

**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
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

Einleitung	29
§ 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 I

Anforderungen des verbandsrechtlichen Organbegriffs – Notwendige Eingliederung des überwachenden Beirats	37
§ 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

	Fakultative Kontrollorgane im rechtsökonomischen Licht der Corporate Governance-Konflikte	56
§ 7	Aufsichtsbezogene Grundlagen und Problemfelder der <i>Corporate Governance</i> . . .	56
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
§ 8	<i>Corporate Governance</i> -Konflikte und ihre Lösung durch die Beiratsgestaltung in Abhängigkeit der realtypischen Verbandsstrukturierung	70
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 Gesell- schafter selbst	90
bb) Agentenkonflikt zwischen dem Gesellschafter-Geschäftsführer und passiven Gesellschaftern	90
cc) Modifikation der Informationsasymmetrien durch Kooperations- wille 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 Stimm- verhältnisse	101
c) Die Rolle der Anteilsfungibilität: Auswirkungen privater oder gar „geschlossener“ Gesellschaften	102
d) Gesetzliche Überwachungszuständigkeit als Konfliktherd	104
aa) Kosten der Überwachung – agency cost	104
bb) Mehrheitsgesellschafter zugleich Eigengeschäftsführer	105
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 Realtypus „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 personalis- tischen Realtypus?	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

Einordnung und Abgrenzung fakultativer Kontrollorgane	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 Personenhandelsge- sellschaften	150
a) Aufsichtsrat im Rechtssinn – Begriffsbeschränkung auf Kapital- gesellschaften	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 Rechts- vorschriften	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 Aus- gestaltungsfreiheit	164
II. Zwischenergebnis: Durch Interessenschutz bedingte Ausschließlichkeits- relation vermittelt Abgrenzungszwang	165
§ 11 <i>Modus Operandi</i> der Abgrenzung freiwillig eingerichteter GmbH-Kontrollorgane	166
I. Prolog: Historischer Rückblick auf die Rolle des (aktienrechtlichen) Auf- sichtsrats	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 vorgefundenem 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) Zirkelschlüssige 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 konfligierender 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 Strafnormen auf die Funktion des Aufsichtsrats	216
cc) Kompetenzielle Funktionseffektuiierung durch die Beteiligung an der Jahresabschlussprüfung	218
c) Universale tatbestandliche Anknüpfung an den Aufsichtsrat unabhängig seiner fakultativen oder obligatorischen Einrichtung – legislatorische Gleichbehandlung	219
d) Einordnung in die rechtliche Typenreihe „Aufsichtsrat“ und systematischer 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-Voraussetzungen	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 Qualifizierung	225
II. Konstitutiven Mindestanforderungen des Aufsichtsrats zugleich funktionsabhängige Demarkationslinie zwischen den fakultativen GmbH-Kontrollorganen	225
III. Realtypische Erscheinungsformen des überwachenden Beirats	226
IV. Folgen fehlerhafter Organabgrenzung und -einordnung	227
1. (Un-)Schädlichkeit der Falschbezeichnung und Wirksamkeit der Satzungsklausel	228
2. Falschbezeichnung als Eintragungshindernis und Prüfungskompetenz des Registergerichts	231
3. Ausschluss faktischer oder fehlerhafter Organe	232
4. Folgen fehlerhafter Anwendung der Publizitäts- und Transparenzvorschriften	233
a) (Zwangsweise) Sicherstellung der ordnungsgemäßen Erfüllung der gesetzlichen Publizitäts- und Transparenzpflichten	233
b) Rechtsscheintatbestände: „Scheinaufsichtsrat“, „Scheinvorsitzender“ und „Scheinmitglied“	234
c) Allgemeine zivilrechtliche (Haftungs-)Folgen	238
V. Zusammenfassung	238

Teil 4

**Die „funktionsabhängige Demarkationslinie“
zwischen den freiwilligen GmbH-Kontrollorganen –
Zugleich: Die Qualifikationsvoraussetzungen
des fakultativen Aufsichtsrats i.S.v. § 52 GmbHG**

240

§ 13 Konstitutive Mindestanforderungen und Strukturmerkmale des fakultativen Aufsichtsrats im Rechtssinne	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 – Legislativische 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. Funktionseffektuiierung – 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 Geschäftsführergeschäftsordnung (§ 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 – Amtsdauer – Periodizität (§ 102 AktG)	291
b) Persönlichen Voraussetzungen für und Inkompatibilitäten 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) Entsandte 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
§ 14 Fazit aus der funktionsabhängigen Demarkationslinie für die Begriffsbestimmung und Definition der fakultativen GmbH-Kontrollorgane	332
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>	
Die Organisationsfreiheit hinsichtlich des Organs	334
§ 15 Grundlagen der organisationsrechtlichen Einrichtung und Auflösung	334
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
§ 16 Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsschranken der Kompetenzübertragung	343
I. Rechtsformunabhängige Gestaltungsschranken der Verbände	343
1. Verbandssouveränität	343

a)	Dogmatischer Hintergrund und allgemeine Prämisse	344
b)	Verbandssouveränität und Kompetenzgefüge	345
c)	Verbandssouveränität 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
c)	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-konkur- 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

Die Organisationsfreiheit hinsichtlich der Mitgliedschaft	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 zivil- 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 In- kompatibilitäten	471
a) Grundsatz	471
b) Allgemeine Gleichbehandlung (AGG)	472

6. Folgen der Nichtbeachtung persönlicher Bestellungs Voraussetzungen . . .	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 Bestellsdauer – 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 statutarischen Dispenses	503
d) Wechselwirkung Bestellsdauer – 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 Rechtsge- schäftslehre	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) Rügeobliegenheit	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) Auskunft- 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 pflichtgemäßer (unternehmerischer) Ermessens- entscheidungen	586
aa) Unternehmerische Entscheidung	587
bb) Handeln auf Grundlage angemessener Informationen	588
cc) Handeln nur zum Wohl der Gesellschaft und Freiheit von sach- fremden 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 Haftungs- beschränkungen)	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
Schlussbewertung – Zusammenfassung wesentlicher Thesen	610
Literaturverzeichnis	621
Sachwortverzeichnis	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 Rechtspraxis¹ als auch der rechtswissenschaftlichen Forschung² 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,³ sie zeichnen sich ebenfalls durch die Zuweisung unterschiedlichster Funktionen und Zuständigkeiten aus.⁴ 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 zgedachte Rolle, ausgiebig.

Im Recht der GmbH erfuh 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, soweit 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

¹ 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).

² Hierzu zuletzt insbesondere *Birkhold*, Gestaltungsfreiheit fakultativer Aufsichtsrat; *de Blecourt*, Zusatzgremien.

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

⁴ Vgl. dazu nur *MüKoGmbHG/Spindler* § 52 Rn. 777 ff.; *MüKoHGB/Grunewald* § 161 Rn. 164 ff.; MHdB II/ *Mutter* § 8 Rn. 18 ff.; *Voormann*, 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 Beiräte⁵ sowie Kontrollgremien⁶ oder spezifisch den fakultativen Aufsichtsrat,⁷ nicht aber – grundlegend – auf den Typus des überwachenden Beirats selbst,⁸ es sei denn, dieser wurde zum Schutz der Anleger bei der Publikums-KG⁹ 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.¹⁰ Handelt es sich um unterschied-

⁵ 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; *Voormann*, Beirat; *Mahnke*, Haftung von Beiräten; ferner auch *Huber*, Beirat; *Freysoldr*, Beirat in der Krise; *Iliou*, Corporate Governance; *Klaus*, Rolle des Beirats; *Westhoff*, Bankenvertreter.

⁶ *J. Wagner*, Aufsichtsgremien.

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

⁸ 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.

⁹ Dazu insbesondere *Grote*, Anlegerschutz; *Maulbetsch*, Beirat und Treuhand.

¹⁰ Vgl. dagegen noch *Voormann*, Beirat, S. 21: „Da der Aufsichtsrat der GmbH auch einer statuarischen Einführung bedarf und da auf ihn die Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften nur subsidiär erfolgt, wäre es *mißig*, ohne von den in diesem Buch behandelten Beiräten abzugrenzen [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 befeuert 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 Beispielsfälle 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.¹¹

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 Zustimmungsvorbehalten (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG) oder Prüfung des Jahresabschlusses (§§ 170 f. AktG), wurden unter Beschränkung des Verweismangels 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.

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