlich zu erachten. Hat das Vorstandsmitglied mit Zustimmung oder Duldung der übrigen Vorstandsmitglieder die Gesellschaft bei Geschäften bestimmter Art fortgesetzt allein vertreten, so kann das Vorliegen einer Ermächtigung für solche

Geschäfte nicht deshalb verneint werden, weil das Vorstandsmitglied darüber hinaus bei verschiedenartigen und nicht bestimmt abzugrenzenden Geschäften selbständig die AG nicht vertreten hat (vgl. auch Möhring-Tank I 234). Anders nur, wenn die selbständige Vertretung so weit ging, daß das Vorstandsmitglied allgemein die AG allein vertrat (vgl. oben Anm. 11; BGH 34, 27 [31]).

Anm. 19

4. Umfang

Der *Umfang der Vertretungsmacht*, die das Vorstandsmitglied durch eine Ermächtigung gemäß Abs. 4 erwirbt, richtet sich in erster Linie nach dem Inhalt der Ermächtigung. Sie kann aber nur für im Einzelnen *bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften* erteilt werden. Es kann daher auch im Rahmen einer nicht genau umrissenen Ermächtigung ein Ort der Geschäftsleitung (faktischer Sitz) einer AG im Sinne von § 33 Abs. 2 Nr. 3 AKG nicht begründet werden (OLG Düsseldorf WM 1966, 74 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung zu § 33 AKG). § 54 HGB ist nicht unmittelbar anwendbar (vgl. Anm. 17). Er paßt nur für Handlungsgehilfen, über deren Vertretungsbefugnis das Handelsregister nichts aussagt, und nicht für Vorstandsmitglieder, über deren Vertretungsbefugnis das Handelsregister Auskunft gibt. Allerdings ist die Erteilung einer Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften nicht im Handelsregister eintragbar. Aber es ist dem Geschäftsgegner, der aus dem Handelsregister ersehen kann, daß das Mitglied nur Gesamtvertretungsbefugnis hat, sehr wohl zuzumuten, sich über den Umfang seiner Alleinvertretungsmacht zu unterrichten. Der Grundsatz, daß ein äußeres Verhalten, das auf eine Vollmachterteilung schließen läßt, rechtlich als solche angesehen wird, muß freilich auch für die Ermächtigung zur Vornahme einzelner Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften durch ein Vorstandsmitglied gelten. Aber es kann weder angenommen werden, daß es zu den in HGB § 54 Abs. 2 vorgesehenen Handlungen für das Vorstandsmitglied einer besonderen Ermächtigung bedarf, noch daß Dritte in dem Umfang des HGB § 54 Abs. 3 geschützt sind. Es ist vielmehr ganz nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls zu beurteilen, in welchem Umfang das Vorstandsmitglied zur Alleinvertretung ermächtigt worden oder nach dem Verhalten der übrigen Vorstandsmitglieder als ermächtigt anzusehen ist. Es ist nicht zu verkennen, daß durch das Institut der Ermächtigung eine gewisse Unsicherheit für den Rechtsverkehr geschaffen wird, zumal auch selbst bei förmlichen Geschäften (wie Wechselzeichnung und Notariatsakte) nicht verlangt wird, daß der Ermächtigte ausdrücklich erklärt, nicht als Gesamtvertreter, sondern kraft Ermächtigung zu handeln (vgl. RG 118, 170; KG RJA 2, 85). Doch haftet die AG, wie jedermann, nach außen für den von ihr erzeugten Rechtsschein (vgl. u. a. RG 75, 419; 117, 165; 123, 288; 144, 388; BGH 5, 112), so daß Dritte weitgehend geschützt sind. Begrifflich muß allerdings eine Haftung der AG auf Grund vorliegender Ermächtigung oder aus Rechtsschein geschieden werden (Schilling in Hachenburg, § 35 Anm. 18; Godin-Wilhelmi Anm. 9), da sich die Haftung aus Rechtsschein unter Berücksichtigung objektiver Umstände, wie sie dem Dritten erkenntlich waren, und damit aus Treu und Glauben herleitet, während die Ermächtigung auf einer wenn auch möglicherweise stillschweigenden Willenserklärung beruht. Die Haftung aus Rechtsschein berührt sich damit mit der Haftung der AG nach außen bei Vorliegen einer Ermächtigung durch schlüssiges Verhalten, insbesondere durch Duldung der übrigen Vorstandsmitglieder (Anm. 18 oben).

Anm. 20

5. Widerruf

Die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Geschäfte ist jederzeit *widerruflich*. Denn das einzelne Vorstandsmitglied, das nur gesamtvertretungsberechtigt ist, hat keinen Anspruch darauf, daß ihm von den übrigen Vorstandsmitgliedern die alleinige Vornahme von Geschäften gestattet wird. Dies geschieht immer nur aus Zweckmäßig-

Anm. 21, 22

keitsgründen im Interesse der AG, und es ist Pflicht der Vorstandsmitglieder, den Widerruf der Ermächtigung auszusprechen, wenn es ihnen bedenklich erscheint, dem Vorstandsmitglied die weitere alleinige Vertretung der Gesellschaft bei den betreffenden Geschäften zu überlassen. Bei Meinungsverschiedenheiten ist ein Widerruf nur möglich auf Grund eines von dem Gesamtvorstand gefaßten Beschlusses (so jetzt auch Godin-Wilhelmi, Anm. 10). Sind die übrigen Vorstandsmitglieder nur zusammen mit dem Ermächtigten zur Vertretung der AG befugt, so ist ein Widerruf ohne Mitwirkung des Ermächtigten möglich (s. Baumbach-Hueck Rn. 14 und auch Schilling in Hachenburg, § 35 Anm. 17).

War die Ermächtigung durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt, so bleibt sie nach § 170 BGB, der entsprechend anzuwenden ist, in Kraft, bis dem Dritten das Erlöschen angezeigt wird (RG JW 1915, 998⁶). Dasselbe gilt, wenn dem Dritten besondere Mitteilung von dem Bestehen der Ermächtigung gemacht war; ist die Ermächtigung öffentlich bekanntgegeben worden, so kann sie auch nur auf dieselbe Weise widerrufen werden (§ 171 BGB).

Anm. 21

VI. Wirkungen des Handelns vertretungsberechtigter Vorstandsmitglieder

Die Wirkungen des Handelns der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder richten sich nach §§ 164, 166 BGB. § 165 BGB, wonach die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters unschädlich ist, kommt nicht in Betracht, da ein beschränkt Geschäftsfähiger nicht Vorstandsmitglied sein kann (§ 76 Abs. 3) und auch ein Schutz Dritter in dieser Hinsicht nicht stattfindet (§ 76 Anm. 17) A. auf den in Gemeinschaft mit einem gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied handelnden Prokuristen ist § 165 BGB jedoch anzuwenden. Grundsätzlich wird das *Wissen und Wollen* jedes Vorstandsmitglieds der AG zugerechnet; BGH 20, 149 (152); 41, 282 (287); BGH WM 1955, 832. Dies gilt auch für Vorstandsmitglieder, die am Abschluß eines Geschäfts nicht persönlich beteiligt sind, an ihm also überhaupt nicht mitgewirkt haben (RG JW 1935, 2044; BGH 20, 149; BGH Urteil vom 17. 5. 1956 — II ZR 10/55 — nicht veröffentlicht; Schilling in Hachenburg, § 35 Anm. 8a; a. A. Schlegelberger-Quassowski § 71 AktG 1937 Anm. 19; Brodmann § 232 HGB Anm. 5). Da das Wissen eines Organmitglieds als Wissen der AG gilt, sind die gleichen Grundsätze anzuwenden für Vorstandsmitglieder, die ein anderes Vorstandsmitglied zum Abschluß bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt haben. Das ermächtigte Vorstandsmitglied ist für Geschäfte, für die ihm die Ermächtigung erteilt ist, zwar selbständig vertretungsbefugt; es handelt auch auf Grund seiner für solche Geschäfte bestehenden Alleinvertretungsmacht und nicht auf Grund einer Zustimmung der andern Gesamtvertreter. Dennoch muß sich die AG das Wissen des ermächtigenden Vorstandsmitglieds anrechnen lassen. Nichts anderes gilt auch, wenn ein gesamtvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied am Abschluß eines Geschäfts direkt in der Weise beteiligt ist, daß durch seine Zustimmung ein von einem andern Vorstandsmitglied abgeschlossenes Rechtsgeschäft Wirksamkeit für die AG erlangt (Anm. 12); ist das zustimmende Vorstandsmitglied z. B. hinsichtlich des Eigentums an einer für die AG erworbenen Sache nicht gutgläubig, so findet ein Erwerb von Nichtberechtigten trotz des guten Glaubens des nach außen handelnden Vorstandsmitglieds nicht statt.

Auch das außerdienstliche, private Verhalten eines Vorstandsmitglieds kann im Einzelfall der AG zuzurechnen sein, insbesondere dann, wenn geschäftliche und private Interessen in unzulässiger Weise vermischt werden; vgl. OLG Düsseldorf BB 1964, 1021).

Anm. 22

VII. Insihgeschäfte

Durch die Neufassung des § 112 (früher § 97 AktG 1937), wonach der Aufsichtsrat die AG gerichtlich *und* außergerichtlich gegenüber den Vorstandsmitgliedern vertritt, erledigen sich die zahlreichen Probleme in Bezug auf § 181 BGB (vgl. die Vor-

aufgabe Anm. 23 bis 25 zu § 71). Denn nach der Neuregelung des § 112 kann auch ein Vorstandsmitglied die AG nicht mehr bei einem Rechtsgeschäft mit sich selbst vertreten (Godin-Wilhelmi Anm. 3; Baumbach-Hueck Rn. 4; Wilhelmi-Wilhelmi BB 1968, 139). Weder durch die Satzung noch durch den Aufsichtsrat ist eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB wegen der eindeutigen Regelung des § 112 möglich; anders Möhring-Schwartz, Haberlandt-Rowedder S. 97f. Soweit es sich jedoch nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft handelt, sondern um Fälle von Personalunion, wo das Vorstandsmitglied gleichzeitig gesetzlicher Vertreter einer anderen Gesellschaft (etwa, aber nicht notwendig, einer Konzerngesellschaft) ist, kann der Aufsichtsrat den Vorstand von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien. Da es sich nicht um ein Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft sondern mit einem Dritten handelt, greift die alleinige Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats gemäß § 112 nicht ein.

Anm. 23

VIII. Überschreitung der Vertretungsmacht

Überschreitet ein Vorstandsmitglied den Umfang oder die Schranken der Ausübung seiner Vertretungsbefugnis, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht. §§ 177 ff. BGB sind anwendbar. Das Vorstandsmitglied wird dem Geschäftsgegner in aller Regel gemäß § 179 Abs. 1 BGB haften, da es die Grenzen seiner Vertretungsmacht kennen muß. Das gilt aber nur in den Fällen, in denen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Zustimmung der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats abhängig ist. Ist dagegen die Vertretungsmacht des Vorstands völlig ausgeschlossen, etwa bei Rechtsgeschäften mit anderen Vorstandsmitgliedern (§ 112), so ist ein hiergegen verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig (§ 134 BGB). Über die gesetzlichen Beschränkungen der Vertretungsmacht s. § 82 Anm. 2.

Anm. 24

IX. Haftung

1. *Die AG haftet für unerlaubte Handlungen der Vorstandsmitglieder nach BGB § 31, vgl. § 1 Anm. 4 (BGH WM 1959, 81; ferner RG 57, 93; 76, 48; RG JW 1903 Beil. 39 Nr. 81).* Es handelt sich dabei um eine Haftung für das Handeln der Organe der AG, das dieser als eigenes Handeln zuzurechnen ist. Auf die Vertretungsbefugnis kommt es in dieser Hinsicht nicht an. Daher haftet die AG auch für die unerlaubte Handlung eines einzelnen nur gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglieds (RG 57, 93; 74, 257; 110, 145; 117, 61). Es muß sich dabei jedoch immer um eine *in Ausübung der dem Vorstand zustehenden Verrichtungen* begangene unerlaubte Handlung handeln (RG 94, 318). Die Herstellung einer gefälschten Unterschrift eines andern Vorstandsmitgliedes, ohne das das gesamtvertretungsberechtigte Vorstandsmitglied nicht die AG vertreten könnte, ist keine in Ausführung der dem Vorstand zustehenden Verrichtungen begangene Handlung und macht die AG also nicht haftbar (RG 134, 375).

2. Auch aus *einem Vertrage* haftet die AG für das Verschulden *nur eines gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglieds* (RG 110, 145; RG JW 1925, 1990¹). Dasselbe ist für die Haftung wegen culpa in contrahendo anzunehmen, soweit das Verschulden nicht gerade darin besteht, daß das Vorstandsmitglied ohne die erforderliche Vertretungsmacht abschließt oder den Geschäftsgegner über den Mangel der Vertretungsmacht täuscht.

3. *Strafrechtlich* kann die AG als solche grundsätzlich nicht verantwortlich gemacht werden, da das deutsche Recht eine Bestrafung juristischer Personen nicht kennt (vgl. die Entschließung des DJT 1953 JZ 53, 613 und andererseits BGH in NJW 53, 1838, sowie § 1 Anm. 20). Begehen also Vorstandsmitglieder Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, so sind sie persönlich verantwortlich, auch wenn sie in ihrer Eigenschaft als Organe der Gesellschaft gehandelt haben. Soweit die persönliche Strafbarkeit das Vorliegen bestimmter Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände voraussetzt, so genügt es für die Strafbarkeit der Vorstandsmitglieder, daß diese Merkmale bei der AG vorliegen

Anm. 25, 26

(§ 50a StGB n.F. und § 10 OWiG n.F.). Jedoch ist vielfach in Gesetzen ausdrücklich eine *Haftung* der AG für durch strafbare Handlungen ihrer Organe verwirkte Strafen, Bußen und Sicherungsmaßnahmen vorgesehen. Für den gesamten Bereich der Ordnungswidrigkeiten bestimmt § 26 OWiG vom 24. 5. 68 (BGBl. I, 481), daß gegen die juristische Person als solche als Nebenfolge einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit eines vertretungsberechtigten Organmitglieds eine Geldbuße festgesetzt werden kann; ebenso sind Einziehung oder Wertersatz gegenüber der AG direkt möglich (§ 25 OWiG), wenn Vorstandsmitglieder ordnungswidrig gehandelt haben. Allgemein über die besondere Bedeutung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen s. Demuth-Schneider BB 1970, 642.

Anm. 25

X. Die Prokura bei der AG

1. Voraussetzungen der Bestellung

§ 238 HGB schrieb vor, daß mangels einer abweichenden Bestimmung der Satzung oder eines Beschlusses der Generalversammlung der Vorstand einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats bestellen darf. Diese Bestimmung war schon im AktG 1937 nicht mehr enthalten. Die Zulässigkeit der Bestellung von Prokuristen für die AG, die bis zur Novelle von 1884 zweifelhaft war und zu deren Klarstellung § 238 HGB in erster Linie diente, steht heute außer Zweifel. Es gelten für die Bestellung von Prokuristen die allgemeinen Grundsätze über Vertretungsmacht des Vorstands (s. Anm. 8); sie kann auch bei unechter Gesamtvertretung durch ein Vorstandsmitglied zusammen mit einem Prokuristen erfolgen (RG 134, 304 ff.). Ebenso gelten für die Prokura selbst die allgemeinen Bestimmungen des §§ 48 ff. HGB. Es ergeben sich jedoch aus der Natur der AG einige Fragen und Besonderheiten.

Die AG ist zwar immer Handelsgesellschaft (§ 3), braucht aber kein Gewerbe zu betreiben (vgl. § 3 Anm. 2). Die Prokura ermächtigt nach § 49 HGB nur zu Rechtsgeschäften, die der Betrieb eines *Handelsgewerbes* mit sich bringt. Brodmann (HGB § 238 Anm. 1 a und § 210 Anm. 4) wendet gegen die Zulässigkeit der Bestellung eines Prokuristen ein, daß die Prokura ein spezifisch handelsgewerblicher Begriff sei. Dies ist zwar richtig; doch fordert die Rechtssicherheit, daß die Wirksamkeit der in das Handelsregister eingetragenen oder einzutragenden Prokura nicht von der Frage des Vorliegens eines Gewerbes abhängt, die unter Umständen, z. B. bei einer Verwaltungszwecken dienenden AG, schwer und nur auf Grund genauer Kenntnis der Verhältnisse der AG zu entscheiden ist. Darüber hinaus folgt aus § 3 mit § 6 HGB, daß jede AG „Kaufmann“ ist, das von ihr betriebene Unternehmen also als Handelsgewerbe gilt (§ 343 HGB, s. § 3 Anm. 4). Der herrschenden Lehre, die auch bei Mangel eines Gewerbes die Bestellung von Prokuristen für zulässig erklärt, ist daher zuzustimmen (vgl. Baumbach-Hueck Rn. 18; Schmidt in Hachenburg § 46 Anm. 35). Der Prokurist muß in einem solchen Falle zur Vornahme aller Handlungen als ermächtigt gelten, die der Betrieb eines Handelsgewerbes oder der Betrieb eines Unternehmens solcher Art, wie die AG es betreibt, mit sich bringt.

Auch im Abwicklungsstadium kann die AG durch Prokuristen in Gemeinschaft mit einzelnen Abwicklern vertreten werden (§ 269 Abs. 3). Die frühere Regelung, daß eine AG in Abwicklung keine Prokuristen bestellen kann, und daß bestehende Prokuren erlöschen (vgl. § 210 Abs. 5 AktG 1937), ist entfallen.

Anm. 26

2. Zustimmungserfordernisse

Ein in der Satzung oder durch den Aufsichtsrat aufgestelltes Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrats für die Bestellung eines Prokuristen gilt nicht für den *Widerruf* der Prokura. Denn im Gegensatz zu der Erteilung enthält der Widerruf der Prokura keine besonderen Risiken für die AG (h. L. s. Baumbach-Hueck Rn. 18; s. auch Schmidt in Hachenburg § 46 Anm. 39).

Andere Beschränkungen als das Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrats kann die *Satzung* (vgl. Anm. 4) für die Prokurenbestellung nicht einführen. Insbesondere kann sie nicht bestimmen, daß der Vorstand eine Prokura nur als Gesamtprokura (§ 48 Abs. 2 HGB) erteilen oder daß für die Gesellschaft, wenn sie durch Prokuristen vertreten wird, nur zwei Prokuristen gemeinschaftlich vertretungsberechtigt sind. Die Prokuraerteilung ist eine Maßnahme der Geschäftsführung, die ausschließlich dem Vorstand obliegt (die allerdings an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden sein kann, § 111 Abs. 4 Satz 2). Er entscheidet allein, ob die Prokura als Einzel- oder Gesamtprokura zu erteilen ist. Die Satzung kann ihn hierin nicht weiter beschränken. Ob eine Satzungsbestimmung, daß die Gesellschaft nicht nur von zwei Vorstandsmitgliedern oder einem Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen, sondern auch von zwei Prokuristen vertreten werde, in ihrer letzten Alternative eintragungsfähig ist, ist daher äußerst zweifelhaft (vgl. Möhring-Schwartz, Rowedder-Haberlandt S. 94); eine Übertragung der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands an Prokuristen ist jedenfalls nicht möglich (s. Anm. 8). Man wird daher auch jede Satzungsbestimmung über die Vertretung der AG durch Prokuristen für unzulässig halten müssen (z. T. abweichend Schlegelberger-Quassowski § 71 AktG 1937 Anm. 13).

Anm. 27

3. Anmeldung und Eintragung

Für die *Anmeldung der Prokura zum Handelsregister* gelten die allgemeinen Grundsätze (s. § 81 Anm. 4). Daß die Anmeldung auch durch ein vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen erfolgen kann, hat das RG 134, 303 gerade für den Fall der Erteilung der Prokura ausgesprochen.

Ob im Falle des Vorliegens eines Genehmigungsvorbehalts für Bestellung (oder Widerruf der Bestellung) des Prokuristen die Genehmigung erteilt ist, hat der Registerrichter nicht zu prüfen, da es sich nur um eine Beschränkung gegenüber der Gesellschaft handelt (§ 82 Abs. 2); h. L. s. Baumbach-Hueck Rn. 15; Godin-Wilhelmi Anm. 2).

§ 79 Zeichnung durch Vorstandsmitglieder

Vorstandsmitglieder zeichnen für die Gesellschaft, indem sie der Firma der Gesellschaft oder der Benennung des Vorstands ihre Namensunterschrift hinzufügen.

Übersicht

	Anm.	Anm.
Einleitung		II. Abweichende Satzungsbestimmungen 2
I. Art der Zeichnung	1	III. Zeichnung zum Handelsregister 3

Einleitung

Die Bestimmung stimmt inhaltlich mit der entsprechenden Vorschrift (§ 72) des AktG 1937 überein. Sie wurde lediglich sprachlich neu gefaßt. Sie entspricht § 35 Abs. 3 GmbHG sowie § 51 HGB (Prokura).

Anm. 1

I. Art der Zeichnung

1. § 79 schreibt vor, wie die Vorstandsmitglieder für die AG zeichnen sollen. Die Zeichnung soll die Firma der Gesellschaft oder die Benennung des Vorstands enthalten. Zu letzterem genügt, daß ein den Firmenaufdruck der Gesellschaft enthaltendes Schriftstück mit der Bezeichnung „Der Vorstand“ abgeschlossen wird. Der Firma oder der

Anm. 2

Benennung des Vorstands sollen aber nach § 79 die Vorstandsmitglieder ihre *Namensunterschrift hinzufügen*. Es handelt sich um eine *Ordnungsvorschrift*, deren Verletzung die Gültigkeit der Erklärung nicht beeinträchtigt (RG 119, 114; vgl. auch RG 75, 1; 83, 121). Vielmehr bindet jede schriftliche Erklärung des Vorstands die AG, sofern nur der Wille, für die Gesellschaft zu zeichnen, erkenntlich ist; das ist nach der Verkehrsauffassung immer dann der Fall, wenn der Vorstand mit einem Dritten in Gesellschaftsangelegenheiten verhandelt (vgl. RGZ 119, 115; Baumbach-Hueck Rn. 2; Schilling in Hachenburg § 35 Anm. 29). Eine Verletzung von § 79 beeinträchtigt auch die Gültigkeit einer Erklärung nicht bei Geschäften, bei denen das Gesetz die Schriftform verlangt (herrschende Lehre, abw. Brodmann HGB § 233 Anm. 2b). Die Wirksamkeit von Erklärungen, die der Schriftform bedürfen, hängt allein davon ab, daß das Erfordernis der Eigenhändigkeit (§ 126 BGB) erfüllt ist. Die Unterzeichnung des Vertreters mit dem Namen des Vertretenen tut der Vorschrift des § 126 BGB Genüge (so RG VZS 74, 96; dagegen Brodmann HGB § 233 Anm. 2c). Nach BGB § 126 erfordert also die gesetzliche Schriftform nicht die Unterschrift des Vertreters. Hiernach genügt die Unterzeichnung eines Vorstandsmitglieds mit der Firma der AG — auch ohne Beifügung der Namensunterschrift — zur Beobachtung der Schriftform, wobei die verkehrsbübliche Bezeichnung der Firma genügt (RG JW 1928, 218; wie hier Godin-Wilhelmi Anm. zu § 79 und Baumbach-Hueck Rn. 2). Ebenso ist die Gültigkeit der Erklärung anzunehmen, wenn ein Vorstandsmitglied mit Zustimmung des andern zu der Firma beide Namen hinzugefügt hat; die Erklärung würde ja auch gültig sein, wenn nur ein gesamtvertretungsbefugtes Mitglied unterzeichnet und das andere zugestimmt hätte (vgl. RG 118, 168). Dagegen ist das Erfordernis der Eigenhändigkeit nicht erfüllt, wenn ein Vorstandsmitglied mit einem fremden Namen, z. B. mit dem Namen eines zur Zeit der Unterschrift noch nicht bestellten, aber in Aussicht genommenen Vorstandsmitglieds, unterzeichnet (vgl. RG 118, 168). Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für die Zeichnung von *Wechseln*. Es genügt also entweder eigenhändige Zeichnung der Firma ohne Unterschrift oder Firmenstempel oder -druck mit handschriftlicher Namensunterschrift, (h. L., vgl. Godin-Wilhelmi Anm. zu § 79; Baumbach-Hueck Rn. 2; Schilling in Hachenburg § 35 Anm. 30 m. w. N. und RG 47, 165; 118, 169).

Da § 79 eine reine Ordnungsvorschrift ist, genügt bei formfreien Erklärungen auch eine faksimilierte Unterschrift (übereinstimmend Godin-Wilhelmi zu § 79). Für Inhaberschuldverschreibungen (Obligationen) gilt das gemäß § 793 Abs. 2 BGB, für Aktienurkunden gemäß § 13.

Ein Dritter, der eine formgerechte Erklärung von der AG zu fordern berechtigt ist, hat Anspruch auf Beobachtung der Form des § 79.

Die Regelung des § 79 gilt uneingeschränkt auch für stellvertretende Vorstandsmitglieder (§ 94).

2. Die Ordnungsvorschrift des § 79 gilt nach dem Zusammenhang, in dem sie steht, unmittelbar nur für die rechtsgeschäftliche Vertretung der AG nach außen. Sie ist aber entsprechend auch im Verhältnis nach innen maßgebend, z. B. für die Einberufung von Hauptversammlungen oder Zahlungsaufforderungen an die Aktionäre. Gültigkeitserfordernis ist sie auch hier nicht.

Anm. 2

II. Abweichende Satzungsbestimmungen

Auch *Bestimmungen der Satzung über die Form, in der der Vorstand zu zeichnen hat*, sind nur Ordnungsvorschriften. Die Einführung von Formen, von denen die Gültigkeit der von dem Vorstand abgeschlossenen Geschäfte abhängt, würde eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder darstellen, die nach § 82 Abs. 1 nach außen unwirksam wäre (KGJ 33 A 156; ROHG 18, 341). Auch für die internen körperchaftlichen Handlungen des Vorstands sind solche Vorschriften im Zweifel nur als Ordnungsvorschriften anzusehen. Soll eine bestimmte Form der Zeichnung Gültigkeitserfordernis sein, so muß die Satzung dies klar ergeben.

Anm. 3

III. Zeichnung zum Handelsregister

In den Fällen, wo das Gesetz die Zeichnung des Vorstands zur Aufbewahrung bei dem Registergericht verlangt (bei Gründung, § 37 Abs. 4; bei Neubestellung, § 81 Abs. 3; bei Errichtung einer Zweigniederlassung, § 42 Abs. 2; auch durch eine ausländische AG, § 44 Abs. 5; für die Liquidatoren, § 266 Abs. 4), genügt dagegen, in Abweichung von § 79, die Namensunterschrift, vgl. § 81 Anm. 9.

§ 80 Angaben auf Geschäftsbriefen

(1) Auf allen Geschäftsbriefen, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet werden, müssen die Rechtsform und der Sitz der Gesellschaft, das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft und die Nummer, unter der die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, sowie alle Vorstandsmitglieder und der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen angegeben werden. Der Vorsitzende des Vorstands ist als solcher zu bezeichnen. Werden Angaben über das Kapital der Gesellschaft gemacht, so müssen in jedem Falle das Grundkapital sowie, wenn auf die Aktien der Nennbetrag oder der höhere Ausgabebetrag nicht vollständig eingezahlt ist, der Gesamtbetrag der ausstehenden Einlagen angegeben werden.

(2) Der Angaben nach Absatz 1 Satz 1 und 2 bedarf es nicht bei Mitteilungen oder Berichten, die im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung ergehen und für die üblicherweise Vordrucke verwendet werden, in denen lediglich die im Einzelfall erforderlichen besonderen Angaben eingefügt zu werden brauchen.

(3) Bestellscheine gelten als Geschäftsbriefe im Sinne des Absatzes 1. Absatz 2 ist auf sie nicht anzuwenden.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung			
I. Angaben auf Geschäftsbriefen (Abs. 1)	1	III. Bestellscheine (Abs. 3)	5
II. Ausnahmen (Abs. 2)	2—4	IV. Verletzungsfolgen	6

Einleitung

Die Vorschrift des § 80 geht auf § 100 AktG 1937 zurück. Wie bereits nach dieser Bestimmung, sind auf Geschäftsbriefen alle Vorstandsmitglieder und der Vorsitzende des Aufsichtsrats anzugeben. Durch die Reform 1965 wurde § 80 dahingehend erweitert, daß auch die Angabe des Sitzes der Gesellschaft verlangt wurde, außerdem ist entsprechend dem Vorschlag des Bundesrats, dem sich der Ausschußbericht angeschlossen hat (Kropff, S. 102) der Vorsitzende des Vorstands als solcher zu bezeichnen. In die Vorschrift wurde außerdem die Ausnahmeregelung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 der 1. DVO zum AktG 1937 für formularmäßige Mitteilungen und Berichte eingegliedert. Im Gegensatz zu § 19 Abs. 1 Nr. 1 der 1. DVO wurde allerdings die Voraussetzung einer bestehenden Geschäftsbeziehung fallen gelassen. § 19 Abs. 2 der 1. DVO (Ausnahmeregelung für Geschäftsbriefe an Empfänger im Ausland) wurde nicht übernommen. Die Vorschrift wurde zu den Regeln über den Vorstand vorgezogen, obgleich

Anm. 1

sie sich auch auf den Aufsichtsratsvorsitzenden bezieht. Entsprechende Vorschriften zur Bekanntgabe der Namen der Mitglieder der Verwaltung enthalten die §§ 160 Abs. 5 und 178 Abs. 1 Nr. 4.

Durch das KoordinierungsG vom 15. 8. 1969 (BGBl. I, 1146) ist § 80 völlig neu gefaßt worden. Die Vorschrift umfaßt jetzt drei Absätze. In Abs. 1 wurde dem bereits erwähnten Erfordernis der Angabe des Sitzes der Gesellschaft, die Rechtsform, das Registergericht des Sitzes und die Registernummer hinzugefügt. Es können Angaben über das Kapital gemacht werden. Dann besteht jedoch die Verpflichtung, das Grundkapital sowie etwaige rückständige Einlagen anzugeben. Abs. 2 erfaßt die Ausnahmeregelung für formularmäßige Mitteilungen und Berichte. Das Erfordernis bestehender Geschäftsbeziehungen wurde in die gesetzliche Regelung wieder aufgenommen. Abs. 3 stellt Bestellscheine ausdrücklich Geschäftsbriefen gleich.

Die Neufassung des § 80, in Kraft getreten am 1. 9. 1969, war auf Grund des Art. 4 der Ersten Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts in den Mitgliedsstaaten der EWG (ABl. Nr. L 65/8 vom 14. 3. 1968) notwendig. Eine Aufbrauchfrist oder Übergangszeit war nicht vorgesehen (dazu Meyer-Ladewig MDR 1969, 818 und Kreplin BB 1969, 1113). Während § 80 a.F. den Zweck erfüllen sollte, die Öffentlichkeit über die Mitglieder der Verwaltung der Aktiengesellschaft zu informieren (vgl. Baumbach-Hueck § 80 a.F. Rn. 1; Godin-Wilhelmi § 80 a.F. Anm. 2; amtliche Begründung, bei Kropff S. 101) haben darüber hinaus nach der Richtlinie die Angaben auf den Geschäftsbriefen das Ziel, den Geschäftspartner der Gesellschaft im zwischenstaatlichen Verkehr zu schützen und ihm zu diesem Zweck die Möglichkeit zu geben, sich auf einfachem Wege über alle bedeutsamen Merkmale und Verhältnisse der Gesellschaft zu unterrichten, vgl. dazu die amtliche Begründung zu Art. 2 Nr. 7 des KoordinierungsG (BT Drucksache V 3862) sowie Ankele, GmbH Rdsch. 1969, 52 und Kremplin BB 1969, 1112, ferner ausführlich Einmahl, DieAG 1969, 131 ff., 167 ff., 210 ff. Entsprechend § 80 ist auch § 268 Abs. 4 neu gefaßt worden.

Anm. 1

I. Angaben auf Geschäftsbriefen

1. Die Vorschrift begründet die Pflicht, folgende Angaben auf Geschäftsbriefen zu machen: *Rechtsform* der Gesellschaft, d. h. hier Aktiengesellschaft; es kann die Abkürzung AG verwandt werden (vgl. Anm. 3 zu § 4); *Sitz* der Gesellschaft (§ 5); die Angabe einer Zweigniederlassung oder einer Betriebsstätte genügt nicht (ebenso Baumbach-Hueck § 80 Anm. 2), auch wenn der Brief dort geschrieben worden ist; *Registergericht* des Sitzes der Gesellschaft (§ 14) sowie die *Nummer*, unter der die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist; genügend ist etwa „Amtsgericht Bonn HR B 2000“ (Kreplin BB a. a. O.); die *Namen aller Vorstandsmitglieder* einschließlich der stellvertretenden (§ 94) und des *Vorsitzenden des Aufsichtsrats*. Der *Vorsitzende des Vorstands*, sofern einer bestellt ist, ist besonders zu bezeichnen. Stellvertretende Vorstandsmitglieder können, brauchen aber nicht als solche bezeichnet zu werden (Baumbach-Hueck GmbHG § 35a Anm. 2). Der stellvertretende Vorsitzende des Aufsichtsrats braucht nicht genannt zu werden. Erforderlich ist die Angabe des Familiennamens und mindestens eines ausgeschriebenen Vornamens. Weitere Vornamen brauchen auch nicht mit ihren Anfangsbuchstaben angegeben zu werden. Angabe der Anschrift ist ebenfalls nicht notwendig.

Angaben über das Kapital der Gesellschaft brauchen nicht gemacht zu werden. Werden jedoch Angaben gemacht, so verlangt § 80, daß das Grundkapital und daneben, sofern der Nennbetrag oder der höhere Ausgabebetrag der Aktien nicht vollständig eingezahlt ist, der Gesamtbetrag der ausstehenden Einlagen angegeben werden. Zusätzliche Angaben über das Kapital der Gesellschaft sind nicht ausgeschlossen.

Die Vorschrift des Abs. 1 bezieht sich nur auf Geschäftsbriefe, die an *einen bestimmten Empfänger gerichtet sind*. Damit scheiden diejenigen Schreiben aus, die ihrer Natur nach an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet werden, wie Werbeschriften, Preislisten, Anzeigen, öffentliche Bekanntmachungen (vgl. auch Baumbach-Hueck Rn. 3), Geschäfts Rundschreiben, Mitteilungen an Aktionäre. Dagegen fällt etwa

ein persönliches Werbeschreiben, mit dem die Aktiengesellschaft individuell für ihre Erzeugnisse wirbt, als Geschäftsbrief unter den Angabezwang. Rechnungen und Quitungen scheiden ebenfalls, sofern nicht ihr sonstiger Inhalt sie als Briefe erscheinen läßt, aus dem Begriff des Geschäftsbriefes aus, desgleichen Lieferscheine, Versandanzeigen u. ä. Im Gegensatz hierzu sind Angebote und Bestätigungen aller Art als Geschäftsbriefe anzusehen. Wegen Bestellscheine s. Anm. 5. Die äußere Form der Mitteilung ist belanglos. Auch Postkarten sind Geschäftsbriefe im Sinne der Vorschrift (ebenso Baumbach-Hueck Anm. 3; Kreplin, BB 1969, 1112; vgl. im übrigen zum Begriff der Geschäftskorrespondenz Einmahl, a. a. O. 135f.).

Zweigniederlassungen und andere rechtlich unselbständige Betriebsstätten brauchen keine weiteren Angaben zu machen, als sie für die Gesellschaft als solche gefordert werden.

Die Vorschrift des § 80 gilt nicht für *ausländische* Gesellschaften, auch wenn sie durch eine Zweigniederlassung im Inland tätig sind (Godin-Wilhelmi Anm. 6; Kreplin a. a. O.; s. aber Einmahl a. a. O. 136).

Anm. 2

II. Ausnahmen (Abs. 2)

1. Abs. 2 der Vorschrift beinhaltet eine Ausnahme für bestimmte Formulare. Die gemäß Abs. 1 Satz 1 und 2 zu machenden Angaben sind entbehrlich bei *Mitteilungen* oder *Berichten*, die *im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung* ergehen und für die üblicherweise Formblätter derart verwendet werden, daß lediglich die auf den einzelnen Geschäftsvorfall sich beziehenden besonderen konkreten Angaben (z. B. Art der Leistung, Warengattung, Stückzahl, Preis oder Gegenwert, Lieferzeit) noch in den textlichen Vordruck eingefügt werden. Die Formblätter müssen bis auf die sich auf den einzelnen Vorfall beziehenden Angaben vollständig sein. Da die Ausnahme nur für Vordrucke gilt, die im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung verwendet werden, bedeutet diese Regelung, die im RegEntw. des Koordinierungsg (BT Drucksache V/3862) nicht enthalten war, eine Rückkehr zum Rechtszustand des AktG 1937 (s. § 100, Anm. 2 der Voraufgabe sowie Ankele a. a. O. S. 56). Der Begriff der bestehenden Geschäftsverbindung wird weit ausgelegt. Es reicht aus, daß die Parteien irgendwie miteinander in Verbindung getreten sind. Nach Schlegelberger-Quassowski § 100 AktG 1937, Anm. 7, soll es bereits genügen, daß nur der Dritte an die Gesellschaft wegen eines bestimmten Geschäftes herangetreten ist. Somit wäre das Erfordernis einer bestehenden Geschäftsverbindung nur bei einem ersten Herantreten der Gesellschaft an einem Dritten nicht gegeben (vgl. hierzu auch Einmahl a. a. O. 136).

Anm. 3

2. Ferner besteht die Angabepflicht nicht bei Berichten an Behörden und andere Stellen, die üblicherweise unter Verwendung von Formblättern erstattet werden. Diese Regelung war ausdrücklich in § 19 Abs. 1 Nr. 2 der 1. DVO zum AktG 1937 für regelmäßige Behördenberichte enthalten. Nach der amtlichen Begründung (bei Kropff S. 102) soll die Ausnahmeregelung nicht nur für regelmäßige, sondern auch für alle übrigen formularmäßigen Behördenberichte gelten; a. A. zu § 80 a. F. Godin-Wilhelmi Anm. 4, wonach Behördenberichte grundsätzlich mit allen Angaben versehen werden müssen und nur regelmäßige Berichte unter die Ausnahme fallen. Fraglich ist, ob die in der amtlichen Begründung zum AktG 1965 vertretene Ansicht auch nach der Neufassung des § 80 aufrecht erhalten werden kann. § 80 a. F. kannte die Voraussetzung einer bestehenden Geschäftsverbindung und damit parallel einer Regelmäßigkeit der Behördenberichte nicht. Der formularmäßige Behördenschriftwechsel wurde ohne weiteres von der Ausnahmeregelung umfaßt. Nachdem in § 80 n. F. durch die Wiedereinführung der Voraussetzung der bestehenden Geschäftsverbindung der Anwendungsbereich eingeschränkt wurde, muß daraus gefolgert werden, daß auch im Schriftwechsel mit Behörden nur bei Regelmäßigkeit die Ausnahme des Abs. 2 für formularmäßige Mitteilungen und Berichte gilt.

Anm. 4

3. Die Angabepflicht gilt ebenfalls für Geschäftsbriefe an Empfänger im Ausland. Dagegen besteht die Verpflichtung nicht im internen Verkehr der Gesellschaft mit Zweigniederlassungen und sonstigen Betriebsstätten. Mitteilungen an rechtlich selbständige Konzernunternehmen fallen dagegen unter die Regelung des § 80 (Godin-Wilhelmi Anm. 6, Baumbach-Hueck Rn. 4).

Anm. 5

III. Bestellscheine (Abs. 3)

In Abs. 3 werden Bestellscheine den Geschäftsbriefen gleichgestellt, obwohl sie ohnehin zu den Geschäftsbriefen im Sinne des Abs. 1 gerechnet werden. Diese Klarstellung schien jedoch erforderlich, da es sich bei den Bestellscheinen um keine an einen bestimmten Empfänger gerichtete Briefe, sondern im allgemeinen um Formulare handelt, die von der Gesellschaft Dritten für Bestellungen bei der Gesellschaft ausgehändigt werden (vgl. die amtliche Begründung zum Koordinierungsg, BT-Drucksache V/3862). Abs. 2 findet gemäß Abs. 3 Satz 2 auf Bestellscheine keine Anwendung. Diese Vorschrift war notwendig, da das Gesetz gerade von formularmäßigen Bestellscheinen ausgeht.

Anm. 6

IV. Verletzungsfolgen

§ 80 ist keine Formvorschrift im Sinne der §§ 125, 126 BGB. Eine Verletzung der Angabepflicht hat damit keine Nichtigkeit der Erklärung zur Folge (ebenso Godin-Wilhelmi Anm. 5; Baumbach-Hueck Rn. 5). Zur Erfüllung der Angabepflicht kann jedoch der Vorstand durch das Registergericht nach § 407 durch Ordnungsstrafen bis zu zehntausend DM angehalten werden. Strafbar ist die Verletzung der Angabepflicht dagegen nicht (anders früher § 301 AktG 1937).

§ 81 Änderung des Vorstands und der Vertretungsbefugnisse seiner Mitglieder

(1) Jede Änderung des Vorstands oder der Vertretungsbefugnisse eines Vorstandsmitglieds hat der Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

(2) Der Anmeldung sind die Urkunden über die Änderung in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift für das Gericht des Sitzes der Gesellschaft beizufügen.

(3) Die neuen Vorstandsmitglieder haben ihre Namensunterschrift zur Aufbewahrung beim Gericht zu zeichnen.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		IV. Prüfung durch den Registerrichter	6
I. Inhalt der Anmeldung (Abs. 1)	1—3	V. Wirkung der Eintragung	7
II. Pflicht zur Anmeldung	4	VI. Folgen bei Nicht-Anmeldung	8
III. Form der Anmeldung (Abs. 2)	5	VII. Zeichnung der Unterschrift (Abs. 3)	9

Einleitung

Die Bestimmung stimmt sachlich mit § 234 HGB und fast wörtlich mit § 73 AktG 1937 überein. Sie behandelt die Pflicht des Vorstands zur Anmeldung von Änderungen des Vorstands oder der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitglieds zum Handelsregister. Befindet sich die Gesellschaft in Liquidation, so gilt § 266. AktG 1965 hat in Anpassung an die Regelung in § 37 Abs. 4 und § 126 BGB lediglich in Abs. 3 „Unterschrift“ durch „Namensunterschrift“ ersetzt. Weiter ist aber durch das KoordinierungsG vom 15. 8. 1969 Abs. 1 in Anpassung an die Änderung der §§ 37 und 39 dahingehend geändert, daß der Hinweis auf eine Anordnung des Aufsichtsrats nach § 78 Abs. 3 Satz 2 (bzw. § 71 Abs. 3 Satz 2 AktG 1937) gestrichen worden ist und entsprechend in Abs. 2 der Hinweis auf diese Anordnungen. Nicht die Anordnung über die Änderung der Vertretungsbefugnisse, sondern die Änderung selbst muß nunmehr angemeldet und eingetragen werden (s. die Begründung zu Art. 2 Nr. 8 KoordinierungsG (BT-Drucksache V/3862).

Anm. 1

I. Inhalt der Anmeldung

1. *Gegenstand der Anmeldungspflicht (Abs. 1)* ist jede Änderung des Vorstands oder der Vertretungsbefugnis eines Mitglieds. Der erste Vorstand und dessen Vertretungsbefugnis ist nach § 37 Abs. 2 zugleich mit der Anmeldung der Gesellschaft anzumelden.

Während durch Art. 2 Nr. 2 KoordinierungsG vom 15. 8. 1969 der § 37 dahingehend ergänzt wurde, daß in der Anmeldung der AG zum Handelsregister anzugeben ist, welche Vertretungsbefugnis die Vorstandsmitglieder haben, wurde der Wortlaut des § 81 Abs. 1 insoweit nicht geändert (s. Einleitung). Es wurde aber in den Übergangsvorschriften (Art. 8 § 2) bestimmt, daß, soweit bei Inkrafttreten des Gesetzes (1. 9. 1969) für die Vorstandsmitglieder einer AG im Handelsregister nicht eingetragen ist, welche Vertretungsbefugnis sie haben, der Vorstand das anzumelden hat. Man hat hieraus gefolgert, daß unbeschadet ob eine von der gesetzlichen Regelung (§ 78, Abs. 2) abweichende satzungsmäßige Regelung im Handelsregister eingetragen ist, in jedem Einzelfall personenbezogen anzumelden ist, welche Vertretungsbefugnis das einzelne Vorstandsmitglied hat (vgl. Gustavus BB 1969, 1335; Bokelmann NJW 1969, 2120; Lappe GmbHR 1970, 9; a. A. Gross, DRpfl. 1970, 156). Diese Auffassung ist weder vom Gesetzeswortlaut her noch durch die dem Gesetz zugrunde liegende EWG-Richtlinie vom 13. 2. 1969 (ABl. No. L 65/8) zwingend geboten, denn auch die Richtlinie verlangt nur Offenlegung, ob die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen diese allein oder nur gemeinschaftlich vertreten (Art. 2 [1] lit. d; vgl. dazu Einmahl DieAG 1969, 132, 133). Es muß also auch, wenn die gesetzliche Regelung eingreift, die Vertretungsbefugnis angemeldet und eingetragen werden. Für den alleinigen Vorstand s. demgemäß OLG Köln BB 1970, 594 mit Anm. von Gustavus sowie allgemein, wie hier, OLG Frankfurt BB 1970, 370 mit Anm. von Gustavus. Nur wenn die allgemeine Angabe im Einzelfall nicht ausreicht, weil einzelne Vorstandsmitglieder eine von der allgemein angegebenen Vertretungsbefugnis abweichende Befugnis haben, ist das personenbezogen anzumelden und einzutragen (vgl. § 37 Anm. 4 und Gessler BB 1970, 627).

Nicht anzumelden, da nicht eintragungsfähig, ist jede rechtsgeschäftliche Beschränkung der Vertretungsmacht (§ 82 Abs. 1). Wenn das Gesetz von jeder Änderung der Vertretungsbefugnis spricht, so ist die Art der Ausübung der Vertretung gemeint, also Einzel- oder Kollektivvertretung und die möglichen Spielarten (vgl. § 78 Anm. 4 ff.); wie hier Godin-Wilhelmi Anm. 4. Anmeldungsfähig da auch eintragungsfähig ist auch eine erst in Zukunft wirksam werdende Bestellung eines Vorstandsmitglieds, vorausgesetzt, daß der Zeitpunkt aus der Eintragung klar hervorgeht und nicht in allzu weiter Zukunft liegt (Frels DieAG 1967, 227 ff.).

Die Ernennung eines Vorsitzenden des Vorstands gemäß § 84 Abs. 2, die keine Änderung der Vertretungsbefugnisse nach sich zu ziehen braucht (vgl. § 78 Anm. 5), ist nicht anzumelden (Baumbach-Hueck Rn. 2; Ritter § 73 AktG 1937 Anm. 2; Godin-Wilhelmi Anm. 4). Daß die Handelsregisterverfügung (s. Anm. 2) in § 43 Abs. 4 die Ein-

Anm. 2, 3

tragung eines Vorsitzenden für zulässig erachtet und auch die Praxis der Registergerichte häufig entsprechend verfährt (LG Stuttgart BB 1953, 870), kann die nach § 81 bestehende Anmeldepflicht nicht erweitern; unzutreffend daher auch Teichmann-Köhler Anm. zu § 73 AktG 1937. Nicht anzumelden ist ferner die durch den Vorstand selbst erfolgende Ermächtigung einzelner Vorstandsmitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften gemäß § 78 Abs. 4; darin liegt keine Änderung der Vertretungsbefugnis im Sinne des Gesetzes. Dagegen ist jeder Hinzutritt eines neuen Vorstandsmitglieds und jedes Ausscheiden eines bisherigen Vorstandsmitglieds, gleichviel aus welchem Grunde es erfolgt, anzumelden. Nach § 84 Abs. 3 S. 4 ist der Widerruf der Bestellung des Vorstands durch den Aufsichtsrat bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung seiner Unwirksamkeit wirksam. Der Widerruf ist also vom Registerrichter ohne Nachprüfung seiner Rechtmäßigkeit einzutragen, ebenso die rechtskräftige Feststellung der Unwirksamkeit des Widerrufs, durch die das Vorstandsmitglied seine Vorstandsstellung zurückerwirbt, sofern sie nicht aus einem andern Grunde, z. B. durch Zeitablauf, inzwischen erloschen ist (vgl. § 84 Anm. 29).

Anm. 2

2. Kraft Gesetzes eintragungspflichtig ist *nur der Name* des Mitglieds. Durch die *Handelsregisterverfügung* vom 12. 8. 1937 (RMBl. S. 515; Deutsche Justiz S. 1251, abgedruckt u. a. bei Baumbach-Duden Anh. II zu § 16) wird in § 43 Ziff. 4 angeordnet, daß die vollen Personalien (Vorname, Familienname, Beruf und Wohnort) einzutragen sind; vgl. aber auch § 39 Anm. 2. Diese nehmen nicht an der Publizitätswirkung des Handelsregisters teil. Die Eintragung der Personalien hat den Charakter einer einmaligen Identitätsfeststellung für die Zeit der Eintragung. Eine Pflicht zur Anmeldung von Änderungen der Personalien besteht mangels einer diesbezüglichen Bestimmung nicht; die Handelsregister-Verfügung begründet eine solche Verpflichtung nicht (s. KGJ 29 A 213). Die Eintragung der Änderung der eingetragenen Personalien ist aber zulässig (KGJ 30 B 32). Eine *Änderung des Namens* etwa durch Heirat oder Adoption muß jedoch nach dem Zweck der Bestimmung als eine Änderung aufgefaßt werden. Denn wenn auch nicht der Grundsatz gilt, daß das Handelsregister vom Registerrichter stets in allen seinen Teilen richtig und der jeweiligen Sachlage entsprechend zu erhalten ist (KGJ 29 A 218), so soll doch das Handelsregister dem Einsichtnehmenden Auskunft über die Person der Vorstandsmitglieder geben und ihn nicht irreführen. Es kommt hinzu, daß nach Abs. 3 die Vorstandsmitglieder ihre Unterschrift zur Aufbewahrung beim Gericht zu zeichnen haben und diese bei einer Namensänderung eine andere wird. Die Namensänderung ist also anmeldungspflichtig (Brodmann § 234 HGB Anm. 2 e; Godin-Wilhelmi Anm. 3; Baumbach-Hueck Rn. 2; anders Brand-Marowski Die Registersachen, 4. Aufl. S. 255 f.; KGJ 30 B 32 hält anscheinend die Anmeldung der Namensänderung nur für zulässig, aber nicht für vorgeschrieben).

Nicht eintragbar ist die *Dauer der Vorstandsbestellung* oder der Vertretungsmacht. Das Handelsregister soll nur über die jeweilige Rechtslage Auskunft geben, nicht über in der Zukunft voraussichtlich vor sich gehende Veränderungen. Eine dennoch erfolgte Eintragung ist ohne rechtliche Bedeutung.

Anm. 3

3. Eine ihrer Art nach eintragungspflichtige Änderung bedarf nicht der Eintragung, wenn inzwischen die aus dem Handelsregister ersichtliche Rechtslage wieder eingetreten ist. Daher braucht das Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds nicht zum Handelsregister angemeldet zu werden, wenn es inzwischen wieder zum Vorstandsmitglied bestellt worden ist (RG 68, 384; Brand-Marowski a. a. O. S. 256)). Für den umgekehrten Fall, daß ein Vorstandsmitglied bis zur Anmeldung wieder ausgeschieden oder die anzumeldende erweiterte Vertretungsmacht wieder beschränkt worden ist, kann dasselbe nur mit einer Einschränkung gelten. Ein öffentliches Interesse besteht hier allerdings an einer Eintragung der doch sofort wieder zu löschenden Tatsache nicht. Daher ist eine Anmeldungspflicht zu verneinen. Aber die AG kann ein Interesse an der Eintra-

gung der Bestellung zum Vorstandsmitglied und des Wiederausscheidens haben. Denn mangels einer Eintragung kann sie sich gegenüber einem Dritten, der zwar von der Bestellung zum Vorstandsmitglied, nicht aber von seinem Ausscheiden Kenntnis erhalten hat, auf dieses nicht berufen. Entsprechendes gilt in dem Fall der Erweiterung und Wiederbeschränkung der Vertretungsmacht. Man wird daher in derartigen Fällen die Anmeldung als ein Recht, nicht aber als eine Pflicht der AG ansehen müssen.

Anm. 4

II. Pflicht zur Anmeldung

Zur Anmeldung verpflichtet ist der Vorstand. Nicht erforderlich ist die Mitwirkung des ganzen Vorstands; vielmehr genügt die Anmeldung durch Vorstandsmitglieder, die die Gesellschaft wirksam vertreten können (jetzt allgemein anerkannt). Das neugewählte Vorstandsmitglied kann sich demnach selbst anmelden, und zwar allein, wenn es allein vertretungsberechtigt ist, mit anderen, wenn es gesamtberechtigt ist. Ebenso kann die Anmeldung auch durch ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, mit dem zusammen es die AG vertreten kann, erfolgen. Dies gilt für alle Arten von Anmeldungen durch den Vorstand, auch für die Fälle der §§ 181, 184, 188, 223, 294, 319 Abs. 3, 345, 353 Abs. 5, 354, 355 Abs. 2, 357 Abs. 2, 360 Abs. 2, in denen das Gesetz die Anmeldepflicht des „Vorstands“ vorsieht (ebenso KG in JW 1937, 890¹⁸; Brodmann HGB § 234 Anm. 2 a; Schlegelberger-Quassowski AktG 1937 Anm. 3; Ritter AktG 1937 § 71 Anm. 4 b; § 73 Anm. 4; Godin-Wilhelmi Anm. 5; Baumbach-Hueck Rn. 3; OLG Düsseldorf, JMBL. NRW 1949, 250; s. auch § 42 Anm. 9 und § 78 Anm. 8, 9; a. A. Groschuff in JW 1937, 890 Anm. und die ältere Rechtsprechung; vgl. die Nachweise in der Vorauf. § 73 Anm. 4). Entscheidend muß sein, daß das Vorstandsmitglied im Falle der Mitwirkung eines Prokuristen zur vollen Ausübung seiner gesetzlichen Vertretungsmacht, die ebensoweit geht wie die eines einzelvertretungsberechtigten Vorstandsmitglieds, befähigt ist (vgl. § 78 Anm. 9). Ausgeschiedene Vorstandsmitglieder sind zur Anmeldung nicht mehr berechtigt, auch nicht zur Anmeldung ihres Ausscheidens (KGJ 45, 329; Hamburg OLGE 27, 374 Fußnote; BayObLG BayOLGZ 23, 172). Fehlt es infolge des Ausscheidens an vertretungsbefugten Vorstandsmitgliedern, so muß zuerst die Ergänzung des Vorstands, sei es durch den Aufsichtsrat, sei es durch das Gericht nach § 85 erfolgen (RG GmbHRdsch. 1928, 121; KGJ 45, 329; OLG Jena KGJ 37 A 320; OLG Hamburg RJA 12, 233). — Prokuristen allein können die Anmeldung nicht vornehmen (Godin-Wilhelmi Anm. 5; Baumbach-Hueck Rn. 3; Brand-Marowski a. a. O. S. 258), ebensowenig der Aufsichtsrat oder ein Generalbevollmächtigter. Dagegen kann sich der Vorstand bei der Anmeldung durch einen Bevollmächtigten dann vertreten lassen, wenn die Vollmacht öffentlich beglaubigt ist (§ 12 Abs. 2 HGB); wie hier Godin-Wilhelmi Anm. 5; Würdinger in Großkomm. HGB § 12 Anm. 5. Keine Stellvertretung ist allerdings da zulässig, wo Erklärungen abzugeben sind, deren Wahrheitswidrigkeit strafbar macht: §§ 37, 184 Abs. 2, 188 Abs. 2, 203 i. V. m. § 399.

Ist eine Satzungsänderung, die eine Änderung in der Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder einführt, anzumelden, so ist die Anmeldung von der nach der bisherigen Satzungsbestimmung erforderlichen Zahl von Vorstandsmitgliedern vorzunehmen; denn die neue Satzungsbestimmung tritt erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister in Kraft (§ 181 Abs. 3). Das gilt auch für den Fall, daß gleichzeitig mit der Satzungsänderung ein neuer Vorstand angemeldet wird. Sah die alte Satzung einen mehrgliedrigen Vorstand und Kollektivvertretung vor und führt die neue Satzungsbestimmung einen nur aus einem Mitglied bestehenden Vorstand ein, so muß die Satzungsänderung von mindestens einem Mitglied des alten Vorstands neben dem neu gewählten, in Zukunft alleinigen Vorstandsmitglied angemeldet werden. Erfolgt vor der Anmeldung die Abberufung oder Amtsniederlegung des alten Vorstands, so kann die Anmeldung der Satzungsänderung nur vorgenommen werden, wenn der Vorstand auf die nach der alten Satzungsbestimmung erforderliche Zahl seiner Mitglieder ergänzt wird.

III. Form der Anmeldung

Die Form der Anmeldung (Abs. 2) richtet sich nach § 12 HGB. Sie muß danach in öffentlich beglaubigter Form bei dem nach § 14 zuständigen Gericht erfolgen. Für die Anmeldung bei dem Gericht einer Zweigniederlassung gilt § 43: es sind dem Gericht des Sitzes der Gesellschaft, so viele Stücke der Anmeldung beizufügen, als Zweigniederlassungen vorhanden sind, und zwar genügen beglaubigte Abschriften der Anmeldung, wenn diese nicht Zeichnungen der Namensunterschrift enthält (vgl. Anm. 10). Für das Gericht des Sitzes der Gesellschaft, nicht auch für das Gericht der Zweigniederlassung, sind nach Abs. 2 die Urkunden über die Änderung, etwa das Niederlegungsschreiben des Vorstandsmitglieds oder das Protokoll der Aufsichtsratssitzung — in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügen (vgl. auch Ritter § 73 AktG 1937 Anm. 5). Die Urschrift braucht nicht öffentlich beglaubigt zu sein (KGJ 35 A 157). Die Urkunden müssen so beschaffen sein, daß sie die Nachprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der angemeldeten Rechtsänderung gestatten; es genügt daher nicht die Bestätigung des Aufsichtsratsbeschlusses, da sie nicht die Nachprüfung ermöglicht, ob der Aufsichtsrat beschlußfähig war und der Beschluß mit Stimmenmehrheit gefaßt ist (KG OLGE 42, 215 Fußnote 1 b). Die Einreichung einer der Satzung entsprechenden von dem Vorsitz der Aufsichtsrats unterschriebenen Ausfertigung des Beschlusses, die das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ergibt, genügt (Baumbach-Hueck Rn. 5).

IV. Prüfung durch den Registerrichter

Der Registerrichter hat die Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen (KGJ 25 A 253; 31 A 197; KG JR 1931 Nr. 775; vgl. auch § 37 Anm. 4 sowie Brand-Marowski a. a. O. S. 258), in erster Linie auf Grund der eingereichten Urkunden, erforderlichenfalls durch Anstellung von Ermittlungen nach § 12 FGG. Die angemeldete Rechtsänderung muß bereits eingetreten sein; dies ist nicht der Fall, wenn der Vorstand sein Amt in der an das Gericht gerichteten Erklärung niederlegt, da die Niederlegung dem Aufsichtsrat gegenüber ausgesprochen werden muß (KG JW 1927, 1703^a). Ebenso wenig liegt die angemeldete Rechtsänderung schon vor, wenn der Aufsichtsrat zwar die Abberufung des Vorstandsmitglieds beschlossen hat, der Beschluß aber nicht durch Erklärung gegenüber dem Vorstandsmitglied ausgeführt worden ist (KGJ 31 A 197).

V. Wirkung der Eintragung

Die Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung und ihres Unterbleibens richten sich nach § 15 HGB. Die Eintragung wirkt also nicht rechtsbegründend, sondern nur rechtsbekundend. Das Amt des Vorstands beginnt und endet unabhängig von der Eintragung; dasselbe gilt für Änderungen in den Vertretungsverhältnissen. Dritten kann aber die ihnen unbekannt nicht eingetragene und nicht bekannt gemachte Tatsache (§ 10 HGB) nicht entgegengesetzt werden. Im übrigen gilt der Inhalt des Handelsregisters nicht schlechthin als richtig. Die AG kann sich aber gutgläubigen Dritten gegenüber auf die Unrichtigkeit der Eintragungen nicht berufen, wenn sich die falsche Eintragung selbst veranlaßt oder geduldet hat, es sei denn, daß sie überhaupt nicht in der Lage gewesen wäre, die im Handelsregister bekundete Rechtslage herzustellen, wie z. B. in dem Falle, daß eine nicht voll geschäftsfähige Person als Vorstandsmitglied eingetragen ist (§ 76 Anm. 17). — Der Schutz des § 15 HGB wird nur Dritten zuteil, die mit der AG in rechtsgeschäftliche Beziehungen eintreten. Hierzu gehören nicht die Aktionäre in ihren mitgliedschaftlichen Beziehungen zu der AG (RG 120, 363, 369); erst recht findet § 15 HGB keine Anwendung in bezug auf körperschaftsrechtliche Akte und im Verhältnis der verschiedenen Organe der AG zueinander (KGJ 3, 18). Es gilt hier das gleiche wie bei der Frage, ob interne Beschränkungen der Vertretungsmacht

der Vorstandsmitglieder im Verhältnis zwischen der AG und den Aktionären geltend gemacht werden können (s. § 82 Anm. 10). Gemäß § 121 Abs. 2 Satz 2 gilt jedoch ausdrücklich, daß Personen, die in das Handelsregister als Vorstand eingetragen sind, befugt sind, die Hauptversammlung einzuberufen, insoweit also den Schutz des § 15 HGB auch den Aktionären zugute kommt. Hinsichtlich sog. faktischer Vorstandsmitglieder s. § 84 Anm. 19.

Anm. 8

VI. Folgen bei Nichtanmeldung

Der Vorstand kann nach § 14 HGB zur Anmeldung durch *Ordnungsstrafen* (bis zu DM 10 000,—) angehalten werden.

Jedes Vorstandsmitglied hat einen *klagbaren Anspruch* auf die Bewirkung der ordnungsgemäßen Eintragung seiner Bestellung oder seines Ausscheidens. Mit der Rechtskraft des Urteils und seiner formlosen Einreichung bei dem Registergericht gilt die Anmeldung gemäß ZPO § 894 als erfolgt (KGJ 41 A 100; Staub HGB § 234 Anm. 2; Baumbach-Hueck Rn. 4; Ritter Anm. 4 zu § 73 AktG 1937; Godin-Wilhelmi Anm. 3; dagegen für Anwendung des § 888 ZPO Brodmann HGB § 234 Anm. 2 c). Unter Umständen wird einem ausgeschiedenen Vorstandsmitglied nach Treu und Glauben ein klagbarer Anspruch auf Berichtigung zustehen, wenn bei der Anmeldung seines Ausscheidens ein falscher Grund angegeben wurde (vgl. OLG Frankfurt JW 1930, 2983⁹).

Anm. 9

VII. Zeichnung der Unterschrift (Abs. 3)

Die neuen Vorstandsmitglieder haben ihre Namensunterschrift zur Aufbewahrung beim Gericht zu zeichnen (Abs. 3). Erforderlich ist nur die Zeichnung des Namens des neuen Vorstandsmitglieds, nicht die Zeichnung der Firma (vgl. § 37 Anm. 7). Das folgt jetzt aus dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. die Einleitung). Die Zeichnung muß persönlich erfolgen, und zwar mit Rücksicht auf etwaige allmähliche Veränderungen der Unterschrift bei oder nach dem Erwerb des Amts. Sie ist also selbst dann erforderlich, wenn das Vorstandsmitglied seine Unterschrift schon als Prokurist gezeichnet hatte (s. KGJ 37 A 138). Voraussetzung der Eintragung ist die Zeichnung der Unterschrift nicht (KGJ 37 A 138; KG RJA 9, 244). Siehe ferner die Erläuterungen zu § 12 HGB.

Sind *Zweigniederlassungen* vorhanden, so müssen der für das Gericht des Sitzes der AG bestimmten Urkunde, die die Zeichnung enthält, so viele Stücke weiterer öffentlich beglaubigter Originalzeichnungen der Unterschrift beigefügt werden, als Zweigniederlassungen vorhanden sind (§ 43 Abs. 1). Es genügt nicht die Beifügung beglaubigter Abschriften (§ 43 Anm. 1).

§ 82 Beschränkungen der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis

(1) Die Vertretungsbefugnis des Vorstands kann nicht beschränkt werden.

(2) Im Verhältnis der Vorstandsmitglieder zur Gesellschaft sind diese verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Vorstands und des Aufsichtsrats für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		10. Beschränkungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten	10
I. 1. Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht (Abs. 1)	1	11. Ausländische Aktiengesellschaften	11
2. Gesetzliche Beschränkungen	2	II. Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis (Abs. 2)	
3. Unzulässigkeit sonstiger Beschränkungen	3	1. Allgemeines	12
4. Generalvollmacht	4	2. durch die Satzung	13
5. Gesamtvertretung	5	3. durch den Aufsichtsrat	14
6. Nachprüfung der Vertretungsbefugnis	6	4. durch die Hauptversammlung	15
7. Vorbehalt der Genehmigung durch andere Organe	7	5. durch die Geschäftsordnung	16
8. Kollusion	8	6. Verantwortlichkeit bei Zustimmung anderer Organe	17
9. Enteignung	9	7. Bindung des Vorstands	18

Einleitung

Die Vorschrift entspricht dem § 74 AktG 1937. Es wird im Gesetzestext sprachlich klarer zwischen Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes unterschieden, ohne daß damit sachlich eine Änderung der Rechtslage eingetreten ist. Das gilt auch für die Streichung des Hinweises auf „Dritte“ in Abs. 1 (vgl. Anm. 1). Zur Klarstellung ist in Abs. 2 auch noch ein Hinweis auf die Geschäftsordnung aufgenommen worden und allgemein der Hinweis darauf, daß die nach Abs. 2 möglichen Beschränkungen sich im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft zu halten haben. In der amtlichen Begründung (bei Kropff S. 103) wird unter Hinweis auf die entsprechenden Vorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts (vgl. §§ 126 Abs. 2, 161 Abs. 2, 495 HGB, 37 Abs. 2 GmbHG und § 27 Abs. 2 GenG; siehe aber auch § 26 Abs. 2 S. 2 BGB) ausdrücklich darauf hingewiesen, daß man bewußt auf eine Übernahme der anglo-amerikanischen ultra-vires-Doktrin verzichtet hat, trotz des hierdurch eher gewährleisteten Schutzes des Gesellschaftsvermögens vor satzungswidriger Verwendung durch den Vorstand. Damit ist das Verkehrsinteresse als dem Aktionärsinteresse insoweit — mit Recht — übergeordnet bewertet.

Anm. 1

I. 1. Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht

Abs. 1 erklärt die Vertretungsbefugnis des Vorstands für unbeschränkbar. Es ist hier ausschließlich von der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstandes die Rede, also von seinem rechtlichen Können, im Gegensatz zu dem rechtlichen Dürfen, dem Recht und der Pflicht, im Rahmen der Geschäftsführung von der Vertretungsmacht Gebrauch zu machen, wovon Abs. 2 handelt. Die Bestimmung handelt auch nur von der Befugnis des Vorstands, die AG bei Rechtsgeschäften und in Rechtsstreitigkeiten zu vertreten, nicht von körperschaftlichen Handlungen und Maßnahmen wie z. B. Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen, Umwandlungen, Fusionen. Für solche gilt nicht der Grundsatz, daß die Macht des Vorstands vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Bestimmungen unbeschränkt ist. Vielmehr kommen in dieser Hinsicht dem Vorstand nur diejenigen Befugnisse zu, die das Gesetz ihm besonders zuweist oder die sich aus seiner Stellung und seinem Aufgabenkreis ergeben (vgl. hierzu Anm. 10 unten). Für *Abwickler* gilt eine dem Abs. 1 wörtlich entsprechende Regelung (s. § 269 Abs. 5; anders § 210 Abs. 1 AktG 1937).

Abs. 1 enthält zwar nicht mehr den ausdrücklichen Hinweis darauf, daß die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis nur *gegenüber Dritten* gilt. Aus der insoweit erfolgten Änderung des Gesetzestextes gegenüber § 74 Abs. 2 AktG 1937 kann aber eine Änderung der Rechtslage dahingehend, daß Beschränkungen auch im Verhältnis gegenüber Aktionären oder Mitgliedern der Organe der AG unwirksam sind, nicht hergeleitet werden.

Anm. 2

2. Gesetzliche Beschränkungen

Die Vertretungsmacht des Vorstands unterliegt nur den *gesetzlichen Beschränkungen*. Einen Beschluß der Hauptversammlung, meist mit einer qualifizierten Mehrheit, schreibt das Gesetz für Verträge vor, die den rechtlichen Bestand oder die aktienrechtliche Struktur der Gesellschaft berühren, z. B. für die Übernahme neu auszugebender Aktien gegen Sacheinlagen (§§ 183, 194), Verschmelzung (§§ 340, 353), Verstaatlichung (§ 359), Vermögensübertragung auf einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§ 360), sonstige Vermögensübertragung (§ 361), Umwandlungen (§§ 362, 366, 369, 376, 386) sowie den Abschluß und Änderung von Unternehmensverträgen (§§ 293, 295), Eingliederung (§ 319); vgl. auch OLG Hamburg DieAG 1959, 2. Für die Ausgabe von Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen (§ 221) stellt die Zustimmung der Hauptversammlung nicht eine gesetzliche Beschränkung der *Vertretungsmacht*, sondern nur der internen Geschäftsführungsbefugnis dar (Würdinger § 21 IV 4a). Ebenso ist die Zustimmung des Aufsichtsrats zur Ausgabe der neuen Aktien des genehmigten Kapitals und zu den Bedingungen ihrer Ausgabe nur durch Sollvorschriften (§§ 202, 204, 205) geboten. Dagegen liegt eine Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht wiederum in dem Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung für die Nachgründung (§ 52). Vergleiche und Verzichte auf Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder, gegen Aufsichtsratsmitglieder und Gründer bedürfen der Zustimmung der Hauptversammlung, die nicht gegen den Widerspruch von Aktionären, die über ein Zehntel des Grundkapitals verfügen, erteilt werden kann (§§ 50, 53, 93, 116, 309, 310, 317, 318, 378); dasselbe gilt für den Anspruch gegen Dritte wegen Mißbrauchs ihres Einflusses auf ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied (§ 117). Wegen der Zustimmung des Aufsichtsrats zur Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder und Prokuristen sowie Generalhandlungsbevollmächtigte s. § 89. Ebenso bedarf die Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder (§ 115) sowie der Abschluß von Dienst- oder Werkverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern für Tätigkeiten höherer Art (§ 114) der Zustimmung des Aufsichtsrats. Den Vorstandsmitgliedern selbst gegenüber vertritt nur der Aufsichtsrat die AG gerichtlich und außergerichtlich (§ 112). Die Befugnis eines Vorstandsmitglieds, die AG gegenüber anderen Vorstandsmitgliedern zu vertreten, besteht im Gegensatz zum früheren Recht nicht mehr (vgl. § 78 Anm. 22 sowie § 112). Zuweilen findet auch eine Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Verwaltungsträger der AG durch einen besonderen Vertreter auf Verlangen einer Minderheit statt (§§ 147 Abs. 3, 350). Für bei Umwandlung, Abschluß eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages oder Eingliederung ausscheidende Aktionäre kann gleichfalls ein gemeinsamer Vertreter bestellt werden (§§ 306 Abs. 4; 320 Abs. 7; 375 Abs. 3 sowie § 33 UmwG). Die von der Satzung vorgeschriebene Zustimmung eines anderen Organs als des Vorstands zur Übertragung von vinkulierten Namensaktien (§ 68) ist nach richtiger Ansicht nicht Voraussetzung der Wirksamkeit der von dem Vorstand ausgesprochenen Zustimmung. Die *Satzung* kann Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vorstands nicht einführen, insbesondere die Fälle, in denen nach dem Gesetz ein Beschluß der Hauptversammlung erforderlich ist, nicht erweitern. Überschreitet ein Vorstandsmitglied die gesetzlichen Schranken der Vertretungsmacht, so gelten §§ 177 ff. BGB s. Anm. 23 zu § 78, soweit die wirksame Vertretung von der Zustimmung eines anderen Organs abhängt. Fehlt eine Vertretungsbefugnis des Vorstands überhaupt, z. B. in Rechtsgeschäften mit anderen Vorstandsmitgliedern (§ 112), so tritt Nichtigkeit (§ 134 BGB) ein (Mertens JurA 1970, 466 [468]).

3. Unzulässigkeit sonstiger Beschränkungen

Im übrigen ist die Vertretungsbefugnis des Vorstands *dem Umfang nach unbegrenzt*. Er kann mit rechtlicher Wirksamkeit sämtliche Handlungen vornehmen, die überhaupt im Namen einer AG vorgenommen werden *können*. Die Grenzen des Tätigkeitsgebiets der AG sind die Grenzen der Tätigkeit des Vorstands (Gierke, Genossenschaftstheorie 607 ff.), und diese wird durch den satzungsmäßigen Zweck und Gegenstand der Gesellschaft nicht beschränkt (RG 115, 246 allg. Ansicht; vgl. Würdinger § 21 IV 4a; Baumbach-Hueck Rn. 2; s. ferner die amtliche Begründung [bei Kropff S. 103] und Schilling in Hachenburg Anm. 7 zu § 37). Dieser bildet vielmehr nur für die Geschäftsführung eine Schranke (Anm. 13). Zur Übertragung des ganzen Vermögens reicht zwar die Vertretungsmacht des Vorstands nicht aus (Anm. 2), wohl aber zur Übertragung eines Teils oder Zweigs des von der AG betriebenen Geschäfts. Alle satzungsmäßigen Beschränkungen betreffen, soweit sie überhaupt zulässig sind (Anm. 12 und 2), nur das Innenverhältnis und berühren die Vertretungsmacht nach außen nicht. § 235 Abs. 2 S. 2 HGB hob diese besonders hervor für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an gewissen Orten stattfinden soll oder daß für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsrats oder eines andern Organs der AG erfordert wird; vgl. § 37 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Dies alles gilt auch heute noch, obgleich die Bestimmung schon in § 74 AktG 1937 als überflüssig nicht übernommen worden ist. Der Abschluß und die Änderung von Unternehmensverträgen bedürfen jedoch zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung, und der Vorstand ist nach § 83 sogar verpflichtet, entsprechende Verträge abzuschließen, wenn die Hauptversammlung es beschließt. Im übrigen kann die Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (§ 119 Abs. 2).

Unzulässig ist die Beschränkung eines Vorstandsmitglieds auf die Vertretung einer Zweigniederlassung; anders §§ 50, 126 HGB; vgl. Ritter § 74 AktG 1937 Anm. 6 m. w. N. Ebensowenig kann durch die Satzung zwingend für Handlungen des Vorstands eine bestimmte Form vorgeschrieben werden. Der Vorstand kann auch Prokuristen oder andere Bevollmächtigte bestellen und auch diese Befugnis kann nicht ausgeschlossen oder mit Wirkung nach außen beschränkt werden (Anm. 12). Über die Zulässigkeit der Prokura und die Rechtsstellung des Prokuristen der AG s. § 78 Anm. 25 ff. sowie bei Gesamtvertretung § 78 Anm. 8, 9 und 12.

Anm. 4

4. Generalvollmacht

Wie in Anm. 11 u. 13 zu § 78 dargelegt, kann ein gesamtvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied dem andern keine allgemeine Ermächtigung oder Vollmacht erteilen (BGH 34, 30 f.), auch nicht, wenn „sämtliche Organe“ (formlos) zustimmen (so RG HRR 29, 25). Denn eine derartige Generalvollmacht würde praktisch auf die Bestellung eines Vorstandsmitglieds zum Einzelvertreter hinauslaufen, was nur durch die Satzung oder den Aufsichtsrat kraft satzungsmäßiger Ermächtigung bestimmt werden kann (BGH WM 1960, 1227; BGH 34, 27 [30]; weitere Nachweise s. § 78 Anm. 11 sowie 13). Mit Recht hat das Reichsgericht auch die Generalvollmacht an einen Dritten, durch die diesem die gesamte Führung der Geschäfte übertragen werden soll, für unwirksam erklärt (RG 86, 262; RG im Recht 1928 Nr. 2276), da das mit der organischen Stellung des Vorstands unvereinbar ist (s. auch BGH 13, 65; ferner Schlegelberger-Quassowski § 71 AktG 1937 Anm. 20; Ritter § 74 AktG 1937 Anm. 3b; Schmidt in Hachenburg § 46 Anm. 47 und Schilling a. a. O. § 35 Anm. 7 m. w. N.). Aber hieraus ist nicht zu schließen, daß der Vorstand einem Dritten überhaupt keine Generalvollmacht erteilen könnte. Schon AktG 1937 erwähnte in § 80 Abs. 1 S. 2 leitende Angestellte, denen Generalvollmacht erteilt ist. In AktG 1965 ist zwar der

Begriff Generalvollmacht nicht mehr enthalten; das Gesetz spricht aber in § 89 Abs. 2 von zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigten Handlungsbevollmächtigten (vgl. zur Terminologie § 46 Nr. 7 GmbHG). In der Sache ist damit jedenfalls insoweit keine Änderung zum früheren Recht eingetreten, als auch AktG 1965 von der Zulässigkeit der Erteilung einer Generalvollmacht ausgeht. Das Unzulässige ist nicht die Erteilung der Generalvollmacht an sich, sondern die mit dieser beabsichtigte Übertragung der Funktionen des Vorstands auf einen andern (vgl. KGJ 48 A 130). Wird die Generalvollmacht erteilt, um den Bevollmächtigten formal als Vertreter der AG zu legitimieren, darf er aber intern von der Vollmacht nur in bestimmtem Rahmen Gebrauch machen, liegt keine Übertragung der Vorstandsstellung vor. Für die Zulässigkeit einer Generalvollmacht spricht ferner auch die Zulässigkeit einer Einzelprokura; denn die Befugnisse eines Einzelprokuristen stehen, wenn ihm auch die Befugnis zur Verfügung über Grundstücke eingeräumt wird, wenig hinter denen eines Generalbevollmächtigten zurück. Schon das Kammergericht hat daher die Erteilung einer widerruflichen Generalvollmacht an einen Dritten für zulässig erklärt (DNotVZ 1925, 242). Zur Zulässigkeit einer allgemeinen Vollmacht, zeitlich beschränkt auf vorübergehende Abwesenheit s. OLG Frankfurt WM 1965, 53. Die Erteilung einer unwiderruflichen Generalvollmacht kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die unwiderrufliche Generalvollmacht nur bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses des Bevollmächtigten erteilt werden kann, ein solches schutzwürdiges Interesse eines Dritten hier aber kaum denkbar ist.

Der Generalbevollmächtigte erwirbt nicht mehr Befugnisse, als dem Vorstand selbst zustehen. Er ist überdies nicht gesetzlicher, sondern gewillkürter Vertreter. Er kann daher nicht in einem Rechtsstreit die Gesellschaft an Stelle des Vorstands vertreten; wohl aber kann er als Prozeßbevollmächtigter auftreten. Handlungen, die der Vorstand nur selbst vornehmen kann, können dem Generalbevollmächtigten nicht übertragen werden. Dazu gehört auch die Erteilung einer Prokura.

Über die Stellung des Generalbevollmächtigten vgl. im übrigen auch Schmidt in Hachenburg § 46 Anm. 44—48. Wegen der Möglichkeit, in besonderen Fällen außerordentliche Vertreter oder Pfleger für die AG zu bestellen, s. § 76 Anm. 18.

Anm. 5

5. Gesamtvertretung

Keine Beschränkung des Umfangs der gesetzlichen Vertretungsmacht ist die *Gesamtvertretung*, die das Gesetz vielmehr selbst (§ 78 Abs. 2) vorbehaltlich einer abweichenden Regelung vorschreibt. Es handelt sich dabei nur um eine Beschränkung der Ausübung der gesetzlichen Vertretungsmacht durch die einzelnen Vorstandsmitglieder (Näheres s. § 78 Anm. 3f.). Der Umfang der Vertretungsmacht des zur Gesamtvertretung berechtigten Vorstandsmitglieds ist der volle Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht überhaupt. Dies gilt auch in dem Fall, daß das Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist (§ 78 Anm. 9). Ein Vorstandsmitglied und ein Prokurist, die nur zur gemeinsamen Vertretung befugt sind, können daher auch Einzelprokura erteilen (RG 134, 303). Dieser Umfang der Gesamtvertretung kann nicht *mit Wirkung nach außen* durch die Satzung ausgeschlossen werden, da darin eine unzulässige Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands liegen würde. Jedoch ist der Vorstand verpflichtet, gemäß Abs. 2 solche Beschränkungen die im Rahmen des Gesetzes durch Satzung oder Geschäftsordnung, den Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 4 S. 2) oder die Hauptversammlung (§ 83) auferlegt werden, einzuhalten.

Unzulässig ist die Bestimmung, daß das Vorstandsmitglied nur zusammen mit einem Aufsichtsratsmitglied (RG 123, 288) oder einem Handlungsbevollmächtigten (vgl. KG JFG 5, 240) handeln darf. Ebensowenig können Handlungen des Vorstands mit Wirksamkeit nach außen an die Mitwirkung des Alleinaktionärs geknüpft werden, noch gar an die eines Dritten, wie etwa eines Delegierten der Konzernleitung.

6. Nachprüfung der Vertretungsbefugnis

Da eine Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht unwirksam ist, kann sie auch nicht in das *Handelsregister* eingetragen werden (s. m. w. N. Brand-Marowski, Die Registersachen, 4. Aufl. S. 257). Ist sie unzulässigerweise eingetragen, so ist sie dennoch unwirksam. Ebenso kann ein Vertragspartner der AG nicht den Nachweis der intern erforderlichen Zustimmung eines anderen Organs verlangen, genau so wenig der Prozeßrichter, auch wenn ihnen Beschränkungen der Vertretungsmacht — außer den gesetzlichen Beschränkungen (Anm. 2) — bekannt sind; allg. Ansicht; s. RG 89, 369.

7. Vorbehalt der Genehmigung

Der Vorstand ist nicht gehindert, ein Geschäft *vorbehaltlich, d. h. unter der Bedingung der Genehmigung* durch eines der anderen Organe abzuschließen (vgl. KG OLGE 42, 221; RG DJZ 1914, 753). Unter Umständen kann es auch vorkommen, daß der Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend unter der Bedingung abgeschlossen wird, daß die Zustimmung eines anderen Organs vorliegt oder wirksam ist (s. RG Recht 1915 Nr. 95). Die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung unterliegt keinen Bedenken (wie hier Schilling in Hachenburg Anm. 13 zu § 37; Baumbach-Hueck Rn. 6; Godin-Wilhelmi Anm. 5).

8. Kollusion

Da die Vertretungsbefugnis nach außen nicht beschränkbar ist und die interne Pflicht, von ihr nicht Gebrauch zu machen, Dritte nicht angeht, kommt es auf die *Kenntnis des Dritten von den internen Beschränkungen* nicht an (s. z. B. RG 73, 343; 102, 200 a. E.; OLG Hamburg OLGE 32, 142). Auch hier gilt aber der allgemeine Grundsatz, daß dem Dritten ein ihm erkennbarer Mißbrauch der gesetzlichen Vertretungsmacht entgegengehalten werden kann, wenn er daraus Rechte herleiten will (BGH WM 1966, 491; BGH 50, 112; RG 145, 315; vgl. auch Staudinger-Coing § 167 BGB Anm. 17 a; Soergel-Siebert, Schultze-v. Lasaulx § 177 Anm. 9 ff.; Hueck, OHG, 3. Aufl. S. 213 ff.; Godin-Wilhelmi Anm. 4; Baumbach-Hueck Rn. 13; Ritter § 74 AktG 1937 Anm. 7; Schlegelberger-Quassowski § 74 AktG 1937 Anm. 12; Teichmann-Köhler § 74 AktG 1937 Anm. 2). Das gleiche gilt im Falle der Kollusion, d. h. wenn ein Dritter in sittenwidriger Weise mit dem Vertreter zum Nachteil des Vertretenen zusammengewirkt hat (RG 9, 148; 57, 388; 58, 536). Dasselbe ist auch anzunehmen, wenn der Dritte der AG aus einem besonderen Rechtsgrund für den ihr durch die Erfüllung des Vertrages entstehenden Schaden ersatzpflichtig ist (RG 73, 343, ein Rechtsgeschäft mit einem Aufsichtsratsmitglied betreffend). In solchen Fällen ist es unerheblich, ob das Vorstandsmitglied mit dem Abschluß des Geschäfts eine der internen Schranken der Vertretungsmacht überschritten hat oder nicht; doch kann die Nichtbeachtung einer solchen Schranke durch das Vorstandsmitglied und deren Kenntnis durch den Geschäftsgegner ein Indiz für ein sittenwidriges Zusammenwirken zum Nachteil der AG bilden. Wegen der grundsätzlichen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Vorstands können im Interesse des Verkehrsschutzes die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten Dritter aber nicht überspannt werden (s. Hueck a. a. O. S. 215; Dose S. 104).

9. Entelgnung

Die Vertretungsmacht des Vorstands erlischt nicht, wenn die AG durch hoheitliche Zwangsmaßnahmen außerhalb des Bundesgebiets *enteignet* wird oder in anderer Weise

durch *staatliche Zwangseingriffe*, auch etwa durch Einsetzung von Treuhändern, der Vorstand der Ausübung seiner Vertretungsmacht entkleidet wird, BGH WM 1957, 846 = LM Nr. 11 zu § 75 AktG; BGH 25, 134 (150); OLG Düsseldorf NJW 50, 470f.; Raape S. 673; Beitzke BB 49, 519; Kuhn WM 1956, 7. Voraussetzung des Fortbestands der Vertretungsmacht ist selbstverständlich der Fortbestand der AG (dazu § 5 Anm. 6), sei es als werbende Gesellschaft, sei es als Liquidationsgesellschaft. Über die Frage, ob bei enteigneten Gesellschaften der Vorstand auch über die Fünfjahresfrist des § 84 hinaus ohne Neubestellung im Amt bleiben kann s. die Nachweise in § 84 Anm. 14 am Ende.

Anm. 10

10. Beschränkungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten

Der Grundsatz der unbeschränkten Vertretungsmacht gilt *nicht in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten*. Aktionäre sind daher nicht geschützt, soweit es sich um die Ausübung der Rechte handelt, die im Verhältnis zwischen der AG und ihren Mitgliedern bestehen (z. B. Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen seitens des Vorstands ohne eine etwa in der Satzung vorgeschriebene Zustimmung des Aufsichtsrats; RG 24, 54 a. E.; Godin-Wilhelmi; anders Mertens, JurA 1970, 467f.; vgl. auch RG JW 1900, 133¹³), wohl aber bei dem Abschluß selbständiger Rechtsgeschäfte mit der AG (RG 4, 71; 81, 17). Dasselbe gilt für Mitglieder des Aufsichtsrats (RG 73, 343), soweit es sich nicht um Kreditgewährung (§ 115) oder den Abschluß von Verträgen für Tätigkeiten höherer Art handelt (§ 114).

Vorstandsmitgliedern selbst gegenüber vertritt immer nur der Aufsichtsrat die AG (§ 112). Angestellte und Arbeiter sind dagegen immer Dritte; sie können sich gegenüber Maßnahmen des Vorstands nicht auf dessen interne Beschränkungen berufen (Teichmann-Köhler § 74 AktG 1937 Anm. 2).

Anm. 11

11. Ausländische Aktiengesellschaften

Es gilt hier, auch für die Vertretungsmacht des Vorstands, grundsätzlich das Heimatrecht (Personalstatut) s. § 5 Anm. 7. Jedoch sind Beschränkungen der Vertretungsmacht, die über die Grundsätze des deutschen Rechts hinausgehen, insbesondere die *ultra vires*-Lehre des anglo-amerikanischen Rechts im Inland nicht anzuerkennen (s. im einzelnen Anm. 7 zu § 5; Anm. 2 zu § 44). Derartige Beschränkungen können jedoch Wirksamkeit erlangen, wenn sie bei Zweigniederlassungen ausländischer AG zum Handelsregister angemeldet und eingetragen werden (Godin-Wilhelmi Anm. 6).

II. Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis

Anm. 12

1. Allgemeines

II. 2. Die Befugnisse des Vorstands zur Leitung des Unternehmens können im Verhältnis zur *Gesellschaft*, also intern und nur im Rahmen der Vorschriften über die AG, durch die *Satzung* oder den *Aufsichtsrat* oder die *Hauptversammlung* und die Geschäftsordnung des Vorstands eingeschränkt werden. Solche Beschränkungen berühren gemäß Abs. 1 die Vertretungsmacht des Vorstands nach außen, *gegenüber Dritten* nicht und können sie auch nicht auf andere Organe, etwa die Hauptversammlung, übertragen (OLG Hamburg Die AG 1959, 22). Überschreitet der Vorstand aber die ihm gesetzten Schranken, so macht er sich der Gesellschaft gegenüber haftbar. Die Beschränkungen, die Abs. 2 zuläßt, können die Geschäftsführungsbefugnis *und* die Vertretungsbefugnis betreffen; in Fällen, in denen sich beide Befugnisse in ihrer Ausübung decken, wirken die Beschränkungen gleichzeitig auf beide; vgl. § 76 Anm. 3. Nach § 76 ist es Recht und Pflicht des Vorstands, die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten.

Anm. 13, 14

Daran vermögen weder die Satzung noch die anderen Organe der AG im Grundsatz etwas zu ändern; Einschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis, die dem Vorstand tatsächlich die Leitung der AG aus der Hand nehmen würden, sind unzulässig, denn das Gesetz läßt nur Beschränkungen im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften über die AG zu (vgl. § 77 Anm. 2). Insbesondere kann ihm nicht die Pflicht auferlegt werden, Weisungen des Aufsichtsrats zu folgen; etwa anderes gilt für Weisungen der Hauptversammlung im Rahmen des § 83; ferner für Weisungen im Rahmen eines Beherrschungsvertrages (§ 308 Abs. 2) und bei Eingliederung (§ 323 Abs. 1). Dagegen können sowohl die Satzung wie der Aufsichtsrat selbst bestimmen, daß der Vorstand bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vornehmen darf (§ 111 Abs. 4 S. 2). Diese Bindungen dürfen jedoch nicht so weit gehen, daß sie den Vorstand seiner selbständigen Stellung entkleiden. Eine Satzungsbestimmung, die alle Rechtshandlungen des Vorstands an die Zustimmung des Aufsichtsrats knüpfen oder alle wesentlichen für das Unternehmen in Betracht kommenden Geschäfte für genehmigungspflichtig erklären würde, wäre unzulässig und nichtig. Aber man wird es als zulässig ansehen müssen, daß die Satzung (über den Gegenstand des Unternehmens hinaus) die Vornahme bestimmter Geschäfte mit interner Wirkung gänzlich verbietet, etwa Spekulationsgeschäfte, Gewährung von Krediten ohne bestimmte Sicherheiten u. ä. außergewöhnliche Maßnahmen; vgl. Dose S. 59 m. w. N. sowie § 77 Abs. 2 Satz 2.

Zum Teil verlangt das Gesetz selbst die Zustimmung eines andern Organs zu Handlungen des Vorstands, so z. B. gem. § 59 Abs. 3 für die Zahlung einer Abschlagsdividende, gem. § 114 für den Abschluß von Verträgen zu einer Tätigkeit höherer Art durch Mitglieder des Aufsichtsrats, gem. § 115 für die Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder, gem. §§ 293, 295 für den Abschluß und die Änderung von Unternehmensverträgen, gem. §§ 202, 203 für die Ausgabe der Aktien des genehmigten Kapitals und deren Bedingungen. Es gilt, wie eingangs bemerkt, daß die gesetzlich gegebenen Beschränkungen der Vertretungsbefugnis (s. Anm. 2 oben) sich gleichzeitig als Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis darstellen. Darüber hinaus s. zur Leitungsbefugnis des Vorstands im allgemeinen und den möglichen und gegebenen Einschränkungen § 76 Anm. 2, sowie zu den sozial- und wirtschaftspolitischen Pflichten § 76 Anm. 9 bis 12.

Anm. 13

2. durch die Satzung

Eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis enthält der in der *Satzung* festgelegte *Gegenstand* der AG (§ 23 Abs. 3 Nr. 2); darüber hinausgehende Handlungen darf der Vorstand nicht vornehmen. Zur Bestimmung des Umfangs des Gegenstandes s. § 23 Anm. 11—13. Soweit nicht ausdrückliche oder durch den satzungsmäßigen Gegenstand des Unternehmens bedingte Beschränkungen vorliegen, darf der Vorstand Geschäfte aller Art abschließen, z. B. Grundstücke erwerben, Bürgschaften übernehmen, Schiedsverträge eingehen. Auch *unentgeltliche Leistungen* darf er vornehmen, soweit solche im Rahmen des Unternehmens liegen; dies gilt insbesondere für Aufwendungen für soziale Zwecke oder zum allgemeinen Nutzen (§ 76 Anm. 9 und 12).

Zur Frage, ob der Vorstand gehalten ist, Satzungsbestimmungen, die politische Grundsätze für die Unternehmensführung enthalten und so den Gegenstand der AG politisch konkretisieren, zu befolgen, auch wenn sich daraus eine Einschränkung der eigenverantwortlichen Leistungsbefugnis ergibt s. bejahend Winkler, NJW 1970, 447, einschränkend Mertens, NJW 1970, 1718.

Anm. 14

3. durch den Aufsichtsrat

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes (§ 111 Abs. 4 S. 1) können dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden. Es kann nur

entweder in der Satzung oder durch den Aufsichtsrat (etwa in der Geschäftsordnung oder in den Anstellungsverträgen der Vorstandsmitglieder) angeordnet werden, daß bestimmte Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen (§ 111 Abs. 4 S.2). Damit ist einmal klargestellt, daß der Aufsichtsrat dem Vorstand keine Weisungen erteilen kann (s. Anm. 12), und zum anderen, daß nicht die gesamte Geschäftsführungstätigkeit, sondern nur bestimmte Geschäfte dem Zustimmungserfordernis unterworfen werden können (vgl. die amtliche Begründung, bei Kropff, S. 103, sowie die Erläuterungen zu § 111 Abs. 4, und schließlich hinsichtlich der Geschäftspolitik im allgemeinen § 76 Anm. 2). Es kann dem Aufsichtsrat aber nicht verwehrt werden, im Rahmen der Überwachungstätigkeit jede Geschäftsführungsmaßnahme, auch wenn sie nicht zustimmungsbedürftig ist, zu kritisieren und gegebenenfalls auf Änderung zu drängen. Im Weigerungsfalle hat der Aufsichtsrat aber nur die Möglichkeit, durch Einberufung einer Hauptversammlung gemäß § 111 Abs. 3 die Angelegenheit zum Gegenstand einer Erörterung in der Versammlung zu machen. Solange es sich aber um Maßnahmen handelt, die nicht in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen (vgl. § 83), und solange der Vorstand nicht selbst die Hauptversammlung um eine Entscheidung angeht (gemäß § 111 Abs. 4 S. 3 bei Verweigerung der Zustimmung des Aufsichtsrats oder gemäß § 119 Abs. 2), ist es auch der Hauptversammlung verwehrt, unmittelbar in die Geschäftsführung einzugreifen (vgl. auch § 76 Anm. 7). Es bleibt als stärkste Waffe des Aufsichtsrats der Widerruf der Vorstandsbestellung, die namentlich bei Unfähigkeit zu ordnungsgemäßer Geschäftsführung (§ 84 Abs. 3) zulässig und geboten ist (vgl. auch Anm. 17).

Eine Ausnahme der hier dargelegten Rechtslage gilt nach § 15 MitbestErgG, wonach der Aufsichtsrat sogenannter Holding-Gesellschaften bestimmte Weisungen zur Ausübung der Beteiligungsrechte an anderen Unternehmen erteilen kann. Auch dieses Weisungsrecht stellt aber keine Durchbrechung der unbeschränkten Vertretungsbefugnis des Vorstands gem. Abs. 1 dar, sondern eine — gesetzmäßige — Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis i. S. von Abs. 2 (bestritten; wie hier Gessler BB 1956, 631; a. A. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl. Bd. II S. 1546 m. w. N. sowie Kötter, MitbestErgG § 15 Anm. 6).

Anm. 15

4. durch die Hauptversammlung

Im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft, also im Rahmen der gesetzlich festgelegten Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen, ist der Vorstand im Innenverhältnis verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die durch die Hauptversammlung angeordnet werden; vgl. 83 Anm. 3 sowie auch § 76 Anm. 7.

Die Hauptversammlung entscheidet einmal über Fragen der Geschäftsführung, wenn der Vorstand es verlangt, die entsprechende Frage also zur Abstimmung stellt, § 119 Abs. 2. Der Vorstand ist dann verpflichtet, die Maßnahme in Übereinstimmung mit dem Abstimmungsergebnis durchzuführen (§ 83 Abs. 2; s. auch Anm. 18). Sodann kann die Hauptversammlung nach § 83 Abs. 1 den Vorstand auch verpflichten, Maßnahmen, die in ihre Zuständigkeit fallen, vorzubereiten und durchzuführen, insbesondere auch Verträge abzuschließen, die nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam werden, etwa Unternehmensverträge (§ 293f.), Fusionen (§ 340) und Vermögensübertragungsverträge (§ 359ff.). Sonderregeln bestehen für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gründer und Organmitglieder auf Verlangen der Hauptversammlung (§ 147).

Eine Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis zugunsten der Hauptversammlung ergibt sich ferner aus § 58, soweit die Bildung willkürlicher stiller Reserven untersagt und die Bildung offener Reserven durch Vorstand und Aufsichtsrat eingeschränkt ist.

5. durch die Geschäftsordnung

Neben Gesetz, Satzung und Bestimmung der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats ergeben sich weitere Beschränkungen des Rahmens der Leitungsbefugnis aus der *Geschäftsordnung* des Vorstands, mag diese von dem Aufsichtsrat oder von dem Vorstand selbst erlassen sein (§ 77 Abs. 2). Die Geschäftsverteilung unter den Mitgliedern des Vorstands verpflichtet jedes Vorstandsmitglied, sich innerhalb des ihm zugewiesenen Aufgabenkreises zu halten und nicht störend in den Aufgabenbereich anderer Vorstandsmitglieder einzudringen (s. im einzelnen § 77 Anm. 3 insb. zu [f]). Auch der *Anstellungsvertrag* kann ergeben, welche Aufgaben das Vorstandsmitglied zu übernehmen hat. Die Mitwirkung bei Aufgaben, die Sache der Gesamtheit der Vorstandsmitglieder sind, bleibt davon unberührt (§ 77 Anm. 2).

6. Verantwortlichkeit bei Zustimmung anderer Organe

Da der Vorstand das geschäftsführende und in erster Linie verantwortliche Organ der AG ist, wird die *Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder nicht ohne weiteres durch die Zustimmung anderer Gesellschaftsorgane ausgeschlossen* (s. auch § 76 Anm. 8). Die Billigung der Handlung durch den Aufsichtsrat schließt die Haftung der Vorstandsmitglieder nicht aus (§ 93 Abs. 4 S. 2), auch nicht in den Fällen, in denen der Vorstand die *Zustimmung des Aufsichtsrats* einzuholen hat (vgl. §§ 111 Abs. 4 Satz 2; 114 Abs. 1; § 115). Vgl. § 93 Anm. 30. Wohl aber kann die Billigung der Handlung durch den Aufsichtsrat bei der Beurteilung der Frage, ob den Vorstand ein Verschulden trifft, ins Gewicht fallen. *An Beschlüsse der Hauptversammlung* ist der Vorstand in Fragen, die die Geschäftsführung betreffen, nur gebunden, wenn er selbst die Entscheidung der Frage durch die Hauptversammlung verlangt hat (§ 119 Abs. 2), oder bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und dem Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 4 Satz 3) oder wenn die Hauptversammlung ein Verlangen nach § 83 Abs. 1 gestellt hat (§ 83 Abs. 2). Durch einen gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung wird die Verantwortlichkeit des Vorstands gegenüber der Gesellschaft ausgeschlossen (§ 93 Abs. 4 S. 1), soweit ihn nicht ein besonderes Verschulden trifft, indem er z. B. die Hauptversammlung vorsätzlich oder fahrlässig falsch unterrichtet hat (s. im einzelnen § 93 Anm. 31 ff.). Die Haftung den Gläubigern gegenüber, die freilich nur eine subsidiäre ist und nur bei grober Fahrlässigkeit eintritt, wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Handlung auf einen Beschluß der Hauptversammlung beruht (§ 93 Abs. 5 S. 3). Der Vorstand und unter Umständen auch jedes einzelne Vorstandsmitglied hat die Möglichkeit, Beschlüsse der Hauptversammlung anzufechten (§ 245 Nr. 4, 5) und kann dazu verpflichtet sein, wenn die Sachlage bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters die Anfechtung verlangt (vgl. § 93 Anm. 33).

7. Bindung des Vorstands

Soweit die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands wirksam beschränkt werden kann (Anm. 12—16) ist der *Vorstand an entsprechende „Weisungen“* (der Satzung, des Aufsichtsrats, einer Geschäftsordnung, auch des Anstellungsvertrages) *gebunden*. Das gleiche gilt für Maßnahmen, die von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossen worden sind (§ 83 Abs. 2; vgl. § 83 Anm. 3 und 5; ferner Anm. 15 oben und § 76 Anm. 7), sowie für Weisungen des herrschenden Unternehmens (§ 308 Abs. 2) und der Hauptgesellschaft bei Eingliederung (§ 323 Abs. 1). Der Vorstand hat demgemäß zu verfahren. Sofern dem Vorstand unmittelbare Anweisungen erteilt werden können, kann die Gesellschaft vertreten durch den Aufsichtsrat (§ 112) Vorstandsmitglieder auf Ausführung etwa eines der Hauptversammlung ordnungsgemäß gefaßten Beschlusses

verklagen. Handelt es sich um die Abgabe einer Willenserklärung, richtet sich die Vollstreckung nach §§ 894, 896 ZPO; bei Vornahme unvertretbarer Handlungen ist eine Vollstreckung allerdings ausgeschlossen, § 888 Abs. 2 ZPO. Dann bleibt nur der Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund gemäß § 84 Abs. 3. Ein solcher Widerruf wird ohnehin regelmäßig zulässig sein, wenn der Vorstand bestehende Schranken seiner Geschäftsführungsbefugnis überschreitet (vgl. Anm. 14). Liegen die Voraussetzungen der §§ 399 ff. vor, kann auch Strafbarkeit — neben einer Schadensersatzpflicht aus § 93 — gegeben sein.

Eine Bindung des Vorstands an Weisungen, also die Schranken der Geschäftsführungsbefugnis, findet ihre Grenze dort, wo vom Vorstand rechts- und sittenwidriges Handeln verlangt wird. Nur Beschränkungen im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft, also gesetzmäßige Beschränkungen, sind für den Vorstand verbindlich. Beschlüsse der Hauptversammlung, die vom Vorstand gesetzwidriges Handeln verlangen (arg. § 396) oder die gegen die in § 93 für den Vorstand vorgeschriebenen Sorgfaltspflichten verstoßen, sind unbeachtlich. Der Vorstand kann sogar verpflichtet sein, von derartigen Weisungen abzuweichen (§ 665 BGB). Aber auch Weisungen der Hauptversammlung, die den Vorstand anhalten, die Satzung zu verletzen, also etwa Maßnahmen zu treffen, die über den Gegenstand oder Zweck des Unternehmens hinausgehen, können im Einzelfall unverbindlich sein. Sie sind es allerdings keinesfalls dort, wo die Hauptversammlung kraft Gesetzes zu beschließen hat (vgl. Anm. 2 und Anm. 15) oder durch entsprechende Satzungsänderungen den Weg für von ihr geforderte Maßnahmen freimacht.

§ 83 Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen

(1) Der Vorstand ist auf Verlangen der Hauptversammlung verpflichtet, Maßnahmen, die in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen, vorzubereiten. Das gleiche gilt für die Vorbereitung und den Abschluß von Verträgen, die nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam werden. Der Beschluß der Hauptversammlung bedarf der Mehrheiten, die für die Maßnahmen oder für die Zustimmung zu dem Vertrag erforderlich sind.

(2) Der Vorstand ist verpflichtet, die von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossenen Maßnahmen auszuführen.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung			
I. Vorbereitung von Maßnahmen und Verträgen durch den Vorstand		3. Verträge	3
1. Allgemeines	1	4. Mehrheitserfordernisse	4
2. Maßnahmen	2	II. Ausführung von Maßnahmen durch den Vorstand	5

Einleitung

Eine dem § 83 entsprechende Vorschrift fehlte in den früheren Gesetzen. Nach dem Aktienrecht des HGB war die Generalversammlung als oberstes Organ der Gesellschaft dem Vorstand gegenüber in allen Fragen, die sie an sich zog, weisungsberechtigt, was auch heute noch für das GmbH-Recht gilt (s. etwa Schilling in Hachenburg § 37 Anm. 1 und Schmidt ebenda § 45 Anm. 1). Das AktG 1937 beschränkte die Eingriffsbefugnis

Anm. 1, 2

der Hauptversammlung in die Geschäftsführung auf Fragen, in denen der Vorstand ein entsprechendes Verlangen stellte (§ 103 Abs. 2) und wies darüber hinaus der Hauptversammlung die Entscheidung von verschiedenen die Gesellschaft als solche betreffenden grundsätzlichen Fragen zu. Es bestand auch unter dem früheren Recht grundsätzlich Einigkeit darüber, daß rechtmäßige Beschlüsse der Hauptversammlung für den Vorstand verbindlich waren und er sie auszuführen hatte (vgl. die Voraufh. § 103 Anm. 7a m. w. N. und § 234 Anm. 8). § 83 stellt also eine Klarstellung und keine Änderung der Rechtslage gegenüber dem AktG 1937 dar.

In den Ausschlußberatungen des Bundestages wurde der RegEntw. insoweit geändert, als in Abs. 1 nicht mehr von vorbereitungsbedürftigen Maßnahmen, sondern schlicht von Maßnahmen die Rede ist, die auf Verlangen der Hauptversammlung durchzuführen sind. Dies ist sachlich, nicht nur sprachlich, klarer (vgl. Godin-Wilhelmi Anm. 2).

I. Vorbereitung von Maßnahmen und Verträgen durch den Vorstand**Anm. 1****1. Allgemeines**

Zunächst wird in Abs. 1 allgemein bestimmt, daß der Vorstand nur auf Verlangen der Hauptversammlung verpflichtet ist, tätig zu werden, also eine in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallende Maßnahme vorzubereiten oder einen Vertrag vorzubereiten oder abzuschließen, der nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam wird.

Das bedeutet nicht, daß der Vorstand Maßnahmen, die zur gesetzlichen Zuständigkeit der Hauptversammlung gehören, nicht auch ohne ausdrückliches Verlangen vorzubereiten hätte, wie die in der ordentlichen Gesellschafterversammlung durchzuführenden Beschlußfassungen. Vorbereitung der Beschlüsse der Hauptversammlung gehört zu den vornehmsten Geschäftsführungsaufgaben des Vorstands (vgl. auch Godin-Wilhelmi Anm. 1). Nur dort, wo der Vorstand nicht von sich aus tätig zu werden braucht und auch nicht tätig wird, kann die Hauptversammlung ihrerseits die Initiative ergreifen und Vorbereitung von Beschlußfassungen oder Vorbereitung und Abschluß eines Vertrages verlangen.

Was im einzelnen zur Vorbereitung der verlangten Maßnahme erforderlich ist, ergibt sich aus den Umständen des Falls. Bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist eine Bilanz aufzustellen, falls die letzte Jahresbilanz nicht mehr verwandt werden kann (§§ 207 Abs. 4 i. V. m. 209). Bei verlangter Satzungsänderung oder sonstigen Maßnahmen der Kapitalbeschaffung oder -herabsetzung ist eine Hauptversammlung zur Durchführung der erforderlichen Beschlüsse vorzubereiten. Wird die Vorbereitung und der Abschluß eines Unternehmensvertrages verlangt, so sind die entsprechenden Verhandlungen aufzunehmen und durchzuführen, und es ist der Vertragstext, der der Hauptversammlung zur Zustimmung vorgelegt werden muß, auszuhandeln und vorzubereiten (§ 293 Abs. 3); entsprechendes gilt bei Verschmelzungsverträgen.

Anm. 2**2. Maßnahmen**

Zu den Maßnahmen, die in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen, gehören einmal alle in § 119 Abs. 1 aufgezählten Gegenstände und dann, auf Verlangen des Vorstands, die entsprechenden Fragen der Geschäftsführung (§ 119 Abs. 2). In die Zuständigkeit der Hauptversammlung gehört also die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, soweit sie nicht in den Aufsichtsrat zu entsenden oder von den Arbeitnehmern nach den Bestimmungen des BetrVG oder den MitbestG zu wählen sind (§ 101); die Beschlußfassung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat (§ 120); die Bestellung der Abschlußprüfer der Gesellschaft (§ 163) sowie von Sonderprüfern (§ 142); die

Beschlußfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns (§ 174); alle Satzungsänderungen (§ 179) einschließlich der Maßnahmen zur Kapitalbeschaffung und -herabsetzung (§§ 182, 192, 202, 207, 222, 229); die Auflösung der Gesellschaft (§ 262 Nr. 2). Diese Aufzählung (in § 119 Abs. 1) ist aber nicht erschöpfend. Das Gesetz sieht zahlreiche weitere Zuständigkeiten der Hauptversammlung, und zwar entweder als ausschließliche oder durch Satzung zu begründende, vor. Das gilt etwa für folgende Maßnahmen: Zustimmung zur Übertragung von Namensaktien (§ 68 Abs. 2); Erlaß oder Vergleich von Ersatzansprüchen (§§ 93 Abs. 4 S. 3, 117 Abs. 4; 50, 53; vgl. auch §§ 309 Abs. 3, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4 und 323 Abs. 1); Entscheidung über Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 4 S. 3); Feststellung des Jahresabschlusses (§ 173); Ausgabe von Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen sowie von Genußrechten (§ 221); Eingliederung (§ 319 Abs. 1); Verschmelzungen (§§ 339 ff.); Vermögensübertragungen (§§ 359 ff.); Umwandlungen (§§ 362 ff.).

Anm. 3

3. Verträge

Zu den Verträgen, die nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam werden können, gehören in erster Linie der Abschluß und die Änderung von Unternehmensverträgen (§§ 293, 295), ferner die Verschmelzungsverträge (§§ 340, 353—355, 357) und Nachgründungsverträge (§ 52 Anm. 8).

Während die Beschlüsse gemäß § 119 Abs. 1 und die übrigen in der vorstehenden Anmerkung erwähnten Maßnahmen kraft Gesetzes nur von der Hauptversammlung beschlossen werden können, sie also der Zuständigkeit des Vorstandes entzogen sind, ist die Vorbereitung und der Abschluß von Unternehmens- oder Verschmelzungsverträgen eine Geschäftsführungsaufgabe in der Zuständigkeit des Vorstandes. Nur die Wirksamkeit ist durch das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung bedingt. Hieraus aber zu schließen, die Hauptversammlung sei gehindert, den Vorstand bindend anzuweisen, derartige Verträge vorzubereiten und abzuschließen, ist nicht zugänglich (so aber Godin-Wilhelmi Anm. 4; anders in § 340 Anm. 3). Soweit die Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit handelt, kann sie sowohl hinsichtlich der Maßnahme im Sinne von Abs. 1 S. 1 wie auch hinsichtlich der Verträge im Sinne von Abs. 1 S. 2 den Vorstand bindend anweisen, und der Vorstand ist verpflichtet, diesen Weisungen zu folgen (vgl. § 76 Anm. 7). Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch aus § 82 Abs. 2, wonach der Vorstand verpflichtet ist, die Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis einzuhalten, die im Rahmen des Aktiengesetzes u. a. auch von der Hauptversammlung getroffen werden (vgl. auch § 82 Anm. 15 und 18 sowie Baumbach-Hueck Rn. 4 und § 293 Rn. 5 und die amtliche Begründung zu § 119, bei Kropff S. 165). Wenn schon nach bisherigem Recht (vgl. die Einleitung) der Vorstand als verpflichtet angesehen wurde, gesetzmäßige Beschlüsse der Hauptversammlung auszuführen, muß das um so mehr und ohne Einschränkung jetzt gelten. Der gesetzgeberische Grund des § 83 war nicht, die Stellung der Hauptversammlung zu schwächen, sondern im Gegenteil sicherzustellen, daß die Hauptversammlung auch praktisch in der Ausübung ihrer Rechte nicht eingeschränkt wird (vgl. die amtliche Begründung, bei Kropff S. 104).

Anm. 4

4. Mehrheitserfordernisse

Abs. 1 S. 3 bestimmt, daß der Beschluß der Hauptversammlung, mit dem ein Verlangen an den Vorstand gestellt wird, der Mehrheit bedarf, die für die betreffende Maßnahme oder für die Zustimmung zum Verträge erforderlich ist, also bei außergewöhnlichen Maßnahmen in der Regel einer qualifizierten Mehrheit. Es soll damit sichergestellt werden, daß bei einer später erforderlichen endgültigen Beschlußfassung, sei es zur Durchführung, sei es zur Zustimmung, die erforderliche Mehrheit vorhanden

ist. Gegebenenfalls können also auch Sonderbeschlüsse einzelner Aktiengattungen erforderlich sein (vgl. §§ 179 Abs. 3, 182 Abs. 2, 222 Abs. 2).

Eine allgemeine Satzungsbestimmung, daß der Vorstand allen Verlangen der Hauptversammlung, Maßnahmen vorzubereiten, die in deren Zuständigkeit fallen, nachzukommen hat, dürfte wegen der in S. 3 geforderten Mehrheit (die von Fall zu Fall verschieden sein kann) nicht zulässig sein (so auch Godin-Wilhelmi Anm. 3).

Anm. 5

II. Ausführung der Maßnahmen durch den Vorstand

Abs. 2 bestimmt (vgl. für das bisherige Recht die Nachweise in der Einleitung), daß der Vorstand verpflichtet ist, von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossene Maßnahmen auszuführen. Das gilt ganz allgemein und ohne Einschränkungen. Es ist also eine erforderliche Anmeldung zum Handelsregister vorzunehmen, es ist bei Kapitalerhöhungen die Aktienaussgabe, bei Kapitalherabsetzungen die Kraftloserklärung von Aktien durchzuführen usw. Die Verpflichtung des Vorstandes, die von der Hauptversammlung beschlossene Maßnahme durchzuführen, gilt somit auch, wenn der Vorstand der Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 2 eine Frage der Geschäftsführung zur Entscheidung vorlegt (§ 93 Anm. 36). Auch wenn der Vorstand die dann getroffene Entscheidung der Hauptversammlung mißbilligt, kann er sich der Verpflichtung zur Ausführung der beschlossenen Maßnahme nicht entziehen. Soweit zum früheren Recht eine einschränkende Auffassung vertreten wurde (vgl. § 103 Anm. 7a der Voraufgabe), kann diese angesichts des jetzt zweifelsfreien Gesetzeswortlauts nicht aufrechterhalten werden (wie hier Möhring-Tank I 348; Baumbach-Hueck Rn. 5; J. Gessler, 4. Aufl., § 83 Anm. 4; ferner die amtliche Begründung zu § 119, bei Kropff S. 165; a. A. nur Godin-Wilhelmi § 119 Anm. 6; vgl. dazu eingehend Anm. 36 bis 38 zu § 93). Eine Weigerung des Vorstands, von der Hauptversammlung beschlossene Maßnahmen auszuführen, ist ein wichtiger Grund zum Widerruf der Bestellung (§ 84 Abs. 3) und ein sachlicher Grund für den Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung (vgl. § 84 Anm. 34); außerdem würde sich der sich weigernde Vorstand aus § 93 Abs. 2 ersatzpflichtig machen. Eine persönliche Haftung des Vorstandes bei Ausführung von Beschlüssen der Hauptversammlung ist dagegen nicht mehr gegeben (§ 93 Abs. 4 S. 1) und nur eingeschränkt gegenüber den Gläubigern (§ 93 Abs. 5 S. 3).

§ 84 Bestellung und Abberufung des Vorstands

(1) Vorstandsmitglieder bestellt der Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre. Eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit, jeweils für höchstens fünf Jahre, ist zulässig. Sie bedarf eines erneuten Aufsichtsratsbeschlusses, der frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit gefaßt werden kann. Nur bei einer Bestellung auf weniger als fünf Jahre kann eine Verlängerung der Amtszeit ohne neuen Aufsichtsratsbeschluß vorgesehen werden, sofern dadurch die gesamte Amtszeit nicht mehr als fünf Jahre beträgt. Dies gilt sinngemäß für den Anstellungsvertrag; er kann jedoch vorsehen, daß er für den Fall einer Verlängerung der Amtszeit bis zu deren Ablauf weitergilt.

(2) Werden mehrere Personen zu Vorstandsmitgliedern bestellt, so kann der Aufsichtsrat ein Mitglied zum Vorsitzenden des Vorstands ernennen.

(3) Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist namentlich grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung oder Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, es sei denn, daß das Vertrauen aus offenbar

unsachlichen Gründen entzogen worden ist. Dies gilt auch für den vom ersten Aufsichtsrat bestellten Vorstand. Der Widerruf ist wirksam, bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist. Für die Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag gelten die allgemeinen Vorschriften.

(4) Die Vorschriften über die besonderen Mehrheitserfordernisse für einen Aufsichtsratsbeschluß über die Bestellung eines Arbeitsdirektors oder den Widerruf seiner Bestellung bleiben unberührt.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Literatur			
Einleitung		1. Widerruf der Bestellung	
I. Scheidung zwischen Bestellung und Anstellung	1	a) Rechtsnatur, Wirkung, Verfahren	28—30
II. Bestellung durch den Aufsichtsrat		b) Widerruf aus wichtigem Grunde	31
1. nach Aktienrecht (Abs. 1 Satz 1)	2	aa) Allgemeine Gründe	32
2. nach Mitbestimmungsrecht (Abs. 4)	3	bb) Vertrauensentzug durch Hauptversammlung	33
III. Bestellung durch das Gericht	4	i) Unsachliche Gründe	34
IV. Anstellung durch den Aufsichtsrat	5	ii) Form des Entzuges	35
1. Beschluß über den Anstellungsvertrag	6	iii) Umfang der Prüfungspflicht des Aufsichtsrats	36
2. Abschluß des Anstellungsvertrages	7	2. Niederlegung des Vorstandsamtes	37—39
V. Persönliche Voraussetzungen	8	3. Kündigung des Anstellungsvertrages	40
VI. 1. Höchstdauer		a) Kündigung durch den Aufsichtsrat	
a) Bestellung	9—10	aa) Allgemeine Grundsätze	41—44
b) Anstellung	11—13	bb) Aus der Rechtsprechung	45—46
2. Beginn und Ablauf der Fristen	14	b) Kündigung durch Vorstandsmitglied	47
VII. Rechtstypische Natur des Vorstandsverhältnisses	15—16	4. Anderweitige Beendigung	48
VIII. Rechtsfolgen bei Fehlen oder Fehlerhaftigkeit von Bestellung oder Anstellung		5. Wechselwirkungen	49—51
1. a) Fehler der Bestellung	7	X. Rechte und Ansprüche des Vorstandsmitglieds	52
b) Rechtsfolgen	18—19	1. Bezüge	53
2. a) Fehler der Anstellung	20—21	2. Versorgungsansprüche	
b) Rechtsfolgen	22—23	a) Rechtsgrundlage	54
aa) Bezüge	24	b) Rechtsformen	55
bb) Versorgungsansprüche	25	c) Wegfall oder Kürzung nach Eintritt des Versorgungsfalles	56
cc) Beendigung	26	d) Höhe und Anpassung	57
IX. Beendigungsmöglichkeiten und -gründe	27	3. Sonstiges	58
		XI. Pflichten des Vorstandsmitglieds	59
		XII. Vorsitzender des Vorstands	60

Literatur

Gessler, E., Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, JW 1937, 497.
 Ruth, Anm. zu RG JW 1937, 683 ff.
 Debus, A.-E., Die Abgrenzung der Funktion des Vorstands und Aufsichtsrats im neuen Aktienrecht, Diss. Köln 1937.

- Godin, R. Frhr. v., Die Mißtrauenskundgebung der Hauptversammlung als Grund zur Abberufung des Vorstands, ZAkDR 1938, 630, 669.
- Biedermann, H., Die Bestellung der Organe handelsrechtlicher Kapitalgesellschaften und ihr Widerruf, Diss. Leipzig 1938.
- Cunio, H., Mißtrauensvotum als Abberufungsgrund von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, Soziale Praxis, 1938, Sp. 552.
- Jung, W., Die Stellung des Vorstands im neuen Aktienrecht, Diss. Breslau 1939.
- Morlock, H., Das Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitglieds der Aktiengesellschaft, Diss. Heidelberg 1939.
- Hueck, A., Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, DB 1954, 274.
- Molitor, E., Die Rechtsverhältnisse der Vorstandsmitglieder, Die AG 1957, 193.
- Wiesenhöfer, Th., Die Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat der deutschen Aktiengesellschaft, Diss. Köln 1960.
- Duden, K., Abberufung eines Vorstandsmitgliedes durch den Aufsichtsrat wegen Vertrauensentzuges durch die Aktionäre? BB 1961, 225.
- Foerstner, H., Zuschrift zum vorigen in BB 1961, 428.
- Stadtmüller, J., Die gesellschaftsrechtliche Stellung des Arbeitsdirektors, Diss. Münster 1964.
- Haberlandt, H., Zur Änderung der Ruhegehaltsbezüge ehemaliger Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, BB 1964, 1407.
- Fischer, Rob., Anmerkung zu BGHZ 41, 282 in LM Nr. 16 zu § 75 AktG (1937).
- Spicker, W., Rechtsfolgen fehlerhafter Anstellung eines Vorstandsmitgliedes, DB 1964, 1287.
- Veith, G., Fehlerhafte Anstellung von Vorstandsmitgliedern, DB 1965, 807.
- Gerlach, H. W., Die Anstellung eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft ohne Beschluß des Aufsichtsrats und ihre Folgen, Die AG 1965, 251.
- Dietel, P., Der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied bei Vertrauensentzug der Hauptversammlung, Diss. Köln 1965.
- Saage, G., Führung nach und Verantwortung dem neuen Aktiengesetz, NB 1966, 35.
- Reich, N., Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Organmitgliedes im Gesellschaftsrecht, DB 1967, 1663.
- Frels, H., Handelsregisterliche Fragen bei der Vorstandsbestellung, Die AG 1967, 227.
- Fleck, Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des BGH, WM Sonderbeilage Nr. 3, 1968.
- Dose, St., Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, Bad Schwartau, 1968
- Wilhelmi, C. H. und S., Sind Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und GmbH-Geschäftsführer nach dem Angestelltenversicherungsgesetz versicherungspflichtig, BB 1968, 137.
- Schroeter, K., Versicherungspflicht der Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften in der Angestelltenversicherung, BB 1969, 958.
- Breinl, H., Die Versicherungsfreiheit in der Angestelltenversicherung auch für stellvertretende Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, BB 1969, 1358.
- Siegler, H. G., Die rechtliche Stellung von Organmitgliedern und Gesellschaftern nach dem Schwerbeschäftigtengesetz, DB 1969, 2229.
- Golling, H.-J., Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für die Geschäftsführung innerhalb der nicht kernergebundenen Aktiengesellschaft, Bad Schwartau, 1969.
- Trinkhaus, H., Organmitglieder juristischer Personen und leitende Angestellte. Aktuelle Probleme. Schriftenreihe Der Betrieb. Düsseldorf (1970).

Einleitung

§ 84 bringt gegenüber dem bisherigen Recht keine wesentlichen Änderungen: Die Absätze 1 bis 3 entsprechen mit einigen Klarstellungen dem § 75 AktG 1937, und auch der neue Abs. 4 gibt nur bisher schon geltendes Recht wieder.

Im einzelnen ist an Klarstellungen im Sinne der bisher schon h. M. zu erwähnen: Nicht nur die wiederholte Bestellung, auch die Verlängerung der Amtszeit wird ausdrücklich für zulässig erklärt, allerdings beides nur durch erneuten Aufsichtsratsbeschluß, der frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit gefaßt werden kann, Abs. 1, S. 2, 3 (der frühere S. 3 ist mit der Klarstellung, daß ein Vorstandsmitglied unbeschränkt geschäftsfähig sein muß, § 76 Abs. 3 AktG 1965 geworden). Eine automatische Verlängerung kann nur bei einer Bestellung auf weniger als fünf Jahre vorgesehen werden, aber nicht über einen Zeitraum von mehr als insgesamt fünf Jahren hinaus, Abs. 1 S. 4. Beim Anstellungsvertrag ist trotz der grundsätzlich gleichen Höchstdauerbeschränkung eine

Verlängerungsklausel zulässig, wenn sie an eine Verlängerung der Amtszeit gebunden wird, Abs. 1 S. 5. In Abs. 3 S. 2 ist als weiteres Beispiel eines wichtigen Grundes für den Widerruf der Bestellung der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung aufgeführt, mit der Maßgabe, daß das Vertrauen nicht aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen werden darf.

Anm. 1

I. Scheidung zwischen Bestellung und Anstellung

Auch AktG 1965 hat die scharfe rechtliche Trennung zwischen dem körperschaftlichen Akt der Bestellung und dem zweiseitigen Dienstvertrag, die sich in der Praxis bewährt hat, ausdrücklich (vgl. § 84 Abs. 1 S. 5, Abs. 3 S. 5) beibehalten (s. die amtliche Begründung, bei Kropff S. 106).

Diese Scheidung wird heute auch in der Rechtsprechung (BGH LM Nr. 5 zu § 75 AktG (1937); Nr. 3 zu § 46 GmbHG) und einheitlich von der aktienrechtlichen Literatur vollzogen (vgl. Baumbach-Hueck Rn. 3; Godin-Wilhelmi, Anm. 3 unter Aufgabe der früheren a. A.; Würdinger § 21 I. 2. b; Möhring-Tank I, 198; J. H. Gessler Anm. 3; weitere Nachw., auch zu der sog. Einheitstheorie in Anm. 1 zu § 75 der Voraufl.). § 67 Abs. 4 S. 2 des Ref. Entwurfs eines GmbHG (1969) stellt die Rechtslage auch für die GmbH klar, indem statt der unscharfen Formulierung des § 38 Abs. 1 GmbHG der Wortlaut des § 84 Abs. 3 S. 5 AktG 1965 übernommen wird; zur grundsätzlichen Verschiedenheit der beiden Rechtsbeziehungen, auch bei GmbH-Geschäftsführern, vgl. neuerdings noch BGH WM 1968, 750; WM 1969, 158 = BB 1969, 107 = LM Nr. 9 zu § 46 GmbHG).

Der Trennung zwischen dem körperschaftlichen Akt der Bestellung und dem schuldrechtlichen des Anstellungsvertrages entspricht zwangsläufig die zwischen Widerruf der Bestellung und Kündigung des Anstellungsverhältnisses, obwohl das im Gesetz nicht klar ausgedrückt ist, da Abs. 3 S. 5 nur allgemein für die „Ansprüche“ aus dem Anstellungsvertrag auf die allgemeinen Vorschriften verweist.

Die *Bestellung* ist ein einseitiger körperschaftlicher, nach außen gerichteter Rechtsakt, durch den dem Bestellten die Organstellung als Vorstandsmitglied verliehen wird. Sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit nur der Annahme durch den Bestellten, die der Bestellung auch nachfolgen oder konkludent erklärt werden kann (s. auch § 93 Anm. 3); dadurch wird die Bestellung jedoch nicht zu einem Vertrag mit dem Bestellten, a. A. Würdinger § 21 I. 3. a).

Der *Anstellungsvertrag* ist ein zweiseitiger schuldrechtlicher Vertrag. Er regelt die Beziehungen zwischen dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft.

Trotz der rechtlichen Scheidung stehen beide Akte in einem engen tatsächlichen Verhältnis zueinander: Der Anstellungsvertrag wird i. d. R. nur wegen der Bestellung zum Organ geschlossen, vgl. im einzelnen unten Anm. 49 ff. In der Praxis werden oft Bestellung und Anstellung zusammenfallen. Der Beschluß über den Anstellungsvertrag kann auch stillschweigend die Bestellung enthalten, das ist durch Auslegung festzustellen; zwei getrennte Aufsichtsratsbeschlüsse sind jedenfalls nicht nötig (vgl. im einzelnen unten Anm. 2). Es ist auch gleichgültig, ob die Anstellung der Bestellung vor- oder nachgeht. In der vorbehaltslosen Tätigkeitsaufnahme des Bestellten kann der stillschweigende Abschluß eines Anstellungsvertrages liegen, vgl. unten Anm. 7. Nichtsdestoweniger gibt es gewisse Unterschiede im Verfahren: Die Bestellung ist zwingend dem Aufsichtsrat insgesamt zugeschrieben, sie kann nicht auf einen Aufsichtsratsausschuß übertragen werden, § 107 Abs. 3 S. 2, und erst recht nicht auf ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied (vgl. unten Anm. 2). Nicht ausgeschlossen ist dies dagegen für den formellen Abschluß des Anstellungsvertrages, während die Beschlußfassung über den Anstellungsvertrag zwar einem Ausschuß, aber nicht einem einzelnen Mitglied des Aufsichtsrats übertragen werden kann (vgl. im einzelnen Anm. 5).

II. Bestellung durch den Aufsichtsrat

1. Nach Aktienrecht (Abs. 1 Satz 1)

Das Recht, die Vorstandsmitglieder zu bestellen, steht kraft zwingender Vorschrift des Abs. 1 S. 1 *allein dem Aufsichtsrat zu*.

Das Mitbestimmungsrecht geht dem Aktienrecht nur in bezug auf die Mehrheitsanfordernisse bei Bestellung und Widerruf der Bestellung eines Arbeitsdirektors vor (Abs. 4), berührt jedoch nicht die Zuständigkeit des Aufsichtsrats (vgl. Anm. 3).

Die Satzung kann nichts von Abs. 1 S. 1 Abweichendes bestimmen, da sie in die gesetzliche Aufteilung der Zuständigkeiten der Organe der AG nicht eingreifen darf (vgl. aber § 76 Anm. 7). Die Satzung kann die Bestellung also nicht der Hauptversammlung oder gar einem Dritten zuweisen. Ebensowenig kann sie dem Vorstand für den Fall des Fehlens oder Fortfallens eines Mitglieds das Recht der Zuwahl einräumen. Auch das Recht eines einzelnen Aktionärs auf Mitgliedschaft im Vorstand kann in der Satzung nicht begründet werden; denn für die Bestellung zum Vorstandsmitglied sollen die Interessen der Gesellschaft, nicht aber die Sonderinteressen einzelner Aktionäre ausschlaggebend sein. Es gibt also nach Aktienrecht kein Sonderrecht auf Bestellung oder Sitz im Vorstand — auch nicht im Rahmen der 5-Jahres-Frist (vgl. § 23 Abs. 5).

Unzulässig ist auch ein Weisungs-, Vorschlags- oder Zustimmungsrecht anderer Organe oder Dritter, das die Freiheit und Unabhängigkeit des Aufsichtsrats bei der Auswahl der Vorstandsmitglieder einschränkt; das gilt auch hinsichtlich entsandter Aufsichtsratsmitglieder, § 101 Abs. 2 (Möhring-Tank I 189). Zulässig wäre dagegen, in der Satzung ein nicht bindendes Vorschlagsrecht einzuräumen, wobei jedoch die Wirksamkeit der Bestellung nicht beeinträchtigt wird, wenn dem Vorschlagsberechtigten keine Gelegenheit zur Meinungsäußerung gegeben wurde. Zulässig sind auch Vereinbarungen von Aktionären untereinander, ihren Einfluß auf Aufsichtsratsmitglieder dahingehend auszuüben, daß sie in der Beschlußfassung über die Bestellung für oder gegen bestimmte Personen stimmen.

Die Bestellung ist zwingend dem *gesamten Aufsichtsrat* übertragen. Das stellt § 107 Abs. 3 S. 2 durch die Verweisung auf § 84 Abs. 1 S. 1 ausdrücklich klar. Danach kann weder die Satzung Abweichendes bestimmen, noch kann der Aufsichtsrat anders verfahren.

Die Betrauung eines Ausschusses oder eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds mit der Vorbereitung oder der Ausführung des Bestellungsbeschlusses ist jedoch zulässig (vgl. Anm. 7).

Die Bestellung der Vorstandsmitglieder erfolgt durch *Aufsichtsratsbeschluß* (§ 108 Abs. 1). Es entscheidet die *einfache Mehrheit*. Die Satzung kann eine qualifizierte Mehrheit nicht vorschreiben (Baumbach-Hueck § 108 Rn. 4).

Hinsichtlich der Form der Bestellung enthält das AktG keine besonderen Anforderungen; sie können jedoch durch die Satzung vorgeschrieben werden, z. B. notarielle Beurkundung des Bestellungsbeschlusses.

Anm. 3

2. Mitbestimmungsrecht (Abs. 4)

Abs. 4 stellt klar, daß die Vorschriften der *Mitbestimmungsgesetze* über die besonderen Mehrheitserfordernisse für die Bestellung des Arbeitsdirektors bzw. ihren Widerruf den aktienrechtlichen Grundsätzen weiterhin vorgehen, s. die in Anm. 14 zu § 76 abgedruckten Texte.

§ 13 MitbestG enthält eine Sonderregelung für die Bestellung des Arbeitsdirektors: Zwar erfolgen Bestellung (und Widerruf) der Vorstände der dem MitbestG unterliegenden AG auch nach § 84 durch den Aufsichtsrat (§ 12 MitbestG), jedoch kann der Arbeitsdirektor *nicht gegen die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter* im Aufsichtsrat bestellt (oder abberufen) werden (§ 13 Abs. 1, S. 2 und 3). Auch das MitbestErgG, die sogenannte