

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 318

**Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit
bei der Einrichtung
eines fakultativen Aufsichtsrats**

Von

Sonja Barbara Birkhold



Duncker & Humblot · Berlin

SONJA BARBARA BIRK HOLD

Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei der Einrichtung
eines fakultativen Aufsichtsrats

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 318

Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei der Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats

Von

Sonja Barbara Birkhold



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D21

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18061-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58061-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen zur Dissertation angenommen.

Das Manuskript entstand im Wesentlichen während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleichung der Universität Tübingen meines Doktorvaters Prof. Dr. Jan Schürnbrand, der leider viel zu früh verstorben ist.

Prof. Dr. Jan Schürnbrand war für mich sowohl menschlich als auch in fachlicher Hinsicht ein Vorbild. Er ermöglichte es mir, frei und eigenständig zu forschen. So trug er ganz entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit bei. Für die Zeit und Zusammenarbeit am Lehrstuhl bin ich ihm sehr dankbar. Wie gerne hätte ich ihm die Endfassung dieser Arbeit zu lesen gegeben!

Mein besonderer Dank gilt weiter Herrn Prof. Dr. Jan Thiessen und Herrn Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder, die nach dem unerwarteten Tod meines Doktorvaters die Erst- und Zweitbegutachtung meiner Arbeit übernommen haben.

Auch meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen der Universität Tübingen gebührt ein herzlicher Dank.

Meiner Familie danke ich für die stetige Unterstützung und den Rückhalt während dieses Projekts. Ein ausdrücklicher Dank gilt hierbei meinem Mann und meinen Kindern, die insbesondere während der Endphase meiner Arbeit viel zurückstecken mussten. Meinen Eltern danke ich von Herzen, dass sie mir meine Ausbildung ermöglicht und mich auf meinem bisherigen Lebensweg vorbehaltlos unterstützt haben. Durch ihren steten Rückhalt und ihre Liebe haben sie im wesentlichen Maße zum Erfolg der Arbeit beigetragen. Ohne Euch hätte ich es nicht geschafft – nun bin ich endlich fertig!

Weinstadt, im März 2020

Sonja Birkhold

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
I. Tatsächliches Vorkommen von Aufsichtsräten in der GmbH	19
II. Gründe für die freiwillige Einrichtung eines Aufsichtsrats in der GmbH	20
III. Gang der Untersuchung	22

Erster Teil

Historische Entwicklung der Regelungen zum fakultativen Aufsichtsrat	24
A. Das Gesetz von 1892	24
B. Die Ausschussarbeiten von 1937–1939	28
C. Der Entwurf von 1939	29
D. Der Referentenentwurf von 1969	31
E. Der Gesetzesentwurf von 1971/1972	34
F. Die GmbH-Novelle 1980	34
G. Sonstige Änderungen der Regelungen zum Aufsichtsrat	35

Zweiter Teil

Dogmatische Einordnung der durch § 52 GmbHG gewährten Gestaltungsfreiheit und deren Beschränkung	37
A. Die Einordnung der durch § 52 Abs. 1 GmbHG gewährten Gestaltungsfreiheit	37
I. § 52 Abs. 1 GmbHG als dispositives Recht?	37
II. § 52 Abs. 1 GmbHG als Ermächtigungsgrundlage?	39
III. § 52 Abs. 1 GmbHG als Anregungsnorm?	41
IV. Die Unterscheidung in Wahl- und Dispositionsfreiheit	43
B. Die Beschränkung der gewährten Gestaltungsfreiheit	44
I. Die Satzungsautonomie im Recht der GmbH und deren Schranken	45

II. Die im Rahmen der Beschränkung der Gestaltungsfreiheit beachtlichen Interessen	48
1. Gesellschaftsinterne Interessen	48
a) Interessen der Gesellschaftermehrheit	49
b) Interessen der Gesellschafterminderheit	49
2. Gesellschaftsexterne Interessen	50
a) Rückschlüsse aus der historischen Entwicklung des Aufsichtsrats auf die Beachtlichkeit gesellschaftsexterner Interessen	53
aa) Entwicklung in der Aktiengesellschaft	53
bb) Aufnahme der Regelung zum Aufsichtsrat in das GmbHG von 1892	58
b) Rückschlüsse aus der Einführung von Publizitätspflichten betreffend den Aufsichtsrat	59
aa) § 52 Abs. 3 GmbHG	62
bb) § 35a Abs. 1 S. 1 GmbHG	66
cc) §§ 325 ff., 285 Nr. 10 HGB	70
3. Folgen für die Gestaltungsfreiheit	70

Dritter Teil

Prozedurale Grenzen der Gestaltungsfreiheit	73
A. Formelle Anforderungen an die Einrichtung eines Aufsichtsrats	73
I. Regelung auf gesellschaftsvertraglicher Ebene	73
1. Abgrenzung zu schuldrechtlich fundierten Gremien	75
2. Umfang der gesellschaftsvertraglichen Regelung	77
II. Bedingte Errichtung	80
1. Echte Bedingung des Errichtungsbeschlusses	81
2. Unehnte Bedingung des Errichtungsbeschlusses	81
3. Bedingte Satzungsbestimmung	82
III. Befristung	86
IV. Errichtungsermächtigung	86
1. Ermächtigung der Gesellschafterversammlung	86
a) Die Ansicht des Kammergerichts	87
b) Kritik an der Ansicht des Kammergerichts	89
c) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 02.07.2019	91
d) Die zulässige Ausgestaltung der Errichtungsermächtigung	92
2. Errichtung durch einzelne Gesellschafter oder Dritte	93
a) Sonderrecht auf Errichtung für einen oder mehrere Gesellschafter	93
b) Errichtung durch Dritte	96
aa) Rechte Dritter ad personam mit Satzungsqualität	96
bb) Dritte als Organwalter eines Zusatzorgans	99

B. Formelle Anforderungen an die Auflösung des Aufsichtsrats 102

 I. Auflösung des Aufsichtsrats durch Auflösungsbeschluss 103

 II. Auflösung des Aufsichtsrats durch Eintritt einer auflösenden Bedingung? 104

 III. Auflösung des Aufsichtsrats durch Auflösung der Gesellschaft? 105

C. Formelle Anforderungen an Regelungen zur abweichenden Ausgestaltung des Aufsichtsrats 105

D. Die Folgen formeller Fehler 106

 I. Die Folgen der Errichtung ohne satzungsrechtliche Grundlage 107

 1. Anfechtbarkeit des Beschlusses wegen Verstoßes gegen Gesetz und Gesellschaftsvertrag 108

 2. Einordnung als fehlerhafte Satzungsänderung sowie Einschränkung durch die Figur der sog. Satzungsdurchbrechung? 109

 a) Voraussetzungen der Satzungsdurchbrechung 109

 b) Rechtsfolgen der Einordnung als Satzungsdurchbrechung 112

 c) Kritik an der Figur der sog. Satzungsdurchbrechung 114

 3. Unwirksamkeit des Errichtungsbeschlusses aufgrund der bezweckten organisationsändernden Wirkung? 117

 4. Statthafte Klageart zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 120

 5. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Errichtung eines Aufsichtsrats ohne satzungsrechtliche Grundlage? 121

 a) Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die fehlerhafte Aufsichtsratserrichtung 121

 b) Ausnahme von der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft aufgrund fehlender Handelsregistereintragung 127

 II. Die Folgen des Verstoßes gegen ein in der Satzung eingeräumtes Sonderrecht auf Errichtung 129

 1. Statthafte Klageart bei Verstoß des Errichtungsbeschlusses gegen ein Sonderrecht 129

 2. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Errichtung unter Verstoß gegen ein Sonderrecht? 130

 III. Die Folgen formeller Fehler bei der Ausgestaltung des Aufsichtsrats 131

 1. Mögliche Fallgestaltungen formeller Fehler bei der Ausgestaltung 131

 2. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die fehlerhafte Ausgestaltung des Aufsichtsrats und die fehlerhafte Aufsichtsratsbestellung? 134

Vierter Teil

Materielle Schranken der Dispositionsfreiheit 135

A. Die Funktion dispositiven Rechts 135

B. Allgemeine Kriterien der Beschränkung der Dispositionsfreiheit?	137
C. Ausdrückliche Schranken der Dispositionsfreiheit	138
D. Ungeschriebene Schranken der Dispositionsfreiheit	138
I. Begrenzung durch das „Wesen“ des Aufsichtsrats?	139
II. Aus der Organstellung resultierende Schranken	140
1. Eingliederung in die Gesellschaftsorganisation	141
a) Weisungsunabhängigkeit aufgrund der Organstellung?	142
b) Ausschließliche Kompetenzen als Folge der Selbstständigkeit?	143
2. Interessenbindung des Aufsichtsrats	144
a) Der formelle Organbegriff	145
b) Der materielle Organbegriff	146
aa) Das Gesellschaftsinteresse	146
bb) Argumente für eine Bindung an das Gesellschaftsinteresse	147
c) Stellungnahme	148
3. Bindung des Aufsichtsrats an interne Partikularinteressen?	149
a) Zulässigkeit sog. Gruppenorgane	149
b) Bindung an Minderheiteninteressen	152
4. Bindungen des Aufsichtsrats an ein sog. Unternehmensinteresse?	152
a) Unternehmensinteresse in der Aktiengesellschaft	153
b) Unternehmensinteresse in der GmbH	156
E. Schranken aufgrund (gesetzlicher) Anforderungen an die Mitglieder eines Gesellschaftsorgans	159
I. Juristische Personen als Organmitglieder?	159
II. Beschränkt geschäftsfähige Aufsichtsratsmitglieder?	163
F. Schranken aufgrund zwingender gesetzlicher Kompetenzverteilung	164
I. Grenzen der Art der Kompetenzzuweisung: ausschließliche und konkurrierende Kompetenzzuweisung	166
1. Zulässigkeit einer ausschließlichen Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat	166
2. Die Folgen der Kompetenzausübung durch den Aufsichtsrat	168
a) Folgen der Kompetenzausübung bei ausschließlichen Kompetenzen des Aufsichtsrats	168
aa) Grundsätzliche Verdrängung der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung	169
bb) Rückfallkompetenz der Gesellschafterversammlung bei Funktionsunfähigkeit des Aufsichtsrats	172
b) Folgen der Kompetenzausübung durch den Aufsichtsrat bei konkurrierenden Kompetenzen	175

- II. Die Grenzen der Übertragung einzelner Kompetenzen 177
 - 1. Die Überwachungskompetenz 178
 - a) Ausschließliche Zuweisung an den Aufsichtsrat zulässig? 178
 - b) Folgen bei Schweigen des Gesellschaftsvertrags 184
 - 2. Die Feststellung des Jahresabschlusses und der Beschluss über die Ergebnis-
verwendung 185
 - 3. Die Personalkompetenz 187
 - 4. Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gesellschafter und Ge-
schäftsführer sowie gerichtliche Vertretung der Gesellschaft gegen letztere ... 190
 - 5. Die Insolvenzantragspflicht 192
 - 6. Das Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern 193
 - 7. Sonstige Kompetenzen der Gesellschafterversammlung 194
- G. Schranken aufgrund der Regelungen zum obligatorischen Aufsichtsrat 195
 - I. Die Fälle der zwingenden Einrichtung eines Aufsichtsrats in der GmbH 195
 - II. Wechsel des Aufsichtsratssystems 196
- III. Möglichkeit der Koexistenz verschiedener (Kontroll-)Organe 200

Fünfter Teil

**Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Aufsichtsrats:
Grenzen der Wahlfreiheit**

206

- A. Mindestkompetenzen des fakultativen Aufsichtsrats 207
 - I. Die Überwachungskompetenz 207
 - 1. Inhaltliche Mindestausgestaltung der Überwachungskompetenz 214
 - a) Zwingende Pflicht zur Überwachung – oder ist ein Überwachungsrecht
ausreichend? 214
 - b) Zwingende Zuweisung der ausschließlichen Überwachungskompetenz? ... 214
 - c) Die Reichweite der Überwachungskompetenz: institutionelles oder funktio-
nales Verständnis? 215
 - d) Der notwendige Stellenwert der Überwachungskompetenz innerhalb der
Kompetenzen des Aufsichtsrats – zugleich zu den Grenzen der Übertragung
von Geschäftsführungskompetenzen 217
 - 2. Die einzelnen Mindestüberwachungskompetenzen 219
 - 3. Informationsrechte und Berichtspflichten 221
 - II. Die Einräumung von Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Aufsichtsrats ... 224
 - III. Die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung 228
 - IV. Die Prüfung des Jahresabschlusses 229
 - V. Die Vertretungskompetenz 230

B. Weisungsunabhängige Ausgestaltung der Stellung der Aufsichtsratsmitglieder?	232
I. Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung <i>ipso iure</i> ?	233
II. Abweichende Gestaltung im Gesellschaftsvertrag möglich?	234
III. Ausnahme bei Beteiligung der öffentlichen Hand?	243
IV. Ausnahme für die Einmann-GmbH?	248
V. Weisungsrecht des Entsendungsberechtigten oder außenstehender Dritter?	250
C. Anforderungen an das Amt der Aufsichtsratsmitglieder	250
I. Inkompatibilität des Aufsichtsratsamts mit anderen Ämtern	251
1. Inkompatibilität von Geschäftsführungs- und Aufsichtsratsamt?	251
2. Gesetzliche Vertreter eines abhängigen Unternehmens als Aufsichtsratsmitglieder?	255
II. Anforderungen an die Aufsichtsratsmitglieder bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften im Sinne des § 264d HGB	256
III. Zwingende Maximalanzahl von Aufsichtsratsmandaten?	257
D. Mindestanzahl von Aufsichtsratsmitgliedern als Anwendungsvoraussetzung?	257
E. Anforderungen an die Regelungen zur Bestellung und Abberufung	258
I. Die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats, insbesondere die Möglichkeit der Einräumung von Entsendungsrechten	259
II. Die Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrats	262
F. Mindestanforderungen an die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder im fakultativen Aufsichtsrat	263
I. Allgemeine Möglichkeiten der Beschränkung der organschaftlichen Haftung	264
1. Gesetzlicher Haftungsausschluss oder Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs in besonderen Fällen?	265
2. Zur Möglichkeit eines vollständigen gesellschaftsvertraglichen Haftungsausschlusses	266
3. Vertragliche Haftungsmilderungen	272
a) Begrenzung des Sorgfaltsmaßstabs	272
aa) Vergleich mit der Abdingbarkeit des Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen der Geschäftsführerhaftung	273
bb) Anwendung auf den fakultativen Aufsichtsrat	277
b) Beschränkung der Haftung durch Verkürzung der Verjährungsfristen	278
c) Weitere Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	280
II. Zu einer Ersatzpflicht führende Pflichtverstöße	281
1. Der Verweis in § 52 Abs. 1 GmbHG auf §§ 116, 93 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG	281
2. Der fehlende Verweis in § 52 Abs. 1 GmbHG auf §§ 116, 93 Abs. 3–6 AktG	282
a) Insbesondere zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bei fehlender Überwachung verbotswidriger Zahlungen entgegen § 64 S. 1 GmbHG	285
aa) Das Doberlug-Urteil des Bundesgerichtshofs	287

bb) Reaktionen der Literatur 293

cc) Kritik an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Doberlug-Urteil 294

 (1) Folgerungen aus der Gesetzgebungsgeschichte 295

 (2) Berechtigte Erwartung des Rechtsverkehrs? 297

 (3) Ausschluss der Ersatzpflicht wegen fehlender Insolvenzantrags-
 pflicht der Aufsichtsratsmitglieder? 301

 (4) Ausschluss wegen Unbilligkeit der Ersatzpflicht? 302

b) Ersatzpflicht bei Verstößen gegen §§ 30, 33, 43a, 64 S. 3 GmbHG 302

c) Anwendbarkeit des Gläubigerverfolgungsrechts aus § 93 Abs. 5 AktG? ... 304

Sechster Teil

**Folgen der Überschreitung der Schranken der materiellen Gestaltungsfreiheit –
zugleich zur Frage der funktionalen oder formalen Abgrenzung
der Aufsichtsratseigenschaft** 306

A. Formale oder funktionale Bestimmung der Aufsichtsratseigenschaft? 306

 I. Formale Abgrenzung nach der Bezeichnung des Organs? 307

 II. Funktionale Abgrenzung nach der Ausgestaltung des Organs? 309

 III. Schlussfolgerungen aus der Differenzierung nach Wahl- und Dispositionsfreiheit:
 Die Unterscheidung zwischen Eröffnung des Anwendungsbereichs und Gestal-
 tungsspielraum innerhalb des Anwendungsbereichs 310

B. Folgen der fehlerhaften Bezeichnung des Organs 314

 I. Folgen der fehlerhaften Bezeichnung bei Errichtung des Zusatzorgans im Rahmen
 der Gründung und bei nachträglicher Errichtung 314

 II. Fehlerhafte Anwendung der Publizitätsvorschriften 316

 1. Zwangsweise Durchsetzung der zutreffenden Anwendung der Publizitätsvor-
 schriften 317

 2. Haftung infolge der fehlerhaften Anwendung der Publizitätsvorschriften 318

 a) Haftung nach Rechtsscheins Gesichtspunkten 318

 b) (Vor-)vertragliche und deliktische Haftung 322

C. Ausgestaltung des Aufsichtsrats außerhalb des durch § 52 Abs. 1 GmbHG gewährten
 Dispositionsspielraums 324

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 327

Literaturverzeichnis 335

Stichwortverzeichnis 362

Abkürzungen

Die verwendeten Abkürzungen entsprechen *Kirchner*, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin, 8. Aufl. 2015.

Einführung

Kapitalgesellschaften – und damit auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) –, die als juristische Personen am Rechtsverkehr teilnehmen, können selbst keinen Willen bilden und nicht selbst handeln. Die juristische Person erhält ihre Handlungsfähigkeit durch ihre Organe.¹ Dabei ist nach der modernen Organtheorie das Organhandeln eine „Form wertender Zurechnung menschlichen Verhaltens an einen Verband“, welche – anders etwa als bei einer bloßen Stellvertretung – das Handeln des Organwalters als Handeln des Verbands selbst erscheinen lässt.² Alle anfallenden Aufgaben sind innerhalb der Gesellschaft so zu verteilen, dass die juristische Person als insgesamt entsprechend einer natürlichen Person handlungsfähig erscheint.³ Im Bereich der Kapitalgesellschaften sind dazu für jede Gesellschaftsform bestimmte Organe zwingend einzurichten. Dies sind etwa bei der Aktiengesellschaft Hauptversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat. Der eingetragene Verein benötigt zwingend Mitgliederversammlung und Vorstand. Bei der GmbH sind zwingend Gesellschaftsversammlung (bzw. die Gesamtheit der Gesellschafter)⁴ und Geschäftsführer vorgesehen. Abweichend von dieser zweigliedrigen Organisationsform ist in der GmbH in bestimmten, vor allem mitbestimmungsrechtlichen Fällen ein Aufsichtsrat einzurichten.⁵

Neben diesen zwingenden, gesetzlichen Organen können in bestimmten Gesellschaftsformen weitere, fakultative Organe eingerichtet werden. So kann der

¹ So die herrschende Organtheorie, a.A. die sog. Vertretertheorie; vgl. zu diesem Streit *Schürmbrand*, *Organschaft*, S. 17 ff. der darauf hinweist, dass der entscheidende Unterschied der beiden Ansätze, welche auf *Savigny* (Organtheorie) und *v. Gierke* (Vertretertheorie) zurückgehen, in der Zurechnung des Organhandelns im Innenverhältnis zu sehen ist und lediglich ersterer zu einer Vereinbarkeit mit der Deliktsfähigkeit der juristischen Person führen kann; der aber auch darauf hinweist, dass es sich im Ergebnis nur um einen „Streit um Worte“ handele.

² *Schürmbrand*, *Organschaft*, S. 28 f.

³ *Schürmbrand*, *Organschaft*, S. 11.

⁴ Hierbei ist umstritten, welche dieser beiden Institutionen die Organeigenschaft innehat. Nach einer weit verbreiteten Ansicht ist dies die Gesamtheit der Gesellschafter, die Gesellschafterversammlung stelle nur das Beschlussverfahren dar, so etwa *Scholz/K. Schmidt*, § 45 Rn. 5; *ders.*, *Gesellschaftsrecht*, § 36 III 1 (S. 1094); *Roth/Altmeppen*, § 45 Rn. 2; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 45 Rn. 2; *Kübler/Assmann*, *Gesellschaftsrecht*, § 18 V 3 (S. 288 f.). Nach der zutreffenden Gegenauffassung werde hierbei das Regel-Ausnahmeverhältnis des § 48 GmbHG verkannt: *Ulmer/Hüffer/Schürmbrand*, § 45 Rn. 7; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 45 Rn. 4; *MünchKommGmbHG/Liebscher*, § 45 Rn. 80; *Henssler/Strohn/Mollenkopf*, § 45 GmbHG Rn. 1; *Hüffer*, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 521, 526 ff.; *Schürmbrand*, *Organschaft*, S. 128 f.; *Raiser/Veil*, *Kapitalgesellschaftsrecht*, § 41 Rn. 1 (S. 533).

⁵ Dazu später 4. Teil, G. I.

Gesellschaftsvertrag⁶ eines Vereins, einer GmbH, aber auch einer Personengesellschaft⁷ fakultative Organe vorsehen.⁸ Speziell bei der GmbH besteht neben der Möglichkeit der Einrichtung eines Beirats auch die Möglichkeit, ohne gesetzliche Verpflichtung einen Aufsichtsrat einzurichten. In diesem Fall handelt es sich um einen sog. fakultativen Aufsichtsrat. Diese Arbeit beschäftigt sich mit den Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter bei der Errichtung und Ausgestaltung eines solchen Aufsichtsrats.

Mit § 52 GmbHG, auf den im Folgenden näher einzugehen sein wird, enthält das GmbH-Gesetz eine lückenhafte Regelung zum fakultativen Aufsichtsrat. Zudem existieren an verstreuten Stellen im GmbHG weitere, rudimentäre Regelungen zum Aufsichtsrat, so in §§ 29 Abs. 4 S. 1, 35a Abs. 1 S. 1, 71 Abs. 5, 75, 85, 82 Abs. 2 Nr. 2, 86, 87 GmbHG.⁹

Mit § 52 GmbHG lehnt sich das GmbHG primär an den aktienrechtlichen Regelungen zum Aufsichtsrat an. § 52 Abs. 1 GmbHG regelt für den Fall, dass nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen ist, die entsprechende Anwendbarkeit zahlreicher Normen zum aktienrechtlichen Aufsichtsrat. Diese sind jedoch nach dem Wortlaut allesamt nur anzuwenden, „soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.“ Nach dieser Formulierung scheint die Bestimmung vollständig dispositiv zu sein und der fakultative Aufsichtsrat daher völlig autonom gestaltbar. Dies scheint sich auch mit dem Willen des historischen Gesetzgebers zu decken. So findet sich in den Gesetzgebungsmaterialien zum GmbHG von 1892 der Hinweis, dass die

„Bestimmungen über den Aufsichtsrath nur ganz subsidiäre Bedeutung hätten, daß dieselben nur in Betracht kommen könnten, wenn durch den Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrath bestellt sei und soweit in dem Gesellschaftsvertrage für und über den Aufsichtsrath nicht andere Bestimmungen gegeben seien; denn ob ein Aufsichtsrath bestellt werden solle und welche Rechte demselben verliehen und welche Pflichten demselben auferlegt werden sollen, sei ganz der freien Vereinbarung überlassen.“¹⁰

Andererseits regeln die §§ 52 Abs. 3, 35a Abs. 1 S. 1 GmbHG, welche die Einreichung einer Liste der Namen der Aufsichtsratsmitglieder zum Handelsregister sowie die Veröffentlichung des Namens des Aufsichtsratsvorsitzenden auf den Geschäftsbriefen verlangen, gewisse an der Existenz eines solchen Aufsichtsrats

⁶ Im Folgenden werden die Begriffe Gesellschaftsvertrag und Satzung synonym verwendet.

⁷ Deren einzig zwingend vorgesehenes Organ ist die Gesamtheit der Gesellschafter, siehe *Schürnbrand*, *Organschaft*, S. 30.

⁸ Vgl. *Schürnbrand*, *Organschaft*, S. 50 m.w.N.

⁹ § 37 Abs. 2 GmbHG spricht nicht von einem „Aufsichtsrat“, sondern einem sonstigen „Organ der Gesellschaft“.

¹⁰ Anmerkung zu §§ 49 bis 53, Bericht der XXV. Kommission über den derselben zur Vorberathung überwiesenen Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Nr. 660 der Drucksachen – Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII. Legislaturperiode, I. Session, 1890–1892, 6. Anlageband, Aktenstück Nr. 774, Bd. 126, S. 4010.

ausgerichtete Publizitätspflichten, welche im Interesse des Rechtsverkehrs bestehen. Diese Bekanntgabe der Aufsichtsratsmitglieder nach außen deutet eine Außenwirkung des fakultativen Aufsichtsrats an. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach den Grenzen der Gestaltungsbefugnis der Gesellschafter bei der Ausgestaltung des fakultativen Aufsichtsrats und damit nach dem Zusammenhang von Publizität und Gestaltungsfreiheit.

Ziel dieser Arbeit ist das Herausarbeiten von Grenzen der Gesellschafter bei der Gestaltung eines solchen Aufsichtsrats. Es wird zu beleuchten sein, ob die Gesellschafter „ihren“ Aufsichtsrat ganz nach ihrem Belieben ausgestalten können oder ob – entgegen dem Wortlaut des § 52 Abs. 1 GmbHG – Grenzen der Gestaltungsfreiheit bestehen. Es gilt herauszufinden, welche Regelungen auf den fakultativen Aufsichtsrat in der GmbH anzuwenden sind sowie inwiefern diese Regelungen zwingenden Charakter haben. Dabei wird auf die zwingend einzuhaltenden formellen Voraussetzungen bei Errichtung und Ausgestaltung des Organs einzugehen sein sowie auf die Fragestellung, welchen materiellen Anforderungen ein solches Organ genügen muss. Im Rahmen dessen stellt sich die Frage nach den zwingenden Kompetenzen und Aufgaben eines fakultativen Aufsichtsrats. Da ein solcher Aufsichtsrat rein fakultativ besteht und damit zur „Lebensfähigkeit“ der GmbH nicht erforderlich ist – bereits im „Normalgefüge“ der GmbH sind alle notwendigen Kompetenzen zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführer verteilt – wird auf dessen Stellung im Verhältnis zur Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung einzugehen sein.

Der fakultative Aufsichtsrat wird von anderen Gremien abzugrenzen sein, welche neben der Gesellschafterversammlung und den Geschäftsführern in der GmbH bestehen können. So kann insbesondere nach mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften ein Aufsichtsrat zwingend einzurichten sein. Zum anderen ist aufgrund der in der GmbH weitgehend herrschenden Satzungsautonomie die Einrichtung sonstiger Organe möglich, wie z. B. eines Beirats, für welchen keine Regelungen im GmbHG normiert sind.

Im Rahmen der Ausarbeitung der einzelnen Grenzen der Gestaltungsfreiheit wird auch auf deren jeweilige Wirkungen einzugehen sein und damit auf die Einteilung der im Rahmen des § 52 GmbHG bestehenden Gestaltungsfreiheit in die Kategorien Wahl- und Dispositionsfreiheit sowie die Folgen dieser Unterscheidung.

I. Tatsächliches Vorkommen von Aufsichtsräten in der GmbH

Die Vorschrift des § 52 GmbHG hat in der Praxis durchaus Anklang gefunden. Empirische Studien befassen sich hierbei vorrangig mit Aufsichtsräten im Bereich der mittelständischen Unternehmen und hierbei speziell in Familienunternehmen. Diese kommen zu dem Ergebnis, dass in jedem fünften Unternehmen ein fakultativer Aufsichtsrat besteht.