

# Betriebs Berater

30 | 2019

GwG ... EU-Beihilferecht/Steuern ... „JStG 2019“ ... Blockzeit ... Recht ... Wirtschaft ... 22.7.2019 | 74. Jg. Seiten 1665–1728

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Stefan Behrens**, RA/FAStR/StB

Das bei Inkrafttreten von § 1 Abs. 2b GrEStG-RefE zu erwartende Vollzugsdefizit wäre strukturell

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Uta Zentes**, LL.M., RAin, und **Sebastian Glaab**, RA

Änderungen durch die GwG-Novelle zur Umsetzung der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie und ihre Auswirkungen auf die Verpflichteten | 1667

**Dr. Johannes Deiß**, RA, **Johanna Graf**, RAin, und **Louisa Salger**, LL.M., RAin

Rechtsmissbräuchliche Anmeldungen zum Klageregister einer Musterfeststellungsklage | 1674

## STEUERRECHT

**Dr. Ulrich Soltész**, LL.M., RA

Neue Rechtsprechung zu „EU-Beihilferecht und Steuern“ – Folgt jetzt mehr „Self-restraint“ der EU-Kommission? | 1687

**Alexander Hagen**, RA/StB, und **Franz Schober**, Syndikus-StB

Referentenentwurf eines Gesetzes zur weiteren Förderung der Elektromobilität – Auswirkungen auf die Besteuerung von Kapitalanlagen und (Spezial-)Investmentfonds – Teil II | 1693

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Georg Lanfermann**, WP/StB, und **Dr. Rüdiger Schmidt**, CFA

Finale EU-Vorgaben für die ESEF-Berichtspflicht ab 2020: Muss es sein? Es muss sein! | 1707

## ARBEITSRECHT

**Dr. Stefan Müller**, RA/FAArbR, und **Marc Becker**, RA

Zulässigkeit und Voraussetzungen der Teilzeit im Blockmodell (Blockzeit) nach den Teilzeitgesetzen | 1716

## BB-Kommentar

### BGH beugt Interessenkonflikten vor, indem nun für AG und GmbH feststeht, dass ein Gleichlauf von Bestell- und Vertragsabschlusskompetenz besteht

#### PROBLEM

Schließt eine GmbH mit einem Dritten eine Vereinbarung zur entgeltlichen Überlassung von Geschäftsführern, wird sie hierbei von der Gesellschafterversammlung vertreten. Denn es handelt sich um eine mittelbare Vergütungsregelung für Geschäftsführer, die in die Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung zur Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern nach § 46 Nr. 5 GmbHG fällt.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Kauft sich eine GmbH Geschäftsführerleistungen bei einem Dritten ein, d. h. lässt sie sich von einem Dritten Geschäftsführer zur Verfügung stellen und zahlt dem Dritten dafür eine Vergütung, ist nach dem BGH für den Abschluss der Vereinbarung mit dem Dritten die Gesellschafterversammlung zuständig. Denn die Vereinbarung mit dem Dritten sei mittelbar eine Vereinbarung über die Vergütung der Geschäftsführer. Für Vergütungsvereinbarungen mit Geschäftsführern ist nach ständiger Rechtsprechung die Gesellschafterversammlung im Rahmen einer Annexkompetenz zu § 46 Nr. 5 GmbHG zuständig. Denn Vergütungsvereinbarungen sind geeignet, die Entscheidung der Gesellschafter über die Organstellung erheblich zu beeinflussen. Wären die (aktuellen) Geschäftsführer selbst zuständig, bestünde außerdem die Gefahr der kollegialen Rücksichtnahme.

In dem Urteil ging es außerdem um Rechtsfolgen möglicherweise unwirksamer Bestellungen und Abberufungen von Geschäftsführern. Der BGH stellte fest, dass die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung auch für einen Geschäftsführer gelten, der durch ein möglicherweise nicht wirksam errichtetes Organ bestellt wurde. Ein anderer Geschäftsführer war durch den möglicherweise nicht wirksam errichteten Aufsichtsrat abberufen worden, übte sein Amt aber weiter aus und vertrat die GmbH im Aktivprozess. Diesbezüglich halfen der GmbH weder die Grundsätze der fehlerhaften Organstellung noch die Regeln aus § 15 HGB. Die GmbH, in deren Angelegenheit die Abberufung eines Geschäftsführers einzutragen ist, kann sich nach dem BGH nicht darauf berufen, der Geschäftsführer sei noch im Handelsregister eingetragen und könne deshalb für sie handeln. Denn § 15 Abs. 1 HGB schütze nur den Dritten. § 15 Abs. 2 HGB beziehe sich nur auf richtige Tatsachen, also nicht auf den Fall, dass ein Geschäftsführer trotz wirksamer Abberufung weiter eingetragen sei. Der BGH ließ offen, ob § 15 HGB für die Prozessfähigkeit einer juristischen Person überhaupt gilt. Andererseits galt die Abberufung aber auch nicht nach § 84 Abs. 3 S. 4 AktG als wirksam, weil hiermit nur Streitigkeiten über das Vorliegen eines wichtigen Grundes überspielt würden, nicht aber sonstige Wirksamkeitsmängel einer Abberufung. Bei einer GmbH mit gesetzlicher Zuständigkeitsregelung sei § 84 Abs. 3 S. 4 AktG ohnehin nicht anwendbar. Ob die Vorschrift bei einer GmbH mit Aufsichtsrat, der für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern zuständig ist, analog gelte, ließ der BGH offen.

#### PRAXISFOLGEN

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass sich Gesellschaften Managementdienstleistungen bei professionellen Anbietern einkaufen. Insbesondere in Krisen- und Sanierungssituationen ist es gängige Praxis, Interimsmenager einzusetzen, die von professionellen Dienstleistern zur Verfügung gestellt werden und dort angestellt sind. Zu diesem Zweck

werden Verträge zwischen der GmbH oder AG und dem Dienstleister abgeschlossen, nicht aber Dienstverträge zwischen der GmbH oder AG und dem Manager selbst. Der Manager wird aber Organ der GmbH oder AG. Der Vertrag mit dem Dritten regelt eine Vergütung des Dritten für die Stellung des Geschäftsführers oder Vorstands. Der BGH sieht hierin materiell eine Vereinbarung über die Vergütung des Organs. Bereits 2015 hatte er für die AG entschieden, dass für den Abschluss derartiger Verträge der Aufsichtsrat und nicht der Vorstand zuständig ist (BGH, 28.4.2015 – II ZR 63/14, BB 2015, 1743 m. BB-Komm. *Merkelbach*, BB 2015, 2367 m. BB-Komm. *Naber/Beckmann*, CB 2015, 304 m. CB-Komm. *Theiselmann*). Es ist konsequent, dass der BGH nun für die GmbH ebenso entschieden hat.

Damit steht für AG und GmbH fest, dass Verträge mit Dienstleistern über die Bereitstellung von Managementleistung den Kompetenzregeln für „normale“ Dienstverträge mit Geschäftsführern oder Vorständen unterfallen und ein Gleichlauf von Bestellkompetenz und Vertragsabschlusskompetenz besteht. Der BGH beugt hiermit Interessenkonflikten vor. Vereinbarungen mit Dritten, die die Vergütung für eine Geschäftsführertätigkeit regeln, bergen dasselbe Konfliktpotenzial wie Vergütungsvereinbarungen mit dem Geschäftsführer selbst. Es ist deshalb folgerichtig, sie bei AG und GmbH dem Organ zuzuweisen, das für die Vorstands- bzw. Geschäftsführervergütung zuständig ist. Der BGH hält zudem fest, dass es für die Zuständigkeitsverteilung allein auf die generelle Gefahr des Interessenkonflikts ankomme und nicht auf die Umstände des Einzelfalls. Hiermit schafft er Rechtssicherheit. In seinem Urteil zur AG aus 2015 hatte der BGH zudem darauf hingewiesen, dass sich an der Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat auch dann nichts ändert, wenn in dem Vertrag mit dem Dienstleister weitere Dienstleistungen und deren Vergütung vereinbart werden. Dies kann allenfalls dazu führen, dass neben dem Aufsichtsrat (bzw. der Gesellschafterversammlung) auch der Vorstand bzw. die Geschäftsführer für den Vertragsschluss zuständig sind.

Zur Rechtsfolge bei Vertragsschluss durch das unzuständige Organ führt der BGH aus, der Vertrag sei unwirksam und ein heilender Genehmigungsbeschluss des zuständigen Organs hätte nicht vorgelegen. Diese Formulierung spricht dafür, dass der BGH nicht von Nichtigkeit nach § 134 BGB ausgeht, sondern von schwebender Unwirksamkeit nach § 177 BGB. Zuletzt hatte der BGH diese Streitfrage im Rahmen von § 112 AktG noch offen gelassen (BGH, 15.1.2019 – II ZR 392/17, BB 2019, 910 m. BB-Komm. *Stöber*).

Schließt ein Vorstand bzw. Geschäftsführer eine Vereinbarung ab, für die er nicht zuständig ist, verletzt er seine Pflichten. Zwar hat der BGH unlängst entschieden, dass Kompetenzverstöße nicht per se zur Haftung führen, sondern nur, soweit der Gesellschaft hieraus ein Schaden entstanden ist (BGH, 10.7.2018 – II ZR 24/17, BB 2018, 2509 m. BB-Komm. *Haarmann*). Ein solcher kann aber auch bei Unwirksamkeit der Vereinbarung entstehen. Dem Vorstand bzw. Geschäftsführer bleibt nach dem BGH (a. a. O.) die Berufung auf die Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hierfür muss er nachweisen, dass das zuständige Organ die Vereinbarung ebenfalls in derselben Weise abgeschlossen hätte. Dies dürfte in der Praxis schwierig sein.

**Dr. Ulrike Binder**, RAin, ist Corporate-Partnerin im Frankfurter Büro der internationalen Sozietät Mayer Brown LLP. Sie begleitet nationale und internationale Mandanten im Bereich des Gesellschaftsrechts mit einem besonderen Fokus auf börsennotierte Unternehmen und kapitalmarktrechtliche Fragen.

