

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

---

**Band 277**

# **Der überwachende Beirat**

**Von**

**Steffen Aron**



**Duncker & Humblot · Berlin**

STEFFEN ARON

Der überwachende Beirat

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Jens Koch, Köln

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 277

# Der überwachende Beirat

Von

Steffen Aron



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
hat diese Arbeit im Wintersemester 2023/2024 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.

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-19293-9 (Print)

ISBN 978-3-428-59293-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>





## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung – insbesondere das MoPeG –, Literatur und Rechtsprechung konnten für die Drucklegung auszugsweise bis einschließlich Juni 2024 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Jan Lieder, LL. M. (Harvard), der sich nicht zuletzt durch den Vorschlag des erfreulichen Themas sowie durch seine wertvollen und wohlwollenden Anmerkungen zur vorliegenden Dissertation um meine wissenschaftliche Existenz verdient gemacht hat.

Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL. M. (Univ. of Chicago) danke ich herzlich für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner bin ich den Herausgebern der „Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ für die Aufnahme meiner Arbeit in ihre Schriftenreihe verbunden.

Mein herzlicher Dank gilt auch meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen der Unternehmens- und Steuerrechtskanzlei Dehmer & Partner Partnerschaftsgesellschaft mbB, allen voran Herrn JuDr. Hans Holger Dehmer, MBA und Herrn Dr. Rolf Eicke, MBA. Sie haben nicht nur durch die willkommene Abwechslung und den wertvollen Gedankenaustausch, sondern auch durch die Möglichkeit der Nutzung der Kanzleiräume in den Zeiten der pandemiebedingten Schließung der Universitätsbibliothek zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Schließlich danke ich meinen Eltern Sabine und Maik, von ganzem Herzen dafür, dass sie es mir ermöglicht haben, meine Träume zu verfolgen. Ihr steter Rückhalt und ihre bedingungslose Unterstützung waren das Leuchtfeuer meiner gesamten Ausbildung, so dass auch die vorliegende Arbeit ohne sie nicht entstanden wäre. Nicht zuletzt haben sie auch die mühevolle Bürde der abschließenden Durchsicht des Manuskripts auf sich genommen. Ihnen ist diese Arbeit in immerwährender Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Frankfurt am Main, im Juni 2024

*Steffen Aron*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung .....</b>	<b>29</b>
§ 1 Problemaufriss und Untersuchungsgegenstand .....	29
I. Erste Forschungslücke: Einordnung und Abgrenzung fakultativer (GmbH-) Überwachungsorgane .....	30
II. Zweite Forschungslücke: Rechtlichen Lebensstruktur des überwachenden Beirats .....	33
§ 2 Gang der Untersuchung .....	34
§ 3 Grenzen der Untersuchung .....	35

## *Teil 1*

<b>Anforderungen des verbandsrechtlichen Organbegriffs – Notwendige Eingliederung des überwachenden Beirats .....</b>	<b>37</b>
§ 4 Universaler Organbegriff aller Verbandsrechtsformen .....	37
§ 5 Formelle organisationsrechtliche Anforderungen (formeller Organbegriff) .....	38
I. Unstreitige Mindestanforderungen des verbandsrechtlichen Organbegriffs ..	39
1. Institutionelle Anforderung: Einrichtung durch organisationsrechtlichen Akt ..	39
2. Funktionelle Anforderung: Eigenständige organisationsrechtliche Befugnis ..	41
II. Abgrenzung zum schuldrechtlichen Gremium .....	42
1. Charakteristika und Unterschiede .....	42
2. Abgrenzungsparameter .....	44
III. Abgrenzung zu (Gesellschafter-)Ausschüssen, Delegationsgremien und Gruppenvertretern .....	45
§ 6 Materielle organisationsrechtliche Anforderungen (materieller Organbegriff) .....	47
I. Gesellschaftsinteresse – Grundsätzliches Erfordernis der Interessensbindung ..	47
1. Streitstand .....	48
2. Stellungnahme .....	49
II. Gruppeninteresse – Zulässigkeit von Gruppenorganen .....	51
1. Streitstand .....	52
2. Stellungnahme .....	53
III. Externe gesellschaftsfremde Drittinteressen .....	55

*Teil 2*

<b>Fakultative Kontrollorgane im rechtsökonomischen Licht der <i>Corporate Governance</i>-Konflikte</b>	<b>56</b>
<b>§ 7 Aufsichtsbezogene Grundlagen und Problemfelder der <i>Corporate Governance</i> . . . . .</b>	<b>56</b>
I.    Begriff und Zwecksetzung der <i>Corporate Governance</i> . . . . .	57
II.   Verhaltenstheoretische Grundlagen der neuen Institutionenökonomik . . . . .	59
1. <i>Homo oeconomicus</i> & Theorie der unvollständigen Verträge . . . . .	59
2. <i>Principal-Agent-Conflict</i> . . . . .	60
a) Zusätzliche objektive Voraussetzung: Trennung von Eigentum und Ver- fügungsmacht . . . . .	60
b) Folge: Informationsasymmetrien . . . . .	61
c) Folge: Interessens- und Zieldivergenzen, sowie opportunes Handeln durch den Agenten . . . . .	61
d) Unterschiedliche Risikoneigung von Prinzipal und Agent . . . . .	63
3. Erscheinungsformen der Informationsasymmetrie . . . . .	63
4. Organschaftliche Überwachung als institutionelle Vorkehrung zur Agen- turproblematik . . . . .	65
5. Kosten . . . . .	66
6. <i>Stewardship-Theory</i> . . . . .	66
a) Problemübersicht & Streitstand . . . . .	66
b) Stellungnahme . . . . .	67
<b>§ 8 <i>Corporate Governance</i>-Konflikte und ihre Lösung durch die Beiratsgestaltung in Abhängigkeit der realtypischen Verbandsstrukturierung . . . . .</b>	<b>70</b>
I.    Agenturkonflikt in Verbänden kapitalistischer Realstruktur . . . . .	70
1. Begriff des kapitalistischen Realtypus . . . . .	71
a) GmbH . . . . .	71
b) KG . . . . .	73
2. Spezifische Ausprägungen des Agenturkonflikts . . . . .	74
3. Spezifischer Beitrag zur <i>Corporate Governance</i> . . . . .	79
II.   Agenturkonflikt in Verbänden personalistischer Realstruktur . . . . .	81
1. Begriff des personalistischen Realtypus . . . . .	81
a) Geringe Anzahl und beständiger Kreis der Gesellschafter . . . . .	82
b) Persönliches Vertrauensverhältnis . . . . .	83
c) Verteilung der Gesellschaftsanteile und Machtgefüge in der Gesellschaft . . . . .	84
d) Partizipation der Gesellschafter . . . . .	84
e) Komplexität des Unternehmens . . . . .	85
2. Spezifische Ausprägung des Agenturkonflikts . . . . .	85

a) Fremdgeschäftsführer .....	86
aa) Informationsasymmetrien .....	86
bb) Interessensdivergenzen und opportunistisches Handeln .....	89
b) Eigen-/Gesellschafter-Geschäftsführer bzw. geschäftsführender Gesellschafter .....	90
aa) Kein Agentenkonflikt betreffend geschäftsführenden Gesellschafter selbst .....	90
bb) Agentenkonflikt zwischen dem Gesellschafter-Geschäftsführer und passiven Gesellschaftern .....	90
cc) Modifikation der Informationsasymmetrien durch Kooperationswille und persönliche Bindung .....	91
dd) Grundlegende Interessensdivergenzen und opportunes Handeln der Leitungsfigur .....	94
c) Ergebnis der Agenturproblematik .....	96
3. Spezifischer Beitrag zur <i>Corporate Governance</i> .....	98
III. Horizontale Zielkonflikte zwischen Gesellschaftern .....	100
1. Strukturelle Gefahr und grundlegende Verhaltensannahmen .....	100
a) Verhaltensannahmen .....	100
b) Durchsetzung divergierender Interessen mit Blick auf die Stimmverhältnisse .....	101
c) Die Rolle der Anteilsfungibilität: Auswirkungen privater oder gar „geschlossener“ Gesellschaften .....	102
d) Gesetzliche Überwachungszuständigkeit als Konflikttherd .....	104
aa) Kosten der Überwachung – agency cost .....	104
bb) Mehrheitsgesellschafter zugleich Eigengeschäftsführer .....	105
b) Abhilfe durch überwachenden Beirat .....	108
2. Minderheitsschädigendes Verhalten des Mehrheitsgesellschafters .....	105
a) Typische Ausprägungen .....	106
b) Abhilfe durch überwachenden Beirat .....	108
3. ( <i>Ex post</i> ) Opportunismus des Minderheitsgesellschafters .....	109
4. Pattsituation .....	111
5. Zwischenfazit .....	112
IV. Zielkonflikt zwischen Gesellschaftsgläubigern und Anteilseignern .....	112
V. <i>Governance</i> des Familienunternehmens .....	114
1. Begriffsverständnis des Realytypus „Familienunternehmen“ .....	114
a) Objektiv: Familiäre Verbundenheit der Gesellschafter .....	115
b) Objektiv: Herrschaft der Familie .....	116
c) Subjektiv: Transgenerationale Weitergabe .....	117
d) Fazit: Familienunternehmen als besondere Ausformung des personalistischen Realytypus? .....	118

2. Zusätzliche Herausforderungen der <i>Family Business Governance</i> und darüberhinausgehender Beitrag des überwachenden Beirats .....	120
a) Emotionales Überwachungsdefizit .....	121
aa) Transfer sphärenfremder Probleme .....	121
bb) Fehlende Neutralität und emotionsbedingte Verstärkung der Informationsasymmetrien .....	122
cc) Sanktionsdefizit durch Auswirkungen auf die persönliche Ebene .....	123
dd) Lösung durch überwachenden Beirat .....	124
b) „Vetternwirtschaft“ – reziproker Altruismus und Opportunismus .....	124
c) Generationenwechsel & Nachfolgeplanung .....	125
d) Transgenerationale Ausrichtung & Kontinuität des Familienunternehmens .....	127
e) Rückgriff auf allgemeine <i>Governance</i> -Lösungsansätze .....	128
3. Fazit zum überwachenden Beirat .....	132
VI. Exkurs: <i>Corporate Governance</i> von Unternehmen der öffentlichen Hand .....	134
VII. Fazit & Kompetenzmatrix zur Lösung von <i>Governance</i> -Konflikten .....	136

### *Teil 3*

<b>Einordnung und Abgrenzung fakultativer Kontrollorgane</b> .....	140
§9 Möglichkeit der Abgrenzung .....	140
I. Fakultative Einrichtung zusätzlicher Organisationsstrukturen als Ausfluss der Verbandsautonomie .....	140
II. Heterogenität und Koexistenz fakultativer Überwachungsorgane – Methodologische Herangehensweise und Unterscheidung von Rechtstypen und Realtypen .....	143
1. Methodologische Grundlage der Abgrenzung und Einordnung fakultativer Kontrollorgane .....	143
2. Anwendungsbereich und Notwendigkeit der Negativbestimmung des Realtypus vom überwachenden Beirat .....	145
III. Auswirkungen der Rechtsformwahl auf die Einordnung fakultativer Überwachungsorgane .....	147
1. Rechtsformabhängige Abgrenzungsfragen bei der GmbH .....	147
a) Abgrenzung durch Auslegung des Rechtsbegriffs „Aufsichtsrat“ i. S.v. § 52 Abs. 1 GmbHG .....	147
b) Unterscheidung: Bloßes Zusatzorgan – fakultativer Aufsichtsrat i. S.v. § 52 Abs. 1 GmbHG .....	148
c) Unterscheidung: Fakultatives Kontrollorgan – Aufsichtsrat i. S.v. § 52 Abs. 1 GmbHG .....	149

2. Rechtsformabhängige Abgrenzungsfragen bei den Personenhandelsgesellschaften .....	150
a) Aufsichtsrat im Rechtssinn – Begriffsbeschränkung auf Kapitalgesellschaften .....	150
aa) „Schweigen“ des HGB .....	150
bb) Keine analoge Anwendung von § 52 Abs. 1 GmbHG .....	151
b) Beirat im Rechtssinn – Systematischer Ausblick ins KAGB .....	152
c) Folge: Umfassende Zuordnung aller fakultativen Kontrollorgane zum Realtypus des überwachenden Beirats .....	153
IV. Zwischenergebnisse .....	153
§ 10 Notwendigkeit der Abgrenzung .....	154
I. Tangierte Interessen und Stellenwert der Abgrenzung .....	154
1. Anwendung der an den fakultativen Aufsichtsrat anknüpfenden Rechtsvorschriften .....	155
a) Verbandsinterne Zuständigkeitsordnung .....	155
b) Strafrechtliche Verantwortlichkeit .....	156
c) Publizitäts- und Transparenzvorschriften .....	157
aa) § 52 Abs. 3 GmbHG .....	157
bb) §§ 285 Nr. 10, 325 HGB .....	160
cc) §§ 35a Abs. 1 S. 1, 75 Abs. 5 Hs. 2 GmbHG .....	161
dd) Zwischenergebnis Publizität und Transparenz .....	162
2. Folgenabwägung der Mindestanforderungen für die statuarische Ausgestaltungsfreiheit .....	164
II. Zwischenergebnis: Durch Interessenschutz bedingte Ausschließlichkeitsrelation vermittelt Abgrenzungzwang .....	165
§ 11 <i>Modus Operandi</i> der Abgrenzung freiwillig eingerichteter GmbH-Kontrollorgane .....	166
I. Prolog: Historischer Rückblick auf die Rolle des (aktienrechtlichen) Aufsichtsrats .....	166
II. Ausgrenzung methodologisch überholter Argumentationsfiguren .....	169
1. Das „Wesen“ des Aufsichtsrats – zum Wesensargument .....	169
2. Typenzwang durch Typengesetzlichkeit oder Institutionalisierung .....	172
III. Formaler Ansatz – Abgrenzung nach der statuarischen Organbezeichnung ..	176
1. Beschreibung .....	176
2. Würdigung .....	177
a) Wortsinn .....	177
b) Historische Ausführungen zum GmbHG .....	178
c) Historisch-systematischer Vergleich .....	179
d) Äußerlicher Widerspruch zu vorgefundem Aufsichtsratssystem ..	179

e)	Rechtsfolgenorientierte Anschauung . . . . .	180
f)	Mittelbare Disposition über die Anwendung zwingender Normen . . . . .	181
g)	Gegenargumente zu den Argumenten betreffend die (Aus-)Gestaltungsfreiheit . . . . .	182
IV.	Materieller Ansatz – Abgrenzung nach der (tatsächlichen) Organfunktion . . . . .	183
1.	Beschreibung . . . . .	183
2.	Würdigung . . . . .	187
V.	Kumulativer Ansatz – Abgrenzung nach Organbezeichnung <i>und</i> -funktion . . . . .	191
1.	Beschreibung . . . . .	191
2.	Würdigung . . . . .	191
VI.	Alternativer Ansatz – Theorie von der „Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs“ . . . . .	192
1.	Beschreibung . . . . .	192
2.	Würdigung . . . . .	195
a)	Kritik am Konstrukt der „Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs“ . . . . .	196
aa)	Keine Offenlegung von Informationen anhand bloßer Bezeichnung als „Aufsichtsrat“ . . . . .	196
bb)	(Empirie und) Schutzwürdigkeit der Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs . . . . .	197
cc)	Zirkelschlüsse Begründung . . . . .	203
dd)	Renaissance des Ansatzes vom Typenzwang im Gewand der Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs . . . . .	203
ee)	Kein Einwand der eingliedrigen GmbH . . . . .	205
b)	Kritik an der Nichtigkeitsfolge konfigurernder Gestaltungen . . . . .	206
aa)	Intensität des Eingriffs in Art. 9 Abs. 1 GG und Übermaßverbot . . . . .	206
bb)	(Teil-)Nichtigkeit, Umdeutung und Lückenfüllung . . . . .	206
VII.	Materieller (eigener) Ansatz – Abgrenzung anhand der konstitutiven Mindestfunktion unter rechtsfolgenorientiert-systematischer Auslegung des gesetzlich als Funktionsbezeichnung verwendeten Aufsichtsratsbegriffs . . . . .	207
1.	Beschreibung . . . . .	207
2.	Begründung . . . . .	210
a)	Teleologie der Publizitäts- und Transparenzvorschriften . . . . .	210
aa)	Erste These: Fakultativer Aufsichtsrat durch konstitutive Mindestfunktion gekennzeichnet . . . . .	210
bb)	Zweite These: Konstitutive Funktion ist effektive, organschaftliche Überwachung . . . . .	212
b)	Verwendung des Aufsichtsratsbegriffs als gesetzliche Funktionsbezeichnung & kompetenzieller Rückschluss von den an den eingerichteten Aufsichtsrat anknüpfenden Normen . . . . .	214
aa)	§ 52 Abs. 1 GmbHG . . . . .	215

bb) Rückschluss aus von der Informationsordnung abhängiger Straf- normen auf die Funktion des Aufsichtsrats .....	216
cc) Kompetenzielle Funktionseffektuierung durch die Beteiligung an der Jahresabschlussprüfung .....	218
c) Universale tatbestandliche Anknüpfung an den Aufsichtsrat unabhan- gig seiner fakultativen oder obligatorischen Einrichtung – legislatori- sche Gleichbehandlung .....	219
d) Einordnung in die rechtliche Typenreihe „Aufsichtsrat“ und systemati- scher Vergleich zu den anderen Rechtstypen .....	221
VIII. Zusammenfassung .....	221
§ 12 Folgen und Folgeprobleme der materiellen Organdefinition und -abgrenzung ....	223
I. Unausweichliche Qualifizierung infolge Erfüllung konstitutiven AR-Voraus- setzungen .....	224
1. Qualifizierung als zwangsläufige Rechtsfolge .....	224
2. Qualifizierung als fakultativer Aufsichtsrat & Dispens über § 52 Abs. 1 GmbHG .....	225
3. Grundsätzlich von sonstiger Kompetenzzuweisung unabhängige Qualifi- zierung .....	225
II. Konstitutiven Mindestanforderungen des Aufsichtsrats zugleich funktions- abhängige Demarkationslinie zwischen den fakultativen GmbH-Kontroll- organen .....	225
III. Realtypische Erscheinungsformen des überwachenden Beirats .....	226
IV. Folgen fehlerhafter Organabgrenzung und -einordnung .....	227
1. (Un-)Schädlichkeit der Falschbezeichnung und Wirksamkeit der Satzungs- klausel .....	228
2. Falschbezeichnung als Eintragungshindernis und Prüfungskompetenz des Registergerichts .....	231
3. Ausschluss faktischer oder fehlerhafter Organe .....	232
4. Folgen fehlerhafter Anwendung der Publizitäts- und Transparenz- vorschriften .....	233
a) (Zwangswise) Sicherstellung der ordnungsgemäßen Erfüllung der ge- setzlichen Publizitäts- und Transparenzpflichten .....	233
b) Rechtsscheintatbestände: „Scheinaufsichtsrat“, „Scheinvorsitzender“ und „Scheinmitglied“ .....	234
c) Allgemeine zivilrechtliche (Haftungs-)Folgen .....	238
V. Zusammenfassung .....	238

*Teil 4*

<b>Die „funktionsabhängige Demarkationslinie“ zwischen den freiwilligen GmbH-Kontrollorganen – Zugleich: Die Qualifikationsvoraussetzungen des fakultativen Aufsichtsrats i.S.v. § 52 GmbHG</b>	240
<b>§ 13 Konstitutive Mindestanforderungen und Strukturmerkmale des fakultativen Aufsichtsrats im Rechtssinne .....</b>	240
I. Organisationsrechtliche Anforderungen .....	241
1. Institutionelle Eingliederung als Organ des Verbands .....	241
2. Notwendige Interessensbindung .....	242
a) Gesamtorgan vs. Gruppenorgan .....	242
b) Gesellschaftsinteresse vs. Unternehmensinteresse .....	244
aa) Umfang und Ursprung des aktienrechtlichen Unternehmensinteresses .....	244
bb) Meinungsübersicht zum fakultativen Aufsichtsrat der GmbH .....	245
cc) Systematisch-teleologische Kritik .....	246
dd) Systematischer Vergleich & Institutionelle Hintergründe .....	246
ee) Rechtshistorisch-teleologischer Hintergrund .....	247
II. Überwachungsfunktion .....	250
1. Überwachungskompetenz (§ 111 Abs. 1 AktG) .....	250
a) Wörtlich-historische Auslegung „Aufsichtsrat“ & Normstruktur des § 52 Abs. 1 GmbHG .....	250
b) Rechtsfolgenorientiert-systematische Erwägungen zur gesetzlichen Funktionsbezeichnung .....	251
c) Universale tatbestandliche Anknüpfung an Aufsichtsrat – Legislative Gleichbehandlung .....	252
d) Systematischer Vergleich: Aufsichtsräte anderer Körperschaftsrechtsformen .....	252
2. Inhaltliche Anforderungen an Überwachungskompetenz .....	254
3. Überwachungsumfang: Funktions- und organbezogenes Verständnis .....	256
a) Problemübersicht .....	256
b) Stellungnahme .....	257
4. Pflichtrecht .....	259
5. Erfordernis verdrängender Zuweisung der Überwachungskompetenz? ..	260
6. Grenze sonstiger Kompetenzzuweisungen – insbesondere der Unternehmensleitung .....	261
a) Zulässigkeit der Kompetenzzuweisung .....	262
b) Begrenzung unternehmerischer Initiative .....	263
III. Funktionseffektuierung – Verhinderung dysfunktionaler Gestaltung .....	266

1.	Kompetenzielle Funktionseffektuierung – Überwachungsmittel und Hilfskompetenzen .....	267
a)	Informationsversorgung (§§ 90 Abs. 3 bis 5 S. 1 und 2, 111 Abs. 2 AktG) .....	267
aa)	Gesetzestypische Kompetenzordnung .....	268
bb)	Meinungsübersicht .....	268
cc)	Stellungnahme: Notwendige Informationsversorgung & Gestaltungsspielraum .....	269
b)	Kompetenzeinbindung bei Jahresabschluss, Rechnungslegung und Ergebnisverwendung .....	272
aa)	Problemübersicht .....	273
bb)	Funktionale Überschneidung mit Überwachungskompetenz .....	274
cc)	Rechtsfolgenorientiert-systematische Auslegung des Aufsichtsratsbegriffs .....	275
dd)	Fazit: Mindestkompetenz – Gestaltungsspielraum .....	275
c)	Zustimmungsvorbehalte (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG, §§ 111a–111c AktG) .....	276
aa)	Meinungs- & Problemübersicht .....	276
bb)	Stellungnahme .....	277
d)	Einberufung und Teilnahme an der Gesellschafterversammlung (§§ 111 Abs. 3, 118 Abs. 3 AktG) .....	281
aa)	Meinungs- & Problemübersicht .....	281
bb)	Argumente für Funktionseffektuierung .....	281
cc)	Argumente gegen Funktionseffektuierung .....	282
e)	Personalkompetenz (§ 84 AktG) .....	283
f)	Vertretung der Gesellschaft (§ 112 AktG) .....	284
aa)	Sachlicher Umfang & Stellenwert .....	284
bb)	Gründe für kompetenzielle Funktionseffektuierung .....	285
cc)	Gründe gegen kompetenzielle Funktionseffektuierung .....	286
g)	Erlass der Geschäftsführerergeschäftsordnung (§ 77 Abs. 2 S. 1 AktG) .....	287
2.	Institutionelle Funktionseffektuierung .....	288
a)	Zahl und Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder .....	288
aa)	Mindestzahl von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 95 S. 1 und 2 AktG ggf. i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG)? .....	288
bb)	Höchstzahl von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 95 S. 2 und 4 AktG) .....	290
cc)	Höchstmandatsdauer – Amts dauer – Periodizität (§ 102 AktG) .....	291
b)	Persönlichen Voraussetzungen für und Inkompabilitäten der Aufsichtsratsmitgliedschaft (§§ 100, 105 AktG) .....	291
aa)	Natürliche Person (§ 100 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG) .....	292
bb)	Unbeschränkt geschäftsfähige Person (§ 100 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG) .....	295

cc) Inkompatibilität von Geschäftsführung und Aufsicht (§ 105 AktG)	297	
dd) Gesetzlicher Vertreter eines abhängigen Unternehmens (§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AktG) .....	302	
ee) Anforderungen an kapitalmarktorientierte Gesellschaften (§ 100 Abs. 5 AktG) .....	303	
ff) Sonstige Voraussetzungen aus § 100 AktG .....	304	
c) Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Freies oder imperatives Mandat? .....	305	
aa) Grundsätzliche Weisungsunabhängigkeit .....	306	
bb) Absolute Geltung weisungsfreier Kontrollausübung unter Ausschluss vermittelnder Ansätze .....	318	
cc) Entsendte Mitglieder .....	320	
dd) Eingliedrige GmbH („Ein-Mann-GmbH“) .....	321	
ee) Beteiligung der öffentlichen Hand (insb. „kommunale GmbH“) ..	323	
ff) Zwischenfazit .....	331	
d) Beendigung der Organmitgliedschaft durch Abberufung .....	331	
<b>§ 14 Fazit aus der funktionsabhängigen Demarkationslinie für die Begriffsbestimmung und Definition der fakultativen GmbH-Kontrollorgane .....</b>	<b>332</b>	
I.     Definition des fakultativen Aufsichtsrats i. S. v. § 52 (Abs. 1 erster Hs.) GmbHG ..	333	
II.    „Definition“ des überwachenden Beirats .....	333	
 <i>Teil 5</i>		
<b>Die Organisationsfreiheit hinsichtlich des Organs .....</b>		<b>334</b>
<b>§ 15 Grundlagen der organisationsrechtlichen Einrichtung und Auflösung .....</b>	<b>334</b>	
I.     Einrichtung und Auflösung („ob“) .....	334	
1. Implementierender Organisationsakt – Einrichtung durch oder aufgrund des Gesellschaftsvertrages .....	334	
2. Besondere Einrichtungs- und Auflösungsmodalitäten .....	335	
a) Bedingte oder befristete Einrichtung bzw. Auflösung .....	335	
b) Einrichtungs- oder Auflösungsrecht .....	338	
c) Einrichtungsverpflichtung .....	339	
II.    Notwendiger gesellschaftsvertraglicher Regelungsumfang („wie“) .....	339	
1. Problemaufriss & Streitstand .....	340	
2. Stellungnahme .....	341	
III.   Interessensbindung .....	342	
<b>§ 16 Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsschranken der Kompetenzübertragung .....</b>	<b>343</b>	
I.     Rechtsformunabhängige Gestaltungsschranken der Verbände .....	343	
1. Verbandssouveränität .....	343	

a) Dogmatischer Hintergrund und allgemeine Prämisse .....	344
b) Verbandssovereinheit und Kompetenzgefüge .....	345
c) Verbandssovereinheit und Organbesetzung .....	347
aa) Kein Gebot mindestens überwiegender Besetzung mit Gesellschaftern .....	347
bb) Keine Kompensation des Souveränitätsverlusts in Abhängigkeit der Besetzung .....	349
2. Mitgliedschaftlicher Kernbereich – Schutz des Individualgesellschafters .....	350
a) Inhalt und Rechtsprechungsentwicklung .....	351
b) Absolut unentziehbare Rechte .....	352
c) Relativ unentziehbare Rechte .....	354
3. Abspaltungsverbot .....	355
II. Rechtsformabhängige Gestaltungsschranken der Verbände .....	356
1. Gesellschafterversammlung als oberstes Organ (GmbH) .....	357
2. Selbstorganschaft (Personengesellschaften) .....	358
a) Ist-Struktur: Originäre Mitgliederselbstverwaltung .....	359
b) Soll-Zustand: Organmonopol unbeschränkt haftender Gesellschafter .....	360
aa) Allgemeine Auswirkungen auf organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis .....	360
bb) Allgemeine Auswirkungen auf die Gestaltungen von Beiräten .....	362
cc) Organmonopol als Organisationsprinzip .....	364
aa) Wesensmerkmal der Gesamthand – Verhinderung der Selbstentmündigung .....	364
bb) Abspaltungsverbot .....	366
cc) Gesellschafterschutz – Prävention vor Fremdbeherrschung .....	368
dd) Gläubiger- & Rechtsverkehrsschutz .....	371
ee) Nichteinmischungsgebot (§ 170 Abs. 1 HGB) .....	372
ff) Zusätzliche Einwände .....	373
d) Anwendbarkeit und Geltung für Kontrollorgane .....	374
aa) Erhalt und Ergänzung des selbstregulierenden Organisationsmodells .....	375
bb) Erhalt der durch Organmonopol vermittelten Entscheidungsautonomie .....	376
cc) „Mitunternehmerischen Prägung“ von Überwachungsorganen .....	377
dd) Rechtsökonomische Schutzzweckförderung und grundlegende Modalitäten der Öffnung für die Drittbesetzung .....	378
e) Fazit Selbstorganschaft – Kontrollorgane .....	380
§ 17 Zuständigkeitsverlagerung .....	380
I. Umfang .....	381

1.	Kontrolle des Geschäftsführungsorgans . . . . .	382
a)	Überwachungskompetenz (§ 111 Abs. 1 AktG) . . . . .	382
aa)	Grundsatz . . . . .	382
bb)	Statuarische Modifikation von Kontrollmaßstab und -umfang . . . . .	384
b)	Informationsversorgung und Informationsinitiative (§§ 90, 111 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG) . . . . .	385
aa)	Informationsmindestmaß und Auslegung des Gesellschaftsvertrages . . . . .	385
bb)	Informationssystem – Berichtspflichten und Berichtsverlangen (§ 90 AktG) . . . . .	386
cc)	Einsichts- und Prüfungsrecht (§ 111 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG) . . . . .	387
dd)	Beauftragung und Hinzuziehung von Sonderprüfern oder externer Sachverständiger (§§ 111 Abs. 2 S. 2 Alt. 2, 109 Abs. 1 S. 2 AktG) . . . . .	388
c)	Verdrängende Zuweisung von Informations- und Kontrollrechten . . . . .	389
aa)	Individuelle Informations- und Kontrollrechte (inkl. Änderungen des MoPeG) . . . . .	389
bb)	Überwachungskompetenz der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 6 GmbHG) . . . . .	394
cc)	Informations- und Kontrollrecht der Personengesellschaft (§§ 713, 666 BGB a.F., § 717 Abs. 2 BGB) . . . . .	399
d)	Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 111 Abs. 3 AktG) . . . . .	401
2.	Beratung . . . . .	402
3.	Einwirkung auf die Geschäftsführung . . . . .	403
a)	Initiative Unternehmensleitung: Organschaftliche Geschäftsführung oder Weisungsrechte . . . . .	403
aa)	GmbH . . . . .	404
bb)	OHG/KG . . . . .	405
cc)	Sachlicher Umfang der Zuständigkeit . . . . .	407
dd)	Schmälerung der zwingenden Überwachungsaufgabe des obligatorischen Aufsichtsrats . . . . .	408
ee)	Vertretungsbefugnis . . . . .	408
b)	Teilhabe an der Unternehmensleitung: Veto- oder Zustimmungsrechte . . . . .	409
4.	Entscheidungsbefugnisse im Bereich verbandsrechtlicher Grundlagen . . . . .	412
a)	Meinungsstand . . . . .	412
b)	Verdrängende Übertragung . . . . .	414
c)	Konkurrierende Übertragung . . . . .	415
5.	Personalentscheidungen . . . . .	416
a)	Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers (§ 84 AktG) . . . . .	417
aa)	GmbH . . . . .	417
bb)	OHG/KG . . . . .	420

b) Anstellungsvertrag und Vergütung des Geschäftsführers (§ 84 Abs. 1 S. 5 i. V. m. S. 1 AktG) .....	423
c) Entlastung der Geschäftsführung .....	423
d) Erteilung und Widerruf handelsrechtlicher Vollmachten .....	425
6. Rechnungslegung und Ergebnisverwendung .....	425
a) Bestellung des Abschlussprüfers bzw. Erteilung des Prüfungsauftrags (§ 111 Abs. 2 S. 3 AktG) .....	425
b) Prüfung Jahresabschluss und Lagebericht (§§ 170, 171 AktG) .....	426
aa) Kompetenz .....	426
bb) Prüfungs- und Berichtsverfahren .....	426
cc) Zwingende Zuständigkeit des personengesellschaftsrechtlichen Beirats nach dem PublG .....	427
c) Feststellung des Jahresabschlusses (§ 172 AktG) .....	427
d) Ergebnisverwendung (insb. Gewinn- und Verlustverteilung) .....	429
7. Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführungsmitgliedern (§ 112 AktG) .....	431
a) Entscheidung über Geltendmachung und prozessuale Durchsetzung von Sozialansprüchen gegen die Geschäftsführer .....	432
aa) GmbH .....	432
bb) OHG/KG .....	433
cc) Beirat als besonderer Vertreter oder Sonderprüfer .....	434
b) Sonstige Vertretung gegenüber der Geschäftsführung .....	435
8. Kompetenzen hinsichtlich der Gesellschafterversammlung .....	435
II. Konkurrierende oder verdrängende Kompetenzübertragungen .....	436
1. Auslegung der Übertragungsart .....	436
2. Verdrängende Kompetenzübertragung .....	438
a) Zulässiger rechtlicher Rahmen .....	438
b) Verbleibende Einwirkungsbefugnisse der Gesellschafter(-versamm- lung) .....	438
3. Konkurrierende Kompetenzübertragung .....	440
a) Maßgebliche Entscheidung bei Beschluss- & Maßnahmenkonkurrenz .....	440
b) Verbleibende Einwirkungsbefugnisse der Gesellschafter(-versamm- lung) .....	440
aa) Strenge Auffassung: gleichrangige, punktuell-verdrängende Sach- entscheidungsbefugnis .....	441
bb) Großzügige Auffassung: Vorrangige Sachentscheidungsbefugnis .....	441
cc) Vermittelnde Auffassung: Gleichrangige, vollumfassend-konku- rierende Sachentscheidungsbefugnis .....	442
dd) Würdigung und eigene Auffassung .....	442

III.	Kompetenzrückfall bei Handlungsunfähigkeit des Organs . . . . .	443
IV.	Inbezugnahme zu Typen von Aufsichtsorganen zur Gestaltungsorientierung	445
§ 18	Fazit . . . . .	447

*Teil 6*

<b>Die Organisationsfreiheit hinsichtlich der Mitgliedschaft</b>	449	
§ 19	Zusammensetzung . . . . .	449
I.	Grundsatz, Gebrauch und Grenzen der Gestaltungsfreiheit . . . . .	449
II.	Größe . . . . .	450
III.	Persönliche Voraussetzungen („Zusammensetzung“) . . . . .	452
1.	Bestellungsvoraussetzungen (§ 100 Abs. 1 AktG) . . . . .	453
a)	Natürliche Person . . . . .	453
aa)	Sicherstellung civil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit . . . . .	454
bb)	Unterlaufen formaler Bindung an das Gesellschaftsinteresse . . . . .	455
cc)	Keine abweichende Beurteilung durch fakultativen Charakter der Einrichtung . . . . .	456
dd)	Keine Stärkung der Kontrollfunktion durch Bestellung juristischer Personen . . . . .	456
ee)	Minderung strafrechtlicher Verantwortlichkeit . . . . .	457
ff)	Systematik der Körperschaften . . . . .	458
gg)	Systematik der Personengesellschaften – OLG Stuttgart, Urt. v. 15. 7. 2020 – 20 U 47/19 . . . . .	459
hh)	Zwischenfazit . . . . .	460
b)	Unbeschränkt geschäftsfähige Person . . . . .	460
2.	Inkompatibilitäten (§ 105 Abs. 1 AktG) . . . . .	461
a)	Allgemeine Folgen des Verbots der Selbstkontrolle . . . . .	461
b)	Einrichtung eines monistisch strukturierten Beirats . . . . .	465
3.	Inkompatibilitäten (§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–4 AktG) . . . . .	469
a)	§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AktG analog? . . . . .	469
b)	§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AktG analog und § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AktG analog? . . . . .	470
c)	§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG doppelt analog? . . . . .	470
4.	Sonstige Inkompatibilitäten oder Besetzungsquoten . . . . .	471
5.	Privatautonome Vereinbarung von Bestellungsvoraussetzungen oder Inkompatibilitäten . . . . .	471
a)	Grundsatz . . . . .	471
b)	Allgemeine Gleichbehandlung (AGG) . . . . .	472

6. Folgen der Nichtbeachtung persönlicher Bestellungsvoraussetzungen . . . . .	473
a) Wirkung der persönlichen Voraussetzungen und Einteilung der Verstoßkonstellationen . . . . .	473
b) Problemstellung und Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Organisationsverhältnis . . . . .	475
IV. Publizität . . . . .	477
§ 20 Beginn und Beendigung der Mitgliedschaft . . . . .	478
I. Beginn der Mitgliedschaft . . . . .	478
1. Bestellung und Bestellungsverfahren . . . . .	479
a) Gestaltungsfreiheit & Grundzuständigkeit . . . . .	479
b) Mehrheitsverhältnis . . . . .	480
c) Gesellschaftsvertragliche Mitgliederbenennung . . . . .	480
d) Verbot der Selbstkontrolle . . . . .	481
e) Kooptation . . . . .	482
2. Entsendungsrechte . . . . .	482
a) Sachumfang & Gestaltungsfreiheit . . . . .	482
b) Interessensbindung & Organisationsverhältnis . . . . .	483
c) Voraussetzungen der Entsendung . . . . .	483
d) Rechtlicher Charakter des Entsendungsrechts & Entsendungsberechtigte . . . . .	484
aa) Problemübersicht . . . . .	484
bb) Stellungnahme . . . . .	485
e) Sonstige Konstruktionen . . . . .	487
3. Notwendiger Mindesteinfluss der Gesellschafter auf die Bestellungsentscheidung . . . . .	487
a) Problemaufriss . . . . .	487
b) Stellungnahme zur maßgeblichen Mitbestimmung der Beiratszusammensetzung . . . . .	488
c) Stellungnahme zur fehlenden Höchstzahl von Entsendungsrechten analog § 101 Abs. 2 S. 4 AktG . . . . .	489
4. Gerichtliche Notbestellung analog § 29 BGB, §§ 85, 104 AktG . . . . .	489
II. Amtszeit & Wiederwahl . . . . .	491
III. Beendigung der Mitgliedschaft . . . . .	494
1. Automatische Beendigung . . . . .	494
2. Abberufung durch Widerruf der Bestellung . . . . .	495
a) Grundsätze der Abberufung . . . . .	495
b) Erforderliche Mehrheit für außerordentliche Kündigung . . . . .	496
c) Statuarischer Dispens über Abberufungskompetenz . . . . .	497

d) Ausübung des Widerrufs .....	498
e) Wechselwirkung Bestellungsduer – Widerruflichkeit .....	499
f) Widerruf entsandter Mitglieder .....	500
3. Niederlegung des Amtes .....	501
a) Grundlegende Anforderungen & Empfangszuständigkeit .....	501
b) Freies Niederlegen des Mandats .....	502
c) Zulässiger Umfang statuarischen Dispenses .....	503
d) Wechselwirkung Bestellungsduer – Niederlegungsfreiheit .....	504
e) Ermessen der Niederlegung .....	505
IV. Schuldrechtliches Anstellungsverhältnis .....	506
§ 21 Binnenverfassung des Beirats .....	507
I. Innere Ordnung .....	507
1. Anwendbares Recht & Gestaltungsfreiheit .....	507
2. Selbstorganisationsautonomie & Geschäftsordnung .....	509
3. Ausschüsse .....	511
4. Beiratsvorsitz .....	511
5. Verfahren der Sitzung .....	513
a) Frist, Frequenz und Zuständigkeit der Einberufung .....	513
b) Sitzungsteilnahme .....	514
c) Formen der Sitzung .....	515
d) Protokollierung .....	516
II. Beschlussfassung .....	516
1. Beschlussfähigkeit .....	517
2. Mehrheitserfordernis .....	518
3. Stimmrecht .....	518
4. Beschlussfeststellung .....	520
III. Fehlerhafte Beschlüsse .....	521
1. Lückenfüllung: Einschlägiges Mängelsystem – zugleich: Allgemeine Fehlerfolge .....	522
a) GmbH .....	522
aa) Differenzierung nach originärer Funktionsherkunft .....	522
bb) Nichtigkeits- und Feststellungsmodell: Rückgriff auf allgemeine Rechtsgeschäftslehre .....	524
b) OHG/KG (einschließlich MoPeG) .....	524
c) Würdigung und eigene Auffassung .....	525
aa) Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Differenzierung nach originärer Zuständigkeit .....	525

bb) Spezialität der Fehlerfolgensysteme, Dispositionsbefugnis und fremdnützige Zuständigkeit .....	528
cc) Fristenbeginn der Anfechtungsklage .....	530
dd) Systematischer Vergleich .....	531
ee) Sonstige Topoi zum Differenzierungsansatz nach der originären Funktionsherkunft .....	532
ff) Abwägung der Kritik am Rückgriff auf die allgemeine Rechtsgeschäftslehre .....	533
gg) Ergebnis: Einschlägiges Mängelsystem – Allgemeine Fehlerfolge .....	535
hh) Fehlende Rechtsfolgeneinschränkung von Beschlüssen im Bereich der Geschäftsführung .....	535
2. Voraussetzungen und Qualifizierung von Beschlussmängeln – zugleich: Spezifische Fehlerfolge .....	536
a) Materielle Beschlussfehler – Inhalts- oder Zuständigkeitsmangel .....	536
b) Formelle Beschlussfehler – Form- oder Verfahrensmangel .....	537
c) Fehlerhafte Stimmabgabe und Beschlussmangel .....	540
d) Beschlussbestätigung – Heilung – Genehmigung .....	541
3. Prozessuale Geltendmachung und gerichtliche Überprüfung von Beschlussfehlern .....	542
a) Feststellbares Rechtsverhältnis .....	543
b) Feststellungsinteresse .....	543
aa) Beiratsmitglied .....	544
bb) Geschäftsführer .....	545
cc) Gesellschafter und Dritte .....	546
c) Frist – Verwirkung .....	547
d) Rügeobligieheit .....	549
e) Passivlegitimation – Beklagtenbefugnis .....	550
f) Urteilswirkung .....	552
g) Zuständigkeit, Bekanntmachung und Nebenintervention .....	553
§ 22 Rechtsstellung der Beiratsmitglieder .....	553
I. Rechtsnatur und Rechtsquellen .....	554
II. Rechte .....	555
1. Mitwirkungsrechte .....	556
2. Informationsrechte .....	556
3. Vergütung .....	556
4. Aufwandsersatz .....	559
5. Schuldrechtliche Sonderverträge .....	560
III. Pflichten .....	560
1. Sorgfalt .....	560

2.	Organschaftliche Treuepflicht & Interessensbindung .....	562
a)	Treuepflicht .....	562
b)	Interessensbindung .....	563
c)	Gruppenmitglieder – Organschaftliche Treue und Interessensbindung	565
3.	Verschwiegenheitspflicht .....	566
a)	Rechtsgrundlage .....	566
b)	Sachlicher Umfang .....	567
c)	Personeller Umfang und Reichweite .....	569
d)	Privilegierung analog §§ 394, 395 AktG .....	571
e)	Auskunfts- und Berichtspflicht .....	571
4.	Wettbewerbsverbot & Geschäftschancenlehre .....	572
5.	Pflichten aus dem imperativen Mandat .....	574
6.	Sonstige (wesentliche) Sorgfaltspflichten .....	577
a)	Mitwirkungs- und Mitarbeitspflicht .....	577
b)	Effektive und effiziente Selbstorganisation .....	577
c)	Gesamtverantwortung & Pflicht im Kontext der Arbeitsteilung .....	578
d)	Kollegiale Zusammenarbeit & Verbandsinterner Vertrauensgrundsatz	578
e)	Legalitätspflicht .....	579
IV.	Haftung .....	579
1.	Rechtsgrundlage .....	579
a)	Meinungsströmungen .....	580
b)	Würdigung .....	581
c)	Sonstige schuldrechtliche & allgemeine deliktische Haftung .....	585
2.	Pflichtverletzung (einschließlich Ermessensausübung) .....	586
a)	Allgemeines .....	586
b)	Voraussetzungen pflichtgemäß er (unternehmerischer) Ermessensentscheidungen .....	586
aa)	Unternehmerische Entscheidung .....	587
bb)	Handeln auf Grundlage angemessener Informationen .....	588
cc)	Handeln nur zum Wohl der Gesellschaft und Freiheit von sachfremden Einflüssen .....	589
dd)	Gutgläubigkeit .....	590
3.	Verschulden .....	591
4.	Darlegungs- und Beweislast .....	593
5.	Verjährung & Verjährungsverkürzung .....	595
6.	Modifikation, Minimierung und Ausschluss der Haftung .....	596
a)	Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabs (inkl. summarischer Haftungsbeschränkungen) .....	597

b) Disposition über individuelle Organhaftungsansprüche (insb. Verzicht und Vergleich) .....	598
aa) <i>ex ante</i> .....	598
bb) <i>ex post</i> .....	599
c) Entlastung .....	600
d) Freistellungsvereinbarungen und D&O-Versicherung .....	601
7. Berechtigung und Geltendmachung der Ansprüche .....	602
a) Grundsatz .....	602
b) Gruppenorgane .....	603
c) <i>actio pro socio</i> .....	604
d) Fehlendes Gläubigerverfolgungsrecht .....	607
8. Entsendungsberechtigung & Haftung .....	607
V. Strafrechtliche Verantwortlichkeit .....	608
<b>Schlussbewertung – Zusammenfassung wesentlicher Thesen</b> .....	610
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	621
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	682

## **Abkürzungen**

Die verwendeten Abkürzungen entsprechen *Kirchner, Hildebert/Böttcher, Eike*: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, Berlin/Boston, 2021.

## Einleitung

### § 1 Problemaufriss und Untersuchungsgegenstand

Freiwillig eingerichtete, insbesondere organschaftliche, Gremien nehmen sowohl in der Rechtspraxis<sup>1</sup> als auch der rechtswissenschaftlichen Forschung<sup>2</sup> seit geraumer Zeit einen hohen Stellenwert ein. Hierbei haben sich nicht nur vielfältige Bezeichnungen eingebürgert, wie Beirat, Aufsichtsrat, Ältesten- oder Familienrat, Gesellschafterausschuss, Kuratorium oder Verwaltungsrat,<sup>3</sup> sie zeichnen sich ebenfalls durch die Zuweisung unterschiedlichster Funktionen und Zuständigkeiten aus.<sup>4</sup> Ebendiese Fülle setzt sich im Ausmaß und Umfang unterschiedlichster Zuständigkeiten auch solcher fakultativen Zusatzgremien fort, denen die Funktion der Geschäftsführerkontrolle obliegt. Demnach gebrauchen die Gesellschafter die durch § 45 GmbHG bzw. §§ 108, 163 HGB (§§ 109, 163 HGB a. F.) vermittelte Gestaltungsfreiheit, einschließlich der ihr entspringenden Möglichkeit zur Anpassung des Organs an die jeweils zugesetzte Rolle, ausgiebig.

Im Recht der GmbH erfuhr vor allem der fakultative Aufsichtsrat mit § 52 GmbHG eine prominente Regelung. So bestimmt insbesondere § 52 Abs. 1 GmbHG:

„Ist nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen, so sind § 90 Abs. 3, 4, 5 Satz 1 und 2, § 95 Satz 1, § 100 Abs. 1 und 2 Nr. 2 und Abs. 5, § 101 Abs. 1 Satz 1, § 103 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 105, 107 Abs. 3 Satz 2 und 3 und Absatz 4, §§ 110 bis 114, 116 des Aktiengesetzes in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 des Aktiengesetzes, § 124 Abs. 3 Satz 2, §§ 170, 171, 394 und 395 des Aktiengesetzes entsprechend anzuwenden, so weit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.“

Zugleich lässt insbesondere die Normierung des Täterkreises in § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG erkennen, dass die Gesellschafter ebenfalls zugunsten der Einrichtung

---

<sup>1</sup> Hierzu zuletzt *Lieder/Becker/Hoffmann*, GmbHR 2021, 621 ff.; *Lieder/Becker/Hoffmann*, GmbHR 2021, 957 ff.; *Lieder/Becker/Hoffmann*, GmbHR 2022, 223 ff.; *Lieder/Becker/Hoffmann*, GmbHR 2022, 958 ff.; sowie *Barsch*, Beiräte, *passim*; *Woywode/Keese/Tänzer*, ZGR 2012, 418 (434).

<sup>2</sup> Hierzu zuletzt insbesondere *Birkhold*, Gestaltungsfreiheit fakultativer Aufsichtsrat; *de Blecourt*, Zusatzgremien.

<sup>3</sup> Vgl. nur *Barsch*, Beiräte, S. 34: „unerschöpfliche begriffliche Bandbreite“; ferner MHdB III/*Diekmann* § 49 Rn. 1: „Bezeichnungen sind dabei oft zufällig“.

<sup>4</sup> Vgl. dazu nur MüKoGmbHG/*Spindler* § 52 Rn. 777 ff.; MüKoHGB/*Grunewald* § 161 Rn. 164 ff.; MHdB II/*Mutter* § 8 Rn. 18 ff.; *Voermann*, Beirat, S. 5 ff.; *Eversloh* S. 7 ff.; *Barsch*, Beiräte, S. 128 ff.; *Henseler*, Beirat, S. 120 ff.; *Gräwe/Stütze*, GmbHR 2012, 877 ff.; *Spindler/Kepper*, DStR 2005, 1738 ff.; *Spindler/Kepper*, DStR 2005, 1775 ff.; *Huber*, GmbHR 2004, 772 (774).

eines dem Aufsichtsrat „ähnlichen Organs“ – so etwa eines überwachenden Beirats – optieren können. Hingegen deutet die Ansehung des gesetzestypischen Rechts der Personenhandelsgesellschaften auf die Fremdheit von Organen nach körperschaftlichem Verständnis hin. Konsequenterweise lässt es kein (vergleichbares) Normenangebot zu fakultativen Kontrollorganen erkennen, sodass sich die zur GmbH vergleichbaren Fragen der Abgrenzung und Einordnung nicht zu stellen scheinen.

Was sich nun hinter dem überwachenden Beirat verbirgt, offenbart sich bei genauer Betrachtung als unklar und erfordert daher eine nähere Untersuchung. Denn, sofern er im Gesetz überhaupt eine Erwähnung findet, bleibt diese lediglich unspezifischer, peripherer oder mittelbarer Natur. Daher strebt vorliegende Arbeit die Lösung dieses grundlegenden Problems durch die Herausbildung und Bereitstellung einer Begriffsbestimmung des „überwachenden Beirats“ an.

Soweit ersichtlich, konzentrieren sich die monographischen, zumeist der GmbH gewidmeten Abhandlungen entweder allgemein auf die Beiräte<sup>5</sup> sowie Kontrollgremien<sup>6</sup> oder spezifisch den fakultativen Aufsichtsrat,<sup>7</sup> nicht aber – grundlegend – auf den Typus des überwachenden Beirats selbst,<sup>8</sup> es sei denn, dieser wurde zum Schutz der Anleger bei der Publikums-KG<sup>9</sup> eingerichtet, wodurch ebenfalls das damit einhergehende Sonderrecht zur Anwendung gelangt.

## I. Erste Forschungslücke: Einordnung und Abgrenzung fakultativer (GmbH-)Überwachungsorgane

Wegen der begrifflichen Unklarheiten bedarf insbesondere das Recht der GmbH einer Auseinandersetzung hinsichtlich des gegenseitigen Verhältnisses des fakultativen Aufsichtsrats und überwachenden Beirats.<sup>10</sup> Handelt es sich um unterschied-

---

<sup>5</sup> So etwa *de Blecourt*, Zusatzgremien; *R. Scheel*, Beirat; *Barsch*, Beiräte; *Onstein*, Beirat; *v. Mangoldt*, Beirat; *Henseler*, Beirat; *Klett*, Institutionalisierung durch Zusatzgremien; *Niewiarra*, Nichtgesellschafter im Beirat; *F. Fleischer*, Zusatzorgan; *Härer*, Beirat; *Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat; *Hofbauer*, Beirat; *Hölters*, Beirat; *Rohleder*, GmbH-Beiräte; *Voermann*, Beirat; *Mahnke*, Haftung von Beiräten; ferner auch *Huber*, Beirat; *Freysoldr*, Beirat in der Krise; *Iliou*, Corporate Governance; *Klaus*, Rolle des Beirats; *Westhoff*, Bankenvertreter.

<sup>6</sup> *J. Wagner*, Aufsichtsgremien.

<sup>7</sup> So etwa *Birkhold*, Gestaltungsfreiheit fakultativer Aufsichtsrat; ferner aus der älteren Literatur *Vogelsang*, Aufsichtsrat; *Halitzki*, Fakultativer Aufsichtsrat.

<sup>8</sup> Vgl. nunmehr mit rechtstatsächlicher Schwerpunktsetzung hinsichtlich der Pflichten, Haftung und ggf. Regelungsbedarf zu überwachenden GmbH-Beiräten, ohne diese, ausweislich der tatsächlich vorgefundenen Zuständigkeiten (insb. S. 153), hinreichend vom fakultativen Aufsichtsrat abzugrenzen: *Wellensiek*, Beirat.

<sup>9</sup> Dazu insbesondere *Grote*, Anlegerschutz; *Maulbetsch*, Beirat und Treuhand.

<sup>10</sup> Vgl. dagegen noch *Voermann*, Beirat, S. 21: „Da der Aufsichtsrat der GmbH auch einer statutarischen Einführung bedarf und da auf ihn die Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften nur subsidiär erfolgt, wäre es müßig, ohne von den in diesem Buch behandelten Beiräten abzutrennen [Hervorhebungen nachträglich eingefügt und im Original nicht vorhanden]“.

liche Gremien oder stellt sich das eine als besondere Ausprägung des anderen dar? Verlangen die jeweils freiwillig eingerichteten Kontrollorgane einer kategorischen Differenzierung und, sofern ein entsprechendes Bedürfnis besteht, nach welchen Kriterien ist diese vorzunehmen? Welche Folgen knüpfen an die jeweilige Zuordnung an und welche Konsequenzen resultieren aus einer fehlerhaften Einordnung des Kontrollorgans?

Die Beantwortung der vorbenannten, indes nicht abschließend aufgezählten, Fragen erfährt durch die Gesetzeslage eine zusätzliche Erschwernis. So eröffnet § 52 Abs. 1 letzter Hs. GmbHG, trotz der bereits grundlegend dominierenden Privatautonomie, den Verweis auf die aktienrechtlichen Vorschriften nochmals der Disposition der satzungsgebenden Gesellschafter, sodass die den Aufsichtsrat der AG betreffenden Normen nur Anwendung finden „soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist“. Die wiederholt betonte Gestaltungsfreiheit feuert ihrerseits die statuarische Individualisierung der freiwillig eingerichteten Kontrollorgane, wodurch sich sowohl die Anforderungen an die Genauigkeit als auch die Schwierigkeit ihrer Abgrenzung und Einordnung erhöhen. Die folgenden Beispiele sollen potentielle gestalterische Konfliktfelder aufzeigen und zugleich die Herausforderung einer ersten Einordnung veranschaulichen:

*Ausgangsfall:* Der Gesellschaftsvertrag sieht die Einrichtung eines als „Aufsichtsrat“ bezeichneten Gremiums vor und erklärt § 52 Abs. 1 GmbHG explizit für anwendbar.

*Variation 1:* Das Organ wird statuarisch als „(überwachender) Beirat“ bezeichnet.

*Variation 2:* Die Gesellschafter optieren gänzlich gegen die gesellschaftsvertragliche Einbeziehung von § 52 Abs. 1 GmbHG und sehen einen eigenständigen, allerdings weitgehend inhaltsgleichen, Katalog an Kontrollkompetenzen vor.<sup>11</sup>

*Variation 3:* Die Satzung bedingt die „Eigenschaft als Aufsichtsrat“ ab, erklärt allerdings § 52 GmbHG für weiterhin anwendbar.

*Variation 4:* Dem Organ obliegt die Überwachung des Geschäftsführers nur unter den Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit.

*Variation 5:* Das Organ ist zwar gem. § 111 Abs. 1 AktG zur Kontrolle der Geschäftsführer berufen, darüberhinausgehende Zuständigkeiten, wie etwa die Aufstellung und Ausübung von Zustimmungsvorbehaltungen (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG) oder Prüfung des Jahresabschlusses (§§ 170 f. AktG), wurden unter Beschränkung des Verweisumfangs des § 52 Abs. 1 GmbHG abbedungen.

*Variation 6:* Dem Organ werden extensive, über § 52 Abs. 1 GmbHG hinausgehende Zuständigkeiten zugewiesen, darunter auch ein Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer.

*Variation 7:* Dem Organ obliegt die Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion erst mit dem Tod des geschäftsführenden Seniorgesellschafters.

---

<sup>11</sup> In 27 % aller Fälle der rechtstatsächlich untersuchten Kontrollorgane auf freiwilliger Basis wurde die Verweisung des § 52 Abs. 1 GmbHG gänzlich abbedungen, dazu Lieder/Becker/Hoffmann, GmbHR 2021, 621 (627).