

## Leseprobe zu



Scholz

## GmbHG, 10. Auflage

Kommentar zum GmbH-Gesetz

10. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2006-2009, Lexikonformat, gbd,

Band I: §§ 1- 34, 1940 Seiten, 2006, gbd. 149.00 € (inkl. MwSt.), lieferbar

Band II: §§ 35 - 52, 1342 Seiten, 2007, gbd. 149.00 € (inkl. MwSt.), lieferbar

Band III: §§ 53-85 erscheint im November 2009, gbd. 156.00 €, (inkl. MwSt.)

Gesamtabnahmeverpflichtung für alle drei Bände,

ISBN

978-3-504-32550-3

Bitte beachten Sie auch unsere neue Leseprobe aus Band III mit einem Nachtrag zu § 16 (ab S. 200) und der Kommentierung zu § 64. (ab S. 264 der Leseprobe)

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

[www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

## § 52 Aufsichtsrat

(1) 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, § 101 Abs. 1 Satz 1, § 103 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 105, 110 bis 114, 116 des Aktiengesetzes in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 des Aktiengesetzes, §§ 170, 171 des Aktiengesetzes entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.

(2) Werden die Mitglieder des Aufsichtsrats vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bestellt, gilt § 37 Abs. 4 Nr. 3 und 3a des Aktiengesetzes entsprechend. Die Geschäftsführer haben bei jeder Änderung in den Personen der Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats, aus welcher Name, Vorname, ausgeübter Beruf und Wohnort der Mitglieder ersichtlich ist, zum Handelsregister einzureichen; das Gericht hat nach § 10 des Handelsgesetzbuchs einen Hinweis darauf bekannt zu machen, dass die Liste zum Handelsregister eingereicht worden ist.

(3) Schadensersatzansprüche gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Obliegenheiten verjähren in fünf Jahren.

Abs. 1 geändert durch Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19. 12. 1985 (BGBl. I, 2355) und Bilanzrechtsreform-Gesetz vom 4. 12. 2004 (BGBl. I, 3166); Abs. 2 geändert durch Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz vom 25. 10. 1982 (BGBl. I, 1425); Abs. 2 Satz 2 geändert durch Justizkommunikationsgesetz vom 22. 3. 2005 (BGBl. I, 837); Abs. 2 geändert durch EHUG vom 10. 11. 2006 (BGBl. I, 2553).

### Inhaltsübersicht

<p><b>I. Der Aufsichtsrat der GmbH</b> . . . 1</p> <p>1. Der fakultative Aufsichtsrat</p> <p style="padding-left: 20px;">a) Einrichtung und Bezeichnung . . . . . 2</p> <p style="padding-left: 20px;">b) Rechtsstatsächliche Bedeutung . . . . . 5</p> <p style="padding-left: 20px;">c) Wegfall und Funktionsunfähigkeit . . . . . 12</p> <p>2. Der obligatorische Aufsichtsrat . . . . . 13</p> <p style="padding-left: 20px;">a) Der montanmitbestimmte Aufsichtsrat . . . . . 14</p> <p style="padding-left: 20px;">b) Der Aufsichtsrat nach dem MitbestG . . . . . 16</p> <p style="padding-left: 20px;">c) Der Aufsichtsrat nach DrittelbG</p> <p style="padding-left: 40px;">aa) Konzernfreie GmbH . . . . . 27</p> <p style="padding-left: 40px;">bb) Konzern . . . . . 36</p> <p style="padding-left: 20px;">d) Der Aufsichtsrat bei „Unternehmen von öffentlichem Interesse“ . . . . . 42</p>	<p>e) Der Aufsichtsrat nach sonstigen Vorschriften . . . . . 43</p> <p>f) Das Statusverfahren . . . . . 44</p> <p>g) Freiwillige Einführungen eines mitbestimmten Aufsichtsrats . . . . . 47</p> <p>3. Die organisationsrechtliche Stellung anderer Gremien (Beirat, Verwaltungsrat)</p> <p style="padding-left: 20px;">a) Die Fragestellung . . . . . 48</p> <p style="padding-left: 20px;">b) Der schuldrechtliche Beirat . . . . . 49</p> <p style="padding-left: 20px;">c) Originäre und zusätzliche Aufgaben des fakultativen Aufsichtsrats . . . . . 51</p> <p style="padding-left: 20px;">d) Sonstige statutarische Gremien (Beirat usw.) . . . . . 53</p> <p style="padding-left: 20px;">e) Pflichtaufsichtsrat und Beirat . . . . . 60</p> <p>4. Corporate Governance und rechtspolitische Überlegungen . . . . . 63</p> <p><b>II. Anwendbares Recht und Auslegung</b></p> <p>1. Gesetz und Satzung . . . . . 68</p>
--	---

2. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats . . . . .	75	aa) Fakultativer Aufsichtsrat und Aufsichtsrat nach DrittelbG . . . . .	165
<b>III. Die Stellung und die Aufgaben des Aufsichtsrats</b>		bb) Aufsichtsrat und MitbestG . . . . .	169
1. Der Aufsichtsrat als Innenorgan . . . . .	80	d) Geschäftsordnung für Geschäftsführer . . . . .	171
a) Die Überwachung		e) Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten? . . . . .	172
aa) Gegenstand der Überwachung . . . . .	87	2. Vertretung der Gesellschaft . . . . .	173
bb) Keine Überwachung der Gesellschafterversammlung . . . . .	88	a) Rechtsgeschäfte mit den Geschäftsführern bei fakultativem Aufsichtsrat . . . . .	174
cc) Zweck und Maßstäbe der Überwachung . . . . .	91	b) Rechtsgeschäfte mit den Geschäftsführern bei der mitbestimmten GmbH . . . . .	182
dd) Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung . . . . .	101	c) Hilfgeschäfte . . . . .	183
ee) Ermittlung des Sachverhalts, Berichtspflicht . . . . .	104	d) Genehmigung . . . . .	185
aaa) Informationsrecht und Berichtspflicht . . . . .	105	3. Die Aufgaben des Aufsichtsrats im Konzernunternehmen	
bbb) Einsichts- und Prüfungsrecht . . . . .	119	a) Der Aufsichtsrat in der herrschenden GmbH . . . . .	186
ccc) Informationsrecht gegenüber Gesellschaftern . . . . .	120	b) Der Aufsichtsrat in der beherrschten GmbH . . . . .	198
ddd) Sachverständige und Prüfungsaufträge . . . . .	122	c) Doppelmandate im Konzern . . . . .	201
ff) Beratung und Einwirkung auf die Geschäftsführer . . . . .	124	<b>IV. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats</b>	
gg) Einberufung und Unterrichtung der Gesellschafterversammlung . . . . .	126	1. Fakultativer Aufsichtsrat . . . . .	208
hh) Keine Information Dritter . . . . .	128	2. Obligatorischer Aufsichtsrat . . . . .	209
ii) Zustimmung zu unternehmensleitenden Maßnahmen (Zustimmungsvorbehalt)		<b>V. Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder</b>	
aaa) Anwendbarkeit des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG . . . . .	129	1. Der fakultative Aufsichtsrat	
bbb) Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter . . . . .	130	a) Bestellung und Annahme . . . . .	216
ccc) Einzelheiten . . . . .	132	b) Mitgliedschaftliches Entsendungsrecht . . . . .	219
jj) Jahresabschluss und Lagebericht . . . . .	149	c) Bestellung durch Nichtgesellschafter . . . . .	222
kk) Sachverständige zur Überwachung . . . . .	159	d) Ersatzmitglied . . . . .	227
b) Unternehmensleitung . . . . .	160	e) Ehrenmitglieder . . . . .	229
c) Bestellung, Anstellung und Kündigung von Geschäftsführern . . . . .	164	2. Der Aufsichtsrat nach DrittelbG . . . . .	230
		3. Der Aufsichtsrat nach MitbestG . . . . .	239
		4. Gerichtliche Ersatzbestellung . . . . .	241
		5. Fehlerhafte Bestellung . . . . .	243
		6. Die persönlichen Voraussetzungen für die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied	
		a) Der fakultative Aufsichtsrat	
		aa) Zwingende gesetzliche Wählbarkeitsvoraussetzungen . . . . .	253

bb) Vertragliche Wählbarkeitsvoraussetzungen . . . . .	265		
b) Der mitbestimmte Aufsichtsrat . . . . .	266		
c) Nachträglicher Wegfall von Wählbarkeitsvoraussetzungen . . . . .	272		
7. Aufsichtsrat und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) . . . . .	276		
<b>VI. Die Amtszeit und die Beendigung des Aufsichtsratsmandats</b>			
1. Der fakultative Aufsichtsrat . . . . .	277		
2. Der mitbestimmte Aufsichtsrat . . . . .	280		
3. Die Beendigung der Organstellung			
a) Beendigungsgründe . . . . .	287		
b) Abberufung			
aa) Der fakultative Aufsichtsrat . . . . .	289		
bb) Der mitbestimmte Aufsichtsrat . . . . .	293		
c) Amtsniederlegung . . . . .	300		
<b>VII. Der Vorsitzende im Aufsichtsrat</b>			
1. Wahl . . . . .	306		
2. Aufgaben . . . . .	314		
<b>VIII. Fremdnützige organschaftliche Rechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds</b>			
1. Die Organbefugnisse . . . . .	320		
2. Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit . . . . .	323		
3. Der Grundsatz der Unabhängigkeit . . . . .	327		
4. Der Grundsatz der Gleichbehandlung . . . . .	330		
5. Einzelne Befugnisse . . . . .	333		
a) Teilnahmerecht . . . . .	334		
b) Stimmrecht . . . . .	336		
c) Einberufung des Aufsichtsrats . . . . .	337		
d) Informationsrecht . . . . .	338		
e) Antragsrecht . . . . .	345		
f) Teilnahme an Sitzungen der Geschäftsführer und der Gesellschafter . . . . .	346		
6. Entsandte und abgeordnete Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	350		
		<b>IX. Eigennützige organschaftliche Rechte und schuldrechtliche Ansprüche des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds</b>	
		1. Organisationsrechtliche Regelung . . . . .	352
		2. Vergütung	
		a) Rechtsgrund . . . . .	356
		b) Angemessenheit . . . . .	362
		3. Aufwendungsersatz . . . . .	367
		4. Schuldrechtliche Verträge	
		a) Die Regel . . . . .	371
		b) Beratungsverträge . . . . .	376
		c) Arbeitnehmervertreter . . . . .	382
		d) Rechtsfolgen . . . . .	384
		<b>X. Innere Ordnung und Beschlussfassung</b>	
		1. Anwendbares Recht . . . . .	385
		2. Einberufung	
		a) Sitzungsfrequenz und Zeitpunkt . . . . .	388
		b) Ladung und Tagesordnung . . . . .	390
		3. Teilnehmer . . . . .	396
		4. Unterbrechung und Vertagung . . . . .	400
		a) Der fakultative Aufsichtsrat . . . . .	401
		b) Der mitbestimmte Aufsichtsrat . . . . .	402
		5. Beschlussfassung . . . . .	406
		a) Beschlussfähigkeit	
		aa) Der fakultative Aufsichtsrat . . . . .	407
		bb) Der Aufsichtsrat nach DrittelbG . . . . .	409
		cc) Der Aufsichtsrat nach MitbestG . . . . .	411
		b) Stimmberechtigung und Stimmrechtsausschluss . . . . .	413
		c) Stimmrechtsausschluss beim dreiköpfigen Aufsichtsrat . . . . .	424
		d) Stimmabgabe und Abstimmung	
		aa) Der fakultative Aufsichtsrat . . . . .	425
		bb) Der mitbestimmte Aufsichtsrat . . . . .	429
		e) Fehlerhafte Stimmerklärung . . . . .	430
		f) Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse . . . . .	432
		6. Sitzungsprotokoll . . . . .	441
		7. Ausschüsse	
		a) Einsetzung . . . . .	442
		b) Besetzung . . . . .	447

c) Aufgaben . . . . .	454	3. Die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber den Gesellschaftern . . . . .	534
d) Prüfungsausschuss und Abschlussprüfer . . . . .	457	4. Die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber Dritten . . . . .	539
<b>XI. Pflichten, Verantwortung und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder</b>		5. Haftung der Gesellschafter und der abordnenden Körperschaft? . . . . .	540
1. Keine Haftung des Aufsichtsrats . . . . .	461	6. Kommunale Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	544
2. Die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft		<b>XII. Haftung der Gesellschaft gegenüber Dritten . . . . .</b>	545
a) Haftung nur für schuldhafte Pflichtverletzung . . . . .	462	<b>XIII. Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats . . . . .</b>	547
b) Grundsatz der Gesamtverantwortung . . . . .	466	<b>XIV. Streitigkeiten</b>	
c) Die Tatbestandsvoraussetzungen . . . . .	471	1. Drittstreitigkeiten, Organmitgliedschaftsstreit und Interorganstreit . . . . .	550
aa) Verletzung der Überwachungspflichten . . . . .	472	2. Drittstreitigkeiten . . . . .	553
bb) Ermessensentscheidungen (Business Judgment Rule) . . . . .	477	3. Organmitgliedschaftsstreit . . . . .	555
cc) Verletzung der Mitwirkungspflichten . . . . .	493	a) Eigennützige Rechte, insbesondere Vergütung, Aufwendungsersatz . . . . .	556
dd) Verletzung der Loyalitätspflichten . . . . .	494	b) Fremdnützige organschaftliche Rechte . . . . .	557
aaa) Verschwiegenheitspflicht . . . . .	495	c) Geltendmachung von Beschlussmängeln . . . . .	560
bbb) Wettbewerbsverbot	505	4. Interorganstreit	
ccc) Persönliche Interessenverfolgung und Interessenkollision	509	a) Kein Interorganstreit im Namen des Organs . . . . .	561
ee) Sorgfaltsmaßstab . . . . .	515	b) Interorganstreit im Namen der Gesellschaft . . . . .	562
ff) Ursächlichkeit und Schaden . . . . .	518	c) Actio pro societate . . . . .	565
gg) Darlegungs- und Beweislast . . . . .	519	<b>XV. Texte</b>	
hh) Geltendmachung . . . . .	522	Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz . . . . .	566
d) Haftungsmilderung und Entlastung . . . . .	523		
e) Verjährung . . . . .	526		
f) Freistellung durch Dritte . . . . .	529		
g) Herausgabe von Sondervergütungen . . . . .	530		
h) Haftpflichtversicherung . . . . .	531		

**Schrifttum: Zum Aufsichtsrat allgemein:** *Altmeyen*, Die Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH, ZGR 1999, 291; *Altmeyen*, Arbeitnehmerbeteiligung im Personalausschuss des Aufsichtsrats, in: FS Brandner, 1996, S. 3; *Altmeyen*, Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, NJW 2003, 2561; *Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft ...*, Grundsätze ordnungsmäßiger Aufsichtsratsstätigkeit, DB 1995, 1; *Armbrüster*, Wettbewerbsverbote im Kapitalgesellschaftsrecht, ZIP 1997, 1269; *Baumann*, GmbH und Mitbestimmung, ZHR 142 (1978), 557; *Baums* (Hrsg.), Bericht der

Regierungskommission Corporate Governance, 2001; *Baums*, Der Aufsichtsrat – Aufgaben und Reformfragen, ZIP 1995, 11; *Bea/Scheurer*, Die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats, DB 1994, 2146; *Bea/Scheurer*, Die Kontrolle bei der GmbH, DB 1995, 1289; *Bea/Scheurer*, Institutionalisierung der Kontrolle bei der GmbH durch einen Beirat, DB 1996, 1193; *Bea/Thissen*, Institutionalisierung des Shareholder-Value-Konzepts bei der GmbH, DB 1997, 787; *Berrar*, Die zustimmungspflichtigen Geschäfte nach § 111 Abs. 4 AktG im Lichte der Corporate Governance-Diskussion, DB 2001, 2181; *Beuthien*, Mitbestimmungsvereinbarungen nach geltendem und künftigem Recht, ZHR 148 (1984), 95; *Biedenkopf/Säcker*, Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, 211; *Bleicher*, Der Aufsichtsrat im Wandel, 1987; *Bleicher/Paul*, Das amerikanische Board-Modell im Vergleich zur deutschen Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung, Die Betriebswirtschaft 1986, 263; *Bommert*, Probleme bei der Gestaltung der Rechtsstellung von Ersatzmitgliedern der Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat, AG 1986, 315; *Borgmann*, Der Organstreit in der Kapitalgesellschaft, 1996; *Bormann/Gucht*, Übermittlung des Prüfungsberichts an den Aufsichtsrat – ein Beitrag zu § 170 Abs. 3 Satz 2 AktG, BB 2003, 1887; *Brandi*, Ermittlungspflicht des Aufsichtsrats über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens „am Vorstand vorbei“, ZIP 2000, 173; v. *Braunbehrens*, Ehrenmitglied des Aufsichtsrats, BB 1981, 2100; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008; *Buth/Hermanns*, Unternehmenspolitische Erwägungen zum Beirat in der GmbH und der KG, DStR 1996, 597; *Claussen*, Abgestufte Überwachungspflicht des Aufsichtsrats?, AG 1984, 20; *Decher*, Loyalitätskonflikte des Repräsentanten der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat, ZIP 1990, 227; *Deckert*, Klagemöglichkeiten einzelner Aufsichtsratsmitglieder, AG 1994, 457; *Deckert*, Inkompatibilitäten und Interessenkonflikte, DZWIR 1996, 406; *Deckert*, Effektive Überwachung der AG-Geschäftsführung durch Ausschüsse des Aufsichtsrats, ZIP 1996, 985; *Deckert*, Organschäftliche und vertragliche Beratungspflichten des Aufsichtsratsmitglieds, AG 1997, 109; *Deckert*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, WiB 1997, 561; *Deckert*, Der Aufsichtsrat nach der Reform, NZG 1998, 710; *Deilmann*, Abgrenzung der Überwachungsbefugnisse von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat einer GmbH unter besonderer Berücksichtigung des mitbestimmten Aufsichtsrats, BB 2004, 2253; *Deilmann*, Fehlen eines Directors & Officers (D&O) Versicherung als Rücktrittsgrund für die Organmitglieder einer Aktiengesellschaft, NZG 2005, 54; *Dietrich*, Der neue § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG – Zustimmungsvorbehaltspflicht auch für unternehmerisches Unterlassen?, DStR 2003, 1577; *Dörner/Oser*, Erfüllen Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer ihre Aufgaben?, DB 1995, 1085; *Dreher*, Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder, in: FS Boujong, 1996, S. 71; *Dreher*, Das Ermessen des Aufsichtsrats, ZHR 158 (1995), 614; *Dreher*, Nochmals: Das unternehmerische Ermessen des Aufsichtsrats, ZIP 1995, 628; *Dreher*, Die Organisation des Aufsichtsrates, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 33; *Dreher*, Die Besteuerung der Prämienleistungen bei gesellschaftsfinanzierten Directors and Officers-Versicherungen, DB 2001, 996; *Dreher*, Der Abschluss von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001), 293; *Dreher*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften, JZ 1990, 896; *Dutzi*, Der Aufsichtsrat als Instrument der Corporate Governance, 2005; *Elsing/Schmidt*, Individuelle Informationsrechte von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, BB 2002, 1705; *Fischer*, Die Verantwortung des Aufsichtsrats bei Interessenkollisionen, in: In Memoriam K. Duden, 1982, S. 55; *Flore*, Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, BB 1993, 133; *Fonk*, Zustimmungsvorbehalte des AG-Aufsichtsrats, ZGR 2006, 841; *Forster*, Fragen der Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat, in: FS Kropff, 1997, S. 71; *Forster*, Aufsichtsrat und Abschlussprüfung, ZfB 1988, 789; *Frenk*, Praktische Gedanken zur Optimierung der Kontrollfunktion des Aufsichtsrates, AG 1995, 212; *Frost/Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601; *Funke*, Aktienrechtsreform 1997: Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, ZIP 1996, 1602; *Gaul*/

*Otto*, Auswirkungen des TransPuG auf das Verhältnis zwischen GmbH-Geschäftsführung und Aufsichtsrat, *GmbHR* 2003, 6; *Gehrlein*, Die Prospektverantwortlichkeit von Beirats- oder Aufsichtsratsmitgliedern als maßgeblichen Hintermännern, *BB* 1995, 1965; *Geißler*, Klagerechte des GmbH-Aufsichtsrats gegen die Geschäftsführung, *GmbHR* 1998, 1114; *Gernoth*, Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Hinblick auf das Risiko-Management und die daraus resultierenden Haftungsfolgen für den Aufsichtsrat, *DStR* 2001, 299; *Gerum*, Aufsichtsrats Typen – ein Beitrag zur Theorie der Organisation der Unternehmensführung, *DBW* 1991, 719; *Goerdeler*, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, *WPg* 1982, 33; *Goette*, Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters in die Protokolle des Aufsichtsrats bei mitbestimmter GmbH, *DStR* 1997, 832; *Goette*, Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: *FS 50 Jahre BGH*, 2000, S. 123; *Götz*, Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, *AG* 1995, 337; *Götz*, Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Haftbarmachung von Vorstandsmitgliedern, *NJW* 1997, 3275; *Götz*, Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, *ZGR* 1998, 524; *Götz*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, *ZGR* 1990, 633; *Götz*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz, *NZG* 2002, 599; *Graefe*, Außerordentliche Kündigung des Geschäftsführers durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, *GmbHR* 2005, 675; *Großfeld/Brondics*, Die Stellung des fakultativen Aufsichtsrats in der GmbH und GmbH & Co. KG, *AG* 1987, 293; *Haack*, Der Beirat der GmbH & Co. KG, *BB* 1993, 1607; *Härer*, Erscheinungsformen und Kompetenzen des Beirats in der GmbH, 1991; *Harder/Ruter*, Die Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH mit öffentlich-rechtlichem Anteilseigner – ihre Rechte und Pflichten, *GmbHR* 1995, 813; *Häuser*, Interessenkollisionen durch Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats in der unabhängigen Aktiengesellschaft, 1985; *Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH, 1989; *Hennerkes/Schiffer*, Ehrenvorsitzender oder Ehrenmitglied eines Aufsichtsrats – Ernennung und Kompetenzen, *DB* 1992, 875; *Henze*, Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft, *NJW* 1998, 3309; *Henze*, Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, *BB* 2000, 209; *Hofbauer*, Die Kompetenzen des (GmbH-)Beirats, 1996; *Hoffmann/Preu*, *Der Aufsichtsrat*, 5. Aufl. 2003; *Hoffmann-Becking*, *Der Aufsichtsrat im Konzern*, *ZHR* 159 (1995), 325; *Hofmann*, Der wichtige Grund für die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern, *BB* 1973, 1081; *Hommelhoff*, Die Geschäftsordnungsautonomie des Aufsichtsrats, *BFuP* 1977, 507; *Hommelhoff*, Die Autarkie des Aufsichtsrats – Besprechung der Entscheidung *BGHZ* 85, 293 „Hertie“, *ZGR* 1983, 551; *Hommelhoff*, Vereinbarte Mitbestimmung, *ZHR* 148 (1984), 118; *Hommelhoff*, Zur Kreditüberwachung im Aufsichtsrat, in: *FS Werner*, 1984, S. 315; *Hommelhoff*, Grundsätze ordnungsgemäßer Kontrolle der Beteiligungsverwaltung des Konzernvorstands durch den Konzernaufsichtsrat, *AG* 1995, 225; *Hommelhoff*, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern?, *ZGR* 1996, 144; *Hommelhoff*, Risikomanagement im GmbH-Recht, in: *FS Sandrock*, 2000, S. 373; *Hommelhoff/Mattheus*, Corporate Governance nach dem *KonTraG*, *AG* 1998, 249; *Horn*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, *ZIP* 1997, 1129; *v. Hoyningen-Huene/Powietzka*, Unterrichtung des Aufsichtsrats in der mitbestimmten GmbH, *BB* 2001, 529; *Huber*, *Der Beirat*, 2004; *Huber*, Beirat und Beiratsmitglied – praxisrelevante Aspekte für ihre Tätigkeit, *GmbHR* 2004, 772; *A. Hueck*, Zwei Probleme der Konzernmitbestimmung, in: *FS H. Westermann*, 1974, S. 241; *Immenga*, Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats, *ZGR* 1977, 249; *Jacklofsky*, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, 2001; *Jacobs*, Stufenverflechtung zwischen Aufsichtsrat einer Obergesellschaft und Beirat einer abhängigen GmbH, in: *FS Brandner*, 1996, S. 73; *Jaeger*, Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, *ZIP* 1994, 1759; *Jaeger*, Aufsichtsratsausschüsse ohne Arbeitnehmervertreter?, *ZIP* 1995, 1735; *Jäger*, Die Beratung des Vorstands als Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, *DStR* 1996, 671; *Jaeger/Trölitzsch*, Unternehmerisches Ermessen

des Aufsichtsrats bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern, ZIP 1995, 1157; *Jösler*, Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, Bern 1998; *Jüngst*, Der „Ehrevorsitzende“ in der Aktiengesellschaft, BB 1984, 1583; *Kallmeyer*, Nachwahlen von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, BB 1978, 1524; *Kallmeyer*, Pflichten des Vorstandes der Aktiengesellschaft zur Unternehmensplanung, ZGR 1993, 104; *Kallmeyer/Erkrath*, Die Gleichbehandlung der Mitglieder des Aufsichtsrats, DB 1982, 1309; *Kau/Kukat*, Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bei Pflichtverletzungen nach dem Aktiengesetz, BB 2000, 1045; *Keßler*, Die kommunale GmbH, GmbHR 2000, 71; *Kieschke*, Die Weisungsbindung der Gemeindevertreter in Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen, 2002; *Klett*, Die Institutionalisierung der GmbH und GmbH & Co. KG durch Zusatzgremien, 2000; *Köstler*, Amtsende des Aufsichtsrats nach formwechselnder Umwandlung einer GmbH in eine AG, BB 1993, 81; *Köstler*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates als Realisierung der Sorgfaltspflicht, WiB 1994, 714; *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl. 2006; *Krebs*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der AG, 2002; *Kreifels*, Der Aufsichtsrat – Organ der GmbH?, GmbHR 1956, 53; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981; *Kropff*, Informationsbeschaffungspflichten des Aufsichtsrats, in: FS Raiser, 2005, S. 226; *Kropff*, Zur Information des Aufsichtsrats über das interne Überwachungssystem, NZG 2003, 346; *Krummel/Küttner*, Dienst- und Werkverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern nach § 114 AktG, DB 1996, 193; *Kübler*, Aufsichtsratsmandate in konkurrierenden Unternehmen, in: FS Claussen, 1997, S. 239; *Lange*, Zustimmungsvorbehaltspflicht und Kataloghaftung des Aufsichtsrats nach neuem Recht, DStR 2003, 376; *Langenbacher/Blaum*, Audit Committees – Ein Weg zur Überwindung der Überwachungs-krise?, DB 1994, 2197; *Lenz*, Zustimmungsvorbehalte im Konzern, AG 1997, 448; *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, 2006; *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006; *Link*, Amtsniederlegung durch Gesellschaftsorgane, 2003; *Loges*, Lässt sich eine GmbH nach dem „Board-System“ organisieren?, ZIP 1997, 437; *Lowe*, Fehlerhaft gewählte Aufsichtsratsmitglieder, 1989; *Lüderitz*, Effizienz als Maßstab für die Größe des Aufsichtsrats, in: FS Steindorff, 1990, S. 113; *Lüderssen*, Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats, in: FS Lampe, 2003, S. 727; *Lutter*, Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen, BB 2007, 725; *Lutter*, Auswahlpflichten und Auswahlverschulden bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, ZIP 2003, 417; *Lutter*, Der Aufsichtsrat im Konzern, AG 2006, 517; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006; *Lutter*, Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, AG 1991, 249; *Lutter*, Mitbestimmung im Konzern, 1975; *Lutter*, Zur Wirkung von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf nahestehende Gesellschaften, in: FS R. Fischer, 1979, S. 419; *Lutter*, Zustimmungspflichtige Geschäfte im Konzern, in: Liber amicorum Happ, 2006, S. 143; *Lutter*, Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in: FS Canaris, Band II, 2007, S. 245; *Lutter*, Verhaltenspflichten von Organmitgliedern bei Interessenkonflikten, in: FS Priester, 2007, S. 417; *Lutter*, Bankenvertreter im Aufsichtsrat, ZHR 145 (1981), 224; *Lutter*, Zum Aufsichtsratspräsidium, ZGR 1985, 338; *Lutter*, Ehrenämter im Aktien- und Konzernrecht, ZIP 1984, 645; *Lutter*, Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, AG 1991, 249; *Lutter*, Der Aufsichtsrat: Konstruktionsfehler, Inkompetenz seiner Mitglieder oder normales Risiko?, AG 1994, 176; *Lutter*, Defizite für eine effiziente Aufsichtsrats-tätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, ZHR 159 (1995), 287; *Lutter*, Zum unternehmerischen Ermessen des Aufsichtsrats, ZIP 1995, 441; *Lutter*, Grundsätze ordnungsmäßiger Aufsichtsrats-tätigkeit, DB 1995, 1925; *Lutter*, Professionalisierung der Aufsichtsräte, NJW 1995, 1133; *Lutter*, Blockabstimmungen im Aktien- und GmbH-Recht, in: FS Odersky, 1996, S. 845; *Lutter/Kirschbaum*, Zum Wettbewerber im Aufsichtsrat, ZIP 2005, 103; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002; *Lutter/Krieger*, Hilfspersonen von Aufsichtsratsmitgliedern, DB 1995, 257; *Luttermann*, Unabhängige Bilanzexperten in Aufsichtsrat und Beirat, BB 2003, 745; *Martens*, Der



Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995), 325; *Martens*, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995), 567; *Matthießen*, Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989; *Meier*, Zulässigkeit geheimer Abstimmungen in GmbH-Aufsichtsräten, DStR 1996, 385; *Meier*, Zum Verhältnis zwischen der Informationspflicht der Geschäftsführung und der Überwachungspflicht des fakultativen Aufsichtsrates bei einer GmbH, DStR 1997, 1894; *Meier*, Probleme bei der freiwilligen zahlenmäßigen Erweiterung eines mitbestimmten Aufsichtsrats nach dem MitbestG 1976, NZG 2000, 190; *Meier*, Kann einer nicht im AR einer kommunalen Beteiligungsgesellschaft vertretenen Ratsfraktion ein AR-Mandat mit beratender Stimme eingeräumt werden?, NZG 2001, 1127; *Mertens*, Der Beirat der GmbH – besonders der mitbestimmten, in: FS Stimpel, 1986, S. 417; *Mertens*, Die Aktienrechtsreform 1997; Aufsichtsrat und Organhaftung, AG 1997, 70; *Möllers*, Professionalisierung des Aufsichtsrats, ZIP 1995, 1725; *Mohr*, Aufsichtsrat und Beirat in der GmbH, GmbH-StB 2001, 86; *Mülbert*, Die Stellung der Aufsichtsratsmitglieder, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 99; *Müller/Wolff*, Freiwilliger Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG und andere freiwillige Organe, NZG 2003, 751; *Müller/Wolff*, Verlagerung von Zuständigkeiten auf den Beirat der GmbH, GmbHR 2003, 810; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1994; *Nagel*, Unabhängigkeit der Kontrolle im Aufsichtsrat und Verwaltungsrat, NZG 2007, 166; *Neu*, Rechtsprobleme bei der Bestellung von Ersatzmitgliedern für die Anteilseigner im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, WM 1988, 481; *Niewiarra/Servatius*, Die gerichtliche Ersatzbestellung im Aufsichtsrat – Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda, in: FS Semler, 1993, S. 217; *Noack*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft, 2003; *Noack*, Pflichtbekanntmachungen bei der GmbH: Neue Regeln durch das Justizkommunikationsgesetz, DB 2005, 599; *Notthoff*, Vorzeitiges Ausscheiden von Aufsichtsratsmitgliedern durch Mandatsaufhebungsvereinbarung, WiB 1997, 848; *Oechsler*, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, AG 2006, 606; *Olbrich*, Bekanntmachungs- und Meldepflicht der Zusammensetzung des Aufsichtsrates, GmbHR 1963, 165; *Peltzer*, Beirat und familienfremdes Mandat in der Familiengesellschaft, in: FS Sigle, 2000, S. 93; *Peltzer*, Haftungsgeneigte Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, in: FS Semler, 1993, S. 261; *Peus*, Der Aufsichtsratsvorsitzende, 1983; *Peus*, Geheime Abstimmung im Aufsichtsrat und Stimmabgabe des Vorsitzenden, DStR 1996, 1656; *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl. 2003 (bearbeitet von *Theisen*); *Th. Raiser*, Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder?, ZGR 1978, 391; *Raiser*, Pflicht und Ermessen von Aufsichtsratsmitgliedern, NJW 1996, 552; *Raiser*, Geklärte und ungeklärte Fragen der Konzernmitbestimmung, in: FS Kropff, 1997, S. 243; *v. Rechenberg*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats für die Unternehmensplanung, BB 1990, 1356; *Reichert/Schlitt*, Konkurrenzverbot für Aufsichtsratsmitglieder, AG 1995, 241; *Rellermeyer*, Der Aufsichtsrat – Betrachtungen zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZGR 1993, 77; *Rellermeyer*, Ersatzmitglieder des Aufsichtsrates, ZGR 1987, 563; *Reuter*, Der Beirat der GmbH, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 631; *Reuter*, Die Konzerndimension des KonTraG und ihre Umsetzung in Konzernobergesellschaften, DB 1999, 2250; *Rieger/Sandmeier/Keese*, Firmenbeiräte mittelständischer Unternehmen, 2003; *Röllner*, Quo vadis Aufsichtsrat?, AG 1994, 333; *Rohleder*, Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte, 1991; *Roth*, Möglichkeiten vorstandsunabhängiger Information des Aufsichtsrats, AG 2004, 1; *Rowedder*, Das Recht des Aufsichtsrats in der beherrschten Gesellschaft, in: FS Duden, 1977, S. 501; *Rürup*, Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts durch Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, in: FS Budde, 1995, S. 543; *Säcker*, Die Rechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds, NJW 1979, 1521; *Säcker*, Zur Problematik von Mehrfachfunktionen im Konzern, ZHR 151 (1987), 59; *Säcker*, Behördenvertreter im Aufsichtsrat, in: FS Rebmann, 1989, S. 781; *Salzberger*, Die Berichterstattung des Aufsichtsrats, DB 1997, 105; *Schaefer/Missling*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1998, 441; *Scheffler*, Der Aufsichtsrat – nützlich oder überflüssig?, ZGR 1993, 63; *Scheffler*, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats im Konzern, DB 1994, 793; *Scheffler*,

Betriebswirtschaftliche Überlegungen zur Entwicklung von Grundsätzen ordnungsmäßiger Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat, AG 1995, 207; *Scheurer*, Die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats, DB 1994, 2145; *Schilling*, Die GmbH und der fakultative Aufsichtsrat, BB 1995, 109; *Schmidt-Aßmann/Ulmer*, Die Berichterstattung von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft nach § 394 AktG, BB 1988, Beil. 13; *Dieter Schneider*, Der Aufsichtsrat im Konkurs der Aktiengesellschaft, in: FS Oppenhoff, 1985, S. 349; *Uwe H. Schneider*, Das Verhältnis von obligatorischem Aufsichtsrat und Beirat bei der GmbH, BB 1973, 1464; *Uwe H. Schneider*, Stimmverbote im GmbH-Konzern, ZHR 150 (1986), 609; *Uwe H. Schneider*, Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft?, BB 1995, 365; *Uwe H. Schneider*, Das Informationsrecht des Aufsichtsratsmitglieds einer Holding AG, in: FS Kropff, 1997, S. 271; *Uwe H. Schneider/Nietsch*, Die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern, in: FS Westermann, 2008, S. 1447; *Schönbrod*, Die Organstellung von Vorstand und Aufsichtsrat in der Spartenorganisation, 1987; *Schulze-Osterloh*, Unternehmensüberwachung und Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat, ZIP 1998, 2129; *Schwegler*, Die Stellung des Wirtschaftsprüfers zu den Organen Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand, BB 1995, 1683; *Schwintowski*, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen, NJW 1995, 1316; *Semler*, Leitung und Überwachung der AG, 2. Aufl. 1996; *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl. 2004; *Semler*, Aufgaben und Funktionen des aktienrechtlichen Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise, AG 1983, 141; *Semler*, Doppelmandatsverbund im Konzern, in: FS Stiefel, 1987, S. 719; *Semler*, Stimmverbote im Zusammenhang mit § 32 MitbestG, in: FS Kropff, 1997, S. 301; *Semler*, Verpflichtungen der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat und Zahlungen der Gesellschaft an seine Mitglieder, in: FS Claussen, 1997, S. 381; *Semler*, Zustimmungsvorbehalte als Instrument der Überwachung durch den Aufsichtsrat, in: FS Doralt, 2004, S. 609; *Servatius*, Ordnungsmäßige Vorstandskontrolle und vorbereitende Personalauswahl durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, AG 1995, 223; *Sigle*, Beiräte, NZG 1998, 619; *Sihler*, Unternehmensüberwachung – Erfahrungen eines Aufsichtsratsvorsitzenden, WPg Sonderheft 2001, 11; *Simon*, Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrats in GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 1999, 257; *Singhof*, Die Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern, AG 1998, 318; *Söllner*, Informationsprozesse zwischen Abschlussprüfer und Aufsichtsrat in deutschen Aktiengesellschaften, 1988; *Spieker*, Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, 1960; *Spindler/Kepper*, Funktionen, rechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten des GmbH-Beirats, DStR 2005, 1738; *Steinbeck*, Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeit des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, 1992; *Steinmann/Klaus*, Zur Rolle des Aufsichtsrats als Kontrollorgan, AG 1987, 29; *Strieder/Graf*, Zusammenarbeit zwischen Abschlussprüfer und Aufsichtsrat, BB 1997, 1943; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, 53; *Teubner*, Der Beirat zwischen Verbandssouveränität und Mitbestimmung, ZGR 1986, 565; *Theisen*, Die Überwachung der Unternehmensführung, 1987; *Theisen*, Die Überwachungsberichtserstattung des Aufsichtsrats, BB 1988, 705; *Theisen*, Überwachungsfunktion und -aufgabe des Aufsichtsrats und seiner einzelnen Mitglieder, DB 1989, 311; *Theisen*, Information und Berichterstattung des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2007; *Theisen*, Grundsätze ordnungsmäßiger Kontrolle und Beratung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat, AG 1995, 193; *Thümmel*, Möglichkeiten und Grenzen der Kompetenzverlagerung auf Beiräte in der Personengesellschaft und in der GmbH, DB 1995, 2461; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 3. Aufl. 2003; *Thümmel*, Aufsichtsräte in der Pflicht – Die Aufsichtsratshaftung gewinnt Konturen, DB 1999, 885; *Thüsing*, Zur Frage der Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Ausweitung der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 bei der GmbH, in: FS Werner, 1985, S. 893; *Timm*, Die Mitwirkung des Aufsichtsrats bei unternehmensstrukturellen Entscheidungen, DB 1980, 1201; *Trescher*, Überwachungsberichte des Aufsichtsrats, DB 1989, 1981; *Tre-*

*scher*, Aufsichtsratshaftung zwischen Norm und Wirklichkeit, DB 1995, 661; *Trescher*, Strafrechtliche Aspekte der Berichterstattung des Aufsichtsrats, DB 1998, 1016; *Turner*, Zur Stellung des Aufsichtsrats im beherrschten Unternehmen, DB 1991, 583; *Ulmer*, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, NJW 1980, 1603; *Ulmer*, Stimmrechtsschranken für Aufsichtsratsmitglieder bei eigener Kandidatur zum Vorstand, NJW 1982, 2288; *Ulmer*, Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?, in: FS Werner, 1985, S. 911; *Ulmer*, Zur Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr benannten Aufsichtsratsmitglieds, in: FS Stimpel, 1986, S. 705; *van Venrooy*, Zwingende Zustimmungsvorbehalte der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung, GmbHR 2005, 1243; *Verhoeven*, Minderheitenschutz und Beirat in der GmbH, BB 1978, 335; *Vollmer/Maurer*, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder oder Abschlussprüfer aufgrund von Zusatzaufträgen, BB 1993, 591; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1990; *Wagner*, Aufsichtsratssitzung in Form der Videokonferenz, NZG 2002, 57; *Wais*, Gefahr von Interessenkollisionen bei gleichzeitiger Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes und eines Aufsichtsratsmandats, NJW 1982, 1263; *Wälzholz*, Vertretung der GmbH durch den Aufsichtsrat gegenüber früherem Geschäftsführer, DStR 2003, 1719; *Wälzholz*, Der Beirat im mittelständischen Unternehmen, DStR 2003, 511; *Wardenbach*, Interessenkonflikte und mangelnde Sachkunde als Bestellungshindernisse zum Aufsichtsrat der AG, 1995; *Wardenbach*, Niederlegung des Aufsichtsratsmandats bei Interessenkollisionen, AG 1999, 74; *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, 2000; *Weiler*, Das rechtliche Schicksal des GmbH-Aufsichtsrats nach Wegfall der Aufsichtsratspflicht, NZG 2004, 988; *v. Werder*, Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensleitung in der Arbeit des Aufsichtsrats, DB 1999, 2221; *W. Werner*, Aufsichtsratsstätigkeit von Bankenvertretern, ZHR 145 (1981), 252; *Wessing/Max*, Zur Rückfallkompetenz der Gesellschafterversammlung bei Funktionsunfähigkeit des Beirats, in: FS Werner, 1985, S. 975; *v. Westphalen*, Derivatивgeschäfte, Risikomanagement und Aufsichtsratshaftung, 2000; *Wiedemann*, Organverantwortung in der Aktiengesellschaft – Doppel- und Mehrfachorgane, ZIP 1997, 1565; *Wiedemann*, Beiratsverfassung in der GmbH, in: FS Lutter, 2000, S. 801; *Wilde*, Informationsrecht und Informationspflichten im Gefüge der Gesellschaftsorgane, ZGR 1998, 423; *Windbichler*, Zur Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle bei amerikanischen Großgesellschaften, ZGR 1985, 50; *Zimmer*, Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, NJW 1998, 3521.

**Zum mitbestimmten Aufsichtsrat:** *Ballerstedt*, Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, ZGR 1977, 133; *Baumann*, GmbH und Mitbestimmung, ZHR 142 (1978), 537; *Boewer/Gaul/Otto*, 2. Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat und seine Auswirkungen auf die GmbH, GmbHR 2004, 1065; *Buchner*, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – auch ein verfassungsrechtliches Problem, ZfA 2006, 597; *Derum/Steinmann/Fees*, Der mitbestimmte Aufsichtsrat, 1988; *Freis/Kleinefeld/Kleinsorge/Voigt*, Drittelbeteiligungsgesetz, 2004; *Girgensohn*, Die Mitwirkung des Aufsichtsrats bei unternehmenspolitisch relevanten Entscheidungen, DB 1980, 337; *Halm*, Notwendigkeit der Bildung des mitbestimmten Aufsichtsrats bei der GmbH vor Eintragung in das Handelsregister?, BB 2000, 1849; *Hanau/Wackerbarth*, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit, 2004; *Heinsius*, Die Amtszeit des Aufsichtsrats mitbestimmter Gesellschaften mit beschränkter Haftung und mitbestimmter Aktiengesellschaften bei formwechselnder Umwandlung, in: FS Stimpel, 1986, S. 571; *Henssler*, Die Unternehmensmitbestimmung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, FG Wissenschaft, Bd. II, 2000, S. 387; *Hoffmann/Neumann*, Die Mitbestimmung bei GmbH und GmbH & Co. KG nach dem MitbestG 1976, GmbHR 1976, 149, 183; *Hoffmann/Neumann*, Aktuelle Fragen des Mitbestimmungsgesetzes für GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 1978, 56; *Hommelhoff*, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 119; *Hommelhoff*, Mitbestimmung im Unternehmen, in: Lutter/Semler (Hrsg.), Rechtsgrundlagen freierwilliger

Unternehmenswirtschaft, 1991, S. 61; *Hucke/Prinz*, Das Drittelbeteiligungsgesetz löst das Betriebsverfassungsgesetz 1952 ab, BB 2004, 2633; *Immenga*, Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1977, 249; *Köstler*, Besetzung des Personalausschusses des Aufsichtsrats ohne Arbeitnehmervertreter?, BB 1985, 554; *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl. 2006; *Krüger*, Die Information des Aufsichtsrates über die Einwirkung der Anteilseigner auf die Führungsentscheidungen in einer mitbestimmten Kapitalgesellschaft, 1992; *Lehmann*, Zur Wahl von Ersatzmitgliedern zum Aufsichtsrat, DB 1983, 485; *Martens*, Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des MitbestG, AG 1976, 113; *Martens*, Organisationsprinzipien und Präsidialregelung des mitbestimmten Aufsichtsrats, DB 1980, 1381; *Martens*, Zum Verhältnis von Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht, ZHR 148 (1984), 183; *Mertens*, Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1977, 270; *Mertens*, Aufsichtsratsmandat und Arbeitskampf, AG 1977, 306; *Mertens*, Zur Gültigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, 141; *Mertens*, Verfahrensfragen bei Personalentscheidungen des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1983, 189; *Oetker*, Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZGR 2000, 19; *Overlack*, Der Einfluss der Gesellschafter auf die Geschäftsführung in der mitbestimmten GmbH, ZHR 141 (1977), 125; *Paefgen*, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982; *Reuter*, Der Einfluss der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht, AcP 179 (1979), 509; *Reuter/König*, Mitbestimmung und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit, ZHR 140 (1976), 494; *Säcker*, Die Anpassung des Gesellschaftsvertrags der GmbH an das MitbestG, DB 1977, 1845; *Uwe H. Schneider*, GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 335; *Seibt*, Drittelbeteiligungsgesetz und Fortsetzung der Reform des Unternehmensmitbestimmungsrechts, NZA 2004, 767; *Seibt*, Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen: Rechtliche Grundlagen und Praxishinweise, AG 2005, 413; *Sieg/Siebels*, Arbeitnehmer im Aufsichtsrat – Vereinfachung des Wahlverfahrens, NZA 2002, 697; *Stein*, Der gesetzliche Vertreter eines abhängigen Unternehmens als leitender Angestellter im Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft, GmbHR 1983, 49; *Stricker*, Unternehmensmitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1988; *Stück*, Aktuelle Rechtsfragen der Aufsichtsratswahl nach dem MitbestG 1976, DB 2004, 2582; *Thau*, Mängel der Aufsichtsratswahlen nach dem MitbestG, 1983; *Theisen*, Die Aufgabenverteilung in der mitbestimmten GmbH, 1980; *Theisen*, Weisungsrecht gegen Zustimmungsvorbehalt in der mitbestimmten GmbH, BB 1980, 1243; *Trouet*, GmbH-Aufsichtsrat und Mitbestimmung, DB 1982, 29; *Ulmer*, Der Einfluss des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH, 1979; *Ulmer*, Zur Berechnung der für die Anwendung des MitbestG auf Kapitalgesellschaften maßgebenden Arbeitnehmerzahl, in: FS Heinsius, 1991, S. 855; *Vollmer*, Die Rechts- und Pflichtenstellung der „Vertreter der Gewerkschaften“ in den Aufsichtsräten mitbestimmter Großunternehmen, BB 1977, 818; *Vollmer*, Die mitbestimmte GmbH, ZGR 1979, 135; *Wank*, Weitere Stellvertreter des Aufsichtsratsvorsitzenden in der mitbestimmten Aktiengesellschaft, AG 1980, 148; *Wank*, Der Kompetenzkonflikt zwischen Gesellschaftern und Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH, GmbHR 1980, 121; *Wank*, Die Aufgabenverteilung in der mitbestimmten GmbH, GmbHR 1982, 84; *H. P. Westermann*, Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, ZGR 1977, 236; *Windbichler*, Grenzen der Mitbestimmung in einer marktwirtschaftlichen Ordnung, ZfA 1991, 35; *Wißmann*, Neues Gesetz zur Sicherung der Montanmitbestimmung, DB 1989, 426; *Wlotzke*, Zusammensetzung und Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmervertreter, ZGR 1977, 335; *Zöllner*, GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 319; *Zöllner*, Das Teilnahmerecht der Aufsichtsratsmitglieder an Beschlussfassungen der Gesellschafter in der mitbestimmten GmbH, in: FS R. Fischer, 1979, S. 905.

S. auch die Schrifttumshinweise vor Rdnr. 186, 352, 385, 461, 495, 550.

## I. Der Aufsichtsrat der GmbH

Die GmbH braucht nach der gesetzlichen Regel keinen Aufsichtsrat einzurichten. Die Gesellschafter haben aber die Möglichkeit, in der Satzung einen **fakultativen Aufsichtsrat** vorzusehen. Das gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Vielmehr hat das Gesetz in einer Reihe von rechtstatsächlich bedeutsamen Fällen einen **obligatorischen Aufsichtsrat** (Pflicht-Aufsichtsrat) vorgeschrieben. Dabei bestehen erhebliche Unterschiede in der Ausgestaltung, in der Stellung und in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, in den ihm übertragenen Aufgaben und in den Rechten und Pflichten seiner Mitglieder. 1

### 1. Der fakultative Aufsichtsrat

#### a) Einrichtung und Bezeichnung

Soweit nicht gesetzliche Bestimmungen die Bildung vorschreiben (s. Rdnr. 2 13 ff.), ist die **Einrichtung** eines Aufsichtsrats allein vom Willen der Gesellschafter abhängig. Erforderlich ist eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, die die Einrichtung vorsieht.

Auch jede Änderung der Stellung des Aufsichtsrats, die Übertragung anderer als der gesetzlichen Aufgaben, die Art und Weise der Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrats usw. (**Gebot der Grundzuständigkeit**)<sup>1</sup> kann nur in der Satzung geregelt werden<sup>2</sup>. Für die Gestaltungsfreiheit ergeben sich zwei Grenzen. Zum einen sind bestimmte Zuständigkeiten nicht übertragbar (s. Rdnr. 51 ff., 160 ff.). Zum anderen können Gremien zwar eingerichtet werden, die aber kein Aufsichtsrat i.S.v. § 52 sind. Kein organisationsrechtlicher Aufsichtsrat i.S.v. § 52 ist ein Gremium, dem keine Überwachungsaufgaben zugewiesen sind. Kein Aufsichtsrat als Organ der Gesellschaft sind ferner Gremien, die nur Einzelinteressen, z.B. das Interesse eines Familienstamms, nicht aber das Interesse der Gesellschaft wahrnehmen sollen<sup>3</sup>. Und kein organisationsrechtlicher Aufsichtsrat ist das nur auf schuldrechtlicher Grundlage eingerichtete Beratungs- und Überwachungsgremium (s. Rdnr. 49). § 52 ist in diesen Fällen nicht anwendbar<sup>4</sup>. 3

Die **Bezeichnung** als „Aufsichtsrat“ ist nicht zwingend. In der Praxis finden sich vielfach auch andere Begriffe, wie etwa „Verwaltungsrat“, „Beirat“ oder „Gesellschafterausschuss“. 4

#### b) Rechtstatsächliche Bedeutung

In der Praxis haben besondere Gremien, die neben der Gesellschafterversammlung und den Geschäftsführern gebildet und die nicht notwendig als „Auf- 5

1 *Wiedemann*, in: FS Lutter, 2000, S. 801, 812.

2 Formulierungsvorschläge bei *Wälzholz*, DStR 2003, 511.

3 *Wiedemann*, in: FS Lutter, 2000, S. 801, 807; a.A. *Weber*, Privatautonomie und Außenfluss im Gesellschaftsrecht, 2000, S. 159.

4 *Müller/Wolff*, NZG 2003, 810; s. auch *Huber*, GmbHR 2004, 773; *Peltzer*, in: FS Sigle, 2000, S. 93; s. auch Rdnr. 52, 160 ff.

sichtsrat“, sondern auch als „Beirat“, „Gesellschafterausschuss“, „Verwaltungsrat“ usw. bezeichnet werden, bei größeren Gesellschaften erhebliche Bedeutung. Nur bei einem Teil dieser Gremien handelt es sich aber um einen „Aufsichtsrat“ i.S.v. § 52.

- 6 Die **Gründe** für die Einführung dieser Gremien, ihre rechtliche Grundlage und ihre Funktion sind vielfältig<sup>1</sup>. Sie dienen teilweise nur der Beratung („**beratender Beirat**“), teilweise sind ihnen neben der Überwachung der Geschäftsführer („**überwachender Beirat**“) selbständige Geschäftsführungsaufgaben, ja sogar weitreichende Steuerungsfunktionen<sup>2</sup> („**unternehmensleitender Beirat**“)<sup>3</sup>, aber auch Aufgaben, die originär der Gesellschafterversammlung zustehen, und streitschlichtende Funktionen („**streitschlichtender Beirat**“)<sup>4</sup> übertragen. Das Gremium kann nach Art des amerikanischen Board-Systems Führungsinstrument sein<sup>5</sup>, der Nachfolgeregelung dienen, es kann ein Organ sein, das sich aus Anlagegesellschaftern („**Anleger-Beirat**“)<sup>6</sup> oder aus Gläubigern („**Gläubiger-Beirat**“) zusammensetzt. Er kann auch die freiwillige Beteiligung der Arbeitnehmer an der unternehmensinternen Willensbildung bezwecken.
- 7 Teilweise werden gezielt Geschäftspartner, in der Forschung tätige Personen, Rechtsberater usw. aufgenommen. Das Gremium soll dann nur werben und beraten („**beratender Beirat**“). In der Familien-GmbH mit mehreren Familienstämmen kann in dem Gremium jeweils ein Vertreter eines Familienstammes aufgenommen sein („**Familien-Beirat**“)<sup>7</sup>. Die Aufgabe eines solchen „**Gesellschafterausschusses**“ ist es, die einheitliche Willensbildung unter den Gesellschaftern zu fördern und zwischen dem jeweiligen Zusammentreten der Gesellschafterversammlung die Gesellschafter zu repräsentieren<sup>8</sup>.
- 8 Beim Generationenwechsel soll das Gremium dem Gründungsgesellschafter, der sich aus dem Tagesgeschäft zurückgezogen hat, maßgeblichen Einfluss sichern. Bei vorzeitigem Ableben des Gesellschafter-Geschäftsführers kann es die Aufgabe haben, die Führungslücke zu schließen, den künftigen Geschäftsführer

1 S. dazu auch *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 6 ff.; *Rohleder*, Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte, 1991; *Härer*, Erscheinungsformen und Kompetenzen des Beirats in der GmbH, 1991; *Ruter/Thümmel*, Beiräte in mittelständischen Familienunternehmen, 1994; *Hofbauer*, Die Kompetenzen des (GmbH-)Beirats, 1996; *Rieger/Sandmeier/Keese*, Firmenbeiräte mittelständischer Unternehmen, 2003; *Uwe H. Schneider*, BB 1973, 1465; *Hinterhuber/Minrath*, BB 1991, 1201; *Reuter*, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 631; *Thümmel*, DB 1995, 2461; *Buth/Hermanns*, DStR 1996, 597; *Bea/Scheurer/Gutwein*, DB 1996, 1193; *Bea/Thissen*, DB 1997, 787; *Müller/Wolff*, NZG 2003, 751.

2 *Hennerkes/Binz/May*, DB 1987, 469.

3 *Loges*, ZIP 1997, 437, 440.

4 BGHZ 43, 261: Schiedsgericht; s. ferner: *Hinterhuber/Minrath*, BB 1991, 1201; Beratungshinweise bei *Mohr*, GmbH-StB 2001, 87; zur Abgrenzung: OLG München, GmbHR 2006, 1269, 1270.

5 *Loges*, ZIP 1997, 437; s. auch Rdnr. 161.

6 *Uwe H. Schneider*, DB 1973, 953.

7 *Peltzer*, in: FS Sigle, 2000, S. 93.

8 Vgl. dazu BGH, WM 1983, 557 (Kommanditistenausschuss); *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 45 Rdnr. 17; *Sigle*, NZG 1998, 619.

auszuwählen und den letzten Willen des verstorbenen Gesellschafters durchzusetzen. Bei der **GmbH & Co. KG**, bei der nicht alle Gesellschafter der Personengesellschaft auch an der GmbH beteiligt sind, kann das Gremium die Aufgabe haben, den Einfluss der Gesellschafter der KG auf die Willensbildung der GmbH zu ermöglichen („**koordinierender Beirat**“)<sup>1</sup>.

Im GmbH-Konzern kann der Aufsichtsrat zum faktischen **Konzernleitungsorgan** ausgebildet werden. Ist die GmbH herrschendes Unternehmen im Konzern, so können in dem Beirat auch Minderheitsgesellschafter des herrschenden Unternehmens oder der Tochtergesellschaft aufgenommen sein („**Konzern-Beirat**“). Ist die GmbH beherrschtes Konzernunternehmen, so können Organmitglieder der Obergesellschaft, leitende Angestellte der Obergesellschaft und Gesellschafter des herrschenden Unternehmens zu Mitgliedern eines Beirats des beherrschten Unternehmens bestellt werden und durch die personelle Verflechtung für eine einheitliche Leitung sorgen<sup>2</sup>. Das Entsprechende gilt für Gemeinschaftsunternehmen.

In Gesellschaften mit gemeinnütziger Zielsetzung („**Nonprofit-GmbH**“) soll der Beirat die Verfolgung der besonderen Ziele sicherstellen.

Bei kommunalen Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH soll der fakultative Aufsichtsrat die Zielerreichungskontrolle durch die Kommune und ihre Organe gewährleisten<sup>3</sup>. Bei einem solchen „**Beirat/Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH**“ stellen sich eine Reihe von besonderen Fragen, insbesondere ob eine rechtliche Bindung der Aufsichtsratsmitglieder an Beschlüsse der Gemeindevertretung oder Gemeindeverwaltung zulässig ist (s. Rdnr. 328) und ob einerseits Informationen aus der Gesellschaft umfassend an die Entsendungskörperschaft weitergegeben werden können und wie andererseits die Informationsweitergabe im Interesse der Kommune gesichert werden kann (s. Rdnr. 338, 495).

### c) Wegfall und Funktionsunfähigkeit

Ist in der Satzung die Einrichtung eines Aufsichtsrats vorgesehen, so entfällt er erst wieder nach einer Änderung der Satzung<sup>4</sup>. Das Ausscheiden aller Mitglieder, die längere Zeit während Nichtbesetzung oder eine länger andauernde Untätigkeit des Aufsichtsrats begründen seinen Wegfall nicht<sup>5</sup>.

1 Wiedemann, in: FS Schilling, 1973, S. 105; Hopt, ZGR 1979, 1, 7.

2 Vgl. etwa BFH, BB 1981, 1319; Jacobs, in: FS Brandner, 1996, S. 73; Simon, GmbHR 1999, 257, 265; s. ferner: Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325; Martens, ZHR 159 (1995), 567; Uwe H. Schneider, in: FS Raiser, 2005, S. 341, 343; zum Problem der Inkompatibilität s. Rdnr. 201, 253 ff.

3 Harder/Ruter, GmbHR 1995, 813; Schilling, BB 1995, 109; Schwintowski, NJW 1995, 1316; Priester, GmbHR 1999, 149, 152 (Nonprofit-GmbH); Kefßler, GmbHR 2000, 71, 75; Meier, NZG 2000, 190.

4 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 29; Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 53 Rdnr. 29; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 26.

5 BGH, GmbHR 1984, 72.

Ist der Aufsichtsrat funktionsunfähig, etwa weil er nicht entsprechend besetzt und damit nicht beschlussfähig ist, so ist, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart, die Gesellschafterversammlung berechtigt, anstelle des satzungsmäßig zuständigen Aufsichtsrats tätig zu werden<sup>1</sup>. Diese Zuständigkeit bezieht sich nicht nur auf unerlässliche und eilbedürftige Entscheidungen, sondern auf alle Angelegenheiten<sup>2</sup>.

## 2. Der obligatorische Aufsichtsrat

- 13 Unter bestimmten Voraussetzungen muss eine GmbH einen Aufsichtsrat (obligatorischer Aufsichtsrat) bilden. Anwendung finden dann nicht § 52, sondern die jeweiligen gesetzlichen Regelungen, die die Einrichtung des Aufsichtsrats vorschreiben<sup>3</sup>.

Vor der Eintragung ist die GmbH nicht entstanden. Die **Vor-GmbH**, also die GmbH im Gründungsstadium, ist nicht mitbestimmungspflichtig. Sie braucht noch keinen mitbestimmten Aufsichtsrat zu bilden<sup>4</sup>.

### a) Der montanmitbestimmte Aufsichtsrat

- 14 Betreibt eine GmbH ein Unternehmen i.S. des § 1 MontanMitbestG<sup>5</sup>, beschäftigt sie in der Regel mehr als 1000 Arbeitnehmer oder handelt es sich um eine Einheitsgesellschaft, so ist nach Maßgabe des Montanmitbestimmungsgesetzes ein Aufsichtsrat zu bilden, § 3 MontanMitbestG. Dies gilt auch für die Gesellschaften mit Sitz in den Neuen Bundesländern. Insoweit ist § 1 Abs. 1 MontanMitbestG aber geändert (BGBl. II 1990, 889, 1022). Das MitbestG ist auf diese Gesellschaften nicht anzuwenden, § 1 Abs. 2 MitbestG.
- 15 Das MontanMitbestErgG erfasst darüber hinaus die Montankonzerne. Montanmitbestimmt ist hiernach auch eine GmbH, die ein Montanunternehmen beherrscht, wenn bei dem herrschenden Unternehmen die Voraussetzungen der Montanmitbestimmung zwar nicht gegeben sind, der Unternehmenszweck des Konzerns aber durch abhängige Unternehmen und durch Konzernunternehmen gekennzeichnet wird, die ihrerseits in den Anwendungsbereich des MontanMitbestG fallen. Der Unternehmenszweck wird entsprechend gekennzeichnet, wenn die Konzernunternehmen und die abhängigen Unternehmen insgesamt „(1.) mindestens ein Fünftel der Umsätze sämtlicher Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen erzielen, jeweils vermindert um die in den Umsätzen

1 BGHZ 12, 337, 340.

2 So aber *Wessing/Max*, in: FS Werner, 1985, S. 975: zusätzlich Dreiviertelmehrheit erforderlich.

3 Kritisch *Zöllner*, AG 1994, 338; *Bernhardt*, ZHR 159 (1995), 317; *Kübler*, in: FS Döser, 1999, S. 237.

4 BayObLG, NZG 2000, 932; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 17; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 1; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 913; *Halm*, BB 2000, 1849; a.A. *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 23.

5 S. dazu OLG Düsseldorf, WM 1988, 1696; *Oetker*, in: ErfKomm., 7. Aufl. 2007, § 1 MontanMitbestG Rdnr. 4 ff.



enthaltenen Kosten für fremdbezogene Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe und für Fremdleistungen, oder (2.) in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen“, § 3 MontanMitbestErgG<sup>1</sup>.

Im Bereich der Montanmitbestimmung gab es 2001 weniger als 10 GmbHs<sup>2</sup>. Angesichts der geringen Zahl von montanmitbestimmten GmbHs wird insoweit von einer Kommentierung abgesehen.

#### b) Der Aufsichtsrat nach dem MitbestG

aa) Liegen die vorgenannten Voraussetzungen nicht vor, beschäftigt eine GmbH **in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer**, so hat sie nach dem MitbestG einen Aufsichtsrat einzurichten<sup>3</sup>. Wer Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes ist, definiert § 3 MitbestG. Ausgenommen sind bestimmte Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften sowie ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen, § 1 Abs. 4 MitbestG. 16

Durch § 4 und § 5 MitbestG wird darüber hinaus für die GmbH & Co. KG und die GmbH als herrschendes Unternehmen im Konzern nicht nur der Anwendungsbereich, sondern der gesamte Geltungsbereich des Gesetzes erweitert. Ist die GmbH **persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft** und hat die Mehrheit der Kommanditisten dieser Kommanditgesellschaft die Mehrheit der Anteile oder der Stimmen bei der GmbH, so gelten bei der Anwendung des MitbestG auf die GmbH die Arbeitnehmer der KG als Arbeitnehmer der GmbH. Das gilt jedoch nicht, wenn die GmbH einen eigenen Geschäftsbetrieb mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern hat, § 4 MitbestG. 17

Ist die GmbH **herrschendes Unternehmen im Konzern**, so gelten für die Anwendung des MitbestG auf die GmbH die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer der GmbH, § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG. Das hat zur Folge, 18

- dass das herrschende Unternehmen auch dann in die Mitbestimmung nach diesem Gesetz geführt wird, wenn zwar nicht das herrschende Unternehmen, aber die Konzernunternehmen insgesamt mehr als 2000 Arbeitnehmer haben<sup>4</sup>;
- dass die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder beim herrschenden Unternehmen sich nach der Zahl der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen richtet, § 7 MitbestG;
- dass die Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen an der Wahl der Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens mitwirken.

1 Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit der „Fortgeltungsgesetze“: BVerfG, AG 1999, 220; allgemein: *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 28 Rdnr. 35 ff.

2 Mitbestimmung 4/2002, S. 75. Neuere Zahlen liegen nicht vor.

3 Nach Auskunft von *Roland Köstler* (Hans-Böckler-Stiftung) gab es zum 31. 12. 2006 319 Aktiengesellschaften und 352 GmbHs im Anwendungsbereich des MitbestG.

4 OLG Stuttgart, DB 1989, 1128 = BB 1989, 1005: Mitbestimmung nach MitbestG, auch wenn herrschende GmbH ohne Arbeitnehmer aufgrund von Zurechnung.

- Ergänzt wird die allgemeine Zurechnungsvorschrift in § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG durch Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2:
  - Ist eine Kapitalgesellschaft & Co. KG abhängiges Unternehmen, so werden Arbeitnehmer des Komplementärs dem herrschenden Unternehmen auch zugerechnet, wenn beherrschtes Unternehmen nur die KG ist.
  - Ist die KG herrschendes Unternehmen, so werden ergänzend zu § 4 MitbestG auch die Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens dem Komplementär zugerechnet.
- 19 § 5 MitbestG enthält in seinem Abs. 3 ferner eine **Teilkonzernregelung**. Ist herrschendes Unternehmen etwa eine Personengesellschaft oder eine ausländische Gesellschaft, so fällt es nicht unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG. § 5 Abs. 3 MitbestG sieht für diesen Fall vor, dass die Arbeitnehmer beherrschter Gesellschaften dem der Konzernleitung am nächsten stehenden mitbestimmungsfähigen Unternehmen (Teilkonzernspitze) zugerechnet werden. Ob die Zwischenholding nur unter der Voraussetzung in die Mitbestimmung geführt wird, dass sie selbst Leitungsfunktionen ausübt<sup>1</sup> oder ob insoweit ein Halten und Verwalten von Beteiligungen ausreicht, sofern nur ein Mindestmaß an Leitungsmöglichkeit besteht, ist streitig<sup>2</sup>.
- 20 Weitere Einzelheiten zum Aufgreifattbestand s. in den einschlägigen Kommentaren zum MitbestG<sup>3</sup>.
- 21 **bb)** Das MitbestG hat nicht nur einen obligatorischen Aufsichtsrat für die GmbH eingeführt und die Aufnahme von Arbeitnehmervertretern vorgesehen, sondern auch die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter eingeschränkt. Das Ziel des Gesetzes war eine Neugestaltung der **Legitimation** des Managements, die **Integration** der Arbeitnehmer und die **Kooperation**. Während bei der mitbestimmungsfreien GmbH die Gesellschafter bei der Ausgestaltung der inneren Satzung weitgehend frei sind, ist bei der Ausgestaltung der inneren Ordnung der GmbH im Anwendungsbereich des MitbestG die **Gestaltungsfreiheit** durch die Vorschriften des MitbestG und durch die weitergehende Verweisung in § 25 MitbestG auf die Vorschriften des Aktiengesetzes erheblich eingeschränkt.
- 22 Hiervon abgesehen ändert das MitbestG die Struktur der GmbH nicht<sup>4</sup>. Auch bei der mitbestimmten GmbH ist die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung nach § 46 Nr. 6 im Verhältnis zur Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats vorrangig. Bedeutung hat dies insbesondere für die Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats (s. Rdnr. 129 ff.) und für das Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber

1 So LG Stuttgart, BB 1993, 1541.

2 S. näher *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rdnr. 70; Überblick über die Rspr.: *Theisen*, AG 1998, 157.

3 Zur Entwicklung der Rechtsprechung: *Theisen*, BB 1981, 1958; *Theisen*, AG 1987, 137; *Theisen*, AG 1993, 49; *Theisen*, AG 1998, 153; *Oetker*, ZGR 2000, 19; *Stück*, DB 2004, 2582; zu Einzelfragen: *Ulmer*, in FS Heinsius, 1991, S. 855.

4 BGHZ 135, 48 = *GmbHR* 1997, 705, 707; *Zöllner*, ZGR 1977, 319; *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 914.

den Geschäftsführern, das auch in der mitbestimmten GmbH fortbesteht (s. § 37 Rdnr. 41). Der mitbestimmte Aufsichtsrat ist somit in die hierarchische Verfassung der GmbH eingebunden.

Die **Zusammensetzung des Aufsichtsrats** unterscheidet sich sowohl von der Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach MontanMitbestG und MontanMitbestErgG als auch von der Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach DrittelbG. Der Aufsichtsrat besteht je zur Hälfte aus Vertretern der Gesellschafter und aus Vertretern der Arbeitnehmer. Dabei sind die leitenden Angestellten besonders berücksichtigt. Wesentliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Mitbestimmungsformen ergeben sich auch bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter<sup>1</sup>. 23

Die **Zuständigkeiten des Aufsichtsrats** sind durch das MitbestG erheblich erweitert. Zwar bleibt der Aufsichtsrat ein Überwachungsorgan. Auch behält die Gesellschafterversammlung ihr Weisungsrecht (s. § 37 Rdnr. 39 ff. sowie Rdnr. 160). Die Geschäftsführer werden aber nicht von den Gesellschaftern bestellt und abberufen, sondern vom Aufsichtsrat, § 31 MitbestG. 24

Die **Stellung der Geschäftsführer** wurde im Verhältnis zur Gesellschafterversammlung verstärkt. Sie können nicht auf unbestimmte Zeit bestellt werden, sondern müssen auf Zeit berufen werden. Eine Abberufung ist nur bei wichtigem Grund möglich. 25

Als gleichberechtigtes Mitglied im Kreis der Geschäftsführer ist ein **Arbeitsdirektor** zu bestellen, § 33 MitbestG. 26

### c) Der Aufsichtsrat nach DrittelbG

#### aa) Konzernfreie GmbH

**aaa)** Liegen die vorgenannten **Aufgreifmerkmale** für das MontanmitbestG und das MitbestG nicht vor, hat die GmbH in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer, handelt es sich nicht um Tendenzunternehmen, § 1 Abs. 2 DrittelbG, und ist sie am 10. 8. 1994 oder später in das Handelsregister eingetragen, so hat sie nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG einen Aufsichtsrat zu bilden. Das gilt auch für Familiengesellschaften. Der Aufsichtsrat muss zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen, § 4 Abs. 1 DrittelbG (s. Rdnr. 209, 230). Eine besondere Satzungsregelung ist nicht erforderlich. Die anderen Mitbestimmungsregelungen gehen daher den Vorschriften des DrittelbG vor. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, seine Zuständigkeiten und Aufgaben bestimmen sich nach § 90 Abs. 3, 4, 5 Satz 1 und 2, §§ 95 bis 114, 116, 118 Abs. 2, § 125 Abs. 3 und 4 und nach den §§ 170, 171, 268 Abs. 2 AktG. 27

Die Mitbestimmung bei der **Vor-GmbH** ist nicht besonders geregelt. Die Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats ist vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister nicht erforderlich<sup>2</sup>. Daher kann die Eintragung in das Handels- 28

<sup>1</sup> Zur Bestellung gewerkschaftlicher Aufsichtsratsmitglieder: BayObLG, AG 2005, 350.

<sup>2</sup> *Oetker*, in: ErfKomm., § 1 DrittelbG Rdnr. 14; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 1 DrittelbG Rdnr. 22; *Halm*, BB 2000, 387.

register nicht von der Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats abhängig gemacht werden.

- 29 § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG enthält daher nicht nur eine **Einrichtungsverpflichtung**, sondern auch eine zwingende Änderung der **Entscheidungsorganisation der GmbH**. Die Änderung der Entscheidungsorganisation reicht jedoch nicht so weit wie nach dem MitbestG.
- 30 **bbb)** Auf **Tendenzunternehmen**, also Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen, ist, soweit sie in der Rechtsform der GmbH organisiert sind, das DrittelbG nicht anzuwenden. Das DrittelbG findet auch keine Anwendung auf Unternehmen, die unmittelbar oder überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen, § 1 Abs. 2 DrittelbG.
- 31 **ccc)** Die **Einrichtungsverpflichtung** verlangt weiter, dass die **GmbH** in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer hat. Bei der **GmbH & Co. KG** erfolgt gegenüber der GmbH keine Zurechnung der Arbeitnehmer der KG. Die Komplementär-GmbH ist daher mitbestimmungsfrei, selbst wenn die KG mehr als 500, aber weniger als 2000 Arbeitnehmer hat<sup>1</sup>. Eine § 4 MitbestG entsprechende Zurechnungsvorschrift fehlt im DrittelbG. Der hierfür maßgebliche Begriff des Arbeitnehmers ergibt sich aus § 3 DrittelbG, der seinerseits auf § 5 BetrVG verweist<sup>2</sup>. Leitende Angestellte sind hiernach keine Arbeitnehmer. Sie sind bei Unternehmen im Anwendungsbereich des DrittelbG von der Mitbestimmung anders als nach MitbestG ausgeschlossen. Auf ihre Wahlberechtigung, also die Vollendung des 18. Lebensjahres, kommt es nicht an<sup>3</sup>. Nicht einzurechnen sind Arbeitnehmer von Auslandsniederlassungen<sup>4</sup>, Leiharbeiter<sup>5</sup> und arbeitnehmerähnliche Personen. Dagegen sind Heimarbeiter unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG hinzuzurechnen.
- 32 Nicht zu berücksichtigen sind dagegen Geschäftsführer, leitende Angestellte, soweit sie zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind, oder denen Generalvollmacht oder Prokura erteilt ist oder die Aufgaben wahrnehmen, die regelmäßig wegen ihrer Bedeutung für die Entwicklung des Betriebs nur aufgrund besonderen persönlichen Vertrauens des Arbeitgebers bestimmten Personen im Hinblick auf deren besonderen Erfahrungen und Kenntnissen übertragen werden.
- 33 **ddd)** Sind die Geschäftsführer der Ansicht, dass der Aufsichtsrat nicht nach den für ihn maßgebenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist, so haben sie dies unverzüglich in den **Gesellschaftsblättern** und gleichzeitig durch **Ausgang** in sämtlichen Betrieben der Gesellschaft und ihrer Konzernunternehmen

1 Rieble, BB 2006, 2018.

2 Zur Abgrenzung von „selbständigen Mitarbeitern“: LG Mannheim, AG 2003, 51 (MLP).

3 Oetker, in: ErfKomm., § 1 DrittelbG Rdnr. 31.

4 Henssler, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 3 MitbestG Rdnr. 36; krit. Schiessl, AG 2002, 596.

5 OLG Düsseldorf, AG 2004, 616.

bekanntzumachen, § 97 AktG. Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, ob in der Satzung ein Aufsichtsrat vorgesehen ist oder nicht. Verhindert wird hierdurch, dass die Arbeitnehmer bei der Änderung übergangen werden und dass ein Gericht angerufen werden muss. Ist streitig oder ungewiss, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist, so entscheidet darüber auf Antrag ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, § 98 AktG. Daher kann auch ein Gesellschafter diesen Antrag stellen, wenn er der Ansicht ist, dass die Bekanntmachung der Geschäftsführer unzutreffend ist (s. Rdnr. 44).

eee) Die **Zuständigkeit** des nach DrittelbG mitbestimmten GmbH-Aufsichtsrats ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG, der auf eine Reihe aktienrechtlicher Bestimmungen verweist. Im Vergleich zu der früheren Regelung in § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 wurde zusätzlich auf § 125 Abs. 4 sowie § 170 AktG verwiesen. Es handelt sich um das Recht auf Mitteilung der durch die Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse und die Pflicht zur Vorlage der Jahresabschlüsse. 34

fff) Zur **Bestellung** der Arbeitnehmervertreter s. Rdnr. 235. 35

#### bb) Konzern

Ist die GmbH **herrschendes Unternehmen im Konzern**, so gelten nach § 5 MitbestG die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens. Dabei ist es für den Anwendungsbereich des MitbestG unerheblich, ob die Holdinggesellschaft selbst einen eigenen Geschäftsbetrieb und ob sie Arbeitnehmer hat<sup>1</sup>. 36

Für die Mitbestimmung nach dem DrittelbG ist demgegenüber zwischen der Einrichtungsverpflichtung einerseits und dem aktiven und passiven Wahlrecht andererseits zu unterscheiden: 37

Für die **Einrichtungsverpflichtung** enthält § 2 Abs. 2 DrittelbG eine Beschränkung. Die Vorschrift unterscheidet zwischen dem Vertragskonzern und dem faktischen Konzern. Hiernach hat die herrschende GmbH nur dann einen Aufsichtsrat zu bilden, wenn die Zahl der Arbeitnehmer der GmbH und der Unternehmen, mit denen ein **Beherrschungsvertrag** besteht, oder die in das herrschende Unternehmen nach § 319 AktG eingegliedert sind, was für die GmbH keine praktische Bedeutung hat, 500 übersteigt. Die beherrschte Gesellschaft kann jede Rechtsform haben<sup>2</sup>. Verlangt ist nur, dass sie beherrschtes Unternehmen im Vertragskonzern sein kann. 38

Die Arbeitnehmer der anderen nur faktisch in den Konzern einbezogenen Unternehmen und nur abhängiger Unternehmen sind nicht mitzuzählen<sup>3</sup>. Auch reicht nicht aus, dass mit der herrschenden GmbH ein Gewinnabführungsver- 39

1 OLG Stuttgart, DB 1989, 1128; OLG Stuttgart, ZIP 1995, 1004 mit Anm. *Mankowski*; zur Widerlegung der Konzernvermutung: BayObLG, AG 2002, 511.

2 BayObLG, NJW 1993, 1805; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rdnr. 13; *Deilmann*, NZG 2005, 660.

3 LG Berlin, AG 2007, 455.

trag abgeschlossen wurde oder dass steuerliche Organschaft besteht und die herrschende GmbH die Konzernleitung etwa durch das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung bei der abhängigen GmbH durchsetzt<sup>1</sup>.

- 40 Ist aber die GmbH als herrschendes Unternehmen verpflichtet, einen Aufsichtsrat zu bilden, so gelten für das **aktive Wahlrecht** die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen als Arbeitnehmer der herrschenden GmbH, § 2 Abs. 1 DrittelbG. Daher wirken auch die Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen, mit denen nur ein faktisches Konzernverhältnis besteht, **an der Wahl der Arbeitnehmervertreter** zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens mit<sup>2</sup>. Ob dies auch für das passive Wahlrecht gilt, ist streitig (s. Rdnr. 212).
- 41 Ist die GmbH zugleich persönlich haftende Gesellschafterin einer KG, handelt es sich um eine **GmbH & Co. KG**, so werden ihr die Arbeitnehmer der KG nicht zugerechnet. Eine § 4 MitbestG entsprechende Vorschrift fehlt im DrittelbG. § 2 Abs. 2 DrittelbG kann nicht zur Anwendung gelangen; denn der Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit einer Personengesellschaft als beherrschtem Unternehmen<sup>3</sup> oder die Eingliederung einer KG ist nicht zulässig.

#### d) Der Aufsichtsrat bei „Unternehmen von öffentlichem Interesse“

- 42 Die EU-Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen vom 17. Mai 2006<sup>4</sup> sieht in Art. 41 vor, dass ein „Unternehmen von öffentlichem Interesse“ einen Prüfungsausschuss zu bilden hat. Das kann nur ein Ausschuss eines Aufsichtsrats sein<sup>5</sup> und nicht der Gesellschafterversammlung. Deshalb ist davon auszugehen, dass bei „Unternehmen von öffentlichem Interesse“ der deutsche Gesetzgeber vorsehen wird, dass diese einen Aufsichtsrat zu bilden haben. Dazu können auch GmbHs gehören. „Unternehmen von öffentlichem Interesse“ sind nach Art. 2 Nr. 13 der Richtlinie Unternehmen, die unter das Recht eines Mitgliedstaats fallen und deren übertragbare Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt eines Mitgliedstaats zugelassen sind. Zu diesen Wertpapieren zählen auch Anleihen oder andere verbrieftete Schuldtitel.

1 BayObLG, NJW 1993, 1805; OLG Düsseldorf, ZIP 1997, 548; OLG Zweibrücken, NZG 2006, 32; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rdnr. 13; *Walter/Stümper*, GmbHR 2003, 449.

2 *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 23.

3 Str.; gegen Zulässigkeit: *Karsten Schmidt*, ZGR 1981, 477; *Stimpel*, in: *Ulmer* (Hrsg.), Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 18; *Uwe H. Schneider*, ZGR 1975, 265; *Uwe H. Schneider*, ZGR 1980, 511, 517; für Zulässigkeit: *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rdnr. 13; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 8. Aufl. 2005, S. 462 f. m.w.N.; offengelassen in BayObLG, GmbHR 1993, 166: Bei einer GmbH & Co. OHG, an der natürliche Personen als Gesellschafter nicht beteiligt sind, liege es nahe, den Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit der OHG nicht an deren Rechtsform scheitern zu lassen.

4 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. EG L 157 v. 9. 6. 2006, S. 87.

5 Für Einrichtung auch in einem Beirat bei nicht vorhandenem Aufsichtsrat: *Lanfermann/Maul*, BB 2006, 1505, 1507 f.

**e) Der Aufsichtsrat nach sonstigen Vorschriften**

Unabhängig von der Zahl der Arbeitnehmer hat eine GmbH einen Aufsichtsrat einzurichten, wenn sie ein Kreditinstitut betreibt, dessen Geschäftsbereich darauf gerichtet ist, Sondervermögen zu verwalten und Dienstleistungen und Nebendienstleistungen zu erbringen, § 6 Abs. 2 InvG. Im Geltungsbereich des DrittelbG bzw. des MitbestG gehen diese Gesetze als spezielle Regelungsmaterien dem InvG vor<sup>1</sup>. 43

**f) Das Statusverfahren**

Ist streitig oder ungewiss, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist, insbesondere ob und welche mitbestimmungsrechtlichen Regelungen anzuwenden sind, so entscheidet auf Antrag das **Landgericht**, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Nach § 27 EGAktG gelten für die GmbH die § 96 Abs. 2 und §§ 97–99 AktG sinngemäß. Eine entsprechende Verweisung enthalten § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 6 Abs. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG und § 3 MitbestErgG. Anzuwenden ist das Statusverfahren auch bei Satzungsänderungen, etwa bei Veränderung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder; denn Gesetz i.S.d. Vorschrift ist auch die Satzung<sup>2</sup>. 44

Hat die GmbH bereits einen Aufsichtsrat, so führt die Veränderung der tatsächlichen Voraussetzungen, wie etwa die Zunahme oder das Absinken der Zahl der Arbeitnehmer, der Erwerb von Unternehmen oder die Schließung von Betrieben nicht automatisch dazu, dass der Aufsichtsrat rechtswidrig zusammengesetzt ist. Es gilt vielmehr der **Grundsatz der Kontinuität**, § 96 Abs. 2 AktG. Die erforderliche Umbildung kann nur unter Einhaltung des in § 97 AktG vorgesehenen Verfahrens, also nach der entsprechenden Bekanntmachung durch die Geschäftsführer in den Gesellschaftsblättern usw. oder aufgrund gerichtlicher Entscheidungen nach den §§ 98 f. AktG erfolgen<sup>3</sup>. Solange das Statusverfahren nicht eingeleitet wird, bleibt es daher bei der bisherigen Zusammensetzung. Die Geschäftsführer, die in Kenntnis der geänderten Umstände das Statusverfahren nicht einleiten, verletzen ihre Pflichten<sup>4</sup> und machen sich schadensersatzpflichtig, § 43. Weitere Sanktionen sind nicht vorgesehen. 45

1 Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 10.

2 BAG, WM 1990, 633 = WuB II A. § 97 AktG 1.90 mit Anm. Peterhoff; Oetker, ZHR 149 (1985), 575, 584; a.A. OLG Hamburg, GmbHR 1989, 333 = WM 1988, 1487 = WuB IX C 3. § 7 MitbestG 1.89 mit Anm. Peterhoff; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 14; Hüffer, AktG, 7. Aufl., § 97 Rdnr. 3; Hoffmann-Becking, in: Münch Hdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 28 Rdnr. 50; Rosendahl, AG 1985, 325, 329; Göz, ZIP 1998, 1523.

3 Zum Statusverfahren s. BAG, WM 1990, 633; OLG Zweibrücken, AG 2005, 928 (Arbeitnehmerlos gewordene AG); zum Statusverfahren bei der GmbH: Weiler, NZG 2004, 988; Schnitker/Grau, NZG 2007, 486 sowie die aktienrechtlichen Kommentare; ferner Martens, DB 1978, 1065; Oetker, ZHR 149 (1985), 575; Rosendahl, AG 1985, 325; Krause-Ablaß/Link, GmbHR 2005, 731 und die Rspr.-Übersicht bei Theisen, AG 1998, 155.

4 Dazu Rittner, DB 1969, 2165.

- 46 Hat die Gesellschaft bisher keinen Aufsichtsrat, so sind die §§ 97–99 AktG vom Wortlaut her nicht anzuwenden. Sie sind auf die Aktiengesellschaft zugeschnitten, die zwingend einen Aufsichtsrat hat. Weitgehend Einigkeit besteht aber über die **sinngemäße Anwendung** der genannten Bestimmungen<sup>1</sup>, wenn Übergang zu obligatorischem Aufsichtsrat erfolgen soll. Es bedarf daher entweder der entsprechenden Bekanntmachung oder der gerichtlichen Entscheidung.

#### g) Freiwillige Einführung eines mitbestimmten Aufsichtsrats

- 47 Auch wenn die Gesellschaft nicht durch Gesetz verpflichtet ist, einen mitbestimmten Aufsichtsrat einzuführen, können die Gesellschafter Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat wählen. Ein solches Vorgehen kann Umstrukturierungen, die zum Abschmelzen der Mitbestimmung führen, erleichtern. Zu Stimmbindungsvereinbarungen mit Dritten, z.B. einer Gewerkschaft, s. bei § 47. Die Gesellschafter können in der Satzung die Arbeitnehmereigenschaft zur Wählbarkeitsvoraussetzung machen. Zur Übertragung der Zuständigkeit zur Bestellung auf Dritte s. Rdnr. 223.

### 3. Die organisationsrechtliche Stellung anderer Gremien (Beirat, Verwaltungsrat)

#### a) Die Fragestellung

- 48 Im Blick auf die vielfältigen in der Praxis anzutreffenden Bezeichnungen (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Beirat usw.) und bei Würdigung der ganz unterschiedlichen Ausgestaltung der Zusammensetzung und der Zuständigkeiten<sup>2</sup> stellen sich drei Fragen, nämlich *erstens*, welche Aufgaben einem Organ mindestens übertragen sein müssen, damit es als Aufsichtsrat qualifiziert werden kann, *zweitens*, welche Aufgaben dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden dürfen, und *drittens*, ob es zulässig ist, neben dem Aufsichtsrat oder auch, ohne dass ein Aufsichtsrat gebildet wird, ein Organ einzurichten, das nicht die typischen Aufgaben eines Aufsichtsrats hat und welche Aufgaben diesem Organ gegebenenfalls übertragen werden können.

#### b) Der schuldrechtliche Beirat

- 49 Der fakultative Aufsichtsrat ist ein Organ der Gesellschaft, das nur durch einen organisationsrechtlichen Akt, in der Regel also durch die Satzung eingerichtet werden kann. Kein Aufsichtsrat i.S.v. § 52 ist daher der Beirat auf schuldrechtlicher Grundlage. Das ist ein Gremium, das durch einfachen Gesellschafterbeschluss<sup>3</sup> oder auch durch die Geschäftsführer gebildet werden kann oder zu

1 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 15; Deutler, DB 1969, 691; a.A. Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 22.

2 Voormann, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 6 ff.; Härer, Erscheinungsformen und Kompetenzen des Beirats in der GmbH, 1991; Mertens, in: FS Stimpel, 1985, S. 417; Hinterhuber/Minrath, BB 1991, 1201; Haack, BB 1993, 1607 (GmbH & Co. KG); Bea/Scheurer, DB 1996, 1193; Buth/Hermanns, DStR 1996, 597.

3 Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 63.



dessen Einrichtung sich die Gesellschaft in schuldrechtlichen Verträgen, z.B. in einem Darlehensvertrag oder in einer Konsortialvereinbarung, verpflichtet hat. Schuldrechtliche Beiräte haben **keine organschaftlichen Befugnisse**, etwa das Recht auf Bericht, und ihnen können keine organschaftlichen Befugnisse<sup>1</sup> zur Überwachung oder gar organschaftliche Weisungsbefugnisse übertragen werden. Auch solche schuldrechtlichen Beiräte sind zwar nicht auf die Beratung beschränkt<sup>2</sup>. Beschlüsse eines solchen Beirats, z.B. mit dem Begehren auf Information oder gar Beschlüsse zur Unternehmensleitung, insbesondere die Zustimmung oder deren Verweigerung zu bestimmten Maßnahmen, können aber nur schuldrechtliche Rechte und Pflichten (Ansprüche) auslösen. Auch kann die Nichtbeachtung entsprechender Beschlüsse zur Kündigung eines schuldrechtlichen Vertrages, etwa eines Darlehensvertrages aus wichtigem Grund berechtigen.

Mitglieder eines schuldrechtlichen Beirats können auch **juristische Personen** 50 sein. Diese werden dann durch ihr geschäftsführendes Organ vertreten.

### c) Originäre und zusätzliche Aufgaben des fakultativen Aufsichtsrats

Einem statutarisch begründeten Aufsichtsrat<sup>3</sup> können neben der Überwachung 51 zusätzliche Aufgaben übertragen werden, ohne dass dadurch die Qualifizierung als Aufsichtsrat in Frage gestellt würde. Dazu gehört etwa die Begründung von Zustimmungsbefugnissen auf dem Gebiet der Unternehmensleitung, die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer usw. In welchem Umfang die Übertragung von Zuständigkeiten im Rahmen der Unternehmensleitung zulässig ist, ist streitig (s. dazu Rdnr. 160).

Zu den **Mindestaufgaben** eines fakultativen Aufsichtsrats gehört die **Überwachung und Beratung** der Geschäftsführer<sup>4</sup>. Das schließt nicht aus, dass auch in der Satzung ein Gremium vorgesehen werden kann, dem die Überwachungsaufgabe fehlt (s. dazu Rdnr. 87). Ein Organ, das lediglich Beratungsfunktion hat, und das der Kontaktpflege zu Dritten dient, ist aber kein Aufsichtsrat i.S.v. § 52. Die Mitglieder eines solchen beratenden Beirats haften daher auch nicht entsprechend §§ 116, 93 AktG, wenn sie keine Überwachung vornehmen. 52

### d) Sonstige statutarische Gremien (Beirat usw.)

aa) Teilweise wird in der Lehre die Ansicht vertreten, neben der Gesellschafterversammlung und den Geschäftsführern könne als drittes Organ nur ein Aufsichtsrat eingerichtet werden, nicht aber ein sonstiges Gesellschaftsorgan<sup>5</sup>. Dem ist nicht zuzustimmen. Die Gestaltungsfreiheit erlaubt es vielmehr den 53

1 Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 63; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 318.

2 So aber Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 63.

3 RGZ 146, 145: Ermächtigung zur Einrichtung im Gesellschaftsvertrag genügt; Thümmel, DB 1995, 2461.

4 Allg. Auff.: Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 86, 89; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 10; Voormann, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 21.

5 So Reuter, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 631.

Gesellschaftern, **neben dem Aufsichtsrat weitere Organe** zu bilden<sup>1</sup>. Dies folgt aus § 82 Abs. 2 Nr. 2. Dort wird ausdrücklich nicht nur von den Mitgliedern eines Aufsichtsrats, sondern auch den Mitgliedern eines „ähnlichen Organs“ gesprochen.

- 54 „**Organe**“ sind alle Entscheidungsträger, die aufgrund des Gesetzes oder der Satzung berufen sind, an dem autonomen Handeln der Gesellschaft mitzuwirken. Die Mitglieder des Organs sind verpflichtet, den Gesellschaftszweck zu fördern<sup>2</sup>. Organe, die durch die Satzung eingerichtet werden, können in ganz unterschiedlicher Weise ausgestaltet sein. Sie unterscheiden sich von einem fakultativen Aufsichtsrat entweder durch ihre besondere Art und Weise der Zusammensetzung oder durch die Art der übertragenen Aufgaben.
- 55 **bb)** Konstitutives Merkmal des Aufsichtsrats ist seine Überwachungsaufgabe<sup>3</sup>. Ist durch die Satzung ein Organ eingerichtet, hat dieses Organ lediglich Beratungsfunktion (**Beirat**) und dient es der Kontaktpflege zu Dritten, fehlt aber die Überwachungsaufgabe, so handelt es sich nicht um einen fakultativen Aufsichtsrat. Dessen Mitglieder haften nicht entsprechend §§ 116, 93 AktG. Sind dem Organ auch Befugnisse zur Einwirkung auf die Unternehmensleitung gegeben, entscheidet es gar über die Unternehmenspolitik, so ist es gleichfalls kein fakultativer Aufsichtsrat, wenn es nicht *zugleich* die Aufgabe hat, die Geschäftsführer zu überwachen (**Verwaltungsrat**)<sup>4</sup>. Die Mitglieder eines solchen Verwaltungsrats haften entsprechend § 43. Um einen **Gesellschafterausschuss** handelt es sich, wenn dem Organ Befugnisse der Gesellschafterversammlung übertragen werden<sup>5</sup>. Nicht selten werden einem Beirat auch schiedsrichterliche Aufgaben zugewiesen<sup>6</sup>.
- 56 **cc)** Möglich ist auch die Bildung von **Gruppenorganen**. Das sind solche Organe der Gesellschaft, deren Mitglieder durch einzelne Gesellschafter oder einzelne Gesellschaftergruppen bestellt werden. Gruppenorgane sind etwa bei der KGaA. ausdrücklich vorgesehen, §§ 285, 287 AktG. Sie sind rechtlich auch bei der GmbH unbedenklich. Praktische Bedeutung haben solche Gruppenorgane bei den Publikumpersonengesellschaften<sup>7</sup>. Der Zweck solcher Gruppenorgane, die gleichfalls häufig als „**Gesellschafterausschuss**“ bezeichnet werden, besteht darin, entweder dem Mehrheitsgesellschafter zusätzliche Befugnisse oder den Minderheitsgesellschaftern Mindestbefugnisse zur Sicherung ihrer Interessen einzuräumen.

1 H.M.; BGHZ 43, 261; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 317; *Müller/Wolff*, NZG 2003, 751, 752; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 62.

2 Zum Ganzen s. *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), 459 ff.; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), 483 ff.

3 Zustimmend *Fleck*, GmbHR 1995, 883.

4 Näher hierzu: *Rohleder*, Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte, 1991, S. 129; *Haack*, BB 1993, 1607 (GmbH & Co. KG).

5 BGHZ 43, 261, 264.

6 BGHZ 43, 261.

7 BGHZ 64, 238, 244; BGHZ 69, 207; BGH, WM 1983, 555; BGH, NJW 1985, 1900; *Wiedemann*, in: FS Schilling, 1973, S. 105; *Reusch*, Die stille Gesellschaft als Publikumpersonengesellschaft, 1989, S. 196; *Uwe H. Schneider*, DB 1973, 953; *Hölters*, DB 1980, 2225.

**dd)** Zweifelhaft sind die **Grenzen der Gestaltungsfreiheit**. Unzulässig ist die Übertragung solcher Aufgaben auf den Aufsichtsrat oder sonstige Organe, wie etwa Beiräte, die zwingend der Gesellschafterversammlung oder den Geschäftsführern vorbehalten sind<sup>1</sup>. Dazu gehören die Befugnis zur Satzungsänderung (s. auch Rdnr. 172). Möglich ist jedoch ein Zustimmungsvorbehalt<sup>2</sup>. Unzulässig ist auch die Übertragung der Zuständigkeit für Strukturänderungen, insbesondere die alleinige Entscheidung über Unternehmensverträge<sup>3</sup>. Beim Beteiligungserwerb ist nach dem Umfang der Beteiligung zu unterscheiden. Unzulässig ist die Einforderung von Nachschüssen<sup>4</sup>. Unzulässig ist ferner die Übertragung der organschaftlichen Vertretungsmacht der Geschäftsführer, die Übertragung der Zuständigkeit für die Geschäftsführung, soweit Außenhaftung droht<sup>5</sup>, und die Wahrnehmung bestimmter öffentlich-rechtlicher Pflichten. Zulässig ist dagegen die Übertragung der Entscheidung über die Gewinnverwendung<sup>6</sup> und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber den Geschäftsführern<sup>7</sup>.

57

Mitglieder von Beiräten und Verwaltungsräten können **Gesellschafter und Nichtgesellschafter** sein. Dies gilt auch dann, wenn dem Verwaltungsrat Befugnisse auf dem Gebiet der Geschäftsführung übertragen sind<sup>8</sup>.

58

**ee)** Die **Einrichtung** des betreffenden Organs und seine **Befugnisse** müssen in der Satzung geregelt sein. Ist dies geschehen, so können weitergehende Regelungen, etwa das Verfahren der Beschlussfassung, in einer Geschäftsordnung oder durch einfachen Gesellschafterbeschluss bestimmt werden. Fehlt es hieran und fehlt es an Bestimmungen über die Befugnisse des Organs im Verhältnis zu den anderen Organen der Gesellschaft, über die Stellung der Organmitglieder, ihre Rechte und Pflichten sowie ihre Haftung usw., so lassen sich die in § 52 aufgeführten aktienrechtlichen Bestimmungen nur dann entsprechend heranziehen, wenn dies mit dem Sinn und Zweck des Organs und den entsprechenden aktienrechtlichen Bestimmungen zu vereinbaren ist. Im Übrigen sind die Lücken in der gesetzlichen Regelung durch Heranziehung der allgemeinen Re-

59

1 BGHZ 43, 261, 264; *Thümmel*, DB 1995, 2461, 2462; *Wiedemann*, in: FS Lutter, 2000, S. 801, 809.

2 Dagegen aber die h.M.: *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 53 Rdnr. 84; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 71; wie hier *Wiedemann*, in: FS Lutter, 2000, S. 810.

3 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 352; *Zimmermann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 53 Rdnr. 32; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 71; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 103; *Rohleder*, Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte, 1991, S. 34 ff.; *Thümmel*, DB 1995, 2461, 2463.

4 RGZ 70, 326; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 71; s. auch *Reuter*, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 640.

5 *Wiedemann*, in: FS Lutter, 2000, S. 811.

6 So wohl auch *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 10.

7 *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 46 Rdnr. 94; *Haack*, BB 1993, 1607, 1619; *Thümmel*, DB 1995, 2461, 2464; ferner: *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 164; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 353.

8 Str.; wie hier: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 337; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 64; a.A. *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 110 ff.; *Wiedemann*, in: FS Schilling, 1973, S. 105, 111.

geln des Organisationsrechts zu schließen<sup>1</sup>. Verallgemeinernde Aussagen verbieten sich; denn dabei würden die Besonderheiten der jeweiligen statutarischen Regelung nicht hinreichend berücksichtigt.

#### e) Pflichtaufsichtsrat und Beirat

- 60 Hat die Gesellschaft einen obligatorischen Aufsichtsrat, so sind die Gesellschafter nicht gehindert, **zusätzlich einen Beirat einzurichten**<sup>2</sup>.
- 61 Weitgehend Einigkeit besteht, dass einem solchen Beirat aber **keine Befugnisse** eingeräumt werden dürfen, durch die die dem **Pflichtaufsichtsrat** übertragenen Befugnisse **beschränkt** werden. Dies ist nicht der Fall, wenn der Beirat Überwachungsbefugnisse hat<sup>3</sup>. Unbedenklich ist die gleichzeitige oder erweiterte Prüfung des Jahresabschlusses durch den Beirat. Unbedenklich ist ferner eine Beratung der Geschäftsführer im Rahmen der laufenden Unternehmensleitung und eine Erörterung der künftigen Unternehmenspolitik. Auch können einem solchen Beirat Berichts- und Informationsrechte zustehen.
- 62 Zweifelhaft sind Weisungsbefugnisse eines Beirats auf dem Gebiet der **Geschäftsführung**. Gegen die Zulässigkeit wird vorgebracht, die Einrichtung eines Beirats mit Weisungsbefugnissen verändere die Struktur der GmbH zugunsten einer Repräsentativverfassung. In mitbestimmungspflichtigen Unternehmen entspreche es dem institutionellen Gehalt der Mitbestimmungsgesetze, alle unternehmerischen Funktionen, welche die Gesellschafter nicht selbst wahrnehmen, der Kontrolle durch den Aufsichtsrat zu unterwerfen<sup>4</sup>. Daraus wird abgeleitet, dass Beiräten keine Weisungsbefugnis auf dem Gebiet der Geschäftsführung eingeräumt werden darf. Damit wird aber der Zweck der Mitbestimmung überdehnt. Da auch bei einem Pflichtaufsichtsrat das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung erhalten bleibt, wird das Mitbestimmungsrecht nicht beschränkt, wenn das Weisungsrecht nicht durch die Gesellschafterversammlung, sondern durch einen Beirat wahrgenommen wird.

#### 4. Corporate Governance und rechtspolitische Überlegungen

- 63 Recht und Wirklichkeit einer auf langfristige Wertschöpfung ausgerichteten Leitung und Kontrolle von Unternehmen (Corporate Governance) stehen nicht nur bei der Aktiengesellschaft, sondern auch bei der GmbH<sup>5</sup> dauerhaft auf dem Prüfstand. In diesem Zusammenhang ist auch die gesetzliche Aufsichtsratsver-

1 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 327.

2 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 358; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 147; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 138, 142; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 79; *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 164; *Hölters*, GmbHR 1980, 5; *Mertens*, in: FS Stimpel, 1986, S. 565; *Teubner*, ZGR 1986, 573.

3 Ebenso: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 360; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 74.

4 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 361 f.; ferner *Teubner*, ZGR 1986, 565, 578; zweifelnd auch *Fleck*, GmbHR 1995, 883.

5 Ebenso *Hopt*, in: FS Mestmäcker, 1996, S. 913.

fassung, insbesondere bei den Unternehmen in der Rechtsform der AG, in die rechtspolitische Diskussion geraten<sup>1</sup>.

So hat die „**Regierungskommission Corporate Governance**“ 2001 u.a. die Größe des Aufsichtsrats, die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern, die Entscheidungsbefugnisse von Aufsichtsratsausschüssen, die Sitzungsfrequenz, die interne Revision, die Berichts- und Redepflicht des Aufsichtsrats, seine Selbstevaluierung und den Umgang des Aufsichtsrats mit den Ergebnissen der Abschlussprüfung diskutiert und gesetzliche Änderungsvorschläge veröffentlicht. Diese Vorschläge, die vor dem Hintergrund der Kapitalmarktorientierung der Aktiengesellschaft zu sehen sind, lassen sich nur begrenzt auf die GmbH übertragen<sup>2</sup>. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die unterschiedliche Stellung des Aufsichtsrats, die originären Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung usw. 64

Die Vorschläge ergänzen das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (**KonTraG**) vom 1. 5. 1998. Dieses Gesetz hat auch für die GmbH die Aufsichtsratsverfassung geändert<sup>3</sup>. Das gilt vor allem, aber nicht nur, für die mitbestimmte GmbH. Für die mitbestimmte GmbH gelten unmittelbar aufgrund von Verweisungsvorschriften u.a. § 100 Abs. 2 Satz 3, § 111 Abs. 2 Satz 3, § 124 Abs. 3 Satz 3 und § 171 AktG sowie § 318 Abs. 1 Satz 4 HGB. Mittelbar ergeben sich Auswirkungen aufgrund der erweiterten Berichtspflicht des Geschäftsführers der mitbestimmten GmbH nach § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG. 65

In einer ersten Stufe der legislatorischen Umsetzung der Vorschläge der Regierungskommission Corporate Governance sind im Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (**TransPuG**) vom 19. 7. 2002<sup>4</sup> sowie im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (**UMAG**) vom 22. 9. 2005<sup>5</sup> weitere Änderungen der Aufsichtsratsverfassung erfolgt. 66

Darüber hinaus hat die in der Folge eingesetzte **Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex** am 26. 2. 2002 erstmals den „**Deutschen Corporate Governance Kodex**“<sup>6</sup> vorgelegt und diesen in der Folgezeit jährlich 67

1 Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003; Baums (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001; Lutter, ZHR 159 (1995), 287; Lutter, ZGR 2001, 224; Röller, AG 1994, 333; Möllers, ZIP 1995, 1725; Baums, ZIP 1995, 11; Dörner/Oser, DB 1995, 1085; Theisen, AG 1995, 193; Wiedemann, ZIP 1997, 1565; Dreher, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 33 ff.; Uwe H. Schneider, DB 2000, 2413; Peltzer/v. Werder, AG 2001, 1; Berrar, Die Entwicklung der Corporate Governance in Deutschland im internationalen Vergleich, 2001; Berrar, NZG 2001, 1113.

2 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Vorbem. § 35 Rdnr. 11 f.

3 Zu den Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Vorbem. § 35 Rdnr. 12; Altmeyden, ZGR 1999, 291; allgemein: Hommelhoff/Mattheus, AG 1998, 249; Claussen, DB 1998, 177; Deckert, NZG 1998, 710; Hommelhoff, in: FS Sandrock, 2000, S. 373.

4 BGBl. I 2002, 2681; näher dazu: Seibert, ZIP 2001, 2192.

5 BGBl. I 2005, 2802.

6 www.corporate-governance-code.de. S. zuvor auch schon die Corporate Governance Grundsätze der Grundsatzkommission Corporate Governance, abgedr. mit Einführung von Uwe H. Schneider/Strenger in AG 2000, 106.

angepasst. Der vor allem auf börsennotierte Aktiengesellschaften zugeschnittene Kodex soll den internationalen Kapitalmarkt über wesentliche gesetzliche Vorschriften über die Unternehmensführung und über die Unternehmenskontrolle informieren. Darüber hinaus enthält er in der Form von Empfehlungen und Anregungen Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung. Deren Beachtung wird auch den nicht börsennotierten Unternehmen empfohlen<sup>1</sup>. Dazu gehören zumindest auch GmbHs mit obligatorischer Aufsichtsratsverfassung. Weitergehende rechtliche Bindung und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bei Verletzung dieser Standards begründet der Kodex nicht. Er kann aber zur Konkretisierung der Organpflichten herangezogen werden.

## II. Anwendbares Recht und Auslegung

### 1. Gesetz und Satzung

- 68 a) Das Recht des Aufsichtsrats wird durch Gesetz, Satzung und Geschäftsordnung bestimmt. Ist nach dem Gesellschaftsvertrag ein **fakultativer Aufsichtsrat** zu bilden, so verweist § 52 auf einzelne Vorschriften des Aktiengesetzes. Im Gegensatz zum Recht der Aktiengesellschaft sind die im Einzelnen genannten Vorschriften jedoch nicht zwingend (vgl. dagegen § 23 Abs. 5 AktG). Im Gesellschaftsvertrag kann vielmehr § 52 und damit die Verweisung auf die aktienrechtlichen Vorschriften insgesamt ausgeschlossen werden<sup>2</sup>. Unbedenklich sind aber auch einzelne vertragliche Abänderungen. Zwingend ist nur § 52 Abs. 2 und 3. Zur Verkürzung der Verjährungsfrist s. Rdnr. 526.
- 69 Bei der **Anwendung und Auslegung** der aktienrechtlichen Normen, auf die § 52 verweist, ist aber zu bedenken, dass *erstens* der innere Aufbau der Aktiengesellschaft und der GmbH auf unterschiedlichen Ordnungsprinzipien beruht und *zweitens* der Aufsichtsrat einer GmbH eine andere Funktion hat als der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Es kann sich daher nur um eine sinnngemäße Übertragung der aktienrechtlichen Vorschriften auf die GmbH handeln. Im Zweifel sind weder der Zusammenhang im AktG noch die Entstehungsgeschichte der aktienrechtlichen Vorschrift, sondern der sich aus der Stellung des Aufsichtsrats in der GmbH ergebende Sinn und Zweck maßgebend.
- 70 Auch die **Lückenfüllung** hat sich in dieser Weise zu vollziehen. Die Aufzählung der nach § 52 entsprechend anwendbaren aktienrechtlichen Normen ist nicht abschließend<sup>3</sup>. Fehlt es an einer ausdrücklichen Verweisung, so kommt gleichwohl eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften in Betracht, wenn die aktienrechtlichen Bestimmungen mit der besonderen Stellung des Aufsichtsrats im gesellschaftsinternen Entscheidungsgefüge der GmbH vereinbar sind. Das gilt etwa für § 103 Abs. 2 AktG und für die Regelungen über die

1 Vgl. Deutscher Corporate Governance Kodex, Präambel.

2 Ebenso *Gaul/Otto*, GmbHR 2003, 7.

3 Str.; wie hier: *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 22; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 31; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 2; *Kallmeyer*, in: *GmbH-Hdb.*, Rdnr. I 1796; *Simon*, GmbHR 1999, 257, 258; a.A. *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 1; *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, Rdnr. 3.

innere Ordnung des Aufsichtsrats, also die §§ 107–109 AktG<sup>1</sup>. Nicht entsprechend anwendbar sind dagegen § 89, §§ 96–99, § 115, § 147, § 172, §§ 399, 400, 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG.

b) Soweit für den **obligatorischen Aufsichtsrat** durch § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG oder durch § 25 MitbestG auf aktienrechtliche Vorschriften verwiesen wird, ist die Anwendung dieser Vorschriften einseitig zwingend. Die Satzungsautonomie wird durch die unternehmensrechtlichen Normen begrenzt. Durch Regelungen in der Satzung dürfen die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht beeinträchtigt werden<sup>2</sup>. Wohl aber können dem nach DrittelbG obligatorischen Aufsichtsrat der GmbH zusätzliche Befugnisse und Aufgaben zugewiesen werden<sup>3</sup>. Zu denken ist an alle Befugnisse des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, also die Bestellung, Abberufung und Wiederbestellung von Geschäftsführern, das Recht zur Mitentscheidung über den Jahresabschluss usw. Die Grenze bildet § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG (s. Rdnr. 132). Voraussetzung ist jedoch eine Änderung der Satzung. Vereinbarungen mit Dritten, die durch die Geschäftsführung abgeschlossen werden, haben keine organisationsrechtliche Wirkung<sup>4</sup>.

Ebenso wie bei der Verweisung in § 52 für den fakultativen Aufsichtsrat kann es sich auch bei der Verweisung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und in § 25 MitbestG nur um eine **sinngemäße Übertragung der aktienrechtlichen Vorschriften** handeln. Durch die zwingende Einrichtungsverpflichtung und durch die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern sollte der Aufsichtsrat der GmbH nicht dieselbe Stellung wie der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft erhalten, mögen auch die Gemeinsamkeiten, insbesondere beim Aufsichtsrat nach MitbestG, größer sein.

Soweit es sich dabei **um Fragen handelt, die für die Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter nicht bedeutsam sind**, sind bei der Anwendung und Auslegung der aktienrechtlichen Vorschriften sowie bei der Lückenfüllung die Besonderheiten der Entscheidungsstruktur der GmbH in vollem Umfang zu beachten. Insbesondere ist daran zu denken, dass auch in der mitbestimmten GmbH die Gesellschafterversammlung das originäre Entscheidungszentrum für alle unternehmensleitenden Entscheidungen geblieben ist. Soweit die Fragen jedoch **die Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter beeinflussen**, ist vor allem im Anwendungsbereich des MitbestG streitig, ob „die Politik des Mitbestimmungsgesetzes“ bei der Auslegung und Lückenfüllung Vorrang haben soll. Danach wäre im Einzelfall die Auslegung geboten, die eine gleichberechtigte und gleichgewich-

1 Eb. *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 22; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 18; zur entsprechenden Anwendung von § 108 Abs. 2 Satz 4 AktG: BGH, WM 1983, 836; zur analogen Anwendung von § 101 Abs. 3 AktG s. bei Rdnr. 227; a.A. *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 79 (nicht automatisch, teilweise aber aus der Natur der Sache).

2 OLG Bremen, NJW 1977, 1154; *Biedenkopf/Säcker*, ZfA 1971, 262.

3 OLG Bremen, NJW 1977, 1154; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 232; *Th. Raiser*, ZGR 1976, 108.

4 Zu den Mitbestimmungsvereinbarungen: *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., S. 160; *Th. Raiser*, BB 1977, 1468; *Wlotzke/Wißmann*, DB 1981, 623; *Mertens*, AG 1982, 141; *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), 118.

tige Teilnahme der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sichert<sup>1</sup>. Die Gegenansicht geht von der unvollständigen gesetzlichen Regelung im Mitbestimmungsgesetz und dem systematischen Ansatz aus. Hiernach sind bei der Auslegung die jeweiligen rechtsformspezifischen Besonderheiten maßgebend. Aus dem formalen Charakter des MitbestG 1976 ergebe sich im Zweifel ein Vorrang des Gesellschaftsrechts<sup>2</sup>.

- 74 Die **amtliche Begründung zum MitbestG**<sup>3</sup> ist unklar. Sie spricht von der „weitgehenden Beibehaltung des geltenden Gesellschaftsrechts“, aber auch von der „gleichberechtigten und gleichgewichtigen Teilnahme der Anteilseigner und Arbeitnehmer an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen“. Daher kann das „Mitbestimmungstelos“ (*Naendrup*) nur dann Auslegungsmaßstab sein, wenn sich aus dem Gesetz eindeutig ergibt, dass rechtsformspezifische Merkmale zurücktreten sollen. In den anderen Fällen muss angesichts des Kompromisscharakters des Gesetzes dem Wortlaut der Vorschriften besondere Bedeutung zugemessen werden<sup>4</sup> und Ziel der Auslegung sein, die gesellschaftsrechtliche und die mitbestimmungsrechtliche Regelung unter Berücksichtigung der Interessen der Anteilseigner, der Arbeitnehmer und der Funktionsfähigkeit des Unternehmens in Einklang zu bringen<sup>5</sup>.

## 2. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats

- 75 Anstelle durch Bestimmungen in der Satzung können **die innere Ordnung des Aufsichtsrats** und eine Reihe anderer Fragen auch in einer Geschäftsordnung geregelt werden<sup>6</sup>. Es besteht eine **Regelungsalternative**. Ihr Umfang ist beim mitbestimmten Aufsichtsrat streitig.
- 76 **Zuständig** für den Erlass einer Geschäftsordnung für den fakultativen Aufsichtsrat, aber auch für den Aufsichtsrat nach DrittelbG sind sowohl die Gesellschafterversammlung (organexterne Geschäftsordnung) als auch der Aufsichtsrat selbst (organinterne Geschäftsordnung)<sup>7</sup>. Die Gesellschafter könnten die Regelungen in der Satzung vornehmen<sup>8</sup>. Was sie aber in der Satzung regeln kön-

1 So: *Naendrup*, in: GK-MitbestG, § 25 Rdnr. 13; *Naendrup*, AuR 1977, 228; *Reich/Lewenz*, AuR 1976, 263; *Steindorff*, in: FS Larenz, 1973, S. 217.

2 Für MitbestG: *Martens*, ZHR 138 (1974), 225; *Martens*, AG 1976, 119; *Hölters*, BB 1975, 797; *Hoffmann*, BB 1976, 1237; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 610; *Wiedemann*, ZGR 1977, 160; für DrittelbG und MontanMitbestG: *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1952, § 3 Anm. 3b; *A. Hueck*, DB 1951, 186.

3 BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

4 *Canaris*, DB 1981, Beilage 14, S. 1.

5 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 6: keine Patentlösung; *Reuter*, AcP 179 (1979), 510; *Mertens*, AG 1981, 3; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 7 ff.; anders aber: *Raiser*, BB 1977, 1462.

6 *Dreher*, in: *Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 33, 35; *Siebel*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 58; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 107 Rdnr. 163 ff.

7 Wie hier wohl: *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 63, 208; *Skibbe*, GmbHR 1961, 4.

8 BGHZ 64, 325, 328; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 107 Rdnr. 207; *Hüffer*, AktG, § 107 Rdnr. 23 (nicht jedoch vollständige Geschäftsordnung).



nen, können sie auch als Geschäftsordnung erlassen und bestimmen. Daraus ergeben sich vielfältige formelle Erleichterungen bei Erlass und Änderung, wie etwa der Wegfall der bei einer Satzungsänderung erforderlichen notariellen Beurkundung und der Anmeldung zum Handelsregister.

Der Aufsichtsrat entscheidet beim Erlass der Geschäftsordnung mit **einfacher Mehrheit**<sup>1</sup>. Die Gesellschafterversammlung entscheidet jedoch mit satzungsändernder Mehrheit, weil die Geschäftsordnung der Satzung näher als der Einzelentscheidung steht<sup>2</sup>. 77

**Gegenstand** einer Geschäftsordnung können grundsätzlich alle innerorganisatorischen Regelungsprobleme sein, soweit nicht zwingendes Gesetzesrecht entgegensteht (vgl. etwa § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG), also insbesondere die innere Ordnung des Aufsichtsrats, seine Einberufung, Tagesordnung, Beschlussfähigkeit, Beschlussfassung usw.<sup>3</sup> 78

Streitig ist, ob es beim Aufsichtsrat nach MitbestG eine uneingeschränkte oder doch auf einen Kernbereich beschränkte **Geschäftsordnungsautonomie** des Aufsichtsrats gibt oder ob der Vorrang der Satzungsautonomie und, nach der hier vertretenen Ansicht, der Vorrang der Geschäftsordnungsautonomie der Gesellschafter auch bei diesen Gesellschaften besteht. Teilweise wird die Ansicht vertreten, aus der Umbildung des Aufsichtsrats ergebe es sich, dass er auch allein dafür zuständig sei, seine inneren Angelegenheiten zu regeln<sup>4</sup>. Dem ist nicht zuzustimmen. Das Mitbestimmungsrecht hat das allgemeine Gesellschaftsrecht nur insoweit ergänzt und verändert, soweit dies eindeutig aus dem Gesetz abzulesen ist. Soweit dies nicht erkennbar wird, bleibt es bei der allgemeinen Regelung. Regeln über die innere Ordnung können daher auch in die Satzung aufgenommen werden. 79

1 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 107 Rdnr. 214; *Hüffer*, AktG, § 107 Rdnr. 24; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 14; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 14; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 46; Einzelheiten bei: *Uwe H. Schneider*, in: GK-MitbestG, § 29 Rdnr. 66.

2 *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 107 Rdnr. 163; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 14; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 46; s. auch *Uwe H. Schneider*, in: FS Mühl, 1981, S. 647 (für Geschäftsordnung der Geschäftsführer).

3 S. hierzu: *Ulmer*, ZHR 141 (1977), 490; *Säcker/Theisen*, AG 1980, 29.

4 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 12; *Lutter*, Die Betriebswirtschaft 1977, 124; *Martens*, DB 1980, 1381; *Theisen*, Die Aufgabenverteilung in der mitbestimmten GmbH, 1980, S. 124; vgl. auch *Hommelhoff*, BFuP 1977, 507 (im Ergebnis jedoch offen); für Satzungs-vorrang aber die h.M.: OLG Karlsruhe, BB 1980, 1232; OLG München, DB 1981, 1077; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 14; *Hölters*, BB 1975, 801; *Hoffmann/Neumann*, GmbHR 1976, 151; *Mertens*, ZGR 1977, 287; *Schaub*, ZGR 1977, 294; *Luther*, ZGR 1977, 306; *Heinsius*, AG 1977, 281; *Rittner*, DB 1980, 2498; *Canaris*, DB 1981, Beilage 14, S. 4; *Paefgen*, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982, S. 144.

### III. Die Stellung und die Aufgaben des Aufsichtsrats

#### 1. Der Aufsichtsrat als Innenorgan

- 80 Der Aufsichtsrat ist ein Organ der Gesellschaft<sup>1</sup>. Dem Aufsichtsrat und nicht seinen einzelnen Mitgliedern sind innerhalb der Entscheidungsorganisation der Gesellschaft bestimmte Zuständigkeiten und Aufgaben zugeordnet, deren Wahrnehmung am Gesellschaftsinteresse auszurichten ist (**institutioneller Organbegriff**). Das Verhalten seiner Mitglieder wird, soweit sie als Amtsträger tätig sind, der Gesellschaft zugerechnet (**funktionaler Organbegriff**). Der Aufsichtsrat ist jedoch nicht selbst Korporation, er ist weder „teilrechtsfähig“ noch „teilverpflichtenfähig“; er ist damit auch nicht „teilvermögensfähig“<sup>2</sup>. Er ist nur eine Wirkungseinheit der juristischen Person: GmbH. Zur Parteifähigkeit s. Rdnr. 552.
- 81 Die **Stellung und die Aufgaben des Aufsichtsrats** in der GmbH lassen sich nicht einheitlich beschreiben. Vielmehr bestehen große Unterschiede zwischen dem fakultativen Aufsichtsrat, dem Aufsichtsrat nach DrittelbG und dem Aufsichtsrat nach MitbestG. Die Stellung des fakultativen Aufsichtsrats ergibt sich aus den aktienrechtlichen Normen, auf die § 52 verweist. Im Übrigen sind seine Stellung und seine Aufgaben von dem Willen der Gesellschafter abhängig, soweit er in der Satzung Gestalt gewonnen hat. Beim obligatorischen Aufsichtsrat ist dies von den jeweiligen zwingenden Regelungen abhängig. Zugleich ergeben sich aus den unterschiedlichen Ordnungsprinzipien und aus der im Vergleich zur Hauptversammlung und zum Vorstand einer AG grundsätzlich anderen Stellung der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführer im Entscheidungsgefüge der GmbH nachhaltige Unterschiede im Vergleich zum Aufsichtsrat der AG.
- 82 Behält man dies im Auge, so lassen sich doch eine Reihe **typischer Merkmale** des Aufsichtsrats festhalten:
- 83 Der Aufsichtsrat ist kein Außenorgan, sondern ein **Innenorgan** der Gesellschaft. Er ist am internen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess beteiligt. Er hat nur ganz ausnahmsweise die Aufgabe, die Gesellschaft gegenüber Dritten zu vertreten (s. Rdnr. 173). Hiervon abgesehen ist er nicht befugt, Verbindung zu Geschäftspartnern<sup>3</sup>, Behörden usw. aufzunehmen, um etwa Informationen zu beschaffen oder weiterzugeben.
- 84 Der Aufsichtsrat ist kein zweites Geschäftsführungsorgan, sondern in erster Linie ein **Beratungs- und Kontrollorgan**. Seine Aufgaben im Verhältnis zu den Geschäftsführern werden wesentlich durch die Lage der Gesellschaft bestimmt.

1 Zum Organbegriff s. auch *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 212; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 150; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 63 ff.; *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, 2000, S. 157 ff.

2 A.A.: *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288; gegen Teilrechtsfähigkeit auch *Häsemeyer*, ZHR 144 (1980), 265, 271; *Teichmann*, in: FS Mühl, 1981, S. 663, 667.

3 OLG Zweibrücken, AG 1991, 70; s. auch Rdnr. 128.

Der Aufsichtsrat ist teilweise zugleich das Bestellorgan für die Geschäftsführer (s. Rdnr. 164).

Der Aufsichtsrat ist somit kein Organ, dessen Mitglieder lediglich Repräsentationsaufgaben erfüllen. Die Aufsichtsratsmitglieder sind vielmehr mit einer großen **unternehmerischen Mitverantwortung**<sup>1</sup> (s. aber auch Rdnr. 144) und daran anknüpfend mit einer Vielzahl von Pflichten belastet. Das erwartete **hohe Maß an Sorgfalt** stellt entsprechende Anforderungen an die Ausbildung, an die Erfahrung und an die Fähigkeiten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder (s. Rdnr. 516). 85

Die Aufsichtsratsmitglieder sind in der Regel gegenüber der Gesellschaft steuerrechtlich selbständig<sup>2</sup>, und zwar nur **im Nebenamt** tätig<sup>3</sup>. Das ist bei den Aufgaben des Organs und der Umschreibung der Pflichten seiner Mitglieder zu berücksichtigen. 86

#### a) Die Überwachung

##### aa) Gegenstand der Überwachung

Zu den wichtigsten und daher auch unabdingbaren Aufgaben des Aufsichtsrats gehört die Überwachung der **Geschäftsführung**, § 52 i.V.m. § 111 AktG. Für die „Geschäftsführung“ sind in der Regel die Geschäftsführer zuständig. Deren Tätigkeit unterliegt zugleich der Überwachung der Gesellschafterversammlung. Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats und der Gesellschafterversammlung ergänzen sich; denn weder durch die freiwillige Einrichtung eines Aufsichtsrats noch durch den obligatorischen Aufsichtsrat verliert die Gesellschafterversammlung die Befugnisse zur selbständigen Überwachung der Geschäftsführer<sup>4</sup>. 87

##### bb) Keine Überwachung der Gesellschafterversammlung

Bei der Aktiengesellschaft obliegt die Geschäftsführung dem Vorstand, und zwar nur dem Vorstand. Nur ganz ausnahmsweise kann nach § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG und nach § 119 Abs. 2 AktG über Fragen der Geschäftsführung die Hauptversammlung angerufen werden. Überwachung der Geschäftsführung bedeutet daher bei der Aktiengesellschaft Überwachung der Geschäftsführung durch den Vorstand. Bei der GmbH ist die Lage anders. Und daraus ergibt sich ein wesentlicher Unterschied in den Aufgaben des Aufsichtsrats. *Zum einen* entscheiden bei der GmbH die Gesellschafter über die Grundzüge der Geschäftspolitik (s. bei § 37 Rdnr. 10; str.). *Zum zweiten* fallen ungewöhnliche 88

1 Götzt, ZGR 1990, 656.

2 BFH, GmbHR 1997, 375.

3 S. auch Mülberr, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 99, 102.

4 Für die nach MitbestG mitbestimmte GmbH: BGHZ 135, 48 = GmbHR 1997, 829; Semler, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 66; Zöllner, ZGR 1977, 319.

Maßnahmen der Geschäftsführung in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafter (s. bei § 37 Rdnr. 12 ff.). Und *zum dritten* können die Gesellschafter den Geschäftsführern in allen Bereichen der Geschäftsführung Weisungen erteilen (s. bei § 37 Rdnr. 30 ff.). Diese Aufteilung der Zuständigkeiten für die Geschäftsführung bei der GmbH darf nicht zu der Annahme verleiten, der Aufsichtsrat habe auch die Gesellschafterversammlung zu überwachen<sup>1</sup>, soweit sie etwa durch Weisungen im Rahmen der Geschäftsführung tätig wird. Die Überwachung durch den Aufsichtsrat erstreckt sich vielmehr auf die Überwachung der Geschäftsführung, nur soweit sie durch die Geschäftsführer erfolgt. Die Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat ist somit keine umfassende Funktionskontrolle<sup>2</sup>.

- 89 Falls die Gesellschafter eine **Beratung durch den Aufsichtsrat** für erforderlich halten, so können sie diese anfordern. Es gibt jedoch keine Pflicht der Gesellschafter, sich durch den Aufsichtsrat beraten zu lassen. Beschlüsse der Gesellschafter außerhalb von Gesellschafterversammlungen sind nicht deshalb ausgeschlossen, weil hierdurch die Überwachungs- und Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats eingeschränkt würde<sup>3</sup>. Das schließt jedoch ein eigenständiges Berichtsrecht gegenüber der Gesellschafterversammlung nicht aus, soweit der Aufsichtsrat seinerseits entsprechende Informationen für seine Arbeit für erforderlich hält (s. Rdnr. 120).
- 90 Die Überwachung erstreckt sich auch auf solche **Mitarbeiter**, die maßgeblich an der Vorbereitung und Durchführung grundlegender unternehmerischer Entscheidungen beteiligt sind<sup>4</sup>.

### cc) Zweck und Maßstäbe der Überwachung

- 91 Die Überwachung der Geschäftsführung umfasst zwei Teilbereiche, nämlich die nachträgliche Überwachung (ex post-Kontrolle) und die begleitende und vorausschauende Überwachung (ex ante-Kontrolle):
- 92 – Die **nachträgliche Überwachung** bezieht sich auf die abgeschlossenen Sachverhalte der Geschäftsführung. Hierdurch sollen die Geschäftsführer angehal-

1 So aber: *Duden*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 95, 99; *Kastner*, in: FS Strasser, 1983, S. 843, 859; wie hier: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 86, 232; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 220; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 128.

2 So aber: *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 101; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 188; *Hommelhoff*, ZGR 1978, 145; *Timm*, DB 1980, 1201; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, 1994, S. 32.

3 Ebenso: *Meyer-Landrut/Niehus*, Rdnr. 21; *Zöllner*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 905, 917; *Säcker*, NJW 1979, 1521, 1524; a.A.: *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119, 148.

4 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 86; *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 110; *Hüffer*, AktG, § 111 Rdnr. 3; s. auch *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 50; a.A.: OLG Köln, AG 1978, 17, 21; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 68 (kein selbständiges Überwachungsobjekt); *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 103; *Scheffler*, DB 1994, 793; *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 290.

ten werden, ihre Pflichten zu erfüllen. Sie soll sicherstellen, dass unzweckmäßige Maßnahmen in der Vergangenheit und problematische Entwicklungen aufgedeckt werden und korrigierend eingegriffen werden kann<sup>1</sup>; und sie soll die Willensbildung und Entscheidungsfindung der Gesellschafter verbessern, ob sie die Geschäftsführer wiederbestellen oder abberufen und ob u.U. Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden sollen.

- Die **begleitende und vorausschauende Überwachung** bezieht sich auf die grundsätzlichen Fragen der gegenwärtigen Unternehmensleitung. Dazu gehören *erstens* die Ausgestaltung und Umsetzung der Geschäftspolitik, soweit diese von den Geschäftsführern beschlossen wurde, und *zweitens* solche Einzelgeschäfte, die für die Gesellschaft von grundlegender Bedeutung sind<sup>2</sup>. Das fortlaufende Gespräch mit den Geschäftsführern, die Abwägung der Handlungsmöglichkeiten und die Beratung der Geschäftsführer wird damit Teil der Überwachung durch den Aufsichtsrat (s. näher Rdnr. 124). Die „Beratung ist deshalb das vorrangige Mittel der in die Zukunft gerichteten Kontrolle des Vorstands“<sup>3</sup>. Das gilt entsprechend für die Geschäftsführer.

Droht sich die Lage der Gesellschaft zu verschlechtern oder ist die GmbH in Krise, so erweitert sich die beratende Überwachung zur unterstützenden und gestaltenden Überwachung<sup>4</sup>. Im Rahmen der **unterstützenden Überwachung** ist der Aufsichtsrat gehalten, durch angemessene Zustimmungsvorbehalte die Überwachung zu verstärken<sup>5</sup>. In der Krise hat der Aufsichtsrat im Wege der **gestaltenden Überwachung** alle rechtlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, um sicherzustellen, dass die Geschäftsführer in der Lage sind, ihren Aufgaben nachzukommen.

**Maßstäbe** für die Überwachung sind die **Rechtmäßigkeit**, die **Ordnungsmäßigkeit**, die **Zweckmäßigkeit** und die **Wirtschaftlichkeit** der Geschäftsführung<sup>6</sup>:

1 LG Bielefeld, BB 1999, 2630.

2 LG Stuttgart, DB 1999, 2462; Henze, BB 2000, 213.

3 BGHZ 114, 127, 130 = NJW 1991, 1830; BGHZ 126, 340, 344; vgl. ferner BGHZ 124, 111, 128; allgemein: Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 20; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 94; Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 252; Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 5; Semler, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 249; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 32; Krieger, ZGR 1985, 338, 340; Goette, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 128; Henze, BB 2000, 214; für die GmbH ausdrücklich: Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 89; s. auch Frerk, AG 1995, 212 ff.; Möllers, ZIP 1995, 1725, 1726 f.; Thümmel, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 3. Aufl., Rdnr. 236; abweichend: Jäger, DStR 1996, 671 ff.

4 Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 232 ff.; Henze, BB 2000, 214.

5 LG Bielefeld, BB 1999, 2630, 2632 mit Anm. Thümmel.

6 BGHZ 114, 127, 129 f.; Mutter, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, 1994, S. 124 ff.; aus betriebswirtschaftlicher Sicht: Bea/Scheurer, DB 1994, 2145; Theisen, AG 1995, 193, 199 ff.; Semler, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 81; Henze, BB 2000, 214.

- 96 – Zu achten ist auf die **Rechtmäßigkeit** der Geschäftsführung. Die Geschäftsführer haben sich bei ihrer Tätigkeit, vor allem bei der Unternehmensleitung, an die gesetzlichen Bestimmungen und die Satzung zu halten. Und der Aufsichtsrat hat darüber zu wachen, dass die Geschäftsführer ihrerseits die Mitarbeiter des Unternehmens anhalten, sich an die gesetzlichen Gebote und Verbote zu halten („**Zuchtmeisterpflicht**“; s. bei § 43 Rdnr. 41, 371); denn die Unternehmen und die Geschäftsführer persönlich sind mit einer Vielzahl öffentlicher Gebote und Verbote belastet, angefangen bei den steuerrechtlichen Vorschriften über die Normen des Umweltrechts, des Kartellrechts, des Vergaberechts, des Datenschutzrechts bis hin zu den Vorschriften des Außenwirtschaftsrechts und des Verbots der Korruption<sup>1</sup>. Werden diese Gebote und Verbote verletzt, so drohen den Unternehmen unter Umständen schwere wirtschaftliche Nachteile und drakonische Strafen. Erkennt der Aufsichtsrat rechtswidriges Verhalten der Geschäftsführer oder deren pflichtwidriges Verhalten, weil sie ihre „Zuchtmeisterpflichten“ verletzt haben, so hat der Aufsichtsrat dagegen einzuschreiten. Die Gesellschafter sind aber nur zu informieren, wenn es sich um schwerwiegende Rechtsverstöße handelt.
- 97 – Zu achten hat der Aufsichtsrat ferner auf die **Einhaltung der Satzung**. Dazu gehört die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung, die Wahrung der Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung für die Grundzüge der Unternehmenspolitik und für ungewöhnliche Maßnahmen (s. bei § 37 Rdnr. 12 ff.).
- 98 – Die Überwachung umfasst die **Ordnungsmäßigkeit** der Geschäftsführung. Hieran zu messen ist die sachgerechte Organisation der Tätigkeit der Geschäftsführer, das Einhalten bestimmter Verfahren bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung, die Organisation des Unternehmens usw. Zu den Aufgaben des Vorstands der Aktiengesellschaft gehört nach § 91 Abs. 2 AktG die Einrichtung eines Überwachungssystems, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Entsprechende Pflichten bestehen unter Berücksichtigung von Art und Größe des Unternehmens für den Geschäftsführer einer GmbH (s. bei § 43 Rdnr. 96). Im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit muss demgemäß der Aufsichtsrat einer GmbH auch auf die Einrichtung und Funktionsfähigkeit eines solchen Systems achten<sup>2</sup>.
- 99 – Die Überwachung erstreckt sich vor allem aber auch auf die **Zweckmäßigkeit** und die **Wirtschaftlichkeit** der Geschäftsführung<sup>3</sup>. Dazu gehört einerseits, darauf hinzuwirken, dass die Geschäftsführer im Rahmen des Gegenstands des Unternehmens die Unternehmensziele verfolgen. Es ist andererseits die

1 Brooks, in: FS Peltzer, 2001, S. 32.

2 Altmeyden, ZGR 1999, 291, 310; ferner Hommelhoff/Mattheus, AG 1998, 251; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 221.

3 Allg. Ansicht: BGHZ 75, 120, 133; BGHZ 114, 127, 130; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 221; v. Schenck, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 126 f.; Semler, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 122; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 11; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 83 f.; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 235; Henze, BB 2000, 215; a.A. Mertens, ZGR 1977, 270, 278.

Aufgabe des Aufsichtsrats, dafür zu sorgen, dass die Geschäftsführer die kurz-, mittel- und langfristigen Unternehmensziele verfolgen, getroffene Entscheidungen umsetzen, dabei keine unangemessenen Risikogeschäfte eingehen oder sonstige Handlungen verwirklichen, die mit nicht zu verantwortenden Risiken für das Unternehmen belastet sind.

Im Rahmen seiner Überwachung hat der Aufsichtsrat zwar nicht jede einzelne Maßnahme des Tagesgeschäfts, einzelne Verträge, Abfindungen, Spenden etc. aufzugreifen. Er hat sich vielmehr auf die Überwachung der Leitung der Gesellschaft zu beschränken. Zu würdigen sind aber **Einzelgeschäfte**, wenn sie für die Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind<sup>1</sup>, die Veräußerung oder der Erwerb wesentlicher Beteiligungen usw. 100

#### dd) Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung

Das **Verfahren der Überwachung** ist gesetzlich nicht geregelt. § 111 Abs. 2 AktG bestimmt lediglich das Aufsichtsinstrumentarium. Für die Frage, ob der Aufsichtsrat bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben ein gerichtlich nicht überprüfbares Beratungs- und Überwachungsermessen hat, muss differenziert werden: Zu unterscheiden ist zwischen der nachträglichen, der begleitenden und der vorausschauenden Überwachung: In Bezug auf letztere hat der Aufsichtsrat ein weites Überwachungsermessen, da es um die Realisierung eines typischen Gestaltungsspielraumes der Unternehmensführung geht. Demgegenüber hat der Aufsichtsrat bei der ex post-Kontrolle (s. Rdnr. 92) schon getroffener Entscheidungen grundsätzlich kein unternehmerisches Ermessen und ist daher z.B. i.d.R. verpflichtet, gegen rechtswidriges Handeln der Geschäftsführung vorzugehen<sup>2</sup>. Ein Ermessen ist dem Aufsichtsrat dementsprechend z.B. bei der Frage der Einräumung eines Zustimmungsvorbehaltes nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG grundsätzlich zuzubilligen. Aber auch dieses Ermessen kann sich im Einzelfall, etwa bei gesetzwidrigen Handlungen der Geschäftsführer, zu einer bestimmten Handlungspflicht verdichten („Ermessensreduzierung auf Null“)<sup>3</sup>. 101

Zur **Konkretisierung der rechtlichen Mindestanforderungen** an eine sorgfältige Überwachung und zur Konkretisierung der Erwartungen im Rahmen des Beratungs- und Überwachungsermessens ist vorgeschlagen worden, „Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung“ zu entwickeln<sup>4</sup>. Allgemeine Grundsätze sol- 102

<sup>1</sup> LG Stuttgart, DB 1999, 2462.

<sup>2</sup> Für die AG: BGHZ 135, 244 ff.; *Thümmel*, DB 1999, 885 ff.; *Schaefer/Missling*, NGZ 1998, 441, 446; s. auch *Götz*, NJW 1997, 3275 ff.; *Horn*, ZIP 1997, 1129 ff.; *Jaeger/Tröltzsch*, ZIP 1997, 1157 ff.; *Lutter*, ZIP 1995, 441 f.; *Raiser*, NJW 1996, 552 ff.; *Henze*, NJW 1998, 3312 ff.; a.A. die Vorinstanz zum BGH OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1371 ff.; *Dreher*, ZHR 159 (1995), 614 ff.

<sup>3</sup> BGHZ 124, 111, 127; BGH, WM 1994, 22 = JZ 1994, 680 mit Anm. *Schön*; s. auch LG Düsseldorf, AG 1994, 326 (AG); LG Bielefeld, BB 1999, 2632; *Semler*, AG 1983, 141 ff.; *Hüffer*, AktG, § 111 Rdnr. 17; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 106; einschränkend *Götz*, ZGR 1990, 633, 637; s. auch Rdnr. 143.

<sup>4</sup> *Theisen*, Die Überwachung der Unternehmensführung, 1987; *Theisen*, Information und Berichterstattung des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2007; *Peltzer*, in: Hommelhoff/Rowedder/

len die Anforderungen an die personellen und institutionellen Elemente des Überwachungsverfahrens formulieren. Besondere Grundsätze sollen dagegen die Überwachung der Unternehmensführung als Prozess regulieren<sup>1</sup>. Rechtlich verbindlich können solche Grundsätze nicht sein. Sie können lediglich einen Versuch darstellen, Maßstäbe für eine ordnungsgemäße Überwachung zu liefern. Eine weitergehende Konkretisierung ist bislang nicht gelungen<sup>2</sup>.

- 103 Zum einen bestehen aber Grenzen für das Beratungs- und Überwachungsermessen, zum anderen ist der Aufsichtsrat bei seiner Tätigkeit an bestimmte **Verfahrensregeln** gebunden:

#### ee) Ermittlung des Sachverhalts, Berichtspflicht

- 104 Das Verfahren bei der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats gliedert sich in vier Abschnitte, nämlich:
- in die Ermittlung des Sachverhalts,
  - in die Entscheidungsfindung im Aufsichtsrat,
  - in die Einwirkung auf die Geschäftsführer oder/und
  - in die Einberufung und Information der Gesellschafterversammlung.

#### aaa) Informationsrecht und Berichtspflicht

- 105 § 52 verweist nur auf § 90 Abs. 3, 4 und 5 Satz 1 und 2 AktG. Eine Verweisung auf § 90 Abs. 1 und 2 AktG fehlt auch in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und in § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG sowie in § 6 Abs. 2 InvG. Daraus darf man schließen, dass den Geschäftsführern bewusst **keine laufende Berichtspflicht** gegenüber dem Aufsichtsrat auferlegt wurde und kein Grund dafür besteht, dies als überholt anzusehen<sup>3</sup>. Der Aufsichtsrat seinerseits ist freilich verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihm regelmäßig von der Geschäftsführung Bericht erstattet wird<sup>4</sup>.
- 106 Das **Informationssystem der GmbH** unterscheidet sich somit von dem Informationssystem der Aktiengesellschaft. Es verlangt, sofern nichts anderes in der Satzung vorgesehen ist, eine **Initiative des Aufsichtsrats**. Ist die Gesellschaft prüfungspflichtig (§ 316 Abs. 1 Satz 1 HGB), so darf sich der Aufsichtsrat nicht

---

Ulmer, Hachenburg 3. Gedächtnisvorlesung, 1998, S. 49, 70; Lutter, DB 1995, 1925; Semler, in: FS Peltzer, 2001, S. 489; zustimmend, aber mit Vorbehalten: Scheffler, ZGR 1993, 75.

1 Theisen, Die Überwachungsaufgabe der Unternehmensführung, 1987, S. 277; v. Werder, DB 1999, 2221; s. auch bei § 43 Rdnr. 84.

2 S. aber v. Werder, DB 1999, 2221.

3 Wie hier: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 238; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 754 f.; v. Hoyningen-Huene/Powietzka, BB 2001, 529; Gaul/Otto, GmbH 2003, 7; a.A. Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 115; Raiser, § 25 MitbestG Rdnr. 69.

4 Ebenso: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 238; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 923; Semler, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 11.



damit begnügen, lediglich die ihm vorzulegenden Prüfungsberichte, § 42a Abs. 1 Satz 3, heranzuziehen. Der Prüfungsbericht ist nicht zeitnah, und er gibt u.U. nur ein verkürztes Bild, weil er auch Dritten, z.B. dem Finanzamt und den Kreditinstituten, zugänglich gemacht werden muss.

Im Blick hierauf haben die Geschäftsführer auf Ersuchen des Aufsichtsrats über alle Angelegenheiten der Gesellschaft, über die Beziehungen zu den verbundenen Unternehmen und über die Angelegenheiten der Konzernunternehmen (konzernweite Berichtspflicht) umfassend zu berichten<sup>1</sup> („**Grundsatz der gewissenhaften Berichterstattung**“). Zur selbständigen Berichterstattung sind die Geschäftsführer nur punktuell in besonderen Fällen verpflichtet. Der Aufsichtsrat kann seiner Überwachungs- und Beratungsfunktion nur nachkommen, wenn die Geschäftsführer auch ohne Befragen über solche Maßnahmen berichten, die zwar nicht den Gesellschaftern vorzulegen, die aber gleichwohl für die Entwicklung der Gesellschaft von wesentlicher Bedeutung sind. Im Übrigen können die Gesellschafter in der Satzung und der Aufsichtsrat durch Ersuchen an die Geschäftsführer eine laufende Berichterstattung sicherstellen. 107

Das Informationsrecht des Aufsichtsrats und spiegelbildlich die Berichtspflicht der Geschäftsführer erstreckt sich auf die „Angelegenheiten der Gesellschaft“, soweit deren Kenntnis „zur Wahrnehmung der Aufgaben des Aufsichtsrats erforderlich ist“, § 90 Abs. 3 AktG<sup>2</sup>. Die Geschäftsführer haben daher im Blick auf die **zurückschauende** und die **begleitende Überwachung** über in der Vergangenheit und in der Gegenwart liegende Sachverhalte und zwar insbesondere die Geschäfts- und die Ertragsentwicklung zu berichten. Auch insoweit ist vorgeschlagen worden, im Rahmen der „Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung“ (s. Rdnr. 101) besondere „Grundsätze ordnungsmäßiger Berichterstattung“ zu entwickeln<sup>3</sup>. 108

Die Berichterstattung hat problemorientiert und zeitnah zu erfolgen. Zu berichten ist entsprechend § 90 Abs. 1 AktG über den Gang der Geschäfte, die Lage und die Rentabilität der Gesellschaft und Vorgänge von erheblicher tatsächlicher oder rechtlicher Bedeutung (z.B. Insolvenzgefahr beim Hauptabnehmer; Rechtsgeschäfte mit erheblichem Risikopotential usw.). Abweichungen von den Planzahlen sind zu begründen, entsprechend § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG<sup>4</sup>. Da die Kontrolle aber auch die **vorausschauende Überwachung**<sup>5</sup> mit ein- 109

1 Zum Auskunftsrecht über Angelegenheiten von Konzernunternehmen: *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 149 f.; *Uwe H. Schneider*, BB 1981, 252; entsprechend für die Gesellschafter: *Uwe H. Schneider*, in: *Der GmbH-Konzern*, 1976, S. 101.

2 *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 90 Rdnr. 4; *Mertens*, AG 1980, 67; *Sina*, NJW 1990, 1018; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 8; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 163; *Uwe H. Schneider*, in: *FS Kropff*, 1997, S. 271, 274.

3 Den Aufbau eines Aufsichtsrats-Informationssystems verlangen etwa bei der AG: *Pothoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 775 ff.; s. auch *v. Schenck*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 109.

4 *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, 2006, S. 144.

5 BGH, NJW 1991, 1830, 1831; s. dazu bei Rdnr. 92.

schließt, ist auch über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen künftiger Geschäftsführung unter Einschluss der Personalentwicklung zu berichten. Ein konkreter Anlass zum Misstrauen braucht nicht zu bestehen. Der Aufsichtsrat verletzt im Gegenteil seine Pflichten, wenn er abwartet, bis entsprechender Anlass besteht<sup>1</sup>.

- 110 Ob eine Information zur Wahrnehmung der Aufgaben des Aufsichtsrats „erforderlich ist“, entscheiden nicht die Geschäftsführer, sondern der Aufsichtsrat. Dabei ist ihm ein weites Ermessen eingeräumt. Im Ergebnis führt dies dazu, dass nur **missbräuchliche Anforderungen** eine Grenze bilden.
- 111 Eine **Geheimhaltungsbefugnis** der Geschäftsführer gegenüber dem Aufsichtsrat besteht nicht: „Alles was die Geschäftsführer wissen, darf auch der Aufsichtsrat wissen“<sup>2</sup>. Im Blick hierauf ist der Ansicht nicht zuzustimmen, die Geschäftsführer brauchten über besonderes Know-how der Gesellschaft, Fabrikationsverfahren und ähnliche Geheimnisse nicht zu berichten<sup>3</sup>. Der Aufsichtsrat muss sich vielmehr fragen lassen, ob entsprechende Informationen für die Überwachung der Geschäftsführung erforderlich sind. Nur das ist die Grenze. Dabei ist bei Betriebsgeheimnissen ein besonders strenger Maßstab anzusetzen.
- 112 Auch wenn Gefahr besteht, dass die Schweigepflicht durch einzelne Aufsichtsratsmitglieder nicht eingehalten wird und der Gesellschaft aus der Veröffentlichung Schaden entsteht, berechtigt dies die Geschäftsführer nicht, die Tatsachen dem Aufsichtsrat gegenüber zu verschweigen.
- 113 Der Aufsichtsratsvorsitzende darf die **Information** den Aufsichtsratsmitgliedern aber **nicht weiterleiten**, wenn eine konkrete Gefahr besteht, dass sie die Vertraulichkeit nicht wahren werden.
- 114 Über die **Art und Weise der Informationsvermittlung** entscheiden die Geschäftsführer. Berichte brauchen nicht notwendig schriftlich zu sein. Nach der Einfügung des § 90 Abs. 4 Satz 2 AktG durch das TransPuG sind die Berichte mit Ausnahme des Berichts nach § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG in der Regel aber in Textform zu erstatten<sup>4</sup>.
- 115 Werden Berichte schriftlich erstattet, sind sie jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen **„auszuhändigen“**, soweit der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat, § 52 i.V.m. § 90 Abs. 5 Satz 2 AktG. Elektronisch zur Verfügung gestellte Berichte sind **„zu übermitteln“**.

1 OLG Düsseldorf, AG 1984, 273, 275; Uwe H. Schneider, in: FS Kropff, 1997, S. 275.

2 Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16; entsprechend für die AG: Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 8, 463; Schmidt-Aßmann/Ulmer, Beil. zu BB, Heft 27/1988, 3; Sina, NJW 1990, 1018; Wünsch, öGmbHG, § 30j Rdnr. 46.

3 So aber etwa: Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 90 Rdnr. 7; Mertens, AG 1980, 67; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 108; ähnlich wie hier aber Sina, NJW 1990, 1018.

4 S. auch schon Baums (Hrsg.), Bericht Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdnr. 25 S. 69; Leyens, Information des Aufsichtsrats, 2006, S. 144.

Gelegentlich verlangen Vertragspartner in schuldrechtlichen Verträgen, z.B. Kauf- oder Darlehensverträgen, dass bestimmte Vorgänge den Aufsichtsratsmitgliedern nicht mitgeteilt werden dürfen. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, es handele sich um Staatsgeheimnisse oder um Betriebsgeheimnisse, deren Geheimhaltung im Interesse des Dritten zu sichern sei. Über die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen besteht keine Einigkeit. Bei **Staatsgeheimnissen** wird teilweise die Ansicht vertreten, der Vorstand dürfe hierüber dem Aufsichtsrat nicht berichten<sup>1</sup>. Nach anderer Ansicht gelten solche Beschränkungen nicht. Vielmehr müsse eine Behörde, die einem aufsichtsratspflichtigen Unternehmen ein Staatsgeheimnis anvertraue, die internen Regeln der Entscheidungsfindung dieses Unternehmens akzeptieren. Daraus folge, dass der Vorstand den Aufsichtsrat informieren dürfe<sup>2</sup>. Dieser zuletzt genannten Ansicht wird man zustimmen müssen.

Bei **schuldrechtlichen Vereinbarungen** ist zu unterscheiden:

- Schuldrechtliche Vereinbarungen mit Dritten können gewisslich die interne Zuständigkeitsordnung der GmbH sowie die Rechte und Pflichten der Organmitglieder nicht ändern. Entsprechende Vereinbarungen mit Dritten, etwa mit dem Inhalt, der Aufsichtsrat dürfe nicht informiert werden, lassen daher die Berichtspflicht des Vorstands sowie das Informationsrecht des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder unberührt<sup>3</sup>.
- Solche schuldrechtlichen Vereinbarungen mit Dritten sind aber nicht unwirksam, und zwar selbst dann nicht, wenn es sich um „eine ganz allgemeine Abrede“ handelt<sup>4</sup>. Sie sind vielmehr in der Weise auszulegen, dass für Dritte kein Erfüllungsanspruch besteht, wohl aber ein Schadensersatzanspruch, wenn die Verpflichtung durch die Gesellschaft nicht eingehalten wird.

Von der schuldrechtlichen Bindungswirkung zu unterscheiden ist die Frage, ob die Geschäftsführer und der Aufsichtsrat intern vorsehen können, dass bestimmte Vorgänge nur einzelnen Geschäftsführern und Aufsichtsratsmitgliedern bekannt werden. Hinsichtlich des Aufsichtsrats bestehen dabei keine Bedenken, sofern nur der Aufsichtsrat seiner Überwachungsaufgabe angemessen nachkommen kann. Im Übrigen sind solche gesellschaftsinternen Abreden aber wohl nur zulässig, wenn ein erkennbares Eigeninteresse des Vertragspartners vorliegt und der Aufsichtsrat einstimmig zustimmt, dass bestimmte Vorgänge nur dem Aufsichtsratsvorsitzenden oder einer beschränkten Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern bekannt werden<sup>5</sup>.

1 S. etwa *Meyer-Landrut*, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl., § 90 Anm. 9.

2 So etwa *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 140; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 90 Rdnr. 117; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 90 Rdnr. 15; *Sina*, NJW 1990, 1018.

3 S. für das Informationsrecht des Gesellschafters: OLG Braunschweig, GmbHR 1993, 509, 510 (Bankgeheimnis).

4 So aber *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 141.

5 Weiter: *Mertens*, AG 1980, 67, 74; und dem folgend: *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 142: Unterrichtung des Gesamtaufichtsrats genügt.

**bbb) Einsichts- und Prüfungsrecht**

- 119 Das Informationsrecht des Aufsichtsrats wird durch ein Besichtigungs- und Einsichtsrecht ergänzt, § 52 i.V.m. § 111 Abs. 2 AktG. Um den für die Überwachung erforderlichen Sachverhalt festzustellen, hat der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 2 AktG ein eigenständiges **Besichtigungsrecht** der Betriebsstätten usw. und vor allem ein eigenständiges **Einsichts- und Prüfungsrecht** in die Bücher und alle Unterlagen (eingeschlossen Personalakten)<sup>1</sup>, Steuerbescheide, Bankauszüge usw., unabhängig davon, in welcher Form die Daten gespeichert werden. Das Besichtigungsrecht erstreckt sich auf alle Vermögensgegenstände einschließlich der Betriebe im In- und Ausland<sup>2</sup>. Auch hierfür gelten aber die oben beschriebenen institutionellen Schranken. Die zu erlangenden Informationen müssen für die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats „erforderlich“ sein. Das verlangt keinen konkreten Anlass, wohl aber die abstrakte Geeignetheit<sup>3</sup>. Mit der Wahrnehmung dieser Rechte können auch ein Ausschuss und einzelne Mitglieder beauftragt werden, § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG. Zur Einschaltung von Sachverständigen s. Rdnr. 159.

Das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats im Konzern s. Rdnr. 186 ff.

**ccc) Informationsrecht gegenüber Gesellschaftern**

- 120 Zweifelhaft ist es, ob der Aufsichtsrat ein eigenständiges Informationsrecht gegenüber den Gesellschaftern hat. In § 90 AktG wird ein solches Informationsrecht nicht genannt, was seinen Grund darin hat, dass die Hauptversammlung nur ganz ausnahmsweise unternehmensleitende Beschlüsse fasst. Anders ist die Lage bei der GmbH, so dass hier eine Lücke im Informationssystem entsteht.
- 121 Gegen ein Informationsrecht lässt sich nicht einwenden, es sei nicht die Aufgabe des Aufsichtsrats, die Gesellschafterversammlung zu überwachen. Dem ist zwar zuzustimmen. Das Informationsrecht ist jedoch erforderlich, um dem Aufsichtsrat eine angemessene Willensbildung und Entscheidungsfindung zu ermöglichen, soweit er in die gesellschaftsinterne Willensbildung integriert ist<sup>4</sup>.

**ddd) Sachverständige und Prüfungsaufträge**

- 122 In der Regel ist der Aufsichtsrat auf die vollständige und wahre Information durch die Geschäftsführer angewiesen. Er kann sich auf zutreffende Information verlassen. Er ist insbesondere weder berechtigt noch verpflichtet, sich im Rahmen der Regelüberwachung an Angestellte des Unternehmens<sup>5</sup>, an Dritte,

1 Roth, AG 2004, 7; krit. Mertens, in: FS W. Werner, 1984, S. 570, für Gesellschafter.

2 OLG Düsseldorf, AG 1984, 275.

3 Schulze-Osterloh, ZIP 1998, 2129, 2132; Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 111 Rdnr. 42.

4 Ebenso: Kallmeyer, in: GmbH-Hdb., Rdnr. I 1864 ff.

5 Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 172.

also etwa an Geschäftspartner<sup>1</sup>, an Behörden usw. zu wenden, um Informationen zu erlangen, sie weiterzugeben oder gar auf diese einzuwirken<sup>2</sup>.

Bei Zweifeln an Sachverhalt und Bewertung kann der Aufsichtsrat aber Auskunftspersonen, darunter auch Mitarbeiter, Organmitglieder von Tochtergesellschaften, Kreditgeber und Kreditnehmer usw., zuziehen. Auf § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG ist in § 52 zwar nicht verwiesen, doch ist die Vorschrift analog heranzuziehen<sup>3</sup>. Der Aufsichtsrat, nicht dagegen einzelne Aufsichtsratsmitglieder, kann darüber hinaus „für bestimmte Aufgaben“ Sondergutachten durch Sachverständige anfordern und Sachverständige anhören<sup>4</sup>. Zum Abschluss entsprechender Verträge mit Sachverständigen hat der Aufsichtsrat Vertretungsmacht<sup>5</sup>. Er muss daher die Geschäftsführer nicht einschalten. Bei schwerwiegenden Zweifeln an den Informationen durch die Geschäftsführer ist er zu weitergehender Aufklärung verpflichtet<sup>6</sup>. Und vor allem ist der Aufsichtsrat in solchen Fällen **zur Information der Gesellschafter** verpflichtet (s. Rdnr. 126). 123

#### ff) Beratung und Einwirkung auf die Geschäftsführer

Aufgabe des Aufsichtsrats ist es nicht nur, abgeschlossene Sachverhalte aufzuklären und zu bewerten, sondern vor allem auch im Wege der **voranschauenden begleitenden Kontrolle** die grundsätzlichen Fragen künftiger Geschäftspolitik mit den Geschäftsführern zu erörtern und hierbei die Geschäftsführer zu beraten<sup>7</sup>. Es geht dabei nicht nur darum, Maßnahmen, die der Aufsichtsrat für rechtswidrig hält, zu verhindern, sondern auch darum, die Ordnungsmäßigkeit und die Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung zu bewerten, sie mit den Geschäftsführern zu erörtern. Die **Beratungspflicht** ist daher Teil der begleitenden Kontrolle. Dagegen besteht keine weitergehende umfassende institutionalisierte Beratungspflicht. Hierzu sind die Aufsichtsratsmitglieder, die nur nebenamtlich tätig sind, nicht in der Lage. So gehört es nicht zu den zwingenden 124

1 OLG Zweibrücken, AG 1991, 70.

2 Schwintowski, NJW 1990, 1010; Fleck, in: FS Heinsius, 1991, S. 105; zur Einschaltung von Sachverständigen s. Rdnr. 159.

3 Roth, AG 2004, 8; enger Dreher, in: FS Ulmer, 2003, S. 99, s. auch Rdnr. 70.

4 BGHZ 85, 293, 296; Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 12; Kropff, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 141; Möllers, ZIP 1995, 1725, 1728; Brandi, ZIP 2000, 176.

5 Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 113 Rdnr. 6; Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 12; Semler, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 309; Semler, in: FS Claussen, 1997, S. 398.

6 LG Bielefeld, ZIP 2000, 20.

7 Für die AG: BGHZ 114, 127 = DB 1991, 1212 mit Anm. Theisen = WuB II A. § 114 AktG 1.91 (Werner); Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 249 ff.; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 20; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 94; Schlaus, AG 1968, 376; Martens, BB 1973, 1118, 1121; Mertens, in: FS Steindorff, 1990, S. 173; Scheffler, DB 1994, 794; Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 104: Beratung nur „im Grundsätzlichen“; kritisch: Steinmann/Klaus, AG 1987, 30: Strukturelle Unvereinbarkeit von Beratung und Kontrolle; a.A. Hoffmann/Kirchhoff, WPg 1991, 592, 598: keine Organpflicht; Höhn, GmbHR 1993, 777, 778; Jäger, DStR 1996, 671.

Aufgaben des Aufsichtsrats, in der Krise einer Gesellschaft eigenständige Sanierungsvorschläge zu entwickeln<sup>1</sup>.

- 125 Über den Gegenstand, den Zeitpunkt und den Umfang der Beratung entscheidet der Aufsichtsrat nach pflichtgemäßem Ermessen. Jedenfalls hat der Aufsichtsrat den **Ermessensspielraum der Geschäftsführer** und die **Lage der Gesellschaft** zu beachten; denn der Aufsichtsrat ist kein übergeordnetes Geschäftsführungsorgan. Bei normaler Geschäftsentwicklung braucht der Aufsichtsrat daher nicht jede einzelne Maßnahme des Tagesgeschäfts zu überwachen, sondern er kann sich auf Maßnahmen von grundsätzlicher Bedeutung und im Übrigen auf Stichproben beschränken. Das Entsprechende gilt auch für die Beratung. Auch insoweit muss der Aufsichtsrat nur grundsätzliche Fragen künftiger Geschäftspolitik aufgreifen („Guten Rat muss man nicht ausbieten wie saures Bier“)<sup>2</sup>. Er darf auch nicht jedes Geschäft verhindern, das mit einem Risiko behaftet ist<sup>3</sup>. Die Geschäftsführer und nicht der Aufsichtsrat entscheiden über die Geschäftsführung. Hält der Aufsichtsrat eine Maßnahme für unzweckmäßig, so kann er sich daher mit einer Stellungnahme begnügen. Nur in schwerwiegenden Fällen ist er zu **Beanstandungen** verpflichtet. Bei der Verletzung von gesetzlichen Vorschriften, bei der Verletzung von Grundregeln der Unternehmensführung, bei der Übernahme eines außergewöhnlichen Wagnisses oder eines Geschäftes, dessen Finanzierung noch völlig offen ist, muss der Aufsichtsrat widersprechen<sup>4</sup>. Dadurch werden die Geschäftsführer aber nicht gehindert, die Maßnahme durchzuführen.

#### gg) Einberufung und Unterrichtung der Gesellschafterversammlung

- 126 Berücksichtigen die Geschäftsführer Stellungnahmen oder Beanstandungen des Aufsichtsrats nicht angemessen, so hat der Aufsichtsrat **kein Weisungsrecht**. Er kann vielmehr nur, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert, insbesondere wenn es gilt, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, eine **Gesellschafterversammlung einberufen**, § 52, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 MitbestG jeweils i.V.m. § 111 Abs. 3 AktG<sup>5</sup>. In der Gesellschafterversammlung kann der Aufsichtsrat durch den Aufsichtsratsvorsitzenden die Angelegenheit vortragen und damit einen Beschluss der Gesellschafter hierzu herausfordern<sup>6</sup>. Der Aufsichtsrat hat jedoch kein eigenständiges Antragsrecht in der Gesellschafterversammlung.
- 127 Bei schwerwiegender Verletzung von gesetzlichen Vorschriften, bei wesentlichen Zweifeln an der Zweckmäßigkeit muss der Aufsichtsrat die **Gesellschafter**

1 So auch zu den Aufgaben eines Aufsichtsratsmitglieds: LG Düsseldorf, AG 1991, 70; vgl. auch Möllers, ZIP 1995, 1725, 1726.

2 Zu den Grenzen des Beratungsauftrags: Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 98; Deckert, AG 1997, 109, 111.

3 BGH, NJW 1977, 2311 (für Verwaltungsrat einer GmbH & Co. KG); OLG Köln, AG 1978, 17, 21 (für AG); Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 111 Rdnr. 25; Goette, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 128.

4 BGHZ 69, 207, 214.

5 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 106.

6 RGZ 161, 129, 139.

auch außerhalb einer Gesellschafterversammlung informieren<sup>1</sup>. Das gilt besonders in der Krise der Gesellschaft.

#### hh) Keine Information Dritter

Der Aufsichtsrat ist nicht berechtigt, Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben<sup>2</sup>; er darf sich nicht an Dritte wenden, um Informationen weiterzugeben oder um Geschäftsverbindungen herzustellen<sup>3</sup>. Informationen dürfen auch an Behörden, etwa an das Finanzamt, an das Gewerbeaufsichtsamt oder die Staatsanwaltschaft nicht übermittelt werden; denn der Aufsichtsrat ist ein Innenorgan. Die Verbindung zu Dritten, auch zum Betriebsrat und zur Belegschaft, obliegt den Geschäftsführern. Erkennt der Aufsichtsrat Rechtsverletzungen und weigern sich die Geschäftsführer dagegen vorzugehen, so sind zunächst die Gesellschafter zu unterrichten. Nur wenn auch nach der Unterrichtung der Gesellschafter weiterhin schwere Rechtsverletzungen drohen, darf sich der Aufsichtsrat an die zuständigen staatlichen Stellen wenden. 128

#### ii) Zustimmung zu unternehmensleitenden Maßnahmen (Zustimmungsvorbehalt)

##### aaa) Anwendbarkeit des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG

Kraft Verweisung findet § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auch bei der GmbH Anwendung. Das gilt gleichermaßen für die mitbestimmte GmbH (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG; § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG) wie für die mitbestimmungsfreie GmbH (§ 52 Abs. 1). Nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG haben die Satzung oder der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Der Aufsichtsrat erhält dadurch eine **Mitentscheidungskompetenz bei bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen**; die Geschäftsführung wird durch einen bestehenden Zustimmungsvorbehalt an das Einverständnis des Aufsichtsrats gebunden. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, kann das Veto nur durch eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung überwunden werden. 129

##### bbb) Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter

In der GmbH mit **fakultativem Aufsichtsrat** ist § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG **dispositiv**, § 52 Abs. 1 a.E. Die Gesellschafter können daher das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats gesellschaftsvertraglich einschränken oder ganz ausschließen<sup>4</sup>. 130

1 RGZ 152, 273 (Genossenschaft); BGH, WM 1979, 1425 (Beirat einer Publikums-KG).

2 Ähnlich: *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 269; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 140; *Schwintowski*, NJW 1990, 1010; offen aber: BGHZ 64, 325, 331: Es bedürfe einer Beurteilung im Einzelfall. Im Interesse des Unternehmens könne es notwendig werden, an die Öffentlichkeit zu gehen, um Missverständnisse auszuräumen, Gerüchten entgegenzutreten, Unruhen zu vermeiden usw.

3 OLG Zweibrücken, AG 1991, 70; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 11.

4 H.M., anstelle aller: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 113; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 10a; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 20; *Deilmann*, BB 2004, 2253, 2254.

Ein vollständiger Ausschluss des Vorbehaltsrechts wird allerdings vereinzelt in Frage gestellt, weil der fakultative Aufsichtsrat wegen seiner im Vergleich zum AG-Aufsichtsrat viel geringeren Mittelausstattung<sup>1</sup> nach dem Wegfall des Zustimmungsvorbehalts der Geschäftsführung ohne effektive Druckmittel gegenübersteht<sup>2</sup>. Einem Aufsichtsrat aber, der über keine ausreichenden Überwachungsinstrumente verfüge, fehle das konstitutive Überwachungsmoment und sei daher ohne entsprechende Mittelkompensation kein Aufsichtsrat i.S.d. § 52<sup>3</sup>. Zutreffend ist, dass eine Überwachung der Geschäftsführung ohne Kontrollinstrumente nicht vorstellbar ist. Der Rechtsverkehr würde in seiner Annahme enttäuscht, mit dem Aufsichtsrat ein weiteres Kontrollorgan neben den Gesellschaftern (vgl. § 46 Nr. 6) vorhanden zu wissen. Dagegen steht die Aufsichtsratsqualität allerdings nicht schon dann in Frage, wenn dem Kontrolleur das Zustimmungsrecht entzogen wird; denn dem Aufsichtsrat verbleibt immer noch die Möglichkeit, nach § 111 Abs. 3 AktG die Gesellschafterversammlung anzurufen und auf diese Weise seine Bedenken gegen ein bestimmtes Geschäftsvorhaben vor die Gesellschafter zu bringen<sup>4</sup>. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kann somit beim fakultativen Aufsichtsrat ganz ausgeschlossen werden. Umgekehrt erlaubt es die Privatautonomie aber auch, dem vertraglichen Aufsichtsrat über sein Zustimmungsrecht hinaus Weisungsrechte gegenüber den Geschäftsführern einzuräumen (s. dazu Rdnr. 161).

- 131 Anders stellt sich die Rechtslage in der **mitbestimmten GmbH** dar. Hier fehlt in den entsprechenden Verweisungsnormen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG) ein ähnlicher (§ 52 Abs. 1 a.E.) Hinweis auf die Satzungsfreiheit. Mit der herrschenden Meinung ist es daher einerseits unzulässig, das Zustimmungsvorbehaltsrecht durch die Satzung einzuschränken oder zu beseitigen und damit die Mitentscheidungsbefugnis des mitbestimmten Aufsichtsrats in sachlichen Angelegenheiten auszuhebeln<sup>5</sup>. Andererseits ist das Vorbehaltsrecht aber an die strukturellen Besonderheiten einer GmbH anzupassen. Anders als in der Aktiengesellschaft (vgl. § 119 Abs. 2 AktG) steht es den Gesellschaftern einer GmbH zu, über alle Fragen der Geschäftsführung zu entscheiden und entsprechende Weisungen gegenüber den Geschäftsführern zu erteilen (§ 37 Abs. 1). Das hat Auswirkungen zum einen auf das Verhältnis von Gesellschafterweisungen zu Aufsichtsratsvorbehalten (dazu Rdnr. 133). Zum anderen ist das Verfahren zur Überwindung einer verweigerten Zustimmung

1 Von der Verweisung in § 52 Abs. 1 nicht erfasst sind insbesondere §§ 77, 87, 88, 89, 124 Abs. 3, 172 AktG.

2 *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, B. I. 1. a).

3 *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, B. I. 1. a).

4 Kritisch freilich *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, B. I. 1. a).

5 Vgl. *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 92; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 64; *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 43; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 231, *Overlack*, ZHR 141 (1977), 143; *Säcker*, DB 1977, 1845, 1848 f.; *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119, 152; *Immen-ga*, ZGR 1977, 249, 261 f.; *Wank*, GmbHR 1980, 124; *Deilmann*, BB 2004, 2253, 2254; a.A. *Hoffmann/Neumann*, GmbHR 1976, 149, 152; *Hölters*, GmbHR 1978, 640, 643.



des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Sätze 3–5 AktG an die GmbH-spezifische Entscheidungshierarchie anzugleichen (dazu Rdnr. 146 ff.).

### ccc) Einzelheiten

**Der Begriff des Geschäfts im Sinne des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG:** Unter den 132  
Begriff des Geschäfts in § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG sind die in § 111 Abs. 4 Satz 1  
AktG erwähnten „Maßnahmen der Geschäftsführung“ zu subsumieren. Der  
Begriff „Maßnahmen der Geschäftsführung“ ist im weitesten Sinne zu verste-  
hen und erfasst alle internen und nach außen wirkenden rechtlichen und tat-  
sächlichen Maßnahmen, ohne dass es darauf ankommt, ob sie von der Ge-  
schäftsführung selbst oder von ihr nachfolgenden Mitarbeitererebenen vorge-  
nommen werden<sup>1</sup>. **Keine Geschäfte** im Sinne des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG sind  
dagegen **Entscheidungen der Gesellschafter**, mögen sie auch geschäftsführend  
tätig sein<sup>2</sup>. Das folgt aus der Funktion der Zustimmungsvorbehalte. Als Mittel  
der präventiven Überwachung (§ 111 Abs. 1 AktG) beziehen sich Aufsichtsrats-  
vorbehalte nur auf die **Geschäftsführung durch die Geschäftsführer**.

**Das Verhältnis von Gesellschafterweisungen zu Aufsichtsratsvorbehalten:** Um- 133  
stritten ist, ob Weisungsentscheidungen der Gesellschafterversammlung, die  
durch die Geschäftsführer umzusetzen sind, einer indirekten Aufsichtsratskon-  
trolle zugänglich sind. Die überwiegende Ansicht lehnt das zu Recht ab<sup>3</sup>. Die  
Entscheidungsherrschaft der Gesellschafter steht über der des Aufsichtsrats.  
Angewiesene Geschäftsführungsmaßnahmen sind daher **zustimmungsvorbe-  
haltsresistent**. Weder kommt das Verfahren nach § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG zum  
Zuge, noch bedarf der Weisungsbeschluss mit Blick auf § 111 Abs. 4 Satz 4  
AktG einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen. Ausreichend

1 Vgl. *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, A. I.; vgl. auch *Lange*, DStR 2003, 376; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rdnr. 642; enger dagegen die wohl h.L., vgl. nur *Dietrich*, DStR 2003, 1577; *Lutter*, AG 1991, 249, 254; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 111 Rdnr. 61; *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 397; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 210: Nur Maßnahmen, die der Vorstand in Wahrnehmung seiner Leitungsbefugnis trifft.

2 A.A. *Duden*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 95, 96 ff., 99; *Kastner*, in: FS Strasser, 1983, S. 843, 859 (für das österreichische Recht).

3 *Zöllner*, ZGR 1977, 319, 327 f.; *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119, 143 f.; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 10a; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 927; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 21 und Rdnr. 43; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 754; *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 233; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, § 37 Rdnr. 23, § 52 Rdnr. 232 und Rdnr. 272; *Meyer-Landrut*, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, Rdnr. 24; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 13; *Gaul/Otto*, GmbHR 2003, 6, 11 f.; *Deilmann*, BB 2004, 2253, 2256; a.A. *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 89 und 92; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 67; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 69; *Ballerstedt*, GmbHR 1952, 177, 179; *Ballerstedt*, ZGR 1977, 133, 153; *Martens*, ZHR 138 (1974), 179, 219 und 221; *Baumann*, ZHR 142 (1978), 557, 569; *Säcker*, DB 1977, 1845, 1848; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, B. II. 2.; wohl auch *Mertens*, ZGR 1977, 270, 282; offen gelassen: BGHZ 135, 48, 55.

ist vielmehr eine mit einfacher Stimmenmehrheit herbeigeführte Weisung (vgl. § 47 Abs. 1). Das gilt auch für die mitbestimmte GmbH, denn die Mitbestimmungsgesetze haben zu keiner Änderung der GmbH-spezifischen Entscheidungshierarchie geführt<sup>1</sup>. Möglich und in bestimmten Fällen ratsam ist es freilich, den Aufsichtsrat vor Weisungserteilung zu hören<sup>2</sup>. Zwingend ist das aber nicht. Zustimmungsvorbehalte begründen in Weisungsfällen daher nur insoweit eine Mitwirkungszuständigkeit des Aufsichtsrats, wie den Geschäftsführern bei Durchführung der Weisung ein **eigener Ermessensspielraum** verbleibt<sup>3</sup>.

- 134 Für den **fakultativen Aufsichtsrat** kann der Gesellschaftsvertrag freilich anderes vorsehen und das Zustimmungsrecht auf angewiesene Geschäftsführungsmaßnahmen oder auch direkt auf Gesellschafterbeschlüsse ausdehnen. So kann dem Aufsichtsrat beispielsweise ein entsprechendes Vetorecht hinsichtlich der Bestimmung der Geschäftspolitik oder strukturändernder Entscheidungen der Gesellschafter eingeräumt werden. Gesellschaftsvertraglich vereinbaren ließe sich auch, dass die Zustimmungentscheidung des Aufsichtsrats Vorrang gegenüber anders lautenden Gesellschafterweisungen haben soll<sup>4</sup>. Mit Blick auf die Satzungshegemonie der Gesellschafterversammlung erscheint dies trotz einiger Bedenken möglich.
- 135 Gleiches gilt dann aber auch für den **obligatorischen Aufsichtsrat**. Zwar sind der vertraglichen Erweiterbarkeit seiner Befugnisse wegen § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG Grenzen gesetzt. Das gilt aber nur, soweit damit eine Veränderung seines gesetzlichen Verantwortungsbereichs verbunden ist. Das ist jedoch bei einer Ausdehnung des Zustimmungsrechts auf Entscheidungen der Gesellschafterversammlung nicht der Fall; denn für seine Überwachungsaufgabe ist es ohne Bedeutung, wer Initiator des zustimmungspflichtigen Geschäfts ist.
- 136 **Geschäfte von erheblicher Bedeutung:** Mit Blick auf die gesetzlich garantierte Leitungsautonomie des Vorstands (vgl. § 76 Abs. 1 AktG) ist die Mitwirkungskompetenz des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft auf außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen beschränkt. Vor allem Routinegeschäfte sind danach zustimmungsvorbehaltsresistent<sup>5</sup>. Im GmbH-Gesetz fehlt indessen eine

1 Ebenso *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 272 mit Rdnr. 232; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 43.

2 Vgl. *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 754.

3 S. dazu *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119, 150; ebenso etwa *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 65.

4 Vgl. allgemein *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, § 37 Rdnr. 22.

5 Vgl. statt vieler: *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 399 („Im Bereich des Tagesgeschäfts hat der Aufsichtsrat nichts zu suchen“); *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 112 (keine Routinegeschäfte); *Immenga*, ZGR 1977, 249, 265 („Immer ist es ausgeschlossen, über § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG die Beteiligung an gewöhnlichen Geschäften zu erzwingen“); v. *Mettenheim*, DB 1977, 447, 448; *Girgensohn*, DB 1980, 337, 340; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 44 („... nicht für Maßnahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs ...“); *Kropff*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 36 („... insbesondere nicht das Tagesgeschäft ...“); *Lenz*, AG 1997, 448, 450 („... mit Ausnahme der Tagesgeschäfte ...“); *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rdnr. 641; *Lieder*, DB 2004, 2251, 2254 („Routinegeschäfte oder andere gewöhn-

dem § 76 AktG vergleichbare Norm. Es existiert auch kein allgemeiner Grundsatz, wonach den Geschäftsführern ein Mindestbereich autonomen Geschäftsführungsmessens zustehen muss. Dennoch wird man **ohne abweichende Satzungsregelung**<sup>1</sup> die angeführten Bedeutungsgrenzen analog zum Aktienrecht auch im Verhältnis Aufsichtsrat – Geschäftsführung fordern müssen. Denn von seiner Ausgangslage geht auch das GmbH-Gesetz davon aus, dass die Geschäftsführung der Gesellschaft von den Geschäftsführern wahrgenommen wird (vgl. Dritter Abschnitt GmbHG, der von „Vertretung und Geschäftsführung“ spricht)<sup>2</sup>. Eine Teilnahme des Aufsichtsrats an der Geschäftsführung ist daher auch in der GmbH grundsätzlich auf Geschäfte von „erheblicher“ Bedeutung beschränkt.

**„Bestimmte Arten“ von Geschäften; Einzelgeschäfte:** Zustimmungsvorbehalte müssen sich auf „bestimmte Arten“ von Geschäften beziehen. Verlangt ist eine generalisierende Bestimmung der zustimmungspflichtigen Geschäfte (z.B. Gewährung und Aufnahme von Krediten ab einem Betrag von x Euro; die Gründung von Tochtergesellschaften sowie die Eröffnung und Schließung von Filialen oder Zweigniederlassungen im In- und Ausland; usw.<sup>3</sup>). Das schließt es indessen nicht aus, dass der Aufsichtsrat auch konkrete Einzelmaßnahmen ad hoc seiner Zustimmung unterwerfen kann. Entgegen weit verbreiteter Ansicht gelten für die Vorbehaltsfähigkeit von Einzelgeschäften keine strengeren Anforderungen als für „normale“ Zustimmungsvorbehalte<sup>4</sup>. Insbesondere wenn es um die Vermeidung rechtswidriger Geschäfte geht, ist der Aufsichtsrat auf den flexiblen Einsatz von Ad-hoc-Vorbehalten angewiesen.

liche Geschäftsführungsmaßnahmen scheiden aus“); Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), 2006, S. 106; Götz, ZGR 1990, 633, 641; Götz, NZG 2002, 599, 602 („erheblich“ i.S.d. § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AktG); Brouwer, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, A. I. 3. b).

1 Die Satzung kann Zustimmungrechte auch für den Bereich des Tagesgeschäfts vorsehen, vgl. Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 10a und 29.

2 Brouwer, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, B. I.

3 Für weitere Beispiele s. die Katalogvorschläge etwa von A. Meyer-Landrut/Wendel, Satzungen und Hauptversammlungsbeschlüsse der AG, 2006, Rdnr. 431; Peltzer, Deutsche Corporate Governance, 2. Aufl. 2004, S. 170 f.; Heckschen, in: Hirte (Hrsg.), Das Transparenz- und Publizitätsgesetz, Rdnr. 49; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 109; Kropff, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., Anlage § 8-1; Lutter, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 2. Aufl., Rdnr. 372; Steinmann/Gerum, AG 1980, 1, 10.

4 So aber die wohl h.M., vgl. Semler, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 413 (Abwendung schwerer Schäden); Semler, in: FS Doralt, 2004, S. 609, 612 (Existenz bedrohende Gefährdung); Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 218 (außerordentliches Einzelvorhaben); Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 304 (besonders wichtig); Hoffmann-Becking, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 43 (besonders bedeutsam); Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 110 (herausragende Bedeutung); Kropff, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 23; wie hier: Götz, ZGR 1990, 633, 643; Brouwer, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, A. II. 3. b).

- 138 **Festlegungsberechtigte:** Für die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten sind die Gesellschafter und der Aufsichtsrat zuständig. Die Festlegung durch die Gesellschafter erfolgt nach § 111 Abs. 4 Satz 2, 1. Alt. AktG durch **Satzungsbeschluss**, vgl. § 53 Abs. 1 und 2. Der Gesellschaftsvertrag kann hiervon jedoch abweichen und für die Einführung von Aufsichtsratsvorbehalten eine einfache Beschlussfassung vorsehen<sup>1</sup>. Das folgt aus der parallelen Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Überwachung der Geschäftsführung nach § 46 Nr. 6. Mit Blick auf dieses Nebeneinander von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat im Blick auf die Geschäftsführungskontrolle ist es nicht einzusehen, weshalb die Gesellschafter Aufsichtsratsvorbehalte nur im Wege der Satzungsänderung festlegen können sollen. Ein Überwachungsprivileg des Aufsichtsrats, das wie im Aktienrecht ein beschränktes Anordnungsrecht der Gesellschafter rechtfertigen könnte, besteht in der GmbH gerade nicht<sup>2</sup>. Das gilt nicht nur für die mitbestimmungsfreie, sondern auch für die mitbestimmte GmbH; denn an dem Überwachungsverhältnis zwischen Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung haben die Mitbestimmungsgesetze mithin nichts geändert. Die Gesellschafterversammlung ist daher berechtigt, ihrer Überwachungsfunktion dadurch gerecht zu werden, dass sie im Wege der **einfachen Beschlussfassung** nach § 47 Abs. 1 bestimmte Geschäfte bzw. Geschäftsarten der qualifizierten Aufsichtsratsüberwachung unterstellt.
- 139 Die **Festlegung** von Zustimmungsvorbehalten **durch den Aufsichtsrat** erfolgt im Wege der Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit. Die Satzung kann für den fakultativen, nicht aber für den obligatorischen Aufsichtsrat eine höhere Mehrheit vorsehen<sup>3</sup>. Als **Festlegungsort** kommen die eigene Geschäftsordnung und diejenige der Geschäftsführer in Betracht. Zur Festlegung von Zustimmungsvorbehalten in der eigenen Geschäftsordnung kann sich der Aufsichtsrat auf sein Recht zur Selbstorganisation berufen<sup>4</sup>. Für den Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer ist dagegen die Gesellschafterversammlung kraft ihrer Allkompetenz zuständig<sup>5</sup>. Auch in der mitbestimmten GmbH setzt daher die Festschreibung von Zustimmungsvorbehalten in der Geschäftsordnung der Geschäftsführer eine entsprechende Ermächtigung des Aufsichtsrats durch die Gesellschafter voraus.
- 140 In der Aktiengesellschaft stehen das Anordnungsrecht der Hauptversammlung und das des Aufsichtsrats zwingend nebeneinander<sup>6</sup>. In der GmbH ist dagegen streitig, ob die Gesellschafterversammlung den **Zustimmungskatalog abschließend regeln** kann und damit den Umfang der Mitwirkung des Aufsichtsrats an

1 A.A. *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 110 (einfache Gesellschafterbeschlüsse reichen nicht aus).

2 *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, D. I. 2. d); für das Aktienrecht vgl. *Bergau*, AG 2006, 769 ff.

3 A.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 231 (höhere Mehrheit auch für den mitbestimmten Aufsichtsrat).

4 Vgl. oben Rdnr. 76 sowie *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 320.

5 Vgl. oben Rdnr. 171 sowie *Uwe H. Schneider*, in: FS Mühl, 1981, S. 633, 643.

6 Statt aller: *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 403; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 105.

der Geschäftsführung einschränken kann. In der GmbH mit **fakultativem Aufsichtsrat** ist eine abschließende Satzungsregelung ohne weiteres zulässig, § 52 Abs. 1 a.E. Bei einer GmbH mit einem **mitbestimmten Aufsichtsrat** können dagegen die zustimmungspflichtigen Maßnahmen nicht abschließend in der Satzung aufgeführt werden, denn der Aufsichtsrat muss selbst nach eigenem Ermessen bestimmen können, in welcher Weise er seine Überwachungsaufgabe wahrnimmt<sup>1</sup>.

**Festlegungsermessen: Geschäfte von grundlegender Bedeutung:** Nach der Neufassung des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG durch das TransPuG<sup>2</sup> haben die Satzung oder der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Durch die Ersetzung der Wörter „kann jedoch“ durch die Wörter „hat jedoch“ steht die Entscheidung über den Einsatz von Zustimmungsvorbehalten nicht mehr im ausschließlichen Ermessen des Satzungsgebers und des Aufsichtsrats. Wegen der unveränderten Verweisungen in § 52 Abs. 1 und den entsprechenden Mitbestimmungsgesetzen gilt die **Zustimmungsvorbehaltspflicht** auch für die GmbH<sup>3</sup>. Das wurde in Zweifel gezogen, weil grundlegende Gesellschaftsentscheidungen, die nach den Vorstellungen des Gesetzgebers einer besonderen Aufsichtsratskontrolle unterliegen sollen, üblicherweise von der Gesellschafterversammlung getroffen werden. Gesellschafterentscheidungen sind aber vom Aufsichtsrat wegen der GmbH-spezifischen Entscheidungshierarchie zu respektieren, so dass die Forderung nach einer unternehmerischen Mitwirkung des Aufsichtsrats bereits aus rechtstatsächlichen Gründen als verfehlt empfunden wurde<sup>4</sup>. Dennoch hat ein entsprechender Änderungsantrag keine Mehrheit im Bundesrat gefunden<sup>5</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch den **fakultativen Aufsichtsrat** von der Pflicht zur Festlegung eines Vorbehaltskatalogs befreien. 141

Offengeblieben ist, **welche Maßnahmen** zwingend der Zustimmung des Aufsichtsrats zu unterwerfen sind. Der Gesetzgeber hat von einer gesetzlichen Verankerung eines (Mindest-)Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte bewusst abgesehen, weil „ein sachgerechter Katalog nicht für jede Gesellschaft 142

1 Wie hier: *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 92; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 64; *Deilmann*, BB 2004, 2253, 2254; *Heyder*, in: *Michalski*, Rdnr. 228; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, D. III. 2. a); a.A. *Hoffmann/Neumann*, GmbHR 1976, 149, 152; *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 305; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 926; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 29; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 754 Fn. 3.

2 Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19. 7. 2002, BGBl. I 2002, 2681.

3 Vgl. *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 10a; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, § 37 Rdnr. 23, § 52 Rdnr. 231; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 110.

4 Vgl. BT-Plenarprotokoll 14/231, S. 23055 (Funke); s. auch die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des *Deutschen Anwaltvereins*, BB 2003, Beilage 4, 1, 2 f.

5 Vgl. *Seibert*, NZG 2002, 608, 610; *Gaul/Otto*, GmbHR 2003, 6, 11; zum Ganzen s. auch *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 2, B. III.

ungeachtet ihrer Größe, Branche und sonstigen Verhältnisse passt, und ein allgemein gehaltener Katalog schwierig zu formulieren wäre und auch zu Missverständnissen Anlass geben könnte“<sup>1</sup>. Nach der Gesetzesbegründung soll sich allerdings die Zustimmungsvorbehaltspflicht auf solche Geschäfte beziehen, die „nach den Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihrer Risikoexposition grundlegend verändern und damit von existenzieller Bedeutung für das künftige Geschick der Gesellschaft sind“ (**Geschäfte von grundlegender Bedeutung**)<sup>2</sup>. Dazu gehören auch **Maßnahmen in Konzerngesellschaften**, die die beschriebene Auswirkung auf die Obergesellschaft haben<sup>3</sup>. Die Wortwahl „existenzielle Bedeutung“ darf nicht dahin missverstanden werden, dass nur solche Geschäfte zustimmungspflichtig sind, die die Gefahr in sich tragen, die Existenz der Gesellschaft zu gefährden<sup>4</sup>. Ausreichend ist vielmehr, dass dem Unternehmen im Misslingensfall schwere Schäden drohen<sup>5</sup>. Darüber hinaus sind aber auch solche Entscheidungen als grundlegend bedeutsam einzustufen, die unabhängig von der Risikobewertung allein ihrer strategischen Ausrichtung wegen geeignet sind, die künftige Entwicklung des Unternehmens nachhaltig zu prägen<sup>6</sup>. Als Geschäfte von grundlegender Bedeutung kommen danach insbesondere in Betracht die Bestimmung der Geschäftspolitik sowie die Unternehmensplanung (Investitions-, Produktions-, Finanz- und Personalplanung)<sup>7</sup>, die Wahl des „richtigen“ Risikomanagement- und Überwachungssystems (§ 91 Abs. 2 AktG analog)<sup>8</sup>, der Erwerb und die Veräuße-

1 Begr. RegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 17; vgl. aber § 30j Abs. 5 österr. GmbHG, der einen gesetzlichen Zustimmungskatalog enthält.

2 Begr. RegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 17; vgl. auch Ziffer 3.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex i.d.F. v. 14. 6. 2007; danach gehören zu den Geschäften von grundlegender Bedeutung Entscheidungen oder Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern.

3 Begr. RegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 17; zur Wirkung konzernweiter Zustimmungsvorbehalte sowie zu ihrer Durchsetzbarkeit in nachgeordneten Konzerngesellschaften s. *Lutter*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 419; *Lutter*, in: Liber amicorum Happ, 2006, S. 143; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, Drittes Kapitel.

4 So aber (für das Aktienrecht) *Lange*, DStR 2003, 376, 377; *Dietrich*, DStR 2003, 1577.

5 *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 413; *Götz*, NZG 2002, 599, 602 f.; ebenso für weite Auslegung: *Bornmüller*, BuW 2003, 242, 244; *Bosse*, DB 2002, 1592, 1594; *Lieder*, DB 2004, 2251, 2252 f.; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 846 f.; *Schönberger*, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), 2006, S. 117 f.

6 *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, A. I. 3. a) cc) (2).

7 Wie hier: *Kropff*, NZG 1998, 613, 617; *Albach*, ZGR 1997, 32, 37 („Es sollte offenkundig sein, dass Unternehmensgrundsätze ... nicht ohne Zustimmung des Aufsichtsrats erlassen werden können“); *Altmeyen*, ZGR 1999, 291, 309 f.; vgl. auch *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, 2005, S. 482; *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 849 f.; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, A. I. 4. a); a.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 113; *Hüffer*, AktG, § 111 Rdnr. 18; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 111 Rdnr. 68; *Martens*, BB 1973, 1118, 1122; v. *Rechenberg*, BB 1990, 1356, 1361; *E. Vetter*, in: Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.), Hdb. börsennotierte AG, 2005, § 26 Rdnr. 30.

8 Vgl. *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, 2005, S. 482; *Altmeyen*, ZGR 1999, 291, 310 f.; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-

zung von Unternehmen, Unternehmensteilen und Unternehmensbeteiligungen<sup>1</sup> sowie der Abschluss oder die Beendigung von Unternehmensverträgen im Sinne der §§ 291, 292 AktG.

**Sonstige Geschäftsführungsmaßnahmen:** In den übrigen Fällen steht es im **pflichtgemäßen Ermessen** des Aufsichtsrats, ob er zur Überwachung der Geschäftsführung auf das Mittel der Zustimmungsvorbehalte zurückgreift. Zeichnet sich eine Unternehmenskrise ab, so ist der Aufsichtsrat gefordert, seinen Zustimmungskatalog auf seine Aktualität hin zu überprüfen. Gegebenenfalls müssen Betragsgrenzen (z.B. für die Aufnahme von Krediten, Investitionsmaßnahmen usw.) an die neue Situation angeglichen oder weitere Geschäfte ad hoc für zustimmungspflichtig erklärt werden<sup>2</sup>. Im Einzelfall kann sich das Feststellungsermessen des Aufsichtsrats auf null reduzieren, wenn sich ein **gesetzwidriges Vorstandshandeln** nur noch mittels eines Zustimmungsvorbehalts effektiv verhindern lässt<sup>3</sup>. Den gesetzwidrigen sind **satzungswidrige Geschäfte** gleichzustellen<sup>4</sup>. Steht demgegenüber die **Zweckmäßigkeit** oder die **Wirtschaftlichkeit** einer Geschäftsführermaßnahme in Frage, kommt eine Festlegungspflicht nur dann in Betracht, wenn die Maßnahme objektiv unvertretbar ist, weil ein verantwortungsbewusst denkender und handelnder Kaufmann sie zu keiner Zeit vornehmen würde<sup>5</sup>.

**Zustimmungsermessen:** Zustimmungsvorbehalte sind **kein Instrument zur unternehmerischen Mitentscheidung**, sondern sie dienen einzig der gesteigerten

Recht, 2008, § 4, A. I. 3. a) cc) (1) (c); vgl. insoweit auch Ziffer 5.3.2 DCGK, wonach sich der Prüfungsausschuss mit dem Risikomanagementsystem und der Compliance befassen soll.

- 1 Vgl. dazu *Kropff*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 64 ff.
- 2 Für gesteigerte Festlegungspflicht in der Unternehmenskrise *Semler*, AG 1983, 141, 142; dagegen *Götz*, ZGR 1990, 633, 639; kritisch auch *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 6, B. II. 3.
- 3 BGHZ 124, 111, 127 („Vereinte Krankenversicherung“); zustimmend die h.L., vgl. etwa *Hüffer*, AktG, § 111 Rdnr. 17; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 111 Rdnr. 79; *Boujong*, AG 1995, 203, 206; *Brandes*, WM 1994, 2177, 2183; *Götz*, ZGR 1990, 633, 639; *Dreher*, ZHR 158 (1994), 614, 634 f. („... vorstellbar, jedoch äußerst selten“); *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 106; *Schön*, JZ 1994, 684, 685; *Kropff*, ZGR 1994, 628, 643; *Köstler*, WiB 1994, 714; *E. Vetter*, in: *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg.), *Hdb. börsennotierte AG*, 2005, § 26 Rdnr. 34; *Brandes*, WM 1994, 2177, 2183; *Kau/Kukat*, BB 2000, 1045, 1048 f.; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 10a.
- 4 H.M., LG Bielefeld, AG 2000, 136, 138 (Balsam); *Schön*, JZ 1994, 684, 685; *Henze*, NJW 1998, 3309, 3312; *Henze*, BB 2000, 209, 215; *Hoffmann/Preu*, *Der Aufsichtsrat*, Rdnr. 304; *E. Vetter*, in: *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg.), *Hdb. börsennotierte AG*, 2005, § 26 Rdnr. 34.
- 5 Vgl. BGH, ZIP 2007, 224, 225 f. (Investitionen in ein völlig unrentables Unternehmen); LG Stuttgart, DB 1999, 1462, 1463 (Grundstücksverkauf zu einem erheblich unter dem Marktwert liegenden Kaufpreis); BGHZ 69, 207, 213 ff. (Beteiligung an einer verlustreichen KG); vgl. ferner BGHZ 119, 305, 331 (Klöckner); *Schön*, JZ 1994, 684, 685 f.; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 111 Rdnr. 596; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, A. I. 3. c); *Uwe H. Schneider*, in: *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), *Hdb. Managerhaftung*, 2007, § 9 Rdnr. 25 (wenn größerer Schaden droht).

Aufsichtsratskontrolle hinsichtlich bedeutender Geschäftsführungsmaßnahmen<sup>1</sup>. Entsprechend ist der Aufsichtsrat bei Ausübung seines Zustimmungsrechts auf eine **Vertretbarkeitskontrolle** beschränkt. Entgegen vielfach vertretener Ansicht ist der Aufsichtsrat nicht berechtigt, die Zustimmung zu einer vertretbaren Geschäftsführerentscheidung mit gleichwertigen, rein unternehmerischen Gründen zu verweigern<sup>2</sup>. Die Vertretbarkeitskontrolle umfasst allerdings auch eine Prüfung der Zweckmäßigkeit der vorgelegten Maßnahme. Auch nach der hier vertretenen Ansicht ist daher erforderlich, dass sich der Aufsichtsrat eine eigene Meinung über das Geschäftsvorhaben bildet. Verlangt ist eine Chancen- und Risikoabschätzung<sup>3</sup>. Der Aufsichtsrat hat zu prüfen, ob die erwarteten Vorteile die möglichen Risiken des Geschäfts rechtfertigen, ob insbesondere vorgesehene Sicherheiten zur Absicherung bestimmter Risiken ausreichen, ob die Gesellschaft über die für die Durchführung des Geschäfts erforderlichen Kapazitäten (z.B. Lagerhallen, Maschinen, Know-how etc.) verfügt<sup>4</sup>, ob den mit dem Geschäft verbundenen Kosten ein angemessener Umsatz gegenübersteht<sup>5</sup> usw. Ausreichend ist eine Plausibilitätskontrolle<sup>6</sup>. Es kann nicht erwartet werden, dass der Aufsichtsrat einen auf Vorstandsebene vergleichbaren Entscheidungsprozess durchläuft<sup>7</sup>. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die Zustimmungentscheidung fehlerhaft war, hatte sich der Aufsichtsrat aber zuvor angemessen über die Risiken des Geschäfts informiert und

1 Vgl. auch *Semler*, in: FS Doralt, 2004, S. 609, 616: „Zustimmungsvorbehalte sollen die Wirksamkeit der Überwachung durch den Aufsichtsrat gewährleisten; sie sind nicht dazu gedacht, dem Aufsichtsrat die Möglichkeit einer Mitwirkung an der Geschäftsführung zu ermöglichen“.

2 Vgl. auch *Uwe H. Schneider*, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Hdb. Managerhaftung, 2007, § 9 Rdnr. 26; wie hier: *Höhn*, GmbHR 1994, 604, 605; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 867; *Waclawic*, ZIP 2006, 397, 401; *Theisen*, Der Konzern, 2. Aufl., S. 275; *Theisen*, AG 1995, 193, 199; wohl auch *Henze*, NJW 1998, 3309, 3312 (ein eigenes Ermessen kann ihm [Aufsichtsrat] nicht zugebilligt werden); anders die noch herrschende Lehre, vgl. *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 92 und Rdnr. 116; *Lutter*, in: FS Vieregge, 1995, S. 603, 613; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 111 Rdnr. 85; *Mertens*, ZGR 1977, 270, 281; *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 139 und 444; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 212; *Semler*, in: FS Ulmer, 2003, S. 627, 628; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 72; *Thümmel*, AG 2004, 83, 89 (Zustimmung ist eine unternehmerische Entscheidung, bei der der Aufsichtsrat in gleicher Weise wie der Vorstand das unternehmerische Ermessen in Anspruch nehmen kann); *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 5, B. I.; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, 2005, S. 128; *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, 2006, S. 132; *Dreher*, ZHR 158 (1994), 614, 622.

3 BGH, ZIP 2007, 224 mit Anm. *Weiss*, BB 2007, 396 ff., und Komm. *Huber*, GmbHR 2007, 309.

4 Vgl. *Semler*, in: FS Doralt, 2004, S. 609, 617.

5 Vgl. BGH, ZIP 2007, 224, 226.

6 Ebenso: *Doralt*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 9; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 865.

7 *Doralt*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 9; zustimmend: *Witte/Hrubesch*, BB 2004, 725, 727; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 864 f.; zu den Sorgfaltspflichten des Aufsichtsrats im Umgang mit Zustimmungsvorbehalten ausführlich *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 6.



hatte er sich bei seiner Entscheidung vom Interesse der Gesellschaft leiten lassen, haftet er nicht, wenn der Gesellschaft durch die von ihm mitverursachte Vornahme oder Unterlassung des zustimmungspflichtigen Geschäfts ein Schaden entstanden ist<sup>1</sup>.

**Rechtsfolgen der Zustimmungspflichtigkeit:** Der Zustimmungsvorbehalt wie auch eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrats betreffen nur das **Innenverhältnis** zu den Geschäftsführern. Ein ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommenes, aber sonst wirksames Rechtsgeschäft ist daher im Verhältnis zu Dritten wirksam. Anders ist es nur dann, wenn die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht eingreifen. Im Fall des kollusiven Zusammenwirkens ist das Rechtsgeschäft nach § 138 BGB nichtig. Liegt kein kollusives Zusammenwirken vor, kann sich der Dritte aber aus anderen Gründen nicht auf die unbeschränkbare Vertretungsmacht des Geschäftsführers berufen<sup>2</sup>, hängt die Wirksamkeit des Geschäfts nach § 177 BGB analog von der Genehmigung des intern zuständigen Aufsichtsrats ab. 145

**Überwindung der verweigten Aufsichtsratszustimmung:** Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so ist danach zu unterscheiden, wer die Maßnahme vorgeschlagen hat. War der **Vorschlag von den Gesellschaftern** in Form einer Weisung ausgegangen, bewirkt das Aufsichtsratsveto keinen Ausführungsstopp, auch keinen vorübergehenden. Weder kommt das Verfahren nach § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG zum Zuge, noch bedarf es einer wiederholten Weisung der Gesellschafter mit einer Dreiviertelmehrheit gemäß § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG (s. oben Rdnr. 133 mit Nachweisen). Als oberstes Organ kann die Gesellschafterversammlung vielmehr unabhängig davon, ob der Aufsichtsrat eingeschaltet ist oder nicht, mit einfacher Mehrheit an die Geschäftsführer verbindliche Weisungen erteilen. Und das gilt nicht nur für den fakultativen, sondern auch für den obligatorischen Aufsichtsrat; denn die Mitbestimmungsgesetze haben die Entscheidungsorganisation der GmbH nicht geändert. 146

War dagegen der **Vorschlag von den Geschäftsführern** ausgegangen oder sind ihnen bei der Ausführung einer Weisung Ermessensspielräume eingeräumt worden, so kommt § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG zur Anwendung. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, können die Geschäftsführer die Sache daher entweder bleiben lassen bzw. in Weisungsfällen auf andere, konsensfähige Ausführungsmodalitäten ausweichen. Sie können aber auch nach § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG die Gesellschafterversammlung anrufen. Im Unterschied zum Aktienrecht (vgl. § 119 Abs. 2 AktG) kann allerdings die „Kann“-Vorschrift des § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG gesellschaftsvertraglich in eine „Muss“-Vorschrift abbedungen und die Geschäftsführung verpflichtet werden, ein Aufsichtsratsveto stets vor die Gesellschafterversammlung zu bringen. Auch können die Gesellschafter jederzeit und unabhängig von einer Vorlage der Geschäftsführer über eine auf- 147

1 §§ 93 Abs. 1 Satz 2, 116 Satz 1 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG; § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG.

2 Die Einzelheiten sind streitig, s. dazu *Habersack*, in: Großkomm. AktG, § 82 Rdnr. 13; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 4, E. IV.

sichtsratspflichtige Maßnahme abschließend entscheiden<sup>1</sup>. Halten die Gesellschafter an dem Vorschlag der Geschäftsführer fest, so können sie ihn mit **einfacher Mehrheit** bestätigen. Das gilt auch für den mitbestimmten Aufsichtsrat<sup>2</sup>. § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG, wonach ein Aufsichtsratsveto nur mit einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen überwunden werden kann, fügt sich nicht in die Entscheidungsorganisation der GmbH ein. Bei der Aktiengesellschaft begründet die Vorlage an die Hauptversammlung erst die Zuständigkeit. Die Hauptversammlung wird zum Stichentscheid gebeten. Bei der GmbH liegt dagegen die Entscheidungsmacht über Geschäftsführungsfragen von vornherein bei der Gesellschafterversammlung. Und Gesellschafterbeschlüsse, insbesondere Weisungsbeschlüsse, bedürfen grundsätzlich nur der einfachen Mehrheit (§ 47 Abs. 1). Dann ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb die einfache Mehrheit genügt, wenn eine Weisung erteilt wird, aber eine Dreiviertelmehrheit erforderlich sein soll, wenn die Gesellschafter sich erst auf Vorlage damit befassen.

- 148 Haben die Gesellschafter die verweigerte Aufsichtsratszustimmung ersetzt, so ergibt die **Auslegung**, ob die Geschäftsführer die Maßnahme durchzuführen haben oder ob die Ausführung in ihrem Ermessen liegen soll. **Im Zweifel** wird man davon ausgehen können, dass der Ersetzungsbeschluss als Weisung zu befolgen ist.

#### jj) Jahresabschluss und Lagebericht

- 149 § 52 verweist auf §§ 170 f. AktG. Aus § 170 Abs. 1 AktG ergibt sich, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht **unverzüglich** nach ihrer Aufstellung **dem Aufsichtsrat vorzulegen** sind. Dies gilt auch für den mitbestimmten Aufsichtsrat, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG. Wird die Gesellschaft geprüft (s. bei § 42a Rdnr. 20 ff.), so ist auch der Bericht des Abschlussprüfers über das Ergebnis seiner Prüfung unverzüglich vorzulegen, § 42a Abs. 1 Satz 3. Wurde der von der Gesellschafterversammlung bestellte Abschlussprüfer durch den Aufsichtsrat

<sup>1</sup> Wie hier etwa *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 67; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 90.

<sup>2</sup> *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 232; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 29; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 928; *Gaul/Otto*, *GmbHHR* 2003, 6, 12; *Deilmann*, *GmbHHR* 2004, 2253, 2256; a.A. (Dreiviertelmehrheit): *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 89; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 298; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 69; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 66 und 67; *Koppensteiner*, in: *Roweder/Schmidt-Leithoff*, § 37 Rdnr. 34; *Martens*, *AG* 1976, 121; *Säcker*, *DB* 1977, 1849; *Baumann*, *ZHR* 142 (1978), 557, 569; *Ballerstedt*, *ZGR* 1977, 133, 153; *Wank*, *GmbHHR* 1980, 121, 127; *Teubner*, *ZGR* 1986, 565, 578 f.; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 5, E. I. 2. b) bb); für den *drittelpartitisch mitbesetzten Aufsichtsrat* soll dagegen nach teilweise vertretener Ansicht ein qualifizierter Ersetzungsbeschluss nach § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG nur dann zwingend sein, wenn der Gesellschaftsvertrag für die Abberufung der Geschäftsführer ebenfalls eine qualifizierte Mehrheit oder einen wichtigen Grund verlangt, so *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 243; zustimmend: *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 5, E. I. 2. b) cc).

beauftragt (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG), so erhält der Aufsichtsrat den Prüfungsbericht unmittelbar durch den Abschlussprüfer (§ 321 Abs. 5 Satz 2 HGB).

Zusätzlich haben die Geschäftsführer dem Aufsichtsrat einen **Gewinnverwendungsvorschlag** gemäß § 170 Abs. 2 AktG zu unterbreiten<sup>1</sup>. Die Vorschrift wird zwar ausdrücklich nur in § 52 für anwendbar erklärt, nicht jedoch in § 25 MitbestG 1976 bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG. Aber auch in der mitbestimmten GmbH kann nichts anderes gelten<sup>2</sup>. 150

Es ist sodann das Recht und die Pflicht eines jeden Aufsichtsratsmitglieds, von diesen Vorlagen **Kenntnis zu nehmen**. Dies gilt gegebenenfalls auch für die Prüfungsberichte, § 170 Abs. 3 Satz 1 AktG<sup>3</sup>. Der Aufsichtsrat kann jedoch beschließen, dass die Vorlagen und Prüfungsberichte nur an Mitglieder eines Ausschusses übermittelt werden sollen, damit ein vorzeitiges Bekanntwerden verhindert wird, § 170 Abs. 3 Satz 2 AktG. 151

Aus § 171 AktG ergibt sich ein besonderer **Prüfungsauftrag** für den Aufsichtsrat. Zu prüfen ist der Jahresabschluss, der Lagebericht und der Gewinnverwendungsvorschlag. Im Rahmen des am 1. 5. 1998 in Kraft getretenen Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) wurde weiterhin in § 171 Abs. 1 Satz 1 AktG, auf den § 52 verweist, für Konzernunternehmen festgelegt, dass auch der Konzernabschluss und -lagebericht durch den Aufsichtsrat zu prüfen sind<sup>4</sup>. 152

Der Prüfungsauftrag des Aufsichtsrats geht über den Prüfungsauftrag des Abschlussprüfers hinaus. Der Auftrag des Abschlussprüfers erstreckt sich nur darauf zu prüfen, ob der Jahresabschluss den gesetzlichen Vorschriften und der Satzung entspricht<sup>5</sup>. Der Prüfungsauftrag des Aufsichtsrats nach § 171 AktG erstreckt sich auch auf die Prüfung, ob die **bilanzpolitischen Ermessensentscheidungen zweckmäßig** sind<sup>6</sup>. In die Würdigung mit einzubeziehen ist die Ausübung von Ansatzwahlrechten, die Inanspruchnahme oder Nichtinanspruchnahme von Bewertungswahlrechten, die Ausübung von Methodenwahlrechten und Darstellungswahlrechten, die Inanspruchnahme von größenabhän- 153

1 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 98; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, § 42a Rdnr. 6; *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 244; a.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 100: keine Pflicht, sondern Ermessen; *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 252.1; *Watermeyer*, GmbHR 1998, 1065.

2 LG Düsseldorf, AG 1995, 333; *Schüppen*, DB 1996, 1483; *Altmeyen*, ZGR 1999, 291, 308.

3 Zu den Änderungen durch das KonTraG: *Altmeyen*, ZGR 1999, 291, 307 ff.; *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, 249 ff.; *Deckert*, NZG 1998, 710 ff.; *Schulze-Osterloh*, ZIP 1998, 2129 ff.; *Schaefer/Misling*, NZG 1998, 441, 446; *Zimmer*, NJW 1998, 3521 ff.; *Thümmel*, DB 1999, 885 f.; *Funke*, ZIP 1996, 1602 ff.; *Strieder/Graf*, BB 1997, 1943 ff.; *Mertens*, AG 1997 (Sonderheft), 70 ff.

4 *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, 249, 252.

5 Zur Stellung des Abschlussprüfers und zur Wahrnehmung seiner Aufgaben: *Götz*, AG 1995, 337, 340; *Dörner*, DB 2000, 101; *Hachmeister*, DStR 1999, 1453; *Dörner/Oser*, DB 1995, 1085, 1088; *Forster*, in: FS Kropff, 1997, S. 71.

6 Zu den Maßstäben näher: *Hüffer*, AktG, § 171 Rdnr. 7; *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 171 Rdnr. 28 ff.; *Forster*, ZfB 1988, 789, 792; *Trescher*, DB 1989, 1981.

gigen Aufstellungserleichterungen usw. Der Prüfungsauftrag des Aufsichtsrats erstreckt sich damit auch auf die Zweckmäßigkeit des Jahresabschlusses und dessen Vereinbarkeit mit unternehmenspolitischen Zielsetzungen<sup>1</sup>.

- 154 Wird der Jahresabschluss der Gesellschaft geprüft, so kann sich der Aufsichtsrat auf die **Ergebnisse des Abschlussprüfers** stützen<sup>2</sup>. Er kann seiner eigenen Prüfung den Prüfungsbericht durch die Abschlussprüfer zugrunde legen<sup>3</sup>. Eine weitergehende Verpflichtung, selbst die Bücher und Schriften der Gesellschaft einzusehen und zu prüfen, besteht nur, wenn hierfür ein besonderer Anlass besteht<sup>4</sup>.
- 155 Zur Verbesserung der **Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer** wurden im Rahmen des KonTraG verschiedene Vorschriften des AktG geändert, die insbesondere die Kompetenzen des Aufsichtsrats betreffen: Nach § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG, § 318 Abs. 1 Satz 4 HGB ist der Aufsichtsrat, anstelle der Geschäftsführung, für die Erteilung des Prüfungsauftrages zuständig. Er kann somit besondere Schwerpunkte der Prüfung bestimmen. Dementsprechend erhält der Aufsichtsrat den Bericht auch unmittelbar vom Abschlussprüfer (vgl. auch § 321 Abs. 5 Satz 2 HGB). Der Abschlussprüfer war früher nur auf Wunsch des Aufsichtsrats verpflichtet, an dessen Verhandlungen über den Jahresabschluss teilzunehmen. Nunmehr besteht eine entsprechende Pflicht (§ 171 Abs. 1 Satz 2 AktG), und zwar auch für den Prüfungsausschuss<sup>5</sup> (audit committee; vgl. Rdnr. 457).
- 156 Der Bericht des Aufsichtsrats über das Ergebnis seiner Prüfung ist unverzüglich **den Gesellschaftern vorzulegen**, § 42a Abs. 1<sup>6</sup>. Sofern der Jahresabschluss durch einen Abschlussprüfer zu prüfen ist, muss der Aufsichtsrat ferner zu dem Ergebnis der Prüfung durch den Abschlussprüfer Stellung nehmen, § 171 Abs. 2 AktG<sup>7</sup>.
- 157 Der Auftrag an den Aufsichtsrat, den Jahresabschluss zu prüfen, gehört nicht zu den unabdingbaren Aufgaben des Aufsichtsrats. Die entsprechende Zuständigkeit kann daher beim **fakultativen Aufsichtsrat** durch die Satzung ausgeschlossen werden<sup>8</sup>.

1 Forster, ZfB 1988, 789, 793.

2 Semler, in: MünchKomm. AktG, § 171 Rdnr. 27 (keine zweite Abschlussprüfung).

3 Forster, ZfB 1988, 789, 797: „Fundgrube für den Aufsichtsrat“.

4 BGHZ 69, 221; Clemm, ZGR 1980, 455; Hommelhoff, ZGR 1983, 551, 565.

5 Str.; wie hier für Teilnahme an Sitzung des Aufsichtsrats und des Prüfungsausschusses: Adler/Düring/Schmaltz, § 171 n.F. AktG Rdnr. 23; Neuling, BB 2003, 166, 168; Siebel, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 183; a.A. für gesetzliche Teilnahmepflicht an nur einer Sitzung („oder“): Kropff, in: MünchKomm. AktG, § 171 Rdnr. 108; Huwer, Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats in der konzernfreien Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern, 2008, § 8 A. VII.

6 LG München, AG 2005, 408; Maser/Bäumker, AG 2005, 906.

7 S. auch Theisen/Salzberger, DB 1997, 105.

8 Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 103; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 11; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 15; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 25; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, Rdnr. 149; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 104; s. auch BGHZ 69, 220.

Die **Feststellung des Jahresabschlusses** gehört nicht zu den Zuständigkeiten des Aufsichtsrats. § 52, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 MitbestG verweisen nicht auf § 172 AktG. Festzustellen ist vielmehr durch die Gesellschafterversammlung, § 46 Nr. 1 und § 42a. Die Satzung kann dies ändern. 158

#### kk) Sachverständige zur Überwachung

§ 52 verweist zwar nicht auf § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG, wohl aber auf § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG. Hiernach kann der Aufsichtsrat, nicht aber das einzelne Mitglied<sup>1</sup>, für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen. Zulässig ist dies aber nur im Rahmen der Überwachungstätigkeit, also etwa zur Ermittlung der Risiken aus Termingeschäften, der langfristigen Devisenkursrisiken, zur Prüfung der von den Geschäftsführern vorgeschlagenen Reorganisation usw. Auf Sachverständige nicht übertragbar sind die gesamte Überwachungsaufgabe oder unkonkretisierte Teilbereiche hiervon<sup>2</sup>. 159

#### b) Unternehmensleitung

Der Aufsichtsrat ist weder unmittelbar zur Geschäftsführung befugt, noch ist er berechtigt, den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen. Auch das Zustimmungserfordernis nach § 111 Abs. 4 AktG erlaubt dem fakultativen Aufsichtsrat nicht, unternehmensleitende Entscheidungen durchzusetzen. **Der Aufsichtsrat ist kein zweites Geschäftsführungsorgan (dualistisches System)**. Wohl aber kann der Aufsichtsrat bestimmte Maßnahmen bei den Geschäftsführern anregen. 160

Ob die Gestaltungsfreiheit den Gesellschaftern erlaubt, einem **fakultativen Aufsichtsrat** wesentliche Funktionen der Unternehmensleitung zu übertragen, könnte im Blick auf § 105 und § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG zweifelhaft sein. Die h.M. ist widersprüchlich. Sie lässt nicht zu, dass ein Geschäftsführer gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied ist (s. Rdnr. 256). Wohl aber könnten die Gesellschafter einem eigenständigen Organ der Gesellschaft durch die Satzung neben Überwachungsaufgaben auch Zuständigkeiten im Rahmen der Unternehmensleitung übertragen<sup>3</sup>. Dem ist zuzustimmen. Der Aufsichtsrat wird durch die Übertragung von Zuständigkeiten im Rahmen der Geschäftsführung nicht zu einem Gesellschafterausschuss. Ihm kann daher die Formulierung der Unternehmenspolitik, ein Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern und die Lösung von Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Geschäftsführern 161

<sup>1</sup> BGHZ 85, 295; *Schiessl*, AG 2002, 597.

<sup>2</sup> *Hüffer*, AktG, § 111 Rdnr. 12; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 111 Rdnr. 424; *Pott-hoff/Trescher/Theisen*, *Das Aufsichtsratsmitglied*, 6. Aufl., Rdnr. 747; *Steinbeck*, *Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeit des Aufsichtsrats ...*, S. 130.

<sup>3</sup> RGZ 137, 305, 309; BGHZ 43, 261, 264; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 110; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 10; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 113; *Lutter/Krieger*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 4. Aufl., Rdnr. 983; *Kreifels*, *GmbHR* 1955, 178; *Hölters*, *BB* 1977, 105; *Großfeld/Brondics*, *AG* 1987, 298; *Weber*, *Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht*, 2000, S. 129 ff.; a.A.: *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 6.

übertragen werden<sup>1</sup>. Das Weisungsrecht der Gesellschafter kann dem Weisungsrecht des Aufsichtsrats vorgehen, aber es kann auch ausgeschlossen werden<sup>2</sup>. § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG ist somit bei der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat nicht zwingend. Allerdings darf der Aufsichtsrat nicht zum eigentlichen Geschäftsführungsorgan gemacht werden.

- 162 Bei Gesellschaften mit einem **Aufsichtsrat nach DrittelbG und nach MitbestG** können dem Aufsichtsrat durch die Satzung Zuständigkeiten zur Geschäftsführung, Weisungsrechte gegenüber den Geschäftsführern usw. nicht übertragen werden. Dem steht § 111 Abs. 4 AktG, der für diese Gesellschaften zwingend ist, entgegen.
- 163 Die Gesellschafter können jedoch auch bei der mitbestimmten GmbH ein **zusätzliches Gremium** einsetzen, das befugt ist, den Geschäftsführern auf dem Gebiet der Unternehmensleitung Weisungen zu erteilen<sup>3</sup>. Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer stehen dem nicht entgegen; denn unternehmensleitende Weisungen sind auch durch die Gesellschafterversammlung zulässig, die ihrerseits nicht der Überwachung des Aufsichtsrats unterliegt.

### c) Bestellung, Anstellung und Kündigung von Geschäftsführern

- 164 Zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft gehören die Bestellung, Abberufung usw. der Vorstandsmitglieder sowie die Gestaltung der Geschäftsführung, §§ 84, 77 Abs. 1 und 2, 78 Abs. 3, 105 Abs. 2 AktG.  
Der Aufsichtsrat vertritt insoweit auch die AG.

#### aa) Fakultativer Aufsichtsrat und Aufsichtsrat nach DrittelbG

- 165 Bei der GmbH ist zu unterscheiden. Zur internen Zuständigkeit für die Bestellung und Anstellung s. bei § 35 Rdnr. 189 ff. sowie bei § 46.
- 166 Entscheidet die Gesellschafterversammlung über die Bestellung und Anstellung der Geschäftsführer und hat die GmbH einen **fakultativen Aufsichtsrat** oder einen nach **DrittelbG mitbestimmten Aufsichtsrat**, so ist durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht geklärt, ob § 112 AktG anwendbar ist, also der Aufsichtsrat die Gesellschaft vertritt<sup>4</sup>. Eine Aufspaltung zwischen interner Zuständigkeit und Vertretung im Außenverhältnis macht keinen Sinn. Auszugehen ist vielmehr davon, dass die Gesellschaft als Annexkompetenz durch die Gesellschafterversammlung auch vertreten wird<sup>5</sup>.
- 167 Durch die **Satzung** kann die Zuständigkeit zur Bestellung, zur Anstellung und zur Kündigung des Anstellungsvertrags der Geschäftsführer auf den fakultati-

1 Zum Letzteren: BGHZ 43, 261; s. auch BFH, GmbHR 2004, 193.

2 S. *Gefßler*, GmbHR 1974, 204.

3 Str., *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, 2000, S. 148 m.w.N.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 230; *Uwe H. Schneider*, BB 1973, 1469; a.A. *Teubner*, ZGR 1986, 578; *Vollmer*, ZGR 1979, 174.

4 Unklar: BGH, GmbHR 1999, 1140 sowie dazu *Goette*, DStR 1999, 1745.

5 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 107; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 47.

ven Aufsichtsrat und den Aufsichtsrat nach DrittelbG übertragen werden<sup>1</sup>. Ist in der Satzung lediglich die Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführer vorgesehen, so folgt hieraus im Wege der Auslegung zugleich die Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Anstellung. Diese Zuständigkeiten können nicht auf den Aufsichtsratsvorsitzenden oder gar einen Dritten delegiert werden. Hatte daher nach der Satzung der fakultative Aufsichtsrat durch Beschluss mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit über eine Kündigung des Geschäftsführers zu beschließen und überlässt er dem Aufsichtsratsvorsitzenden den Versuch einer gütlichen Einigung sowie die endgültige Entscheidung über eine Kündigung, so ist die Kündigung unwirksam; denn das zuständige Organ, nämlich der Aufsichtsrat, hat nicht entschieden<sup>2</sup>.

Ist der Aufsichtsrat zur Bestellung und zur Anstellung zuständig, so vertritt er insoweit auch die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern<sup>3</sup>. Die **Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats** setzt sich auch nach dem Ausscheiden des Geschäftsführers fort. Der Aufsichtsrat vertritt daher die Gesellschaft auch gegenüber einem ausgeschiedenen Geschäftsführer, soweit Rechte und Pflichten aus dem Organverhältnis<sup>4</sup> und aus dem Anstellungsverhältnis<sup>5</sup> in Frage stehen. 168

#### bb) Aufsichtsrat und MitbestG

Hat die Gesellschaft einen **Aufsichtsrat nach MitbestG**, so werden die Geschäftsführer nach § 31 MitbestG i.V.m. § 84 AktG durch den Aufsichtsrat bestellt<sup>6</sup>. Ob auch die **Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten** für den gesamten Geschäftsbetrieb in den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats nach MitbestG fällt, ist streitig. 169

Es soll wertungswidersprüchlich sein, wenn die Gesellschafterversammlung zwar nicht mehr für die Bestellung der Geschäftsführer zuständig sei, wohl aber noch für die Bestellung der Prokuristen usw. Aus diesem Grund wird teilweise angenommen, die Zuständigkeit zur Bestellung von Prokuristen usw. sei gleichfalls auf den Aufsichtsrat bzw. auf die Geschäftsführer verlagert<sup>7</sup>. Das 170

1 BGH, WM 1997, 1015; OLG Rostock, NZG 2001, 813: Bestätigung der Bestellung durch Gesellschafterversammlung; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 10; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 104, 109.

2 BGH, GmbHR 2005, 681; *Graef*, GmbHR 2005, 675: aber Ausschluss der aktienrechtlichen Bestimmungen beim fakultativen Aufsichtsrat möglich.

3 So wohl BGH, WM 1997, 1015: Übertragung der grundsätzlichen Vertretungskompetenzen; s. ferner BGH, DStR 1991, 752 (AG).

4 S. BGHZ 103, 213 (AG).

5 BGH, GmbHR 2004, 259; BGH, WM 1990, 630 = WuB II C. § 52 GmbHG 1.90 (*Soehring*); BGH, GmbHR 1999, 1140; *Goette*, DStR 1999, 1745; so für die AG: BGH, AG 2007, 86 = WuB II A § 112 AktG 1.7 (*Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*) (auch im Streit mit überlebendem Ehegatten); BGH, WM 1988, 413, in Abweichung von BGHZ 41, 223 und BGHZ 47, 341.

6 Zur Anstellungskompetenz s. bei § 35 Rdnr. 176.

7 Für Zuständigkeit des Aufsichtsrats: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 67; *Naendrup*, in: GK-MitbestG, § 25 Rdnr. 133; für Zuständigkeit der Geschäftsführer: *Säcker*, Anpassung von Satzungen und Geschäftsordnungen an das MitbestG 1976, 1977, S. 38; für Zuständigkeit der Gesellschafter: *Zöllner*, ZGR 1977, 319, 326;

Problem war bei der Formulierung des MitbestG bekannt. So hatte der RegE GmbHG 1971 (BR-Drucks. 595/71) nur vorgesehen, dass der Aufsichtsrat die Ernennung von Prokuristen usw. an seine Zustimmung binden könne. Die Gesellschafter sollten jedoch die Möglichkeit haben, die Verweigerung der Zustimmung mit Dreiviertelmehrheit zu überwinden. Wenn das MitbestG von einer ausdrücklichen Regelung absieht, so spricht dies daher für ein Fortbestehen der Zuständigkeit der Gesellschafter; denn die rechtsformspezifischen Regelungen sollten fortbestehen, soweit nicht das MitbestG ausdrücklich eine Änderung vornahm.

#### d) Geschäftsordnung für Geschäftsführer

- 171 § 52 und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG verweisen nicht auf § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG. Daraus ist zu entnehmen, dass der fakultative Aufsichtsrat und der Aufsichtsrat nach DrittelbG keine organexterne Geschäftsordnung für die Geschäftsführer erlassen können. Zuständig hierfür ist allein die Gesellschafterversammlung (s. § 37 Rdnr. 59).

Auch § 25 MitbestG verweist nicht auf § 77 AktG. Auch insoweit ist davon auszugehen, dass der Aufsichtsrat nach MitbestG keine Geschäftsordnung für die Geschäftsführer erlassen kann<sup>1</sup>.

#### e) Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten?

- 172 Durch die Satzung können dem fakultativen Aufsichtsrat alle **Mitverwaltungsrechte** der Gesellschafter, soweit sie in § 46 aufgeführt sind, also nicht nur Weisungsbefugnisse gegenüber den Geschäftsführern, sondern auch andere Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung, übertragen werden, soweit hierfür nicht zwingend die Gesellschafterversammlung zuständig ist (s. auch Rdnr. 57). Nicht übertragbar sind die Zuständigkeit zur Satzungsänderung, § 53, die Einforderung von Nachschüssen, § 26, die Auflösung der Gesellschaft, § 60 Nr. 2, die Verschmelzung und Umwandlung sowie die Bestimmung der Liquidatoren und deren Abberufung, § 66<sup>2</sup>. Dies gilt auch für den **nach § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 DrittelbG zu bildenden Aufsichtsrat**.

## 2. Vertretung der Gesellschaft

- 173 Der Aufsichtsrat hat nicht die Aufgabe, Geschäftsbeziehungen der Gesellschaft mit Dritten herzustellen, sie zu pflegen, sie abzurechnen oder allgemein Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben<sup>3</sup>. Er vertritt die Gesellschaft weder gerichtlich noch außergerichtlich. Das gilt jedoch nicht ohne Ausnahme.

<sup>1</sup> Hommelhoff, ZGR 1978, 119, 137; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 945.

<sup>2</sup> S. bei § 37 Rdnr. 60 m.w.N.; a.A. Köstler/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., Rdnr. 652; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 929, 942 (subsidiäre Zuständigkeit).

<sup>3</sup> S. auch § 77 RegE GmbHG 1971, BT-Drucks. VI/3088; Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 185.

<sup>4</sup> Schwintowski, NJW 1990, 1009, 1010; Fleck, in: FS Heinsius, 1991, S. 105.



**a) Rechtsgeschäfte mit den Geschäftsführern bei fakultativem Aufsichtsrat**

**aa)** Bei einer Gesellschaft mit fakultativem Aufsichtsrat sind, wenn die Satzung nichts anderes vorsieht, die Gesellschafter zur Bestellung und Abberufung sowie für den Abschluss, die Änderung, die Aufhebung durch Vertrag und die Kündigung des Anstellungsvertrags zuständig. Insoweit vertreten die Gesellschafter auch wegen des engen Sachzusammenhangs die Gesellschaft (s. bei § 35 Rdnr. 194 ff.). 174

**bb)** Demgegenüber vertritt ein fakultativer Aufsichtsrat, der für die Bestellung und Anstellung zuständig ist, die Gesellschaft **gegenüber einem ausgeschiedenen Geschäftsführer**<sup>1</sup>. Dies soll auch gelten, wenn streitig ist, ob ein Geschäftsführer wirksam abberufen und sein Anstellungsvertrag wirksam gekündigt ist<sup>2</sup>. 175

**cc)** Ein fakultativer Aufsichtsrat vertritt die Gesellschaft beim Abschluss von Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern. § 52 verweist auch auf § 112 AktG. Die Vertretungsbefugnis besteht gerichtlich und außergerichtlich. Die Aktivvertretung obliegt den Aufsichtsratsmitgliedern in ihrer Gesamtheit (**Gesamtvertretung**)<sup>3</sup>. Die Aufsichtsratsmitglieder können ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied, insbesondere den Vorsitzenden, zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts ermächtigen<sup>4</sup>. In diesem Fall hat das Organmitglied Alleinvertretungsbefugnis (s. bei § 35 Rdnr. 55). Aufsichtsratsbeschlüsse sind in der Regel als Ermächtigung des Vorsitzenden auszulegen, wenn sie den Abschluss eines Rechtsgeschäfts bedingen<sup>5</sup>. Fehlt es an einer Ermächtigung, so handelt das Aufsichtsratsmitglied ohne Vertretungsmacht mit der Folge schwebender Unwirksamkeit und der Möglichkeit nachträglicher Genehmigung<sup>6</sup>. 176

Beim fakultativen Aufsichtsrat sollte auch eine Einzelvertretung zulässig sein, wenn dies ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist (zw.). Auch kann dem Aufsichtsrat durch die Satzung jede Vertretungsbefugnis genommen werden<sup>7</sup>. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung in einem Bereich abzugeben, für den der Aufsichtsrat vertritt, so genügt es, wenn die Erklärung gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied erfolgt, § 35 Abs. 2 Satz 3 entsprechend (**Passivvertretung**)<sup>8</sup>. 177

**dd)** Die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats gilt auch für den Abschluss von Rechtsgeschäften und die Vertretung der Gesellschaft im Prozess mit Ge- 178

1 BGH, GmbHR 1990, 297; BGH, GmbHR 1999, 1140; BGH, GmbHR 2003, 841; BGH, GmbHR 2004, 259; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 107 (generell).

2 BGH, WM 1986, 1411; OLG Brandenburg, NZG 2000, 143.

3 Eb. *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 47.

4 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 110; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 106; a.A. OLG Stuttgart, AG 1993, 85 (AG).

5 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 110; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 47; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 14; *Peus*, Der Aufsichtsratsvorsitzende, S. 169.

6 A.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 110 (nichtig).

7 Ebenso: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 109.

8 A.A. *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 47 und *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 106: nur Aufsichtsratsvorsitzender.

schaftsführern nach ihrer Abberufung (**ausgeschiedene Geschäftsführer**). Diese für das Aktienrecht entwickelte Rechtsprechung lässt sich auch auf die GmbH übertragen<sup>1</sup>.

- 179 **ee)** Zur Vertretungsbefugnis für den Abschluss, die Änderung und die Kündigung des **Anstellungsvertrags** s. bei Rdnr. 164 ff.
- 180 **ff)** Bei **Rechtsgeschäften des täglichen Lebens** (z.B. Warenbezug oder Kontoeröffnung, wenn die Gesellschaft Bankgeschäfte betreibt oder der Erstattung verauslagter Reisekosten) und bei Rechtsgeschäften in Erfüllung einer Verbindlichkeit kann die Gesellschaft auch von Mitgeschäftsführern, von Prokuristen usw. vertreten werden<sup>2</sup>. Eine besondere Ermächtigung durch den Aufsichtsrat ist nicht erforderlich.
- 181 **gg)** Da nach § 46 Nr. 8 die Gesellschafterversammlung für die **Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer** zuständig ist, besteht hierfür grundsätzlich keine Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats nach § 112 AktG, sofern nicht eine anderweitige Regelung in der Satzung getroffen wurde<sup>3</sup>.

#### **b) Rechtsgeschäfte mit den Geschäftsführern bei der mitbestimmten GmbH**

- 182 Auf § 112 AktG verweisen auch § 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG und § 25 MitbestG. Auch der mitbestimmte Aufsichtsrat vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich gegenüber den Geschäftsführern.
- Zur Vertretung der Gesellschaft bei Abschluss, Änderung und Kündigung des Anstellungsvertrags s. bei § 35 Rdnr. 202 ff. und bei Rdnr. 164 ff.

#### **c) Hilfgeschäfte**

- 183 Eine weitere Ausnahme besteht für Hilfgeschäfte des Aufsichtsrats, die zur Wahrnehmung der dem Aufsichtsrat übertragenen Aufgaben notwendig werden, § 30 Satz 2 BGB analog. Der Aufsichtsrat wird durch solche Rechtsgeschäfte nicht selbst berechtigt und verpflichtet. Er ist weder „rechtsfähig“ noch „pflichtenfähig“. Er ist folglich nicht „vermögensfähig“<sup>4</sup>. Soweit der Aufsichtsrat ausnahmsweise Berater und Sachverständige beiziehen kann, ist er vielmehr

1 BGH, WM 1989, 637 = ZIP 1989, 497; BGH, WM 1990, 630; BGH, WM 1991, 941; BGH, ZIP 1993, 1380; BGH, GmbHR 2004, 259; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 47; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 107; s. auch BGH, AG 1997, 417: in AG umgewandelte GmbH.

2 *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 105; zum AktG 1937: BGHZ 41, 282, 285 (ohne die hier vorgenommene Beschränkung auf Geschäfte des täglichen Lebens); für Geschäfte des täglichen Lebens für die AG: zweifelnd: *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 112 Rdnr. 15; a.A. *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 112 Rdnr. 53; *Emmerich*, WuB II A § 112 AktG 1.86.

3 *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 47; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 109; a.A. *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 107.

4 A.A. für den Betriebsrat: *Richardi*, *BetrVG*, 10. Aufl., § 26 Vorbem. Rdnr. 9, 11.

befugt, die Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft zu schließen und damit die Gesellschaft zu verpflichten<sup>1</sup>.

In bestimmten Fällen vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft **bei Stellung eines Strafantrags**, vgl. § 85 Abs. 3 Satz 2 (s. *Tiedemann* bei § 85). 184

#### d) Genehmigung

Handeln die Geschäftsführer, obwohl der Aufsichtsrat vertritt, so ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam und nicht nichtig<sup>2</sup>. Es kann nach den §§ 177 ff. BGB durch den Aufsichtsrat genehmigt werden. 185

### 3. Die Aufgaben des Aufsichtsrats im Konzernunternehmen

**Schrifttum:** *Beuthien*, Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen für Leitungsmachtmissbrauch, DB 1969, 1781; *Crezelius*, Die Stellung der Vertretungsorgane in § 32 MitbestG, ZGR 1980, 359; *Decher*, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, 1990; *Götz*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats, ZGR 1990, 633; *Götz*, Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, ZGR 1998, 524; *Hoffmann-Becking*, Vorstands-Doppelmandate im Konzern, ZHR 150 (1986), 570; *Hoffmann-Becking*, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995), 325; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982; *Hommelhoff*, Zur Anteils- und Beteiligungsüberwachung im Aufsichtsrat, in: FS Stimpel, 1986, S. 603; *Hommelhoff*, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern?, ZGR 1996, 144; *Hommelhoff*, Grundsätze ordnungsgemäßer Kontrolle der Beteiligungsverwaltung des Konzernvorstands durch den Konzernaufsichtsrat, AG 1995, 225; *Jacobs*, Stufenverflechtung zwischen Aufsichtsrat einer Obergesellschaft und Beirat einer abhängigen GmbH, in: FS Brandner, 1996, S. 731; *Kleindiek*, Konzernstrukturen und Corporate Governance: Leitung und Überwachung im dezentral organisierten Unternehmensverbund, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 572; *Köstler*, Konzernmanagement und Konzernaufsichtsräte, Die Mitbestimmung 1992, 43; *Lenz*, Zustimmungsvorbehalte im Konzern, AG 1997, 448; *Lindermann*, Doppelmandat gleich Haftungsdurchgriff?, AG 1987, 225; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003; *Lutter*, Der Aufsichtsrat im Konzern, AG 2006, 517; *Lutter*, Mitbestimmung im Konzern, 1975; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006; *Lutter*, Zur Wirkung von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf nahestehende Gesellschaften, in: FS R. Fischer, 1979, S. 419; *Lutter*, Zustimmungspflichtige Geschäfte im Konzern, in: Liber amicorum Happ, 2006, S. 143; *Martens*, Der Aufsichtsrat im Konzern, ZHR 159 (1995), 567; *Ramm*, Die Position des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens im mehrstufigen Konzern, 2002; *Reiß*, Die Besetzung des Aufsichtsrates durch das herr-

<sup>1</sup> Ebenso: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 108; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 112 Rdnr. 16; *Mertens*, in: FS Stimpel, 1985, S. 421; *Peus*, Der Aufsichtsratsvorsitzende, 1983, S. 164; *Werner*, ZGR 1989, 383; *Semler*, in: FS Claussen, 1997, S. 381, 398; a.A. *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 109 Anm. 5: nur Erstattungsanspruch; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 109.

<sup>2</sup> H.M., OLG Celle, AG 2003, 433; vgl. auch OLG Karlsruhe, WM 1996, 161, 164 ff.: §§ 177 ff. BGB gelten jedenfalls für die Genehmigung von Rechtsgeschäften, die vom Aufsichtsratsvorsitzenden abgeschlossen wurden; a.A.: Nichtigkeit nach § 134 BGB: OLG Hamburg, WM 1986, 972; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 112 Rdnr. 5; *Stein*, AG 1999, 29.

schende Unternehmen im (qualifizierten) faktischen Aktienkonzern, 1992; *Reuter*, Die Konzerndimension des KonTraG und ihre Umsetzung in Konzernobergesellschaften, DB 1999, 2251; *Riesenkampff*, Haftet die Mutter für Verstöße der Tochter gegen EG-Kartellrecht, in: FS Peltzer, 2001, S. 359; *Rowedder*, Die Rechte des Aufsichtsrates in der beherrschten Gesellschaft, in: FS Duden, 1977, S. 501; *Säcker*, Zur Problematik von Mehrfachfunktionen im Konzern, ZHR 151 (1987), 59; *Scheffler*, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats im Konzern, DB 1994, 793; *M. Schmidt*, Konzernsteuerung über Aufsichtsräte, in: FS Imhoff, 1998, S. 67; *Uwe H. Schneider*, Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens im Konzern, in: FS Hadding, 2004, S. 621; *Uwe H. Schneider*, Der Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens im Konzern, in: FS Raiser, 2005, S. 341; *Uwe H. Schneider*, Aufsichtsratshaftung im Konzern, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 7, S. 245; *Uwe H. Schneider*, Konzernleitung als Rechtsproblem. – Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht, BB 1981, 249; *Uwe H. Schneider*, Das Informationsrecht des Aufsichtsratsmitglieds einer Holding AG, in: FS Kropff, 1997, S. 271; *Semler*, Doppelmandatsverbund im Konzern, in: FS Stiefel, 1987, S. 719; *Strohn*, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977; *Theisen*, Der Konzern, 2. Aufl. 2000; *Theisen*, Die Konzernüberwachung durch den Aufsichtsrat, Die Mitbestimmung 1993, Heft 11, S. 44; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980; *Timm*, Die Mitwirkung des Aufsichtsrates bei unternehmensstrukturellen Entscheidungen, DB 1980, 1201; *Turner*, Zur Stellung des Aufsichtsrats im beherrschten Unternehmen, DB 1991, 583; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989.

#### a) Der Aufsichtsrat in der herrschenden GmbH

- 186 Die Konzernierung führt zu tiefgreifenden Veränderungen in der Entscheidungsorganisation der Konzernunternehmen. Zwar gibt es keine besonderen für den Konzern vorgesehenen Konzernleitungs- und Konzernüberwachungsorgane. Wohl aber ändern und erweitern sich die Zuständigkeiten und die Aufgaben der Organe in den Konzernunternehmen. Die Konzernbildung hat Auswirkungen auf die Aufgaben des Aufsichtsrats, auf die Befugnisse der Aufsichtsratsmitglieder, auf ihre Verantwortung und ihre Pflichten. Im GmbHG ist dies nicht besonders berücksichtigt und geregelt. Aus den Verweisungen in § 52, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 MitbestG ergeben sich nur punktuelle Antworten, wie etwa aus § 90 AktG, wo die Konzernlage besonders angesprochen wird.
- 187 **aa)** Ist die GmbH **herrschendes Unternehmen im Konzern**, so gehört zu den Aufgaben der Geschäftsführer die Konzerngeschäftsführung. Die Wahrnehmung des Einflusses aus den Beteiligungen, Unternehmensverträgen usw. auf die Geschäftsführung der Konzernunternehmen ist nicht Vermögensverwaltung, sondern verpflichtet zur Gestaltung der von den Konzernunternehmen wahrgenommenen unternehmerischen Tätigkeit. Da die Überwachung des Aufsichtsrats Funktionskontrolle ist und Adressat die Geschäftsführer sind, hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführer bei ihrer Konzernleitung zu überwachen und sie insoweit zu beraten<sup>1</sup>. Unverzüglich nach Eingang des Prüfungsberichts des Ab-

<sup>1</sup> *Hüffer*, AktG, § 111 Rdnr. 10; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 111 Rdnr. 23; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 329; *Kleindiek*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 588; *Uwe H. Schneider*, in: FS Hadding, 2004, S. 621; weitergehend aber *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 25; *Götz*, ZGR 1998, 524, 539.

schlussprüfers haben die Geschäftsführer des Mutterunternehmens den Konzernabschluss usw. dem Aufsichtsrat des Mutterunternehmens vorzulegen, § 337 Abs. 1 AktG. Dies gilt auch für die mitbestimmte GmbH. Durch die Funktionsteilung im Konzern beschränkt sich die Überwachung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens jedoch nicht auf die tatsächlich ausgeübte Konzernleitung<sup>1</sup>, sondern auf die gesamte von den Geschäftsführern zu verantwortende Konzernleitung. Dagegen sind die Leitungsorgane der Tochter- und Enkelgesellschaften keine Überwachungsadressaten<sup>2</sup>.

Zu den **Aufgaben** des Aufsichtsrats der herrschenden GmbH gehört daher 188

- sowohl die Überwachung der Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, soweit die von der Gesellschafterversammlung in der GmbH beschlossene Konzern-Geschäftspolitik umgesetzt wird, des Tagesgeschäfts der GmbH, der Einrichtung einer angemessenen Konzernführungsorganisation eines konzernweiten Informationssystems<sup>3</sup>,
- als auch im Zusammenwirken mit den Geschäftsführern des herrschenden Unternehmens die Überwachung der Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leitungsentscheidungen in den Konzernunternehmen<sup>4</sup>.

Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens wird von diesem umfangreichen Aufgabenbereich dadurch entlastet, dass ein geringeres Maß an Überwachung ausreicht, wenn das **Tochterunternehmen selbst wiederum** über einen **Aufsichtsrat** verfügt, in welchem auch Mitglieder aus dem Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens vertreten sind. Dabei muss allerdings der Aufsichtsrat sich davon überzeugen, dass der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, wenn ein solcher vorhanden, seine Aufgaben effektiv wahrnimmt<sup>5</sup>. 189

Folgen hat diese „Vernetzung“ für die Berichtspflicht der Geschäftsführer. Sie sind auf Anforderung (s. Rdnr. 105) verpflichtet, über die Geschäfts- und Er- 190

1 Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 10; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 132; v. Schenck, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 39; Götz, ZGR 1990, 646; Kropff, in: FS Clausen, 1997, S. 668.

2 LG Düsseldorf, AG 1995, 334; Semler, in: MünchKomm. AktG, § 111 Rdnr. 235; Elsing/Schmidt, BB 2002, 1710; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 329; Martens, ZHR 159 (1995), 577; Hommelhoff, ZGR 1996, 150; Lutter, AG 2006, 517; Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 863; Uwe H. Schneider, in: FS Hadding, 2004, S. 625.

3 Sven H. Schneider, Informationspflichten und Informationseinrichtungspflichten im Aktienkonzern, 2006.

4 A.A. Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 10; Götz, ZGR 1990, 646; wie hier Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 12; Semler, Leitung und Überwachung der AG, 2. Aufl., Rdnr. 271, 382; Lutter, in: FS Albach, 1993, S. 343; einschränkend: Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 93 f.: nur Entscheidungen, die Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens beeinflussen.

5 Hommelhoff, ZGR 1996, 144, 156 ff.; Potthoff/Trescher/Theisen, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 500 ff.; vgl. auch Martens, ZHR 159 (1995), 566, 586 ff.; a.A. Götz, ZGR 1998, 524, 535 ff.

tragslage nicht nur bei der eigenen Gesellschaft, sondern auch bei den Konzernunternehmen zu **berichten**, soweit es von erheblichem Einfluss auf die Lage des herrschenden Unternehmens ist<sup>1</sup>. Das verlangt insbesondere bei größeren Konzernen die Einrichtung eines konzernweiten Informationssystems.

- 191 Das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats erstreckt sich dem Umfang nach auch auf die Tochtergesellschaften. § 111 Abs. 2 AktG begründet aber weder ein besonderes Recht des herrschenden Unternehmens noch des Organs „Aufsichtsrat“ gegenüber den Tochtergesellschaften. Das Einsichts- und Prüfungsrecht findet daher auch seine Grenze aus dem Recht der Tochtergesellschaft. Bedenklich sind daher Vorschläge der Regierungskommission „Corporate Governance“<sup>2</sup>, das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats zu erweitern. Ein vom Aufsichtsrat bestellter zur Berufsverschwiegenheit verpflichteter Sachverständiger sollte die Rechte nach § 111 Abs. 2 Satz 1 auch gegenüber Tochterunternehmen i.S.d. § 290 Abs. 2 HGB und anderen Unternehmen i.S.d. § 310 HGB haben, er solle von deren gesetzlichen Vertretern Aufklärungen und Nachweise verlangen können.
- 192 **Kontrolladressat** sind allein die Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens. Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens hat sich daher mit Fragen, die das beherrschte Unternehmen betreffen, an die Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens zu wenden. Er darf sich, so lautet jedenfalls die Regel, nicht unmittelbar an die Geschäftsführer oder den Aufsichtsrat eines beherrschten Konzernunternehmens richten.
- 193 **bb)** Der Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG betrifft lediglich die interne Willensbildung des herrschenden Unternehmens. Die Bindungen, denen das herrschende Unternehmen im Verhältnis zu den abhängigen Unternehmen unterliegt, sei es bei der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung, sei es bei der Erteilung von Weisungen oder sei es bei tatsächlichen Einwirkungen, sind allein aus dem Recht des beherrschten Unternehmens zu entwickeln<sup>3</sup>. Unabhängig hiervon kann der Zustimmungsvorbehalt konzernweit angelegt sein:
- 194 – Der Aufsichtsrat der herrschenden GmbH kann nicht nur Maßnahmen, etwa eine Kreditaufnahme, bei der eigenen Gesellschaft, sondern auch Maßnahmen, die bei einem beherrschten Konzernunternehmen verwirklicht werden, einem **konzernweiten Ad-hoc-Zustimmungsvorbehalt** unterwerfen<sup>4</sup>. Das dem

1 *Uwe H. Schneider*, in: FS Kropff, 1997, S. 279; weitergehend: *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 231 ff.

2 *Baums* (Hrsg.), Bericht Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdnr. 22 S. 66.

3 Anders aber wohl: *Götz*, ZGR 1990, 648, der das Innenverhältnis und das Außenverhältnis nicht hinreichend unterscheidet; s. ferner *Götz*, ZGR 1998, 543; *Kropff*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 87 f.; *Reuter*, DB 1999, 2250, 2252.

4 Ebenso: *Lutter*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 149; *Götz*, ZGR 1990, 646; *Boujong*, AG 1995, 203, 205; *Martens*, ZHR 159 (1995), 580; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 7.

Aufsichtsrat zustehende Ermessen kann sich auf Null reduzieren, so dass er entsprechende Vorgänge bei Tochtergesellschaften seiner Zustimmung unterwerfen muss. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn sich entsprechende Haftungsrisiken für das herrschende Unternehmen ergeben.

- Auch kann in die Satzung oder in eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführer ein konzernweiter Zustimmungsvorbehalt aufgenommen werden. Ist in der Satzung des herrschenden Unternehmens für Maßnahmen, die beim herrschenden Unternehmen verwirklicht werden, ein Zustimmungsvorbehalt ausdrücklich vorgesehen, fehlt aber ein **satzungsmäßiger konzernweiter Zustimmungsvorbehalt**, so ist im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Vorbehalts zu ermitteln, ob es sich um einen konzernweiten Zustimmungsvorbehalt handelt. Entsprechende Maßnahmen sind aus der Sicht des herrschenden Unternehmens neu zu qualifizieren. Danach ist zu beurteilen, ob sie dem Zustimmungsvorbehalt unterworfen sind oder nicht<sup>1</sup>. Verweigert der Aufsichtsrat die Zustimmung, so können sich die Gesellschafter des herrschenden Unternehmens durch einfachen Mehrheitsbeschluss darüber hinwegsetzen<sup>2</sup>. Kommt ein solcher Gesellschafterbeschluss nicht zustande, so sind die Geschäftsführer gehalten, dafür zu sorgen, dass die Maßnahme nicht verwirklicht wird. 195
- Auch wenn aus der Sicht der herrschenden GmbH die Zustimmung des Aufsichtsrats nicht einzuholen ist, kann dessen **Mitwirkung im Vertragskonzern** nach § 308 Abs. 3 AktG erforderlich werden, wenn für eine aus der Sicht des beherrschten Unternehmens zustimmungsbedürftige Maßnahme nicht innerhalb angemessener Frist die Zustimmung durch den Aufsichtsrat dieses Unternehmens erteilt wird<sup>3</sup>. 196
- cc) Während jedoch in der Regel der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens auf Überwachungsaufgaben beschränkt bleibt, wird er durch § 32 MitbestG unmittelbar in die **Konzernleitung** einbezogen. Ist die GmbH herrschendes Unternehmen im Konzern und im Anwendungsbereich des MitbestG, so haben ihre Geschäftsführer für bestimmte Entscheidungen in der Versammlung der Anteilseigner der Tochtergesellschaften, wenn auch sie im Anwendungsbereich des MitbestG liegen, keine Entscheidungsbefugnis. Die Entscheidung liegt beim Aufsichtsrat<sup>4</sup>. 197

1 Lutter, in: FS R. Fischer, 1979, S. 419, 433; Götz, ZGR 1990, 646, 654; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 40; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325, 339; Lenz, AG 1997, 448, 452; a.A. für Zustimmungsvorbehalt in Geschäftsordnung: Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 21; Brouwer, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 7, B. II.

2 A.A.: OLG Koblenz, GmbHR 1991, 267: satzungsändernde Mehrheit erforderlich.

3 Zur Bedeutung dieser Vorschrift für die Konzernleitung: Sonnenschein, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, 1976, S. 209.

4 Einzelheiten bei Uwe H. Schneider, in: GK-MitbestG, § 32.

**b) Der Aufsichtsrat in der beherrschten GmbH**

- 198 **aa)** Im **Vertragskonzern** ändert sich die unternehmerische Interessenausrichtung der beherrschten GmbH. Zwingender Maßstab für alle Maßnahmen der Unternehmensleitung ist nicht mehr allein das Gesellschaftsinteresse. Weisungen des herrschenden Unternehmens können auch dem Interesse des herrschenden Unternehmens oder der anderen Konzernunternehmen dienen, § 308 AktG entsprechend<sup>1</sup>. Erhalten und gesichert bleibt allein das Substanzinteresse der beherrschten GmbH. In diesen Grenzen behält der Aufsichtsrat der beherrschten GmbH seine Überwachungsaufgaben. Der Aufsichtsrat der beherrschten GmbH hat zwar weder die Gesellschafterversammlung noch das herrschende Unternehmen zu überwachen und zu beraten. Das Zustimmungserfordernis bleibt jedoch auch für solche Maßnahmen erhalten, die auf einer Weisung des herrschenden Unternehmens beruhen. Der Aufsichtsrat kann im Rahmen der geänderten Interessenbindung weiterhin frei entscheiden<sup>2</sup>.
- 199 Wird die **Zustimmung verweigert**, so führt dies freilich nur dazu, dass sich das herrschende Unternehmen nochmals mit der Angelegenheit befassen muss und der Zustimmung von dessen Aufsichtsrat bedarf, § 308 AktG entsprechend.
- 200 **bb)** Im **faktischen Konzern** wird der Überwachungsraum des Aufsichtsrats der beherrschten GmbH nicht eingeschränkt<sup>3</sup>. Der Aufsichtsrat der beherrschten GmbH hat vielmehr zunächst einmal dieselben Aufgaben wie der Aufsichtsrat einer konzernfreien GmbH. Tatsächlich ergeben sich jedoch erhebliche Unterschiede, wenn das herrschende Unternehmen nicht über die Gesellschafterversammlung, sondern an dieser vorbei, die einheitliche Leitung durchsetzt. Gerade im zuletzt genannten Fall kommt dem Aufsichtsrat der beherrschten GmbH eine besondere Aufgabe zu<sup>4</sup>. Er hat im Rahmen seiner Überwachung sicherzustellen, dass bei der Konzernleitung die Interessen der beherrschten Gesellschaft gewahrt bleiben<sup>5</sup>. Zu berücksichtigen ist dabei die eigenständige Anhaltspunkte für nachteilige vom herrschenden Unternehmen veranlasste Maßnahmen ergeben, so soll es Aufgabe des Aufsichtsrats sein, den Sachverhalt aufzuklären und gegebenenfalls für einen unverzüglichen Nachteilsausgleich Sorge zu tragen<sup>6</sup>. Bei der GmbH ist zu unterscheiden: Werden nachteilige Weisungsbeschlüsse durch die Gesellschafterversammlung getroffen, so ist es nicht

1 Ebenso *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 8. Aufl., S. 445; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 13 Rdnr. 34.

2 *Lenz*, AG 1997, 454.

3 *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 869; *Kleindiek*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 572, 595; *Uwe H. Schneider*, in: FS Raiser, 2006, S. 341.

4 A.A. *Martens*, ZHR 159 (1995), 587: keine praktische Bedeutung.

5 S. auch BGH, ZIP 1993, 1882; *Laule*, AG 1990, 154: kein „Aufopfern“ im Interesse der anderen verbundenen Unternehmen im Konzern; *Scheffler*, DB 1994, 795; *Kleindiek*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 595; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S. 389; *Uwe H. Schneider*, in: FS Raiser, 2005, S. 341; s. auch *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 344.

6 *Rowedder*, in: FS Duden, 1977, S. 501, 511.



die Aufgabe des Aufsichtsrats, dagegen einzuschreiten. Der Adressat der Überwachung sind die Geschäftsführer. Der Aufsichtsrat hat daher auch nur zu klären, ob die Geschäftsführer sich in der Befolgung konzernleitender Maßnahmen im Rahmen des Gesellschaftsinteresses halten. Werden dagegen nachteilige Maßnahmen ohne Veranlassung seitens der Gesellschafterversammlung durch die Geschäftsführer vorgenommen, so muss der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Zuständigkeit einschreiten. Eine Informationspflicht obliegt ihm im Verhältnis zum herrschenden Unternehmen nicht.

### c) Doppelmandate im Konzern

**aa)** Vor einiger Zeit sind **rechtliche Bedenken** gegen die Zulässigkeit einer Organverflechtung bei Konzernlagen erhoben worden<sup>1</sup>. Für die GmbH sind diese jedenfalls nicht begründet. Es bestehen jedoch eine Reihe von Beschränkungen. Allgemein zur „Unabhängigkeit“ der Aufsichtsratsmitglieder s. Rdnr. 264.

**bb)** Folgt man der h.A., dass Aufsichtsratsmitglieder keinem Wettbewerbsverbot unterliegen, so sind Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls aus diesem Grund nicht gehindert, zugleich Aufsichtsratsmitglied bei einem anderen Unternehmen desselben Konzerns zu sein, selbst wenn dieses im gleichen Handelszweig Geschäfte macht. Aber auch wenn man der an dieser Stelle vertretenen Ansicht folgt, dass zwar in der Regel für Aufsichtsratsmitglieder ein Wettbewerbsverbot besteht, so gilt dies doch nicht bei Konzernlagen (s. dazu Rdnr. 505).

**cc)** Mitglied des Aufsichtsrats der herrschenden GmbH kann nicht sein, wer gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist, § 52, § 2 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 MitbestG, jeweils i.V.m. § 100 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 2 AktG. Das Verbot erstreckt sich auch auf leitende Angestellte des beherrschten Unternehmens<sup>2</sup>. Das ist im Konzern eine Konkretisierung des Grundsatzes der **Funktionstrennung zwischen Geschäftsführung und Überwachung**, weil der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens auch die Vorgänge bei den Konzernunternehmen zu überwachen hat<sup>3</sup>. Daher gilt die Einschränkung auch für die gesetzlichen Vertreter eines von der GmbH abhängigen ausländischen Unternehmens<sup>4</sup>.

Das gesetzliche Bestellungshindernis gilt auch für den **fakultativen Aufsichtsrat**. Folgt man allerdings der Ansicht, dass auch Geschäftsführer Mitglied des

<sup>1</sup> S. zu dieser Diskussion anstelle vieler: *Decher*, Personelle Verflechtung im Aktienkonzern, 1990; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 459; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570; *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59 ff.; *Semler*, in: FS Stiefel, 1987, S. 719; *Wiesner*, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 10.

<sup>2</sup> A.A. *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 46; *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 100 Rdnr. 35; *Hüffer*, AktG, § 100 Rdnr. 5; *Stein*, AG 1983, 49.

<sup>3</sup> Vgl. noch Ausschussbericht zu § 100 bei *Kropff*, AktG, S. 136: widerspricht dem natürlichen Organisationsgefälle im Konzern; *Stein*, AG 1983, 49. Zur Einschränkung von § 100 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 2 AktG im Blick auf § 105 Abs. 1 AktG, § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG 1976: *Martens*, in: FS Hilger-Stumpf, 1983, S. 437, 464.

<sup>4</sup> A.A. *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, Rdnr. 10.

Aufsichtsrats sein können (s. Rdnr. 256), so folgt daraus, dass § 100 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 2 AktG in diesem Fall abdingbar ist<sup>1</sup>.

- 205 Aus § 100 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 2 AktG folgt mitnichten, dass der Aufsichtsrat oder seine Mitglieder Befugnisse im Verhältnis zu den beherrschten Konzernunternehmen oder deren Organen erhalten. Zwar werden die geschäftsführenden Organe der beherrschten Konzernunternehmen zum zweiten Geschäftsführungsorgan der Konzernspitze<sup>2</sup>. Die Aufsichtsratsmitglieder des herrschenden Unternehmens haben aber kein Informationsrecht gegenüber dem Aufsichtsrat und kein Teilnahmerecht an Sitzungen des Aufsichtsrats eines beherrschten Konzernunternehmens. Sollen Mängel in der Geschäftsführung eines abhängigen Unternehmens abgestellt werden, so hat sich der Aufsichtsrat an die Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens zu wenden, damit diese tätig werden.
- 206 Bei der GmbH mit **obligatorischem Aufsichtsrat** kann Mitglied des Aufsichtsrats zudem nicht sein, wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsratsmitglied ein Geschäftsführer der GmbH ist, § 25 MitbestG, § 100 Abs. 2 Ziff. 3 AktG. Diese Überkreuzverflechtung ist auch verboten, wenn der Aufsichtsrat der Drittgesellschaft ein fakultativer Aufsichtsrat ist<sup>3</sup>. Dieses Verbot gilt jedoch nicht für den fakultativen Aufsichtsrat<sup>4</sup>.
- 207 **dd) Zulässig** ist ein Doppelmandats-Verbund im Konzern<sup>5</sup> in der Weise,
- dass ein Aufsichtsratsmitglied des herrschenden Unternehmens zugleich Mitglied des Aufsichtsrats einer beherrschten GmbH<sup>6</sup>,
  - dass ein Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens zugleich Aufsichtsratsmitglied einer beherrschten GmbH<sup>7</sup> und
  - dass ein Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens zugleich Geschäftsführer einer beherrschten GmbH ist<sup>8</sup>.
- Solche Überkreuzverflechtungen führen zwar zu Pflichtenkollisionen<sup>9</sup>. Diese sind jedoch in der Regel im Einzelfall durch Stimmverbote etc. zu lösen<sup>10</sup>. Sie begründen jedoch keine Inkompatibilität.

1 A.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 36; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 8; wie hier Heyder, in: Michalski, Rdnr. 164; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 32.

2 Ebenso Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 210, 236.

3 Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 178.

4 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 38; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, Rdnr. 10.

5 Für die AG: Hoffmann-Becking, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 30 Rdnr. 8 f.; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570 ff.; Lindermann, AG 1987, 225; Semler, in: FS Stiefel, 1987, S. 719; Dreher, in: FS Lorenz, 1994, S. 175.

6 Ebenso Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 33; Jacobs, in: FS Brandner, 1996, S. 73.

7 Unstr.; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9.

8 OLG Köln, WM 1993, 644 (AG); Lindermann, AG 1987, 223.

9 Eingehend: Ulmer, in: FS Stimpel, 1985, S. 705, 709; Säcker, ZHR 151 (1987), 59; Jacobs, in: FS Brandner, 1996, S. 73.

10 Uwe H. Schneider, ZHR 150 (1986), 609; s. aber neuerdings Passarge, NZG 2007, 441, 442 Fn. 10.

## IV. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats

### 1. Fakultativer Aufsichtsrat

§ 52 verweist auf § 95 Satz 1 AktG. Daraus folgt, dass ein fakultativer Aufsichtsrat aus drei Mitgliedern besteht. In der Satzung kann jedoch auch eine geringere und eine höhere Zahl bestimmt werden. Ein Aufsichtsratsmitglied genügt<sup>1</sup>; eine gesetzliche Höchstzahl gibt es nicht. Mit dem Anwachsen der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder nimmt freilich die Effizienz des Aufsichtsrats ab<sup>2</sup>. Auch braucht die Zahl nicht durch drei teilbar zu sein. 208

### 2. Obligatorischer Aufsichtsrat

Ist nach **DrittelbG** ein Aufsichtsrat zu bilden, so folgt aus § 95 AktG, auf den § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG verweist, dass der Aufsichtsrat mindestens drei Mitglieder haben muss. Sofern die Satzung nichts anderes vorschreibt, genügen aber auch drei Mitglieder<sup>3</sup>. Die Satzung kann jedoch auch eine höhere Zahl festsetzen, vorausgesetzt, dass die Zahl durch drei teilbar ist. Die Zahl muss sich eindeutig aus der Satzung ergeben. Die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder beträgt bei Gesellschaften mit einem Stammkapital bis zu 1,5 Millionen Euro 9 Mitglieder, von mehr als 1,5 Millionen Euro 15 Mitglieder und von mehr als 10 Millionen Euro Stammkapital 21 Mitglieder, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. § 95 AktG. Eine Erhöhung über die Höchstzahl macht die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder nichtig<sup>4</sup>. 209

Wird während der laufenden Amtsperiode die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder erhöht, so genügt eine Nachwahl. 210

Ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder sind die durch die Arbeitnehmer gewählten **Arbeitnehmervertreter**. Ist ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer oder sind zwei Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu wählen, so verlangt § 4 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG, dass diese als Arbeitnehmer im Unternehmen beschäftigt sind. Sind mehr als zwei Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu wählen, so müssen mindestens zwei Aufsichtsratsmitglieder als Arbeitnehmer im Unternehmen beschäftigt sein. Und § 4 Abs. 3 DrittelbG verlangt, dass Arbeitnehmervertreter, die Arbeitnehmer des Unternehmens sind, das 18. Lebensjahr vollendet haben und ein Jahr dem Unternehmen angehören. Wie diese Einjahresfrist zu berechnen ist, folgt aus § 4 Abs. 3 Satz 2 und 3 DrittelbG. Bisher war bestimmt, dass bei der Wahl von zwei oder mehr Arbeitnehmervertretern mindestens ein Angestellter und ein Arbeiter zu berücksichtigen waren. Diese Regelung ist weggefallen. Neu geregelt ist auch die Beteiligung von 211

1 RGZ 82, 388; wie hier: *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 32; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, Rdnr. 8; *Simon*, GmbHR 1999, 257, 258; zweifelnd: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 5; *Lutter/Krieger*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 4. Aufl., Rdnr. 966; anders bei der AG: § 95 Satz 1 AktG; sowie dazu LG Karlsruhe, DB 1993, 1352; a.A. *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 8.

2 *Lüderitz*, in: *FS Steindorff*, 1990, S. 113.

3 A. *Hueck*, BB 1953, 328.

4 LG Flensburg, DB 2004, 1253.

Frauen. Nunmehr verlangt § 4 Abs. 4 DrittelbG, dass unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein sollen (zur Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf Organmitglieder Rdnr. 276).

- 212 Ist die GmbH herrschendes Unternehmen im **Konzern**, so regelt § 2 Abs. 1 DrittelbG nur das aktive Wahlrecht, nicht aber das passive Wahlrecht der Arbeitnehmer konzernabhängiger Unternehmen. Die herrschende Ansicht geht jedoch zutreffend davon aus, dass die Arbeitnehmer der beherrschten Konzernunternehmen auch das passive Wahlrecht haben<sup>1</sup>. Hierfür sprechen Sinn und Zweck von § 2 Abs. 1 DrittelbG und der entsprechende § 5 MitbestG. Dabei ist es unerheblich, ob die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter aus dem herrschenden oder einem abhängigen Konzernunternehmen kommen<sup>2</sup>.
- 213 Das **zahlenmäßige Verhältnis zwischen den Gesellschaftervertretern und den Arbeitnehmervertretern** kann durch die Satzung nicht verändert werden. Ausgeschlossen ist nicht nur eine Verringerung der Zahl der Arbeitnehmer, sondern auch deren Erhöhung in der Weise, dass sie nach dem Bestellungsverfahren für Arbeitnehmervertreter gewählt werden. Zu Entsendungsrechten Dritter s. Rdnr. 222, 234.
- 214 Die Gesellschafter können aber über die gesetzlich vorgesehene Zahl von Arbeitnehmervertretern hinaus weitere Arbeitnehmer als Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft bestellen. Das kann auch in der Satzung der Gesellschaft festgeschrieben werden<sup>3</sup>, wobei allerdings problematisch ist, welcher Mehrheit eine solche Satzungsänderung bedarf.
- 215 Hat die GmbH einen Aufsichtsrat nach **MitbestG** zu bilden, so bestimmt sich die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und die Zahl seiner Mitglieder nach §§ 6, 7 MitbestG<sup>4</sup>.

1 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rdnr. 11; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 163; *Seibt*, NZA 2004, 767, 770.

2 BAG, DB 1982, 755 = SAE 1983, 35 mit Anm. *Konzen*; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rdnr. 9; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 153.

3 *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 174, 159; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 146, 150; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 25; *Raiser*, ZGR 1976, 105; *Raiser*, BB 1977, 1468; *Thüsing*, in: FS Werner, 1984, S. 893; krit.: *Schmiedel*, JZ 1973, 343; für die AG: BGH, NJW 1975, 1657 = AG 1975, 242 (*Mertens*); OLG Hamburg, AG 1972, 183; OLG Bremen, NJW 1977, 1153.

4 Zu weitergehenden Mitbestimmungsvereinbarungen: *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), 131; *Meier*, NZG 2000, 190; *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., S. 160.

## V. Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder

### 1. Der fakultative Aufsichtsrat

#### a) Bestellung und Annahme

Die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats werden, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, entsprechend § 101 Abs. 1 AktG **von den Gesellschaftern mit einfacher Mehrheit** (§ 47 Abs. 1) gewählt. Eine Wahl im schriftlichen Verfahren ist gemäß § 48 Abs. 2 zulässig. 216

Das Aufsichtsratsamt wird durch ausdrückliche oder konkludente<sup>1</sup> **Annahmeerklärung** der Wahl durch den Gewählten gegenüber dem Bestellungsorgan oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden<sup>2</sup> erworben. Eines gesonderten Anstellungsvertrags bedarf es nicht. Erst mit der Annahme tritt das zukünftige Aufsichtsratsmitglied mit sofortiger Wirkung zu dem im Gesellschaftsvertrag oder zu dem im Bestellungsbeschluss vorgesehenen Zeitpunkt in seine körperschaftliche Organstellung ein. Eine Pflicht zur Annahme der Wahl besteht nur bei entsprechender Vereinbarung; auch kann der Gesellschaftsvertrag der GmbH im Gegensatz zur Satzung einer AG für Gesellschafter eine Pflicht zur Übernahme eines Aufsichtsratsamtes vorsehen. 217

Im **Gesellschaftsvertrag** kann das Wahlverfahren in vielfältiger Weise ausgestaltet werden. Er kann eine qualifizierte Mehrheit verlangen<sup>3</sup> oder durch das Verhältniswahlrecht den Minderheiten eine Vertretung sichern. Auch obligatorisch wirkende Wahlabreden sind zulässig. Die Wahl kann auch einem anderen Gesellschaftsorgan, z.B. einem Gesellschafterausschuss übertragen werden, nicht jedoch den Geschäftsführern, weil gerade sie überwacht werden sollen. Ebenso kann bestimmt werden, dass sich der Aufsichtsrat durch Kooptation ergänzt oder jeder Gesellschafter und jeder, der einen Gesellschaftsanteil in bestimmter Höhe besitzt, ein Mitglied bestellen kann. 218

#### b) Mitgliedschaftliches Entsendungsrecht

In der Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder sind die Gesellschafter frei, sofern nur die zwingenden gesetzlichen und die vertraglichen Wählbarkeitsvoraussetzungen vorliegen (s. Rdnr. 253 ff.). Der Mehrheitsgesellschafter ist nicht verpflichtet, auch Vertreter der Minderheit zu berufen<sup>4</sup>. 219

Einem **Gesellschafter** kann aber im Gesellschaftsvertrag ein mitgliedschaftliches **Sonderrecht** auf die **Stellung als Aufsichtsratsmitglied** oder auch ein **Entsendungsrecht** zugewiesen werden<sup>5</sup>. Da jede Abweichung von der gesetzlichen 220

1 A.A.: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 6.

2 H.M., anstelle vieler: Schilling, in: FS R. Fischer, 1979, S. 687; für Ersatzmitglied: Lehmann, DB 1983, 485.

3 BGH, NJW 1980, 1465 (AG); Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 41.

4 A.A. für die AG: OLG Hamm, NJW 1987, 1030, 1031; wie hier: LG Mannheim, WM 1990, 760 = WuB II A, § 102 AktG 1.90 (Walgenbach).

5 Zum satzungsmäßigen Bestellungsrecht bei kommunalen GmbHs: Säcker, in: FS Rebmann, 1989, S. 787; Kefßler, GmbHR 2000, 75; Altmeyen, NJW 2003, 2561, 2563.

Regel der Bestellung eine Rechtsgrundlage im Gesellschaftsvertrag haben muss, empfiehlt sich eine genaue satzungsmäßige Ausgestaltung. Das Entsendungsrecht eines oder mehrerer Gesellschafter begründet ein unübertragbares, ohne Zustimmung unentziehbares Sonderrecht, das durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluss (§ 53) eingeräumt wird und der Zustimmung aller benachteiligten Gesellschafter bedarf<sup>1</sup>.

- 221 Die Entsendungsrechte können bei der AG insgesamt höchstens für ein Drittel der sich aus dem Gesetz oder der Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft eingeräumt werden, § 101 Abs. 2 AktG. Für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH gilt diese Beschränkung nicht<sup>2</sup>.

### c) Bestellung durch Nichtgesellschafter

- 222 Nichtgesellschaftern kann nach h.M. durch die Satzung das Sonderrecht und damit die Befugnis zur Bestellung und Abberufung von **Geschäftsführern** nicht eingeräumt werden (s. bei § 46 und bei § 38 Rdnr. 24 [Abberufung]). Dabei wird allerdings nicht problematisiert, ob die Gesellschafter durch die Satzung ein besonderes Organ einrichten und ihm eine entsprechende Befugnis zuweisen können (s. dazu oben Rdnr. 53).
- 223 Nach h.A. kann aber Nichtgesellschaftern durch die Satzung die Befugnis zur Bestellung und Abberufung von **Aufsichtsratsmitgliedern** eingeräumt werden<sup>3</sup>. Das kann nicht bedeuten, dass Nichtgesellschaftern ein entsprechendes Sonderrecht zugewiesen wird. Vielmehr richten die Gesellschafter ein eigenständiges Organ ein, weisen ihm die Befugnis zur Bestellung und/oder zur Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern zu und bestellen den oder die Nichtgesellschafter zu Organmitgliedern. § 101 Abs. 2 AktG steht dem nicht entgegen. Die Vorschrift ist ohnehin in § 52 nicht genannt. In § 100 Abs. 2 RegE GmbHG 1971<sup>4</sup> war die Möglichkeit, Nichtgesellschaftern die Bestellkompetenz zuzuweisen, ausdrücklich vorgesehen. Auch § 100 Abs. 1 AktG, auf den § 52 verweist, ist nicht zwingend. Organmitglied kann demnach nicht nur eine natürliche Person sein, sondern auch eine juristische Person (s. Rdnr. 254). Aus diesem Grund kann nicht nur Nichtgesellschaftern, die natürliche Personen sind, wie etwa Gesellschaftern des herrschenden Unternehmens, sondern auch juristischen

1 S. auch *Priester* bei § 53.

2 *Simon*, GmbHR 1999, 263.

3 Ebenso: *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 91; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 40, 43; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 11; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 6; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 9; *Müller*, in: Beck GmbH-HB, § 6 Rdnr. 32; *Voormann*, *Der Beirat im Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., S. 128; *Mussaëus*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, *Handbuch der GmbH & Co. KG*, 19. Aufl., § 5 Rdnr. 179; *Hölters*, *Der Beirat der GmbH und GmbH & Co. KG*, 1979, S. 30; *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), 118, 120, einschränkend: *Teichmann*, *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*, 1970, S. 199 (solange die so bestellten Aufsichtsratsmitglieder in der Minderheit sind); a.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 43; *Ulmer*, in: FS Werner, 1985, S. 911, 920: Gesellschaftsvertrag entfaltet Wirkung nur gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern; *Ulmer*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 1297.

4 BT-Drucks. VI/3088.

Personen, etwa einem Kreditinstitut, durch die Satzung der Gesellschaft das Recht zur Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern eingeräumt werden.

Die Ausübung eines solchen Entsendungsrechts durch den oder die Berechtigten unterliegt dem Gebot der **Treupflicht**<sup>1</sup>; denn durch die Einräumung des Entsendungsrechts tritt der Dritte in ein organschaftliches Rechts- und Pflichtengefüge ein, wodurch eine Vertrauensbeziehung geschaffen wird, aufgrund derer er zur Rücksichtnahme der Interessen der Gesellschaft und der Gesellschafter verpflichtet ist<sup>2</sup>. Ob das Bestellungsrecht nur fremdnützig oder auch eigennützig ausgeübt werden darf, hängt von der Stellung des Organs ab. 224

Eine **Abberufung** des durch den Dritten bestellten Aufsichtsratsmitglieds ist in Analogie zu § 103 Abs. 2 AktG durch den zur Entsendung Berechtigten und bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch die Gesellschafterversammlung mit Dreiviertelmehrheit möglich<sup>3</sup>. Unabhängig hiervon bleibt den Gesellschaftern nur die Entziehung des Entsendungsrechts durch Satzungsänderung (Kompetenz-Kompetenz). Die Zustimmung des Dritten ist nicht erforderlich, da ihm gegenüber kein aus der Mitgliedschaft resultierendes Sonderrecht begründet werden kann (s. Rdnr. 223). 225

Die Entsendung erfolgt durch Erklärung des Berechtigten gegenüber den Gesellschaftern oder gegenüber dem Geschäftsführer. Der **Entsandte** wird durch Annahme seiner Benennung Aufsichtsratsmitglied mit denselben Rechten und Pflichten wie die gewählten Mitglieder. Vor allem ist der Entsandte wie jedes Aufsichtsratsmitglied nur der Gesellschaft gegenüber verpflichtet. 226

#### d) Ersatzmitglied

Die Bestellung von Ersatzmitgliedern ist nach § 52 Abs. 1 nicht vorgesehen. § 101 Abs. 3 AktG wird in § 52 nicht genannt. Das steht einer **analogen Anwendung von § 101 Abs. 3 AktG** aber nicht entgegen (str.); denn durch die Bestellung von Ersatzmitgliedern wird die Stellung des Aufsichtsrats im gesellschaftsinternen Entscheidungsgefüge der GmbH nicht berührt (s. Rdnr. 70). Die Gesellschafter können daher mit einfacher Mehrheit beschließen, dass Ersatzmitglieder bestellt werden. Ist dies geschehen oder sieht der Gesellschaftsvertrag die Bestellung von Ersatzmitgliedern vor, so erfolgt ihre Bestellung ebenso wie die Bestellung der ordentlichen Mitglieder<sup>4</sup>. 227

Ist die GmbH im Anwendungsbereich des DrittelbG, so gilt für **Arbeitnehmervertreter** § 7 DrittelbG. Danach kann in jedem Wahlvorschlag zusammen mit jedem Bewerber ein Ersatzmitglied vorgeschlagen werden. Wird ein Bewerber als Aufsichtsratsmitglied gewählt, so ist auch das zusammen mit ihm vorgeschlagene Ersatzmitglied gewählt. 228

1 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 43 f.; *Simon*, GmbHR 1999, 259.

2 Vgl. BGHZ 36, 296, 309.

3 Str.; anders: *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 11: einfache Mehrheit; s. auch Rdnr. 288, 291.

4 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 45, 192 f.; zum Verfahren im Einzelnen: BGHZ 99, 211; *Rellermeyer*, ZGR 1987, 563; *Roussos*, AG 1987, 239.

**e) Ehrenmitglieder**

- 229 Hat die Gesellschaft einen fakultativen Aufsichtsrat, so erlaubt die Gestaltungsfreiheit den Gesellschaftern, in der Satzung vorzusehen, dass Ehrenmitglieder mit Teilnahme- und Informationsrechten für den Aufsichtsrat bestellt werden können<sup>1</sup>. Fehlt eine Satzungsbestimmung, so sollte ein entsprechender Gesellschafterbeschluss genügen.

**2. Der Aufsichtsrat nach DrittelbG**

- 230 Ist der Aufsichtsrat nach DrittelbG zu bilden, so ist bei der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder zu unterscheiden. Die Bestellung der Gesellschaftervertreter richtet sich sinngemäß nach § 101 AktG, während für die Arbeitnehmervertreter § 5 DrittelbG zu beachten ist.
- 231 **a)** Die **Gesellschaftervertreter** werden von der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit gewählt, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. § 101 AktG. Das ist jedoch nicht zwingend. Da das Bestellungsverfahren der Gesellschaftervertreter wesentliche Strukturelemente der GmbH betrifft, in die das DrittelbG nicht eingreifen wollte, gilt der Grundsatz der Satzungsfreiheit, soweit hierdurch nicht die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertreter beschränkt werden. Daher kann die Wahl der Gesellschaftervertreter einem Gesellschafterausschuss übertragen werden.
- 232 Auch bei der Zuweisung von **Entsendungsrechten** bestehen nicht dieselben Schranken wie bei der AG<sup>2</sup>. Zwar verweist § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG auch auf § 101 Abs. 2 AktG. Da § 101 Abs. 2 AktG aber auf die gesellschaftsrechtliche Struktur der Aktiengesellschaft zugeschnitten ist, gilt er hier nur eingeschränkt. So kann einem bestimmten Gesellschafter ein Entsendungsrecht als Sonderrecht eingeräumt werden<sup>3</sup>. Das Entsendungsrecht für Gesellschaftervertreter ist auch nicht auf ein Drittel ihrer Gesamtzahl beschränkt<sup>4</sup>.
- 233 Eine **Wiederbestellung** ist zulässig. Sie ist ohne zeitliche Begrenzung auch vor dem Ende einer befristeten Bestelldauer zulässig<sup>5</sup>. Zugleich kann die laufende Bestellung aufgehoben werden.
- 234 Ob bei einem nach dem DrittelbG mitbestimmten Aufsichtsrat auf Seiten der Anteilseignervertreter durch die **Satzung** Entsendungsrechte Dritter begründet werden können, ist streitig. Abgelehnt wird dies nicht nur von de-

1 Lutter, ZIP 1984, 654; Hennerkes/Schiffer, DB 1992, 875; s. aber auch: v. Braunbehrens, BB 1981, 2100; s. auch Rdnr. 313 und 397.

2 A.A.: Ballerstedt, GmbH 1952, 178 Fn. 12.

3 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 158.

4 Ebenso: Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Einl. Rdnr. 270; a.A.: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 158; Kraft, in: GK-BetrVG, 5. Aufl., § 77 BetrVG 1952 Rdnr. 21.

5 Ziff. 5.1.2 Deutscher Corporate Governance Kodex sieht u.a. vor: „Eine Wiederbestellung vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung soll nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen.“



nen, die Entsendungsrechte Dritter ausnahmslos für unzulässig halten<sup>1</sup>, sondern abgelehnt wird dies teilweise auch von denen, die Entsendungsrechte Dritter beim fakultativen Aufsichtsrat für zulässig halten<sup>2</sup>. Das ist nicht überzeugend. Der Zweck der Arbeitnehmermitbestimmung verlangt keine Begrenzung der Gestaltungsfreiheit. Die Verweisung auf § 101 Abs. 2 AktG ist nicht zwingend<sup>3</sup>. Vor allem aber: Wenn man für den nach MitbestG mitbestimmten Aufsichtsrat Entsendungsrechte Dritter für zulässig hält (s. Rdnr. 230), so sollte dies auch für den Aufsichtsrat gelten, der nach dem DrittelbG mitbestimmt ist.

**b)** Die Bestellung der **Arbeitnehmervertreter** bestimmt sich zwingend nach § 5 f. DrittelbG und der Wahlordnung vom 23. 6. 2004 (Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz = WODrittelbG)<sup>4</sup>. Es gilt das Gleiche wie bei den Aktiengesellschaften. Die Arbeitnehmervertreter werden nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl in allgemeiner, geheimer, gleicher und unmittelbarer Wahl gewählt, § 5 Abs. 1 DrittelbG<sup>5</sup>. Delegiertenwahlen sind nicht vorgesehen. Die Wahl erfolgt aufgrund von Wahlvorschlägen der Betriebsräte und der Arbeitnehmer. Dabei müssen die Wahlvorschläge der Arbeitnehmer von mindestens einem Zehntel der Wahlberechtigten oder von mindestens 100 Wahlberechtigten unterzeichnet sein, § 6 DrittelbG. Die Wahl von Ersatzmitgliedern ist nun ausdrücklich vorgesehen, § 7 DrittelbG. Nach § 10 Abs. 3 DrittelbG trägt das Unternehmen die Kosten der Wahlen. Versäumnis von Arbeitszeit, die zur Ausübung des Wahlrechts oder der Betätigung im Wahlvorstand erforderlich ist, berechtigt nicht zur Minderung des Arbeitsentgelts. 235

Ist die GmbH **herrschendes Unternehmen im Konzern**, so gelten für das aktive Wahlrecht die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen als Arbeitnehmer der herrschenden GmbH, § 2 Abs. 1 DrittelbG. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Vertragskonzern oder um einen faktischen Konzern handelt. § 2 Abs. 1 DrittelbG ergreift jedoch nicht den Gleichordnungskonzern<sup>6</sup>. Unter den Arbeitnehmervertretern sollen Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis vertreten sein, § 4 Abs. 4 DrittelbG. Dagegen ist es nicht erforderlich, dass sich unter den Gewählten auch ein Arbeitnehmer aus dem herrschenden Unternehmen und ein Arbeitnehmer aus einem abhängigen Unternehmen befindet<sup>7</sup>. 236

**c)** Nach § 101 Abs. 3 AktG, auf den sowohl § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG als auch § 25 MitbestG verweisen, können zwar keine Stellvertreter, wohl aber **Ersatz-** 237

1 So etwa *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 43, 158; *Ulmer*, in: *FS Werner*, 1985, S. 911, 920; *Ulmer*, in: *FS Wiedemann*, 2002, S. 1297.

2 *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 186; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 25; s. auch Rdnr. 222.

3 Ebenso *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 30.

4 BGBl. I 2004, 1393; Text auch abgedruckt unten Rdnr. 566.

5 Einzelheiten bei *Huke/Prinz*, BB 2004, 2633.

6 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rdnr. 5.

7 BAGE 37, 92.

**mitglieder** bestellt werden<sup>1</sup>. Dieses Ersatzmitglied wird Mitglied des Aufsichtsrats, wenn das ordentliche Aufsichtsratsmitglied vor Ablauf seiner Amtszeit wegfällt. Die Bestellung des Ersatzmitglieds muss gleichzeitig mit der Bestellung des ordentlichen Mitglieds erfolgen. Dabei kann dieselbe Person für mehrere Aufsichtsratsmitglieder zum Ersatzmitglied bestellt werden<sup>2</sup>. Die Amtszeit des Ersatzmitglieds kann, sofern die Satzung keine abweichende Regelung enthält, auf die Zeit bis zur Nachwahl eines Nachfolgers beschränkt werden<sup>3</sup>.

- 238 d) Die Bestellung von **Ehrenmitgliedern des Aufsichtsrats** durch die Gesellschafter ohne Stimmrecht und nur in beratender Funktion kann zwar wünschenswert sein. Sie ist aber nicht ganz unproblematisch, weil Dritte an Sitzungen des Aufsichtsrats nicht teilnehmen dürfen (s. auch Rdnr. 397)<sup>4</sup>.

### 3. Der Aufsichtsrat nach MitbestG

- 239 Die Bestellung der **Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner** richtet sich nach § 6 Abs. 2 und § 8 MitbestG, §§ 101 Abs. 1, 3, 102 bis 106 AktG. Entgegen dem Grundsatz des § 6 Abs. 2 Satz 2 MitbestG besteht für die Bestellung der Anteilseignervertreter gemäß § 8 Abs. 1 MitbestG i.V.m. § 52 Abs. 1 weitgehende Satzungsautonomie. Die gesetzlichen Bestimmungsvorschriften sind, soweit es die Vertreter der Anteilseigner betrifft, nicht zwingend<sup>5</sup>. Das gilt auch für das **Entsendungsrecht** Dritter (s. auch Rdnr. 222, 234). § 101 Abs. 2 AktG ist von der Verweisung in § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG ausgenommen, woraus i.V.m. § 8 Abs. 1 MitbestG folgt, dass das MitbestG auch insoweit die Satzungsfreiheit bei der GmbH nicht einschränken wollte<sup>6</sup>. Die Verweisung in § 8 Abs. 2 MitbestG betrifft nur die Aktiengesellschaft.
- 240 Das **Verfahren für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer** ist in den Grundzügen in den §§ 9 bis 23 und 34 MitbestG geregelt. Die nähere Ausgestaltung der Verfahren erfolgt in einzelnen nach § 39 MitbestG erlassenen Wahlordnungen<sup>7</sup>. Dieses bis ins Einzelne geregelte, höchst komplizierte und kostspielige Verfahren sollte nach dem Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 23. 3. 2002<sup>8</sup> vereinfacht werden. Das Ziel wurde aber gründlich verfehlt.

1 Zur Nachwahl: LAG Düsseldorf, DB 1988, 503.

2 Vgl. hierzu auch BGHZ 99, 211 (AG); *Heinsius*, ZGR 1982, 232; *Lehmann*, DB 1983, 485; *Reilmeyer*, ZGR 1987, 563; differenzierend: *Bommert*, AG 1986, 315.

3 BGH, AG 1987, 348 = WM 1987, 1070.

4 Gegen Zulässigkeit: v. *Braunbehrens*, BB 1981, 2100; *Uwe H. Schneider*, in: FS Konzen, 2006, S. 881, 887 f.; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 581; zur rechtstatsächlichen Bedeutung: *Schiffels*, Der Aufsichtsrat als Instrument der Unternehmenskooperation, 1981, S. 150; s. aber bei Rdnr. 397.

5 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 8 MitbestG Rdnr. 2; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 8 MitbestG Rdnr. 4; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 8 MitbestG Rdnr. 3.

6 H.M.: *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 281; *Raiser*, § 8 MitbestG Rdnr. 7 f.; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 262.

7 S. dazu *Thau*, Mängel der Aufsichtsratswahlen nach dem MitbestG, 1983; *Fuchs/Köstler*, Handbuch zur Aufsichtsratswahl, 2004.

8 BGBl. I 2002, 1130.

#### 4. Gerichtliche Ersatzbestellung

**§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG** und **§ 25 MitbestG** verweisen auf § 104 AktG. Hier- 241  
nach kann das Gericht auf Antrag eines Aufsichtsratsmitglieds ein Ersatzmit-  
glied bestellen, wenn entweder der Aufsichtsrat beschlussunfähig oder unterbe-  
setzt ist, § 104 Abs. 1 und Abs. 2 AktG<sup>1</sup>. Das gilt auch für Arbeitnehmerver-  
treter<sup>2</sup>. Die Antragsberechtigung ergibt sich aus § 104 Abs. 1 Satz 1 und 3 AktG.  
Zur gerichtlichen Auswahl des zu bestellenden Aufsichtsratsmitglieds, zur  
Stellung der gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieder und zur Amtsdauer  
wird auf die einschlägigen aktienrechtlichen Kommentare verwiesen. Das Ger-  
icht ist an den Antrag nicht gebunden, sondern entscheidet nach pflichtgemä-  
ßem Ermessen<sup>3</sup>.

In § 52 wird dagegen § 104 AktG nicht genannt, so dass zweifelhaft ist, ob bei 242  
einem **fakultativen Aufsichtsrat** eine gerichtliche Bestellung in Frage kommt<sup>4</sup>.  
Dagegen wird vorgebracht, der fakultative Aufsichtsrat gehöre nicht zu den ge-  
setzlich vorgeschriebenen Gesellschaftsorganen, so dass die Bestellung seiner  
Mitglieder nicht von Staats wegen erzwungen werden könne<sup>5</sup>. Auch könnte  
dagegen sprechen, dass die Gesellschafter jederzeit den Aufsichtsrat ergänzen  
könnten. Die gerichtliche Ersatzbestellung löse typischerweise ein Problem der  
Publikumsgesellschaften<sup>6</sup>. Auf der anderen Seite dient die gerichtliche Ersatz-  
bestellung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft. Sie erfolgt nur auf Antrag.  
Sind daher dem Aufsichtsrat wesentliche Funktionen innerhalb der Entschei-  
dungsorganisation der Gesellschaft zugebilligt, so verlangt jedenfalls diese Ge-  
staltung die Möglichkeit einer gerichtlichen Ersatzbestellung (s. auch bei § 6  
Rdnr. 57: gerichtliche Bestellung des Geschäftsführers).

#### 5. Fehlerhafte Bestellung

Die Folgen einer fehlerhaften Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds und ihre 243  
Geltendmachung sind abhängig vom Bestellungsverfahren.

a) Für die **Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder eines obligatorischen Aufsichts-** 244  
**rats** sind §§ 250–252 AktG entsprechend heranzuziehen<sup>7</sup>. Der Beschluss kann  
unwirksam, nichtig oder anfechtbar sein<sup>8</sup>.

1 Weiterführend: *Schmatz*, WM 1955, 642; *Niewiarra/Servatius*, in: FS Semler, 1993, S. 217; zur Beendigung der Amtszeit des gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieds: OLG München, AG 2006, 590.

2 BayObLG, AG 2005, 350.

3 BayObLG, DB 1997, 2599; OLG Schleswig, AG 2004, 453.

4 Dagegen OLG Düsseldorf, BB 1982, 1574; OLG Hamm, GmbHR 2000, 491 = EWiR § 104 AktG 1/2000, 463 (*Schaaf*); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 45; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 46; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 9; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 8; *Wessing/Max*, in: FS Werner, 1984, S. 975, 985; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 131; differenzierend: *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 107.

5 *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 131.

6 Zutr. *Niewiarra/Servatius*, in: FS Semler, 1993, S. 217, 223.

7 Allgemein: BGHZ 51, 210.

8 Allgemein s. *Karsten Schmidt* bei § 45.

- 245 Die **Nichtigkeitsgründe** sind in § 250 AktG aufgeführt. Ihr Vorliegen führt sinngemäß auch zur Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter<sup>1</sup>. Die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds ist hiernach insbesondere dann nichtig,
- wenn der Gewählte keine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person ist, §§ 250 Abs. 1 Nr. 4, 100 Abs. 1 AktG entsprechend<sup>2</sup>;
  - wenn der Beschluss in einer Gesellschafterversammlung gefasst worden ist, die nicht ordnungsgemäß einberufen worden war, es sei denn, dass alle Gesellschafter erschienen oder vertreten waren, § 250 i.V.m. § 241 Nr. 1 AktG entsprechend;
  - wenn der Beschluss auf Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden war, § 250 i.V.m. § 241 Nr. 5 AktG entsprechend;
  - wenn der Aufsichtsrat unter Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 96 Abs. 2, § 97 Abs. 2 Satz 1 oder § 98 Abs. 4 AktG zusammengesetzt wird;
  - wenn die gewählte Person nach § 100 Abs. 2 AktG bei Beginn ihrer Amtszeit nicht Aufsichtsratsmitglied sein kann;
  - wenn durch die Wahl die gesetzliche Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder überschritten wird, §§ 95, 96 Abs. 2, 97 Abs. 2, 98 Abs. 4 i.V.m. § 250 Abs. 1 AktG.
- 246 Die Aufzählung der Nichtigkeitsgründe in § 250 AktG ist, von zwei Ausnahmen abgesehen, abschließend. Zwar wird § 241 Nr. 4 in § 250 AktG nicht aufgeführt. Es ist jedoch ein allgemeiner Rechtsgedanke, dass sittenwidrige Rechtsgeschäfte durch die Rechtsordnung nicht anerkannt werden. Daher ist die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds auch dann nichtig, wenn die **Bestellung gegen die guten Sitten verstößt**, z.B. die Bestellung einer Person, die mehrfach wegen Untreue vorbestraft ist<sup>3</sup>.
- 247 Ferner führt das **Fehlen bestimmter Wählbarkeitsvoraussetzungen** über § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG hinaus zur Nichtigkeit der Wahl. Zum einen gilt dies für die in § 105 AktG enthaltene allgemeine Wählbarkeitsvoraussetzung (s. Rdnr. 256)<sup>4</sup> und zum anderen für die besonderen Wählbarkeitsvoraussetzungen für die Arbeitnehmervertreter nach § 6 Abs. 2 Satz 1 und § 7 Abs. 2 und 3 MitbestG (s. Rdnr. 270). Ist das bestellte Aufsichtsratsmitglied bereits Geschäftsführer, so folgt für den obligatorischen Aufsichtsrat die Nichtigkeit aus § 105 Abs. 2 Satz 3 AktG, wonach das Aufsichtsratsamt sogar dann ruht, wenn ein Aufsichtsratsmitglied nur vorübergehend zum Stellvertreter von fehlenden oder verhinderten Geschäftsführern berufen wurde.

1 Eb. bei Fehlen der Wählbarkeitsvoraussetzungen nach § 100: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 22 MitbestG Rdnr. 8; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 6 MitbestG Rdnr. 16; *Raiser*, § 6 MitbestG Rdnr. 26; *Stein*, AG 1983, 51; *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 22 MitbestG Rdnr. 10 ff.; a.A.: *Schröder*, Mängel und Heilung der Wählbarkeit bei Aufsichtsrats- und Betriebsratswahlen, 1979, S. 17 ff.

2 *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47 Rdnr. 22 f.

3 A.A.: *Zöllner*, in: *KölnKomm. AktG*, § 250 Rdnr. 15.

4 Für Nichtigkeit auch: *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 105 Rdnr. 6.

Die Wahl ist durch Klage **anfechtbar**, wenn eine Verletzung des Gesetzes oder der Satzung vorliegt, § 251 AktG entsprechend, z.B. weil bei einem Aufsichtsratsmitglied die satzungsmäßigen Voraussetzungen nicht vorliegen<sup>1</sup>. 248

**b)** Die Folgen einer fehlerhaften **Wahl der Arbeitnehmervertreter** für den Aufsichtsrat waren im BetrVG 1952 nur lückenhaft geregelt. In ständiger Rechtsprechung wandte das BAG § 19 BetrVG 1972 entsprechend an<sup>2</sup>. Durch die Neuregelung in § 11 DrittelbG wurde diese Lücke positivrechtlich geschlossen. Abgesehen von Unterschieden bei den anfechtungsberechtigten Personen und Unternehmensorganen ist die Neuregelung mit § 22 MitbestG identisch. Die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds oder eines Ersatzmitglieds der Arbeitnehmer kann nach § 11 Abs. 1 DrittelbG beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. **Anfechtungsberechtigt** sind nach § 11 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG drei Wahlberechtigte, die wahlvorschlagsberechtigten Betriebsräte<sup>3</sup> und die Geschäftsführer als das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organ. Den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften steht im Gegensatz zur alten Rechtslage kein Anfechtungsrecht zu<sup>4</sup>. Der mit einer Begründung<sup>5</sup> zu versiehende Anfechtungsantrag ist binnen einer **Frist** von zwei Wochen, vom Tag der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger an gerechnet, zulässig (§ 11 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG). Ausnahmsweise ist die Wahl bei einem offensichtlichen und schwerwiegenden Verstoß nichtig, „wenn gegen die Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen ist, dass auch der Anschein einer Wahl nicht mehr vorliegt“<sup>6</sup>. Nichtig ist hiernach die Wahl bei Wahlfälschungen, bei grober Verletzung der Grundsätze über die geheime Wahl und bei öffentlicher Auszählung der Stimmen, bei Verhinderung oder Beeinflussung von Wahlvorgängen durch Drohung mit Gewalt. 249

Das gilt entsprechend für die **Wahl der Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat nach MitbestG**<sup>7</sup>. § 22 MitbestG enthält keine abschließende Regelung der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Wählbarkeitsvoraussetzungen. Ist 250

1 *Zöllner*, in: KölnKomm. AktG, § 250 Rdnr. 39; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 6 MitbestG Rdnr. 6; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 55; *Großfeld/Brondics*, AG 1987, 301.

2 BAG, AP Nr. 1 und 3 zu § 76 BetrVG 1952; BAG, DB 1982, 755 = SAE 1983, 35 (*Konzen*); BAG, DB 1993, 2030.

3 *Ulmer/Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 11 DrittelbG Rdnr. 3.

4 *Ulmer/Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 11 DrittelbG Rdnr. 3; zur alten Rechtslage: BAGE 18, 61.

5 *Ulmer/Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 11 DrittelbG Rdnr. 5; *Raiser*, § 22 MitbestG Rdnr. 5.

6 BAG, AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972; BAG, AP Nr. 11 zu § 81 BetrVG 1972; BAG, AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1972: für Betriebsratswahl.

7 Zur Nichtigkeit s. auch *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 21 MitbestG Rdnr. 6; *Ulmer/Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 21 MitbestG Rdnr. 38; zu den Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 100 Abs. 2 AktG s. *Stein*, AG 1983, 49.

der Aufsichtsrat nach MitbestG zusammengesetzt, so folgt vielmehr aus § 24 Abs. 1 MitbestG, dass die Wahl eines Arbeitnehmervertreters auch dann nichtig ist, wenn ihm die Wählbarkeitsvoraussetzungen nach § 6 Abs. 2 Satz 1 und nach § 7 Abs. 2 und 3 MitbestG fehlen. Wenn ein Aufsichtsratsmitglied nach § 24 Abs. 1 MitbestG schon bei nachträglichem Verlust der Wählbarkeit sein Amt verliert, so muss wohl erst recht die Wahl nichtig sein, wenn die Wählbarkeitsvoraussetzungen von Anfang an fehlen<sup>1</sup>. Die Anfechtung der Wahl von Arbeitnehmervertretern ist in § 22 MitbestG geregelt.

- 251 c) Für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder eines **fakultativen Aufsichtsrats** ist § 250 AktG aus mehreren Gründen nur beschränkt entsprechend anwendbar<sup>2</sup>. Zum einen sind die in § 250 Abs. 1–3 AktG genannten Vorschriften für die GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat nicht entsprechend heranzuziehen. Zum anderen ergeben sich Einschränkungen aus der Gestaltungsfreiheit.
- 252 Nichtig ist die Wahl einer nicht voll geschäftsfähigen natürlichen Person zum Aufsichtsratsmitglied<sup>3</sup>. Dagegen führt das Überschreiten der Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten, nach h.M. die Verletzung der Inkompatibilität zwischen Geschäftsführung und Aufsichtsrat<sup>4</sup> und die entsprechende Unvereinbarkeit im Konzern nach § 100 Abs. 2 Nr. 2 AktG nur zur Anfechtbarkeit.

## 6. Die persönlichen Voraussetzungen für die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied

### a) Der fakultative Aufsichtsrat

#### aa) Zwingende gesetzliche Wählbarkeitsvoraussetzungen

- 253 Das Gesetz enthält eine Reihe von zwingenden gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Denkbar sind weitere Fälle der Unvereinbarkeit<sup>5</sup>.
- 254 **aaa)** Durch die Verweisung in § 52 Abs. 1 auf § 100 Abs. 1 AktG wird klargestellt, dass Aufsichtsratsmitglied in der Regel nur eine **natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person** sein kann. Nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, sondern erst die Volljährigkeitserklärung gibt dem beschränkt Geschäftsfähigen die Eignung zum Aufsichtsratsmitglied. Die Vorschrift ist aber beim fakultativen Aufsichtsrat nicht zwingend mit der Folge, dass auch juristische Personen bestellt werden können<sup>6</sup>.

1 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 22 MitbestG Rdnr. 7; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 22 MitbestG Rdnr. 49 f.; *Raiser*, § 22 MitbestG Rdnr. 21; *Wlotzke*, ZGR 1977, 382; a.A.: *Ulmer/Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 22 MitbestG Rdnr. 13; *Naendrup*, in: *GK-MitbestG*, § 6 Rdnr. 72 und § 7 Rdnr. 41; *Stein*, AG 1983, 53.

2 Enger: *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, § 47 Rdnr. 75: nicht entsprechend anwendbar.

3 *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47 Rdnr. 22; *Karsten Schmidt*, oben bei § 45 Rdnr. 78.

4 S. aber Rdnr. 256; a.A. nämlich „Nichtigkeit“: OLG Frankfurt, DB 1987, 87.

5 Eb. *Säcker*, in: FS Rebmann, 1989, S. 781 (Behördenvertreter, die in einem latenten Dauerkonflikt mit Interessenkollisionsgefahr stehen).

6 *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 34; *Heyder*, in: *Michalski*, Rdnr. 56; a.A. BGHZ 36, 311; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 9; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des

Mitglied eines Aufsichtsrats kann ferner nicht sein, wer **Betreuer** ist, der bei 255 der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) unterliegt, § 100 Abs. 1 Satz 2 AktG (s. auch bei § 6 Rdnr. 11). Verliert das Aufsichtsratsmitglied nachträglich seine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, so wird seine Bestellung von selbst unwirksam<sup>1</sup>.

**bbb)** § 52 i.V.m. § 105 Abs. 1 AktG verbietet, dass ein Aufsichtsratsmitglied 256 zugleich Geschäftsführer, der dauernde Stellvertreter von Geschäftsführern (vgl. auch § 44 Rdnr. 4), Prokurist und zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft ist<sup>2</sup>. Niemand kann sich selbst überwachen. Aus diesem Grund kann nach h.M. die Satzung von dem **Grundsatz der Funktionstrennung zwischen Geschäftsführung und Überwachung** nicht abweichen<sup>3</sup>. Der Beschluss, der hiergegen verstößt, ist nach überwiegender Ansicht nichtig<sup>4</sup>.

Das überzeugt nicht. Das Prinzip der Funktionstrennung ist zwar bei der Aktiengesellschaft zum Schutz der Aktionäre und Gläubiger zwingend. Bei der GmbH bedarf es eines solchen erhöhten Schutzes aber nicht; denn die Gesellschaft ist auf eine beschränkte Zahl von Gesellschaftern angelegt, der einzelne Gesellschafter hat, anders als der Aktionär, ein umfassendes Informationsrecht und die tatsächlichen Verhältnisse sind in der Regel überschaubar. Im Vordergrund der Aufgaben des Aufsichtsrats bei der GmbH steht daher nicht die nachträgliche, sondern die begleitende Kontrolle der Geschäftsführer durch die gemeinsame Beratung. Geht man hiervon aus, so sollte § 52 nicht hindern, den Aufsichtsrat in der Satzung als kooperatives Organ zu organisieren, in dem neben den externen Aufsichtsratsmitgliedern auch solche Aufsichtsratsmitglieder Sitz und Stimme haben, die zugleich Geschäftsführer sind. Um eine funktionsfähige Überwachung sicherzustellen, wäre lediglich Voraussetzung, dass die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Geschäftsführer sind. Folgt man dieser Ansicht und lässt gleichzeitig zu, dass diesem Organ unternehmensleitende Zuständigkeiten, insbesondere die Festlegung der Geschäftspolitik, übertragen werden (s. Rdnr. 160 ff.), so lässt sich bei der GmbH durch die Satzung ein Organ einrichten, das dem „board“ einer amerikanischen Corporation nachgebildet ist<sup>5</sup>.

Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 970; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 30; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 8.

1 BayObLG, DB 1993, 577: Geschäftsführer.

2 Für den Generalbevollmächtigten: *Hübner*, ZHR 143 (1979), 3.

3 OLG Frankfurt, BB 1981, 1543 und BB 1987, 22 = WuB II C. § 52 GmbHG 1.87 (*Stützle*); *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 9; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 8; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 28; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 137; *Konow*, JR 1966, 166; a.A. für den stellvertretenden Geschäftsführer: KGJ 20 A 49.

4 OLG Frankfurt, BB 1987, 22; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 9.

5 Ebenso mit unterschiedlichen Einschränkungen: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 36: Partielle Personalunion zulässig; *Rohleder*, Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte, 1991, S. 111 ff.: aber Stimmverbot für Geschäftsführer als Beiratsmitglieder; *Großfeld/Brondics*, AG 1987, 299 f.; *Baums*, ZIP 1995, 11, 14; *Loges*, ZIP 1997, 437; s. auch *Windbichler*, ZGR 1985, 50; *Bleicher/Paul*, Die Betriebswirtschaft 1986, 263; zur Übertragung von unternehmensleitenden Zuständigkeiten auf den Aufsichtsrat s. auch Rdnr. 48 ff. und 160 ff.

- 257 Dagegen bestehen auch nach h.M. einerseits keine Bedenken gegen die gleichzeitige Mitgliedschaft im Aufsichtsrat und im Beirat. Unbedenklich ist andererseits die Bestellung von Geschäftsführern zu Beiratsmitgliedern, wenn die Hauptaufgabe des Beirats nicht die Überwachung ist<sup>1</sup>.
- 258 Ausnahmsweise kann für höchstens ein Jahr der Aufsichtsrat einzelne seiner Mitglieder zu **Vertretern von verhinderten Geschäftsführern** wählen, ohne dass deren Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat endet, § 105 Abs. 2 AktG. Die Bestellung ist möglich, wenn zum Zeitpunkt des Amtsantritts das Fehlen oder die Behinderung des betreffenden Geschäftsführers feststeht. Ein Geschäftsführer fehlt, wenn die im Gesellschaftsvertrag vorgeschriebene Anzahl einschließlich Stellvertreter unterschritten ist. Eine Behinderung liegt vor, wenn nicht nur einzelne Geschäfte durch den Geschäftsführer undurchführbar sind, sondern dieser insgesamt seinen Aufgabenbereich nicht ausüben kann (Krankheit, Amtsniederlegung, Abberufung, Tod). Eine Bestellung ist selbst dann möglich, wenn dadurch der Aufsichtsrat beschlussunfähig wird. Während der Amtszeit als stellvertretender Geschäftsführer ruht das Mandat des Aufsichtsratsmitgliedes. Er darf keine Tätigkeit im Aufsichtsrat ausüben. Während der Vertretungszeit hat der Vertreter die volle Stellung eines Geschäftsführers. Das Wettbewerbsverbot gilt jedoch nicht, § 105 Abs. 2 Satz 4 AktG (s. auch bei § 43 Rdnr. 153). Er ist auch zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, § 39. Nicht einzutragen ist jedoch der „begrenzte Zeitraum“.
- 259 **ccc)** Nach § 52 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 MitbestG, jeweils i.V.m. § 100 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 2 AktG kann der gesetzliche Vertreter eines von der GmbH abhängigen Unternehmens (§ 17 AktG) nicht Aufsichtsratsmitglied sein. Zum Normzweck s. bei Rdnr. 202.
- 260 Die Vorschrift enthält nicht nur ein Bestellungshindernis bei **Konzernlagen** (s. bei Rdnr. 202), sondern auch bei **Abhängigkeitslagen**. Die Vorschrift ist aber für den fakultativen Aufsichtsrat sowohl im Konzern als auch bei bestehender Abhängigkeitslage abdingbar<sup>2</sup>.
- 261 **ddd)** Eigene Wettbewerbstätigkeit und die Organstellung **in einem konkurrierenden Unternehmen** stellen kein zwingendes Wählbarkeitshindernis dar<sup>3</sup>. Sie

1 Voormann, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 137; Hölters, Der Beirat der GmbH und GmbH & Co. KG, 1979, S. 34; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 66: Stimmverbot bei Interessenkollision.

2 A.A.: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 36 („Unverzichtbares Seriositätserfordernis“); Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 8; wie hier: Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 32; Heyder, in: Michalski, Rdnr. 57; s. auch bei Rdnr. 203.

3 RGZ 165, 68, 82; BGHZ 39, 116, 123: u.U. aber wichtiger Grund zur Abberufung; vgl. auch BGH, NJW 1980, 1629; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 8; Wirth, ZGR 2005, 343 ff.; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 48; Ulmer, NJW 1980, 1604; W. Werner, ZHR 145 (1981), 271; Kastner, in: FS Strasser, 1983, S. 843, 849; vgl. demgegenüber: Lutter, ZHR 145 (1981), 224, 236: spezielle Inkompatibilitätsregel; Lutter, in: FS Beusch, 1993, S. 509; sowie Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9: Beschluss für zeitl. späteres Amt ist nichtig; zum Stand der Diskussion: Kübler, in: FS Claussen, 1997, S. 240.



führen aber zur Anfechtbarkeit der Wahl und berechtigen in aller Regel zur Abberufung aus wichtigem Grund, und zwar auch dann, wenn die Wettbewerbstätigkeit den Gesellschaftern bei der Bestellung bekannt war. Übt das bestellte Aufsichtsratsmitglied sein Amt aus, so verletzt es seine Pflichten. Dies alles gilt nicht, wenn das Aufsichtsratsmitglied vom Wettbewerbsverbot (s. unten Rdnr. 505 ff.) befreit wurde.

**eee)** Die oben genannten (Rdnr. 253 ff.) **gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen** 262 für Aufsichtsratsmitglieder sind, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht anderes bestimmt, **abschließend**. Nicht anwendbar sind daher beim fakultativen Aufsichtsrat § 100 Abs. 2 Nr. 1 und 3 AktG<sup>1</sup> (s. auch Rdnr. 192). § 100 Abs. 2 Nr. 2 und § 105 AktG enthalten unechte Wählbarkeitsvoraussetzungen, also Voraussetzungen, die nicht im Zeitpunkt der Bestellung vorliegen müssen. Es reicht aus, wenn im Zeitpunkt der Wahl hinreichend voraussehbar ist, dass diese Erfordernisse für die vorgesehene Amtszeit, spätestens ab Amtsantritt, erfüllt werden. Die Bestellung ist dann unter der aufschiebenden Bedingung wirksam, dass bis zum Amtsbeginn die Eignungsvoraussetzungen in der gewählten Person eintreten.

**fff)** Besondere **persönliche oder fachliche Eignungsvoraussetzungen**, wie z.B. 263 Sachkunde, praktische Erfahrungen, Mindest- oder Höchstalter<sup>2</sup>, verlangt das Gesetz für Aufsichtsratsmitglieder nicht<sup>3</sup>. Erwartet werden aber Kenntnisse, die zur Mitarbeit im Aufsichtsrat erforderlich sind; denn hiernach bemisst sich der Sorgfaltsmaßstab des § 116 AktG, auf den § 52 verweist<sup>4</sup>. Der DCGK empfiehlt in Ziff. 5.1.2 die Festlegung einer Altersgrenze. Der Kodex enthält ferner in Ziff. 5.4.1 die Anregung, dass bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern darauf geachtet wird, „dass dem Aufsichtsrat jederzeit Mitglieder angehören, die über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen. Dabei sollen die internationale Tätigkeit des Unternehmens, potentielle Interessenkonflikte und eine festzulegende Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder beachtet werden.“ Verbindlich ist dies nicht. Zudem bezieht sich der DCGK nur auf börsennotierte Gesellschaften. Allerdings wird auch nicht-börsennotierten Gesellschaften die Beachtung des Kodex empfohlen.

**ggg)** Auch die **Unabhängigkeit** der Aufsichtsratsmitglieder ist nicht gesetzlich 264 vorgeschrieben. Die **EU-Empfehlung vom 15. 2. 2005** zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften<sup>5</sup> und die Anregung in Ziff. 5.4.2 DCGK sind nicht bindend. Die EU-Empfehlung enthält in Anh. II. ein „Profil der unabhängigen nicht geschäftsführenden Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitglieder“. So darf beispielsweise ein Aufsichtsratsmitglied „keinesfalls ein Anteilseigner mit einer Kon-

1 Ebenso für Nr. 3: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 38.

2 Ausnahme: § 10 Abs. 2 MitbestG: Mindestalter 18 Jahre.

3 Krit. *Säcker*, AG 2004, 180, 184; *Thümmel*, Der Aufsichtsrat 2007, 65.

4 H.M., BGHZ 85, 295; *Hüffer*, AktG, § 116 Rdnr. 2; *Schiessl*, AG 2002, 597; *Wirth*, ZGR 2005, 336, a.A. *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 111 Rdnr. 26.

5 ABl. Nr. L 52 v. 25. 2. 2005 S. 51.

trollbeteiligung sein“. Die Liste ist exemplarisch. Sie entspricht nicht bewährter deutscher Konzernpraxis<sup>1</sup>. Sie ist auch im Übrigen wenig überzeugend. Zulässig ist daher, dass vormalige Vorsitzende der Geschäftsführung zum Aufsichtsratsmitglied bestellt und dann zum Vorsitzenden gewählt werden<sup>2</sup>. Dafür spricht seine bisherige Erfahrung, dagegen, dass er auch seine frühere Tätigkeit kontrollieren soll<sup>3</sup>.

#### bb) Vertragliche Wählbarkeitsvoraussetzungen

- 265 Der Gesellschaftsvertrag kann über die gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen hinaus für Aufsichtsratsmitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats weitere Eignungsvoraussetzungen aufstellen, z.B. eine bestimmte Familienzugehörigkeit, ein bestimmtes Alter, eine fachliche Qualifikation<sup>4</sup>, die Arbeitnehmereigenschaft oder eine bestimmte Nationalität.

#### b) Der mitbestimmte Aufsichtsrat

- 266 aa) Für den Aufsichtsrat nach DrittelbG und für den Aufsichtsrat nach MitbestG gelten die gesetzlichen Beschränkungen der §§ 100, 105 AktG für die Gesellschaftervertreter und für die Arbeitnehmervertreter in gleicher Weise. Für den Aufsichtsrat nach MitbestG sind die §§ 100, 105 AktG jedoch nur mit der Maßgabe anwendbar, dass die Wählbarkeit eines Prokuristen als Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer nur ausgeschlossen ist, wenn dieser dem zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organ unmittelbar unterstellt und zur Ausübung der Prokura für den gesamten Geschäftsbereich des Organs ermächtigt ist, § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG<sup>5</sup>. Für den Aufsichtsrat nach DrittelbG gilt diese Einschränkung nicht<sup>6</sup>.
- 267 Neben die gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen nach § 100 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 sowie § 105 AktG (s. Rdnr. 256) tritt die Begrenzung auf höchstens zehn Aufsichtsratsmandate, § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AktG<sup>7</sup>, und das Verbot der Überkreuzverflechtung, § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AktG. Für die **Höchstzahl der Mandate** werden bis zu fünf Aufsichtsratssitze in abhängigen Konzernunternehmen, § 100 Abs. 2, und Mitgliedschaften in fakultativen Aufsichtsräten, § 100 Abs. 2 Satz 2 AktG, nicht mitgezählt. Dagegen werden bei der **Überkreuzverflechtung** Mitgliedschaften in einem fakultativen Aufsichtsrat angerechnet<sup>8</sup>.

1 Nagel, NZG 2007, 166; Lutter, ZHR 171 (2007), 371.

2 LG München, AG 2005, 623.

3 Krit. etwa Schiessl, AG 2002, 598.

4 S. dazu Baums (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdnr. 310 S. 317.

5 Stein, AG 1983, 49; s. auch Martens, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437, 464.

6 Dietz/Richardi, § 76 BetrVG 1952 Rdnr. 76.

7 Prinz, Juden im Deutschen Wirtschaftsleben 1850–1914, 1984, S. 183: „Carl Fürstenberg saß noch im Alter von 80 Jahren in 44 Aufsichtsräten“.

8 Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 177, 280; Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 100 Rdnr. 22; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 46; a.A.: Meyer-Landrut, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl., § 100 Anm. 6.

**bb)** Zusätzliche gesetzliche Wählbarkeitsvoraussetzungen für die **Arbeitnehmervertreter** im Aufsichtsrat nach DrittelbG ergeben sich aus § 4 DrittelbG und durch die Verweisungsvorschriften aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 100 Abs. 3 AktG. Der Gesellschaftsvertrag kann insoweit weder Einschränkungen noch weitere persönliche Voraussetzungen vorsehen (§ 100 Abs. 3 und Abs. 4 AktG). 268

Da es sich um echte Wählbarkeitsvoraussetzungen handelt, müssen sie **im Zeitpunkt der Wahl** vorliegen, ansonsten ist die Wahl entsprechend § 250 Abs. 1 Nr. 4 und § 251 AktG nichtig<sup>1</sup>. Eine nachträgliche Heilung ist nicht möglich<sup>2</sup>. Der nachträgliche Wegfall einer Eignungsvoraussetzung der Arbeitnehmervertreter (z.B. die Arbeitnehmereigenschaft nach Kündigung) führt automatisch zum Amtsverlust<sup>3</sup>. Ist die Arbeitnehmereigenschaft Wählbarkeitsvoraussetzung, so dürfte die lösende **Aussperrung** nicht zum Verlust des Aufsichtsratsmandats führen. 269

Für den **Aufsichtsrat nach MitbestG** ergeben sich zusätzliche gesetzliche Wählbarkeitsvoraussetzungen für die Arbeitnehmervertreter aus §§ 6, 7 Abs. 2 bis 4 MitbestG. Die Mitgliedschaft im Betriebsrat stellt aber kein Wahlhindernis dar<sup>4</sup>. 270

**cc)** Für die **Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschafter** im mitbestimmten Aufsichtsrat kann der **Gesellschaftsvertrag** wie beim fakultativen Aufsichtsrat **weitere** persönliche Eignungsvoraussetzungen aufstellen. Für die Arbeitnehmervertreter ist dies nicht zulässig. 271

### c) Nachträglicher Wegfall von Wählbarkeitsvoraussetzungen

Fällt nachträglich eine satzungsmäßige Voraussetzung für die Amtsfähigkeit weg, so erlischt das Amt nur, wenn dies der Gesellschaftsvertrag vorsieht. Im anderen Fall ist das betreffende Aufsichtsratsmitglied zur Amtsniederlegung verpflichtet. Zugleich haben die Gesellschafter bei Wegfall einer Dauervoraussetzung die Möglichkeit zur Abberufung. Außerdem ist die Wahl entsprechend § 251 AktG anfechtbar. 272

Beim Wegfall **zwingender gesetzlicher Wählbarkeitsvoraussetzungen**, z.B. beim Wegfall der Geschäftsfähigkeit, verliert ein Aufsichtsratsmitglied automatisch seine Organstellung. Für § 105 AktG gilt der Prioritätsgrundsatz. Wird ein Aufsichtsratsmitglied zum Geschäftsführer bestellt, so verliert er hierdurch 273

1 Vgl. *Dietz/Richardi*, § 76 BetrVG 1952 Rdnr. 119.

2 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 54.

3 Vgl. *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 184 (nicht aber, wenn dem Aufsichtsrat mehr als zwei Arbeitnehmer angehören); *Oetker*, in: *ErfKomm.*, 7. Aufl. 2007, § 12 DrittelbG Rdnr. 12; s. aber auch LAG Hamburg, DB 2000, 1770: Keine Beendigung bei Eintritt in die Freizeitphase der Altersteilzeit mit Blockarbeitszeit sowie dazu *Windbichler*, SAE 2001, 207.

4 A.A.: *Reuter*, AcP 179 (1979), 564 f.; *Reuter*, ZfA 1982, 467; wie hier: *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 7 MitbestG Rdnr. 47.

nicht seine Stellung als Aufsichtsratsmitglied, sondern die als Geschäftsführer.

- 274 Für die **Arbeitnehmervertreter** enthält § 24 MitbestG eine Sondervorschrift. Hiernach erlischt das Amt, wenn ein Aufsichtsratsmitglied, das nach § 7 Abs. 2 MitbestG Arbeitnehmer des Unternehmens sein muss, seine Wählbarkeit verliert. Zu denken ist an die Beendigung des Arbeitnehmerverhältnisses<sup>1</sup> und an das Ausscheiden des Konzernunternehmens, in dem das Aufsichtsratsmitglied tätig ist. Dies gilt entsprechend für den Aufsichtsrat nach DrittelbG.
- 275 Dagegen führt der nachträgliche **Wechsel der Gruppenzugehörigkeit** im Aufsichtsrat nach MitbestG nicht zum Verlust der Amtsstellung, § 24 Abs. 2 MitbestG.

### 7. Aufsichtsrat und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

- 276 § 4 Abs. 4 DrittelbG geht davon aus, dass Frauen und Männer unter den **Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer** entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis vertreten sein sollen. Für die **Anteilseignervertreter** verlangt das AGG keine proportionale Beteiligung, etwa von Frauen, Schwerbehinderten, usw.<sup>2</sup> Verboten ist nach § 7 AGG nur eine Benachteiligung i.S.v. § 2 AGG. Zu den Organmitgliedern, auf die das AGG nach § 6 Abs. 3 ebenfalls anwendbar ist, gehören auch Aufsichtsräte<sup>3</sup>. Das gilt freilich nur, soweit ein Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in Frage steht<sup>4</sup>. Daran fehlt es aber, wenn keine Aufsichtsratsvergütung gezahlt wird. Nach § 6 Abs. 3 AGG gelten die Vorschriften des AGG jedoch nur entsprechend für Organmitglieder. Hierbei können die Besonderheiten der Organstellung bei der Prüfung der Ungleichbehandlung berücksichtigt werden<sup>5</sup>. Soweit das AGG zur Anwendung kommt, darf bei der Bestellung das Geschlecht, das Alter etc. keine Rolle spielen. Ein Verstoß gegen § 7 AGG ist aber nicht gegeben, wenn es an der Kausalität fehlt, weil z.B. ein Kandidat unabhängig von der Benachteiligung eines Mitbewerbers ohnehin gewählt worden wäre<sup>6</sup>. Die Abberufung nennt das AGG nicht<sup>7</sup>. Die Beendigung des Aufsichtsratsmandats ist viel mehr als Ausübungsbedingung zu qualifizieren und fällt nicht unter den Begriff des Zugangs. Dies wird insbesondere im Vergleich zwischen § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AGG deutlich.

1 *Ulmer/Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 24 MitbestG Rdnr. 7; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 22 MitbestG Rdnr. 7; *Matthes*, in: *GK-MitbestG*, § 22 Rdnr. 12.

2 Anders etwa in Norwegen, wo durch Gesetz eine Frauenquote für den Aufsichtsrat vorgesehen ist; s. dazu *Frost/Linnainmaa*, AG 2007, 601.

3 *Lutter*, BB 2007, 725, 730; *Horn/Schmalz*, Der Aufsichtsrat 2007, 72.

4 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rdnr. 131.

5 *Bauer/Göpfert/Krieger*, DB 2007, 595, 597.

6 *Krause*, AG 2007, 392, 396.

7 S. dazu *Lutter*, BB 2007, 728.

## VI. Die Amtszeit und die Beendigung des Aufsichtsratsmandats

### 1. Der fakultative Aufsichtsrat

Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt hat, ist die Amtszeit der körperschaftlichen Organstellung bis zur Abberufung **unbefristet**. § 102 AktG, der in § 52 nicht genannt ist, gilt für die GmbH auch nicht entsprechend<sup>1</sup>. 277

Der **Gesellschaftsvertrag** kann die Amtszeit jedoch für alle Mitglieder gleich, aber auch für jedes Mitglied gesondert festsetzen. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung zur Amtszeit, so kann diese auch durch **Gesellschafterbeschluss** festgelegt werden. Ist die Amtszeit durch die Satzung zeitlich begrenzt, so **beginnt** sie mit der Annahme der Bestellung seitens des Gewählten oder mit dem bei der Wahl festgesetzten Termin. 278

**Wiederwahl und Wiederentsendung** sind, auch wenn der Gesellschaftsvertrag hierüber nichts bestimmt, zulässig. Eine Notbestellung durch das Registergericht zur Behebung der Beschlussunfähigkeit ist mangels Anwendbarkeit des § 104 AktG in der Regel nicht möglich (s. aber Rdnr. 242). Die **Entsandten** haben die gleiche Amtszeit wie die gewählten Aufsichtsratsmitglieder, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. Die Amtszeit der Stellvertreter und Ersatzmitglieder ist auf diejenige des vertretenen oder zu ersetzenden Mitgliedes beschränkt. 279

### 2. Der mitbestimmte Aufsichtsrat

a) Ist der Aufsichtsrat nach DrittelbG oder nach MitbestG zu bilden, so beträgt die Dauer des Aufsichtsratsamts sowohl für die Gesellschaftervertreter als auch für die Arbeitnehmervertreter **höchstens fünf Jahre**, § 52, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 6 Abs. 2 MitbestG, § 102 AktG. Die Amtszeit läuft nach § 102 AktG längstens bis zur Beendigung der Gesellschafterversammlung, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach Beginn der Amtszeit beschließt. Wird ein solcher Beschluss, der zwar möglich, aber im Recht der GmbH nicht zwingend vorgeschrieben ist, nicht gefasst, so endet die Amtszeit spätestens acht Monate nach dem Ende des vierten Geschäftsjahres, also dem Zeitpunkt, zu dem bei der AG spätestens eine entsprechende Hauptversammlung hätte stattfinden müssen, anders § 102 Abs. 1 AktG<sup>2</sup>. Einigkeit besteht, dass im Rahmen der zwingenden Höchstdauer der Gesellschaftsvertrag einheitlich für alle Aufsichtsratsmitglieder, also auch für die Arbeitnehmervertreter eine kürzere Amtszeit vorsehen kann, § 15 Abs. 1 MitbestG. Fehlt eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, gilt gleichmäßig für alle Aufsichtsräte die gesetzliche Höchstdauer. 280

<sup>1</sup> Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 46; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 48; Fichtelmann, in: Heidelberger Komm., Rdnr. 13; Simon, GmbHR 1999, 257, 259.

<sup>2</sup> Für die AG, wenn kein Entlastungsbeschluss gefasst wird: BGH, AG 2002, 676; a.A. für die GmbH AG Essen, MDR 1970, 336; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 6 MitbestG Rdnr. 37: unbefristete Fortdauer der Amtszeit bis zur Entlastung; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 196, 284: Ende des 5. Geschäftsjahres; wie hier: Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 67.

- 281 **b)** Für die **Gesellschaftervertreter** können in der Satzung Bestimmungen über die Länge der Amtszeit und über ein turnusmäßiges Ausscheiden einzelner Gesellschaftervertreter aufgenommen werden.
- 282 Auch kann bei der Wahl der Gesellschaftervertreter eine kürzere Amtszeit bestimmt werden.
- 283 **c)** Die Amtszeit der **Arbeitnehmervertreter** entspricht der gesetzlichen bzw. der in der Satzung festgelegten Amtszeit der Gesellschaftervertreter, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 15 MitbestG<sup>1</sup>. Eine durch die Satzung nur für die Arbeitnehmervertreter vorgesehene Verkürzung der Amtszeit ist unwirksam. Nur insoweit gilt der Grundsatz der gleichlangen Amtszeit. Dagegen wirkt eine erst bei der Bestellung der Anteilseignervertreter vorgenommene Verkürzung der Amtszeit nicht für die Arbeitnehmervertreter<sup>2</sup>. Sieht aber die Satzung ein turnusmäßiges Ausscheiden der Gesellschaftervertreter vor, so gilt dies im **Aufsichtsrat nach DrittelbG** auch für die Arbeitnehmervertreter<sup>3</sup>.
- 284 Dagegen wirkt eine Satzungsbestimmung, die einen turnusmäßigen Wechsel für die Gesellschaftervertreter bestimmt, für die **Arbeitnehmervertreter, die nach MitbestG gewählt** sind, nicht, weil das Wahlverfahren nach MitbestG zwingend die gesetzlich bestimmte Amtszeit verlangt<sup>4</sup>.
- 285 Eine gesellschaftsvertragliche **Verkürzung der Amtszeit**<sup>5</sup> oder **Verminderung der Zahl** der Aufsichtsratsmitglieder<sup>6</sup> während der Amtsperiode ist ohne Einfluss auf die amtierenden Aufsichtsratsmitglieder. Sie werden erst zum Ende der laufenden Amtszeit der dem Aufsichtsrat angehörenden Vertreter der Ar-

1 OLG Dresden, ZIP 1997, 589, 590.

2 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 196, 284; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 26; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 173; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 65; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 15 MitbestG Rdnr. 203; *Raiser*, § 6 MitbestG Rdnr. 32; a.A.: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 15 MitbestG Rdnr. 104.

3 Eb. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 174; *Kirschner*, DB 1971, 2066; a.A.: *Meyer-Landrut*, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl., § 102 Anm. 5; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 31.

4 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 15 MitbestG Rdnr. 1; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 65; *Naendrup*, in: GK-MitbestG, § 6 Rdnr. 87; *Matthes*, in: GK-MitbestG, § 13 Rdnr. 12; teilweise anders: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 6 MitbestG Rdnr. 206.

5 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 173; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 64; *Naendrup*, in: GK-MitbestG, § 6 Rdnr. 82; für Arbeitnehmervertreter: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 15 MitbestG Rdnr. 105; a.A.: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 15 MitbestG Rdnr. 207; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 102 Rdnr. 7; *Boesebeck*, AG 1961, 122.

6 H.M.: BAG, WM 1990, 633, 635 m.w.N.; OLG Hamburg, WM 1988, 1487, 1490; OLG Dresden, ZIP 1997, 591; *Kirschner*, DB 1971, 2063, 2066; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 26; a.A.: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 15 MitbestG Rdnr. 106: Wird während einer Amtsperiode durch Satzung eine Verkleinerung des Aufsichtsrats beschlossen, so führt dies mit der Beendigung der über die Entlastung beschließenden nächsten Gesellschafterversammlung zu einem Mandatsverlust sämtlicher Mitglieder.

beitnehmer wirksam<sup>1</sup>. Das Bestellungsorgan kann die Amtszeit der im Amt befindlichen Aufsichtsratsmitglieder nur im **Wege des Abberufungsverfahrens** nach § 103 AktG vorzeitig beenden, wenn sie nicht freiwillig zurücktreten.

Bei einer **satzungsmäßigen Verlängerung** der Amtsdauer ist zum Schutz des Bestellungsorgans ein erneutes Bestellungsverfahren (Wiederbestellung) nach Ablauf der ursprünglichen Amtszeit erforderlich<sup>2</sup>. Eine **Erhöhung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder** im Gesellschaftsvertrag führt zu einem zusätzlichen Bestellungsverfahren für die neuen Mitglieder, ohne dass die Aufsichtsratsmandate der übrigen Mitglieder tangiert werden. 286

### 3. Die Beendigung der Organstellung

#### a) Beendigungsgründe

Das Aufsichtsratsmitglied verliert seine Organstellung **mit Ablauf der Amtszeit** (s. Rdnr. 277) und schon **vor Ablauf der Amtszeit**: 287

- durch Abberufung (Widerruf) (s. Rdnr. 288);
- durch Amtsniederlegung (s. Rdnr. 300);
- durch vertragliche Aufhebung<sup>3</sup>;
- durch Wegfall zwingender Wählbarkeitsvoraussetzungen (s. Rdnr. 272);
- bei erfolgreicher Wahlanfechtung mit der Rechtskraft der Entscheidung;
- durch Eintritt der im Gesellschaftsvertrag für die Beendigung vorgesehenen Umstände, z.B. das Erreichen eines bestimmten Alters;
- wenn die Geschäftsführer die Verfahren nach §§ 97 ff. AktG in Gang gesetzt haben, zu dem in § 97 Abs. 2 Satz 3 AktG genannten Zeitpunkt;
- bei Verschmelzung durch Neubildung einer AG (§§ 36 ff. UmwG) oder durch Aufnahme in eine AG (§§ 4 ff. UmwG) und durch Vollbeendigung der Gesellschaft<sup>4</sup>, nicht aber durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Für den Formwechsel gilt gemäß § 203 UmwG die Kontinuität der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat, wenn dieser in gleicher Weise beim Rechtsträger neuer Rechtsform gebildet wird, wie er schon beim formwechselnden Rechtsträger gebildet worden war. Das gilt insbesondere für den Fall des Formwechsels einer GmbH mit verpflichtendem Aufsichtsrat in eine AG. Ob die Voraussetzungen des § 203 UmwG auch beim Formwechsel einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat in eine Aktiengesellschaft vorliegen, ist streitig. Dies wird z.T. bejaht<sup>5</sup>. Im

1 OLG Hamburg, WM 1988, 1487 = WuB IX C 3. § 7 MitbestG 1.89 (Peterhoff); OLG Dresden, ZIP 1997, 591.

2 Hopt/Roth/Peddinghaus, in: Großkomm. AktG, § 102 Rdnr. 49; ebenso für Arbeitnehmervertreter: Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 198, 284; Heyder, in: Michalski, Rdnr. 138.

3 Für den Geschäftsführer: BGH, WM 1978, 110.

4 S. Karsten Schmidt bei § 74; vgl. auch BGHZ 53, 264, 266 und Hönn, ZHR 138 (1974), 50; Semler, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 55.

5 Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, 3. Aufl., § 203 Rdnr. 7; vgl. auch Krause-Ablass/Link, GmbHR 2005, 731, 732.

Ergebnis wird man aber die Kontinuität insbesondere deshalb ablehnen müssen, weil in diesem Fall der Aufsichtsrat gerade nicht „in gleicher Weise“ wie bei der AG gebildet wird<sup>1</sup>;

- durch Behebung des Mangels bei gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitgliedern, § 104 Abs. 5 AktG<sup>2</sup>;
- durch den Tod des Aufsichtsratsmitglieds.

- 288 Dagegen hat die Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht notwendig die Beendigung der Organstellung zur Folge; denn die Organstellung und das Anstellungsverhältnis sind zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse. Daher verliert auch ein von den Arbeitnehmern gewähltes betriebsangehöriges Aufsichtsratsmitglied zum **Aufsichtsrat nach DrittelbG** nicht dadurch seine Aufsichtsratsstellung, dass es zu Recht fristlos entlassen wird<sup>3</sup>, es sei denn, dass die Betriebszugehörigkeit zu den Wählbarkeitsvoraussetzungen gehört. Die fristlose Kündigung führt nur dann zum Verlust der Amtsstellung, wenn er der einzige oder einer der beiden notwendigen Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ist, § 4 Abs. 2 DrittelbG<sup>4</sup>. Zu § 24 MitbestG s. Rdnr. 274.

## b) Abberufung

### aa) Der fakultative Aufsichtsrat

- 289 **aaa)** Ein Aufsichtsratsmitglied eines fakultativen Aufsichtsrats kann **jederzeit, nach freiem Ermessen**, also auch ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, und **ohne Anhörung** des betroffenen Mitglieds<sup>5</sup> durch einen Gesellschafterbeschluss abberufen werden, § 52 i.V.m. § 103 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG. Die Grenze bildet der Rechtsmissbrauch<sup>6</sup>. Während jedoch für die Abberufung von Geschäftsführern die einfache Mehrheit genügt, verlangt § 103 AktG für die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern drei Viertel der abgegebenen Stimmen. Im Blick auf die Lage bei der Abberufung der Geschäftsführer muss aber zur Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds aus wichtigem Grund die einfache Mehrheit genügen<sup>7</sup>.
- 290 Ein von der Abberufung als Aufsichtsratsmitglied betroffener Gesellschafter ist grundsätzlich stimmberechtigt, nicht jedoch bei der Abberufung aus wichtigem Grund<sup>8</sup>. Die Abberufung erfolgt durch eine formfreie, bedingungsfeindliche,

1 *Decher*, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl., § 203 Rdnr. 7; *Meister/Klöcker*, in: Kallmeyer, UmwG, 3. Aufl., § 203 Rdnr. 11.

2 BayObLG, AG 2005, 352.

3 BGHZ 39, 116 = AP Nr. 12 zu § 76 BetrVG mit Anm. A. Hueck.

4 *Nipperdey*, AG 1958, 62; *Boesebeck*, AG 1961, 120.

5 BGH, GmbHR 1960, 220 (für den Geschäftsführer).

6 KG, AG 2003, 501, 505: Abberufung aus offenbar unsachlichem Grund.

7 A.A.: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 50; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 47; *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 143; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, Rdnr. 15; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 13; *Simon*, GmbHR 1999, 257, 260; wie hier aber auch bei Abberufung ohne wichtigen Grund: *Hölters*, Der Beirat der GmbH und GmbH & Co. KG, 1979, S. 31; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 7; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 9; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 976.

8 S. bei § 47; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 48.



empfangsbedürftige Erklärung. Sie wird bei befristeter Abberufung zu dem angegebenen Zeitpunkt, sonst mit Zugang wirksam (eb. für Geschäftsführer: s. § 38 Rdnr. 30); jedoch wirken die organschaftlichen Pflichten für das abberufene Mitglied noch insofern fort, als er alles Erforderliche für die Übergabe der Geschäfte an das nachfolgende Aufsichtsratsmitglied durch aktive Mitwirkung vornehmen muss.

Ob § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG für die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern entsprechend anwendbar ist, ist zweifelhaft<sup>1</sup>.

**bbb)** Der **Gesellschaftsvertrag** kann eine andere Mehrheit und weitere Erfordernisse, z.B. Abberufung nur bei wichtigem Grund, bestimmen. Im zuletzt genannten Fall sind wichtige Gründe etwa die grobe Vernachlässigung der Mitwirkungspflichten, die wiederholte Nichtteilnahme an Aufsichtsratssitzungen, die grobe Verletzung der Verschwiegenheitspflicht und seine offensichtliche „Fremdbestimmung“<sup>2</sup>. Die Abberufung kann aber nicht ganz ausgeschlossen werden. Zulässig ist, dass die Abberufungskompetenz einem einzelnen Gesellschafter, einer Minderheit<sup>3</sup> oder einem Ausschuss<sup>4</sup> übertragen wird, nicht jedoch auf den Geschäftsführer, da andernfalls die Unabhängigkeit des Kontrollorgans Aufsichtsrat nicht gewahrt ist. Ist einem Gesellschafter oder einem Dritten ein Entsendungsrecht eingeräumt, so kann der Berechtigte die Abberufung jederzeit vornehmen<sup>5</sup>. Die Befugnis zur Abberufung aus wichtigem Grund muss jedoch zwingend bei der Gesellschafterversammlung verbleiben<sup>6</sup>. 291

**ccc)** Die Möglichkeit einer **Abberufung durch das Gericht** auf Antrag des Aufsichtsrats, wenn in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds ein wichtiger Grund vorliegt, ist zwar in § 103 Abs. 3 AktG vorgesehen. Hierauf wird aber in § 52 nicht verwiesen. Eine entsprechende Anwendung würde die Entscheidungsfreiheit des zuständigen Organs beschränken. Auch kann in der Satzung eine solche gerichtliche Zuständigkeit nicht begründet werden<sup>7</sup>. 292

#### **bb) Der mitbestimmte Aufsichtsrat**

Aufsichtsratsmitglieder eines mitbestimmten Aufsichtsrats können entweder durch das Bestellungsorgan oder auf Antrag durch das Gericht abberufen werden. 293

**aaa)** Die Abberufung der **Anteilseignervertreter** richtet sich zwingend nach § 103 AktG, auf den § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 6 Abs. 2 MitbestG ver- 294

1 Dagegen: *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 103 Rdnr. 6.

2 Zweifelhaft; s. LG Frankfurt, AG 1987, 233.

3 A.A. OLG Düsseldorf, EWiR 1997, 145; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 47.

4 Zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern: BGH, DB 1981, 308.

5 *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 54; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 49; *Simon*, GmbHR 1999, 261.

6 So auch *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 54; zweifelnd: *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 49; auch *Simon*, GmbHR 1999, 257, 261.

7 Eb. *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 51; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 7; a.A. *Heyder*, in: *Michalski*, Rdnr. 151.

weisen. Indessen bestehen keine Bedenken bei der GmbH, anders als bei der AG, den Gesellschaftern weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung zuzugestehen. Sie können die Abberufungsbefugnis einer Minderheit gewähren<sup>1</sup> oder die Abberufung vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig machen<sup>2</sup>.

- 295 **bbb)** Nicht vorgesehen ist die Abberufung der **Arbeitnehmervertreter** durch die Gesellschafterversammlung. Ist der Aufsichtsrat nach DrittelbG zusammengesetzt, so gibt es nur zwei Möglichkeiten der Abberufung. § 1 Abs. Satz 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. § 103 Abs. 3 Satz 1 AktG sieht die Abberufung durch Gericht bei wichtigem Grund vor. Wichtiger Grund ist etwa der Aufruf eines Arbeitnehmervertreters zum Streik, dessen Planung und Organisation<sup>3</sup>; denn als Mitglied des Aufsichtsrats muss sich der Arbeitnehmervertreter zurückhalten. Möglich ist auch die Abberufung auf Antrag eines Betriebsrats oder von mindestens einem Fünftel der Wahlberechtigten durch Beschluss der wahlberechtigten Arbeitnehmer, § 12 DrittelbG<sup>4</sup>. Antragsberechtigt ist auch der Gesamtbetriebsrat. Zur Abberufung erforderlich ist eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen, § 12 Abs. 1 Satz 2 DrittelbG. Eines wichtigen Grundes bedarf es hierzu nicht.
- 296 Eine Abberufung durch die Gesellschafterversammlung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Doch kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Arbeitsverhältnis **gekündigt** werden, womit bei einem Arbeitnehmervertreter zugleich nachträglich eine Wählbarkeitsvoraussetzung entfallen und er damit sein Amt verlieren kann (s. Rdnr. 288).
- 297 Ist der **Aufsichtsrat nach MitbestG** zu bilden, so enthält § 23 MitbestG ein gesondertes Abberufungsverfahren für die Arbeitnehmervertreter. Die Anforderungen für die Antragsberechtigung gehen weit über die Anforderungen für die Abberufung der Arbeitnehmervertreter nach DrittelbG hinaus, § 23 Abs. 1 Satz 2 MitbestG. Verlangt wird auch hier eine Dreiviertelmehrheit des zuständigen Wahlkörpers, § 22 Abs. 2 und 3 MitbestG.
- 298 **ccc)** Anders als beim fakultativen Aufsichtsrat (s. Rdnr. 292), findet beim mitbestimmten Aufsichtsrat sowohl für die Anteilseignervertreter als auch für die Arbeitnehmervertreter das **gerichtliche Abberufungsverfahren** aus wichtigem Grund gemäß § 103 Abs. 3 und 4 AktG Anwendung<sup>5</sup>. Der Abberufungsantrag bedarf eines Aufsichtsratsbeschlusses mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei dem betroffenen Mitglied kein Stimmrecht zukommt<sup>6</sup>. Zu-

1 A.A. für AG: *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 107 Rdnr. 14.

2 A.A. für die AG: *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 103 Rdnr. 15.

3 *Rudzik*, NZG 2004, 459.

4 Die Einzelheiten des Verfahrens sind in §§ 32 ff. Wahlordnung zum DrittelbG geregelt.

5 LG Frankfurt, NJW 1987, 505; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 27; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 265, 178.

6 *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 103 Rdnr. 30; *Raiser*, § 6 MitbestG Rdnr. 36; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 70; a.A.: *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 103 Rdnr. 49; s. auch entsprechend *Karsten Schmidt* bei § 47 Rdnr. 141.

ständig ist das Amtsgericht im FG-Verfahren (§§ 145 Abs. 1 FGG, 14 AktG, 17 Nr. 2a RpfVG)<sup>1</sup>.

Das gerichtliche Abberufungsverfahren hat jedoch eine andere Funktion als ursprünglich bei der Aktiengesellschaft. Aus der Entstehungsgeschichte des § 103 Abs. 3 AktG<sup>2</sup> wurde abgeleitet, dass der Begriff des wichtigen Grundes in der Person des Aufsichtsratsmitglieds **eng zu fassen** sei<sup>3</sup>. § 103 Abs. 3 AktG war im Blick auf die nur im zeitlichen Abstand tagende Hauptversammlung als ultima ratio zur Lückenfüllung im Abberufungsverfahren hinsichtlich untragbar gewordener Aufsichtsratsmitglieder entstanden. Bei der GmbH ist es demgegenüber in aller Regel nicht schwierig, die Gesellschafterversammlung zusammenzuführen. Sie ist jedoch bei der mitbestimmten Gesellschaft u.U. nicht zuständig. Auf der anderen Seite hat das Wahlorgan der Arbeitnehmervertreter kein Abberufungsrecht im Verhältnis zu den Anteilseignervertretern. Diese Lücke schließt das gerichtliche Abberufungsverfahren, wobei jedoch nur der Aufsichtsrat selbst antragsbefugt ist. Während jedoch bei der Aktiengesellschaft nur die zeitliche Lücke bis zur nächsten Hauptversammlung zu schließen war, geht es hier um die gesamte restliche Amtszeit. Die Anforderungen an den „wichtigen Grund“ dürfen aus diesem Grund nicht überzogen werden. Nicht erforderlich ist ein „krasses gesellschaftswidriges Verhalten“<sup>4</sup>. Ausreichend ist vielmehr jeder Umstand, der es für die Gesellschaft unzumutbar macht, dass dieses Mitglied weiterhin im Aufsichtsrat verbleibt und damit die Funktionserfüllung des Organs Aufsichtsrat erheblich gefährdet. Als wichtiger Grund anzusehen sind demnach etwa herabsetzende Äußerungen über die Geschäftsführer der Gesellschaft und heimliche Briefe an Behörden<sup>5</sup>, die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht<sup>6</sup>, schwere Loyalitätskonflikte in der Person des Aufsichtsratsmitglieds<sup>7</sup>, die unzulässige Kontaktaufnahme eines Aufsichtsratsmitglieds mit Geschäftspartnern der Gesellschaft<sup>8</sup>. Nicht erforderlich ist es, dass bereits Schaden eingetreten ist; auch ist Verschulden nicht Voraussetzung<sup>9</sup>, aber mitzubewerten<sup>10</sup>. Bloße Interessengegensätze, die im Aufsichtsrat aufeinanderstoßen, sind grundsätzlich innerhalb des Organs

1 OLG Köln, WM 1989, 104 = DB 1988, 2628 (Beschwerde gegen Abberufung).  
2 Eckardt, NJW 1967, 1010 und Hofmann, BB 1973, 1081 jeweils m.w.N.  
3 BGHZ 39, 116, 123; Eckardt, NJW 1967, 1010; Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 103 Rdnr. 32; a.A.: Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 6 MitbestG Rdnr. 71.  
4 So aber: BGHZ 39, 116, 123; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 204.  
5 Vgl. LG Frankfurt, NJW 1987, 505.  
6 AG München, WM 1986, 974 = WuB II A. § 103 Abs. 3 AktG 1.86 (Werner): fahrlässige Verhaltensweise begründet nur bei wiederholtem Verstoß die Abberufung; OLG Stuttgart, AG 2007, 218.  
7 Hans. OLG Hamburg, WM 1990, 311 (Jansen) = EWiR § 103 AktG 1/90, 115 (Hirte): Minister, der aktiver Kernkraftgegner ist, im Aufsichtsrat eines Energieversorgungsunternehmens, das sich entschieden hat, den Großteil der Energie aus Kernkraft zu gewinnen; s. auch Decher, ZIP 1990, 277; Dreher, JZ 1990, 896.  
8 OLG Zweibrücken, WM 1990, 1388 = WuB II A. § 103 AktG 3.90 (Peterhoff).  
9 Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 103 Rdnr. 33; Werner, WuB II A. § 103 Abs. 3 AktG 1.86.  
10 AG München, WM 1986, 974; Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 103 Rdnr. 35.

auszutragen und berechtigen nicht zu einem Vorgehen nach § 103 Abs. 3 und 4 AktG<sup>1</sup>.

### c) Amtsniederlegung

- 300 Fehlt es an einer besonderen Regelung in der Satzung, so ist ebenso wie für den Geschäftsführer auch für das Aufsichtsratsmitglied streitig, ob es jederzeit ohne Angabe von Gründen sein Amt niederlegen kann (Amtsniederlegung, Rücktritt)<sup>2</sup> oder ob als Voraussetzung hierfür ein wichtiger Grund vorliegen muss<sup>3</sup>.
- 301 Für den **Geschäftsführer** hat die höchstrichterliche Rechtsprechung entschieden, die Amtsniederlegung sei auch dann sofort wirksam, wenn sie nicht auf einen angeblich wichtigen Grund gestützt ist<sup>4</sup>. Für das **Aufsichtsratsmitglied** ist die Lage entsprechend. Es kann **jederzeit**, auch wenn **kein wichtiger Grund** vorliegt, sein Amt niederlegen<sup>5</sup>. Ebenso wie die Gesellschafter jederzeit ein Aufsichtsratsmitglied eines fakultativen Aufsichtsrats abberufen können, steht es im Ermessen des Aufsichtsratsmitglieds, ob es weiterhin meint, dass die notwendige Vertrauensbasis für die Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben besteht. Zugleich ist damit der Tatsache Rechnung getragen, dass das Aufsichtsratsamt als Nebenamt ausgestaltet ist. Das Aufsichtsratsmitglied behält durch die Möglichkeit jederzeitiger Amtsniederlegung die Freiheit, darüber zu entscheiden, ob ihm die Haupttätigkeit noch erlaubt, die Nebentätigkeit verantwortungsvoll auszuüben. Im Übrigen gelten die Erwägungen für die Amtsniederlegung des Geschäftsführers entsprechend. Es wäre für die Beteiligten und den allgemeinen Rechtsverkehr unerträglich, wenn nach einer Amtsniederlegung über lange Zeit offen und streitig bliebe, ob ein wichtiger Grund vorlag und daher die Amtsniederlegung sofort wirksam war. Vor diesem Hintergrund macht es auch keinen Unterschied, ob es sich um einen fakultativen Aufsichtsrat oder um einen obligatorischen Aufsichtsrat, ob es sich um einen Anteilseignervertreter oder um einen Arbeitnehmervertreter handelt.
- 302 In der **Satzung** kann freilich vorgesehen werden, dass die Amtsniederlegung nur aus wichtigem Grund oder bei Vorliegen im Einzelnen aufgezählter Umstände und unter Einhaltung einer Frist erfolgen kann.

1 Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 103 Rdnr. 32.

2 So: Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 59; Heyder, in: Michalski, Rdnr. 166; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 27 (ggf. Schadensersatzpflicht); Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 32; Hüffer, AktG, § 103 Rdnr. 17; Potthoff/Trescher/Theisen, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 1007; Singhof, AG 1998, 318, 321; Wardenbach, AG 1999, 74; zum Ganzen: Link, Amtsniederlegung durch Gesellschaftsorgane, 2003; Uwe H. Schneider/Nietsch, in: FS Westermann, 2008, S. 1447.

3 So: Schilling, in: FS R. Fischer, 1979, S. 691; differenzierend: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 52: bei Bestellung auf bestimmte Zeit nur aus wichtigem Grund; ebenso Hofbauer, Die Kompetenzen des (GmbH-)Beirats, 1996, S. 206.

4 BGH, BB 1993, 675 mit Anm. Bauder, BB 1993, 1749; s. bei § 38 Rdnr. 85 ff.

5 Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 8; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 52.

Die **Erklärung der Amtsniederlegung** durch Anteilseignervertreter erfolgt gegenüber dem Bestellungsorgan, also gegenüber den Gesellschaftern<sup>1</sup>. Passiv vertretungsbefugt ist jeder Gesellschafter<sup>2</sup>. Die Erklärung wird mit dem Zugang gegenüber einem Gesellschafter wirksam. Im Interesse der Einheitlichkeit sollte dies auch für eine Erklärung durch einen Arbeitnehmersvertreter gelten, der nicht durch die Gesellschafter bestellt wurde (s. Rdnr. 235, 239). Auch eine Erklärung gegenüber einem einzelnen Geschäftsführer sollte genügen. Dagegen reicht eine Erklärung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden nicht aus<sup>3</sup>, es sei denn, dies ist in der Satzung vorgesehen<sup>4</sup>. Eine besondere **Form** ist nicht erforderlich. Mündliche Erklärung genügt<sup>5</sup>, Schriftform kann aber in der Satzung vorgesehen werden<sup>6</sup>. 303

Ein Aufsichtsratsmitglied, das die Amtsniederlegung erklärt, ohne dass ein wichtiger Grund gegeben ist, macht sich nicht allein schon deshalb schadensersatzpflichtig. Dem widerspricht die Überlegung, dass Aufsichtsratsmitglieder eine Nebentätigkeit übernehmen und in ihrer Entscheidung frei bleiben sollen, ob sie die sich daraus ergebenden Organpflichten auch erfüllen können. Eine **Schadensersatzpflicht**, etwa der Wahlkosten, entsteht nur, wenn das Amt zur Unzeit aufgegeben wird, etwa um durch einen „Massenrücktritt“ eine bestimmte Entscheidung der Gesellschaft zu erzwingen<sup>7</sup>. 304

Ausnahmsweise besteht eine **Pflicht zur Amtsniederlegung**<sup>8</sup>. Voraussetzung ist eine dauerhafte schwerwiegende Interessenkollision, die eine verantwortliche Wahrnehmung des Mandats ausschließt. Besteht eine solche Interessenkollision schon bei der Bestellung, so darf das Mitglied die Bestellung nicht annehmen<sup>9</sup>. Einzelkonflikte reichen nicht aus, wenn diese gelöst werden können, indem das Aufsichtsratsmitglied an der Sitzung oder Abstimmung nicht teilnimmt. 305

1 *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 60.

2 So BGH, *GmbHR* 2002, 26 = *NZG* 2002, 43 für Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer; dazu *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, *NZG* 2002, 45.

3 A.A. *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 52; *Oetker*, in: *ErfKomm.*, 7. Aufl. 2007, § 12 DrittelbG Rdnr. 11; *Ulmer/Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 12 DrittelbG Rdnr. 15; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 60.

4 LG Flensburg, *DB* 2004, 1254.

5 So auch für die Amtsniederlegung des Geschäftsführers: BGH, *BB* 1993, 676.

6 LG Flensburg, *DB* 2004, 1253.

7 Zustimmend: *Lutter/Krieger*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 4. Aufl., Rdnr. 27; *Singhof*, *AG* 1998, 327.

8 *Wardenbach*, *Interessenkonflikte und mangelnde Sachkunde als Bestellungshindernisse zum Aufsichtsrat der AG*, 1995, S. 62; *Wardenbach*, *AG* 1999, 76; differenzierend: *Singhof*, *AG* 1998, 318.

9 *Lutter*, in: *FS Beusch*, 1993, S. 519.

## VII. Der Vorsitzende im Aufsichtsrat

### 1. Wahl

- 306 a) § 52 verweist nicht auf § 107 AktG. Daher können beim **fakultativen Aufsichtsrat** nicht nur die Satzung<sup>1</sup> oder die Geschäftsordnung, sondern auch beim Fehlen solcher Regelungen der Aufsichtsrat selbst bestimmen, ob ein Vorsitzender und ein oder mehrere Stellvertreter gewählt werden sollen oder nicht. In der Satzung kann einem Gesellschafter der Vorsitz zugesprochen, es können persönliche Eigenschaften als Voraussetzung für die Wahl zum Aufsichtsratsvorsitzenden bestimmt werden, und es kann vorgesehen sein, dass die Gesellschafterversammlung den Vorsitzenden wählt. Wird von Regelungen in der Satzung oder der Geschäftsordnung abgesehen, können die Aufsichtsratsmitglieder einen von ihnen mit einfacher Mehrheit für die Dauer der Amtszeit des Aufsichtsrats zum Vorsitzenden wählen. Der Vorsitzende kann in der Folge, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, mit einfacher Mehrheit wieder abberufen werden. Verzichten die Aufsichtsratsmitglieder auf eine solche Wahl, so muss sichergestellt sein, dass dessen Aufgaben wahrgenommen werden.
- 307 b) Demgegenüber ist beim **Aufsichtsrat nach DrittelbG** § 107 AktG zwingend, § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 DrittelbG. Der Aufsichtsrat hat daher nach näherer Bestimmung der Satzung aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter zu wählen. Satzungsbestimmungen, die die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern zum Vorsitzenden oder zu einem Stellvertreter auf bestimmte Mitglieder oder eine bestimmte Gruppe von Mitgliedern beschränken, verletzen den Grundsatz der individuell gleichen Berechtigung und Verantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder<sup>2</sup>.
- 308 c) Der **Aufsichtsrat nach MitbestG** hat nach § 27 Abs. 1 MitbestG einen Vorsitzenden und einen Stellvertreter aus seiner Mitte mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder zu wählen<sup>3</sup>. § 27 Abs. 2 MitbestG sieht einen zweiten Wahlgang vor. Der Vorsitzende wird in diesem Wahlgang von den Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner, sein Stellvertreter von denen der Arbeitnehmer jeweils mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt.
- 309 Für den Aufsichtsrat nach MitbestG soll sich aus § 27 MitbestG ergeben, dass nur **ein Stellvertreter** gewählt werden könne<sup>4</sup>. Das lässt sich jedoch weder mit dem Wortlaut noch mit Sinn und Zweck der Vorschriften begründen. Mit §§ 27 ff. MitbestG ist lediglich nicht vereinbar, dass einem weiteren Stellver-

1 LG Mainz, GmbHR 1990, 513 (Springer/Kirch): Wählt nach der Satzung der Aufsichtsrat seinen Vorsitzenden, so können die Gesellschafter nur „bei Gefahr in Verzug“ den Vorsitzenden wählen.

2 BGHZ 83, 106, 112.

3 S. dazu Peus, Der Aufsichtsratsvorsitzende, 1983, S. 425.

4 Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 27 MitbestG Rdnr. 4, 5; Naendrup, in: GK-MitbestG, § 27 Rdnr. 9; Säcker, Aufsichtsratsausschüsse nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, 1979, S. 37.

treter durch die Satzung das Zweitstimmrecht eingeräumt wird, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende verhindert ist. § 29 MitbestG enthält eine vom Paritätsgedanken abweichende Sonderregelung, wonach dem Aufsichtsratsvorsitzenden persönlich ein Zweitstimmrecht gewährt ist. Dies lässt keine satzungsrechtliche Ausweitung zu<sup>1</sup>.

Dagegen stehen die §§ 27 ff. MitbestG Satzungsbestimmungen nicht entgegen, wenn weitere Stellvertreter bestellt werden, die einem **Aufsichtsratspräsidium** (s. Rdnr. 454) angehören und die bei Verhinderung des Vorsitzenden und des ersten Stellvertreters Aufgaben im Rahmen der inneren Ordnung des Aufsichtsrats übernehmen sollen<sup>2</sup>. Eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung ist jedoch nichtig, wenn sie die Wahl von deren Zugehörigkeit zur Gruppe der Anteilseigner oder der Arbeitnehmervertreter abhängig macht<sup>3</sup>. Auch hierüber hinaus sind Satzungsbestimmungen, wie etwa eine Änderung der Mehrheitserfordernisse, persönliche Qualifikationsmerkmale usw., unzulässig.

Die **Amtszeit** kann für den Vorsitzenden und den Stellvertreter wegen des besonderen Wahlverfahrens nach § 27 MitbestG nur einheitlich festgelegt werden<sup>4</sup>. Bei vorzeitigem Wegfall einer der beiden Personen hat zunächst eine Wahl nach § 27 Abs. 1 MitbestG stattzufinden; misslingt die Wahl, so wählt gemäß § 7 Abs. 2 MitbestG nur die für das wegfallende Amt wahlberechtigte Gruppe des Aufsichtsrats<sup>5</sup>.

Eine **Abberufung** des Vorsitzenden oder eines Stellvertreters ist nach denselben Regeln, die für die Wahl gelten, zulässig<sup>6</sup>.

**d)** Die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Gesamtheit der Aufsichtsratsmitglieder zum **Ehrenvorsitzenden** ist zulässig und unbedenklich. Er hat aber keine rechtlich herausgehobene Stellung. Dagegen ist die Wahl eines Dritten, der nicht dem Aufsichtsrat angehört, problematisch, weil einem Dritten kein Stimmrecht zugewiesen werden kann und bei einem mitbestimmten Aufsichtsrat Dritte in der Regel nicht an Sitzungen des Aufsichtsrats teilnehmen

1 BGHZ 83, 106, 111; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 27 MitbestG Rdnr. 20; *Martens*, DB 1980, 1386; *Schaub*, ZGR 1977, 296; *Wank*, AG 1980, 151; weitergehend: *H. P. Westermann*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 845; *Canaris*, DB 1981, Beilage Nr. 14, S. 12.

2 *H. P. Westermann*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 835; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 27 MitbestG Rdnr. 18 f.; *Raiser*, § 27 MitbestG Rdnr. 7; *Martens*, DB 1980, 1385; *Wank*, AG 1980, 150; *Canaris*, DB 1981, Beilage 14, S. 11 ff.; *Raiser*, NJW 1981, 2167: nur als Mitglied des Aufsichtsratspräsidiums.

3 BGHZ 83, 106, 113.

4 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 27 MitbestG Rdnr. 15; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 27 MitbestG Rdnr. 21; *H. P. Westermann*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 850; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 27 MitbestG Rdnr. 10.

5 *Meyer-Landrut*, DB 1978, 444; *Philipp*, ZGR 1978, 69.

6 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 27 MitbestG Rdnr. 13; *Philipp*, ZGR 1978, 70, 72; a.A.: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 27 MitbestG Rdnr. 23, 24; *Meyer-Landrut*, DB 1978, 443: einfache Mehrheit der jeweiligen Gruppe; *Reuter*, AcP 179 (1979), 531: 1/3 der Mitglieder.

sollen, § 109 Abs. 1 AktG<sup>1</sup>. Unbedenklich wäre daher nur eine Bestellung zum Ehrenvorsitzenden ohne jede Rechte und Pflichten<sup>2</sup>. Zuständig ist die Gesellschafterversammlung. Hat die GmbH dagegen einen fakultativen Aufsichtsrat, so sind die Gesellschafter frei, durch die Satzung oder einen entsprechenden Beschluss auch einen Ehrenvorsitzenden des Aufsichtsrats mit dem Recht auf Teilnahme, Information sowie Vergütung zu bestellen<sup>3</sup>. Der Ehrenvorsitzende hat Anspruch auf Erstattung seiner **Auslagen**, auf **Vergütung** jedoch nur, wenn das Bestellungsorgan hierzu Beschluss gefasst hat.

## 2. Aufgaben

- 314 Der Aufsichtsratsvorsitzende ist Mitglied des Gremiums „Aufsichtsrat“ und nicht selbst Organ der Gesellschaft. Gleichwohl hat er eine herausgehobene Stellung<sup>4</sup>. Ihm sind teils durch Gesetz ausdrücklich besondere Aufgaben und Befugnisse zugewiesen, teils ergeben sich seine Aufgaben aus seiner **Verantwortung für die innere Ordnung des Aufsichtsrats**<sup>5</sup>. Seine hervorgehobene Stellung erhält der Aufsichtsratsvorsitzende allerdings durch seinen **faktischen Einfluss**, insbesondere durch den engen Kontakt mit den Geschäftsführern<sup>6</sup>.
- 315 a) Zu den besonderen **gesetzlichen Aufgaben** gehören die folgenden: Nach § 110 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, auf den auch § 52 verweist, hat der Aufsichtsratsvorsitzende den Aufsichtsrat einzuberufen. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 MitbestG nennen ferner § 107 Abs. 2 Satz 1 und § 109 Abs. 2 AktG. Nach § 107 Abs. 2 Satz 1 AktG hat der Aufsichtsratsvorsitzende die Niederschriften über die Aufsichtsratssitzungen zu unterzeichnen. Nach § 109 Abs. 2 AktG bestimmt der Aufsichtsratsvorsitzende, ob Aufsichtsratsmitglieder von Sitzungen der Ausschüsse, denen sie nicht angehören, auszuschließen sind. § 25 MitbestG verweist zudem auf § 90 Abs. 1 AktG. Hiernach gehen an den Vorsitzenden die aus wichtigem Anlass erstellten Berichte der Geschäftsführer. Auffällig ist, dass § 90 Abs. 5 Satz 3 AktG weder in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG noch in § 25 MitbestG genannt ist.
- 316 b) Dem Aufsichtsratsvorsitzenden obliegt die **Sitzungsvorbereitung und die Sitzungsleitung**. Er hat die Sitzungstermine zu bestimmen, die Tagesordnung aufzustellen, die erforderlichen Informationen und Unterlagen zu beschaffen, Sachverständige zu laden. Er hat auf die Anfertigung eines Sitzungsprotokolls<sup>7</sup>

1 Gegen Zulässigkeit: v. Braunbehrens, BB 1981, 2100; Lutter, ZIP 1984, 651; s. aber auch Jüngst, BB 1984, 1583; zur rechtstatsächlichen Bedeutung: Schiffels, Der Aufsichtsrat als Instrument der Unternehmenskooperation, 1981, S. 150.

2 Semler, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 191.

3 Lutter, ZIP 1984, 654; Hennerkes/Schiffer, DB 1992, 875; s. auch Rdnr. 229.

4 Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 33: keine autonomen Befugnisse; ferner: Servatius, AG 1995, 223.

5 S. auch Semler, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 181.

6 S. dazu: Siehler, WPg Sonderheft 2001, 11 zur Lage bei großen Aktiengesellschaften.

7 Zum Besitz und zur Beschlagnahme der Aufsichtsratsprotokolle: BVerfG, NJW 1987, 770; LG Frankfurt, NJW 1987, 787; Peus, ZGR 1987, 545; s. auch Rdnr. 441.



hinzuwirken und es zu unterzeichnen, mag auch § 107 AktG in § 52 nicht genannt sein. Er entscheidet über den Sitzungsablauf und den Zeitpunkt der Beschlussfassung, soweit nicht die Mehrheit der anwesenden Aufsichtsratsmitglieder einen gegenteiligen Beschluss fasst. Zur Vertagung s. Rdnr. 400.

c) Der Aufsichtsratsvorsitzende hat die Beschlüsse des Aufsichtsrats dem Adressaten, also entweder der Gesellschafterversammlung oder den Geschäftsführern **mitzuteilen** und die Ausführung der Beschlüsse zu **überwachen**. Gesellschaftsinterne Erklärungen, die gegenüber dem Aufsichtsrat abzugeben sind, werden mit der Erklärung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden wirksam. 317

d) Soweit ausnahmsweise der Aufsichtsrat für die Gesellschaft **vertretungsbe-rechtigt** ist (s. Rdnr. 173), ist nur der Gesamtaufichtsrat zu Erklärungen befugt. Der Aufsichtsratsvorsitzende hat keine organschaftliche Vertretungsbefugnis<sup>1</sup>. Der Aufsichtsratsvorsitzende kann jedoch durch den Aufsichtsrat zu Erklärungen ermächtigt werden. 318

Erklärungen Dritter, die gegenüber dem Aufsichtsrat abzugeben sind, können gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden abgegeben werden. Andere Aufsichtsratsmitglieder sind nur dann passiv vertretungsberechtigt, wenn sie der Aufsichtsrat oder der Aufsichtsratsvorsitzende bevollmächtigt hat<sup>2</sup>. 319

## VIII. Fremdnützige organschaftliche Rechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds

### 1. Die Organbefugnisse

a) Die Organaufgaben innerhalb der gesellschaftsinternen Zuständigkeitsordnung obliegen **dem Aufsichtsrat** und nicht dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied (s. Rdnr. 80). Hat der Aufsichtsrat mehrere Mitglieder, so kann das einzelne Mitglied daher in der Regel nur innerhalb des Kollegiums handeln. Wird es bei der Beschlussfassung überstimmt, so hat es sich der Mehrheit zu beugen. 320

b) Auch **dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied** sind jedoch eine Reihe von **Organbefugnissen** zugeordnet. Aus der Formulierung des Gesetzes könnte man schließen, dass es sich dabei um subjektive Rechte handelt<sup>3</sup>. Als subjektive Rechte erwirbt das Aufsichtsratsmitglied jedoch nur die Ansprüche, die seine persönlichen Rechtsverhältnisse und damit seine eigenen Interessen betreffen (s. Rdnr. 352). Die Befugnisse zur Wahrnehmung und Sicherung seiner Aufgaben sind dem Aufsichtsratsmitglied dagegen nicht im eigenen Interesse, son- 321

1 BGHZ 41, 285; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 107 Rdnr. 47; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 22.

2 BayObLG, BB 1968, 727; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 107 Rdnr. 54; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 22; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 47: nur Aufsichtsratsvorsitzender; a.A.: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 27 MitbestG Rdnr. 23.

3 So im Blick auf den Wortlaut von § 90 AktG: *H. Westermann*, in: FS Bötticher, 1969, S. 369.

dem zur Wahrnehmung seiner Pflichten allein im Gesellschaftsinteresse, also zur Wahrnehmung fremder Interessen, zugeordnet. Sie sind zur persönlichen Ausübung übertragen und daher nicht übertragbar und nicht durch das Aufsichtsratsmitglied verzichtbar. Nur wenn man diese Fremdnützigkeit im Blick behält, lässt sich von eigenständigen „Organrechten“ sprechen<sup>1</sup>.

- 322 Daher gibt es auch keinen Minderheitenschutz im Aufsichtsrat, weil alle Aufsichtsratsmitglieder in gleicher Weise auf das Gesellschaftsinteresse festgelegt sind, sondern nur **Einzel- und Minderheitsbefugnisse**, weil zweifelhaft sein kann, in welcher Weise das Gesellschaftsinteresse im Einzelfall am besten gefördert wird. Aus demselben Grund bestehen die Organbefugnisse nur **für die Zeit der Zugehörigkeit** zum Aufsichtsrat. So entfällt das „Recht“ eines Aufsichtsratsmitglieds, von den Berichten Kenntnis zu nehmen, § 90 Abs. 5 Satz 1 AktG, mit seinem Ausscheiden aus der Organstellung. Zur Klagbarkeit s. Rdnr. 552.

## 2. Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit

- 323 Das Amt des Aufsichtsratsmitglieds ist höchstpersönlich. Die Aufsichtsratsmitglieder können ihre Aufgaben nicht durch Dritte wahrnehmen lassen, § 52 i.V.m. § 111 Abs. 5 AktG. Das bedeutet einerseits, dass ein Aufsichtsratsmitglied nicht einen Dritten zu seinem Vertreter zur Wahrnehmung seiner Aufgaben in der Aufsichtsratssitzung bestellen kann (**Vertretungsverbot**)<sup>2</sup>. Es bedeutet andererseits, dass das Aufsichtsratsmitglied seine Aufgaben persönlich zu erfüllen hat und sie nicht „Sachverständigen“ übertragen darf (**Delegationsverbot**)<sup>3</sup>.
- 324 Das schließt jedoch weder eine **Zuweisung von einzelnen Aufgaben an Ausschüsse** des Aufsichtsrats noch eine **Einbeziehung Dritter** in die technische Vorbereitung, in die Beratung und in die Durchführung von Beschlüssen des Aufsichtsrats aus. Dabei darf es sich aber nur um eine untergeordnete Hilfstätigkeit handeln, die die eigene Entscheidung des Aufsichtsratsmitglieds nicht ersetzt. Aber auch in diesen Fällen scheidet eine Einschaltung von Mitarbeitern ausnahmsweise dann generell aus, wenn der Aufsichtsrat oder auch die Geschäftsführung auf die besondere Vertraulichkeit bestimmter Unterlagen hinweist<sup>4</sup>. Zulässig ist es auch, in der Satzung für einen fakultativen Aufsichtsrat vorzusehen, dass Dritte an der Sitzung für ein verhindertes Aufsichtsratsmitglied teilnehmen. Sie haben jedoch dann im Zweifel kein Stimmrecht.

1 *Lewerenz*, Leistungsklagen zwischen Organen und Organmitgliedern der Aktiengesellschaft, 1977, S. 58; *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 294; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 89; krit.: *Häsemeyer*, ZHR 144 (1980), 265; *Teichmann*, in: FS Mühl, 1981, S. 663, 667.

2 OLG Hamburg, DB 1986, 1381; *Lutter*, in: FS Duden, 1977, S. 272; *Hommelhoff*, ZGR 1983, 554; zur Bestellung von rechtsgeschäftlichen Vertretern für die Gesellschaft, soweit der Aufsichtsrat die Gesellschaft organschaftlich vertritt, s. Rdnr. 180.

3 S. BGHZ 85, 293 (Hertie).

4 Vgl. *Lutter*, DB 1995, 257 ff.; vgl. auch Rdnr. 495.

Auch ist in § 52 nicht auf § 101 Abs. 3 AktG verwiesen, weshalb beim fakultativen Aufsichtsrat, anders als beim obligatorischen Aufsichtsrat, die Wahl von **Stellvertretern** zulässig ist<sup>1</sup>. 325

Dagegen sieht § 101 Abs. 3 Satz 2 AktG ausdrücklich die Zulässigkeit der Wahl von **Ersatzmitgliedern** vor. Eine solche gleichzeitig mit der Bestellung eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds vorgenommene Bestellung von Ersatzmitgliedern ist sowohl für die Gesellschaftervertreter wie für die Arbeitnehmervertreter zulässig<sup>2</sup>. 326

### 3. Der Grundsatz der Unabhängigkeit

Der Aufsichtsrat ist **organisatorisch unabhängig**. Das bedeutet erstens, dass die Gesellschafter dem Aufsichtsrat keine Weisung erteilen können, und zweitens, dass die Aufsichtsratsmitglieder kein gebundenes Mandat haben. Sie unterliegen weder einer gesteigerten Treuepflicht gegenüber dem Bestellorgan noch organisationsrechtlichen Weisungen<sup>3</sup>. 327

Auch die Aufsichtsratsmitglieder, die mit den Stimmen der **öffentlichen Hand**, des **Bundes**, eines **Bundeslandes** oder einer **Kommune** gewählt oder von ihr entsandt werden, sind ohne Unterschied zu den anderen Aufsichtsratsmitgliedern nur den Gesellschaftsinteressen verpflichtet<sup>4</sup>. § 65 Abs. 6 BHO, in dem es heißt, der zuständige Minister solle darauf hinwirken, dass die auf Veranlassung des Bundes gewählten oder entsandten Mitglieder der Aufsichtsorgane bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes zu berücksichtigen haben, schafft nur verwaltungsinternes Recht. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied bleibt freilich im Rahmen des unternehmerischen Ermessens gehalten, auch die Interessen der Anhaltseigner und damit der öffentlichen Hand mit zu berücksichtigen<sup>5</sup>. 328

Streitig ist, ob sich ein Aufsichtsratsmitglied Dritten gegenüber **schuldrechtlich binden** kann, im Rahmen des unternehmerischen Ermessens Weisungen zu folgen<sup>6</sup>, ob Stimmbindungsverträge geschlossen und eine Pflicht zur Amtsnie-

1 Eb. *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 45; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, Rdnr. 12.

2 Einzelheiten bei Rdnr. 237.

3 Vgl. § 4 Abs. 3 Satz 3 MontanMitbestG; für MitbestG 1976: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 78; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 78; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 121; *Uwe H. Schneider*, ZGR 1977, 339; a.A. für Arbeitnehmervertreter: *Mayer*, BlStSozArbR 1976, 175; für satzungsmäßige Abdingbarkeit: *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 7, 16.

4 BGHZ 36, 296, 306; BGHZ 69, 334, 339: Vorrang des Gesellschaftsrechts; *Püttner*, DVBl. 1986, 751; *Säcker*, in: FS *Rebmann*, 1989, S. 781; *Schwintowski*, NJW 1990, 1009, 1013; *Schwintowski*, NJW 1995, 1316; *Keßler*, GmbHR 2000, 76.

5 *Lutter/Grunewald*, WM 1984, 385, 395; *Zeichner*, AG 1985, 61 jeweils m.w.N. zum Stand der Diskussion.

6 S. dazu *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 100; *Uwe H. Schneider*, ZGR 1977, 340; dagegen die h.M.: *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 145; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 78; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 79; *Raiser*, ZGR 1978, 399; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 692.

derlegung begründet werden können<sup>1</sup>. Die h.M. lehnt dies ab, weil hierdurch die Weisungsfreiheit des Aufsichtsratsmitglieds unterlaufen werde.

#### 4. Der Grundsatz der Gleichbehandlung

- 330 Die Aufsichtsratsmitglieder haben als Organmitglieder alle dieselbe Stellung, dieselben Aufgaben, dieselben Rechte, Befugnisse und Pflichten. Von diesem **Grundsatz der individuellen Gleichbehandlung** gehen insbesondere die Mitbestimmungsregelungen aus<sup>2</sup>. Der Anteilseignervertreter und die Arbeitnehmervertreter im mitbestimmten Aufsichtsrat haben weder als Gruppe noch als Einzelmitglied spezifische Belange der sie entsendenden Gruppe zu vertreten und aus diesem Grund etwa besondere Rechte und Pflichten<sup>3</sup>. Die Bezeichnung „Anteilseignervertreter“, „Gesellschaftervertreter“ oder „Arbeitnehmervertreter“ betrifft nur den Bestellungsverfahren und die damit verbundenen Erwartungen.
- 331 Unzulässig ist beim **obligatorischen Aufsichtsrat** jede satzungsmäßige unterschiedliche Behandlung von Aufsichtsratsmitgliedern. So dürfen für die Abberufung einzelner Mitglieder oder Gruppen von Aufsichtsratsmitgliedern nicht unterschiedliche Mehrheiten vorgesehen werden<sup>4</sup>. Eine Diskriminierung der Arbeitnehmervertreter oder der Anteilseignervertreter ist unzulässig. Der Grundsatz der **Gruppengleichbehandlung** ist zwar nicht lückenlos durchgeführt<sup>5</sup>. Er gilt aber für Satzungsbestimmungen, soweit nicht §§ 27 Abs. 2, 29 Abs. 2, 31 Abs. 4, 5 und 32 MitbestG ausnahmsweise eine Differenzierung in der Behandlung der Gruppe vorsehen. Fehlerhaft ist eine Abstimmung über die Besetzung eines Ausschusses, wenn dabei den Arbeitnehmervertretern oder den Anteilseignervertretern allein aufgrund ihres Bestellungsverfahrens die Eignung abgesprochen wird<sup>6</sup>.
- 332 Beim **fakultativen Aufsichtsrat** erlaubt demgegenüber die Gestaltungsfreiheit für die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder unterschiedliche Verfahren und Mehrheiten. Ob einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern weitergehende Befugnisse, etwa Mehrstimmrechte, ein zwingendes Anwesenheitsrecht bei Sitzungen der Ausschüsse usw. zugewiesen werden können, ist zwar nicht gerichtlich geklärt, aber anzunehmen.

1 *Tank*, AG 1977, 39.

2 § 4 Abs. 3 MontanMitbestG sowie für DrittelbG: BGHZ 64, 325, 330; BGH, DB 1993, 1609 = WM 1993, 1330; OLG Hamburg, AG 1984, 249; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 38; für MitbestG: BGHZ 83, 151, 154; BGHZ 144, 147; OLG Frankfurt, BB 1988, 364; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 76; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 119; allgemein: *Säcker*, ZHR 148 (1984), 151, 180; s. auch Rdnr. 452.

3 BVerfGE 50, 290; BGHZ 64, 325, 330; BGHZ 83, 144, 147; a.A.: LG Darmstadt, AG 1987, 218, 219.

4 BGH, WM 1987, 1070; BGH, WM 1988, 377.

5 Dazu: *Rittner*, DB 1980, 2493, 2502 und *Raiser*, NJW 1980, 209, 211.

6 OLG Hamburg, AG 1984, 248.

## 5. Einzelne Befugnisse

Damit das einzelne Aufsichtsratsmitglied seine Aufgaben im Rahmen der Aufsichtsratsarbeit wahrnehmen kann, ist es am Informations-, Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Aufsichtsrats zu beteiligen. Darüber hinaus sind den einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats einige wenige Befugnisse gegenüber den anderen Gesellschaftsorganen zugewiesen. Hinzu kommen Befugnisse zur Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung oder sonstiger gerichtlicher Maßnahmen<sup>1</sup>. 333

### a) Teilnahmerecht

Um an der Aufsichtsratsarbeit mitwirken zu können, hat das Aufsichtsratsmitglied ein **Recht zur Teilnahme an allen Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse**, § 109 Abs. 1 und 2 AktG. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats kann jedoch bestimmen, dass Aufsichtsratsmitglieder, die dem Ausschuss nicht angehören, von Ausschusssitzungen ausgeschlossen sind, § 109 Abs. 2 Halbsatz 2 AktG. Die Entscheidung des Aufsichtsratsvorsitzenden kann vom Plenum nicht abgeändert werden<sup>2</sup>. Das gilt auch für den fakultativen Aufsichtsrat, obgleich § 109 AktG in § 52 nicht genannt ist. 334

Eine **Interessenkollision** rechtfertigt allein nicht, ein Aufsichtsratsmitglied von einer Sitzung auszuschließen. Da auch während des Arbeitskampfes das Aufsichtsratsmandat nicht ruht, sind die Arbeitnehmervertreter berechtigt und verpflichtet, auch in diesem Zeitraum an den Sitzungen des Aufsichtsrats teilzunehmen<sup>3</sup>. Selbst wenn ausnahmsweise ein Aufsichtsratsmitglied vom Stimmrecht ausgeschlossen ist (s. Rdnr. 413), entfällt damit nicht notwendig auch das Teilnahmerecht an der Aufsichtsratssitzung<sup>4</sup>. Nur wenn zu befürchten ist, dass durch die weitere Teilnahme des Aufsichtsratsmitglieds eine unabhängige Willensbildung im Aufsichtsrat nicht mehr gewährleistet ist, kann in Ausnahmefällen durch den Aufsichtsratsvorsitzenden ein Aufsichtsratsmitglied auch von der Teilnahme an der Beratung des Gremiums ausgeschlossen werden. Gerechtfertigt ist dies etwa, wenn der Aufsichtsrat über den Abschluss eines Rechtsgeschäfts eines Aufsichtsratsmitglieds mit der Gesellschaft beschließt<sup>5</sup>. 335

1 S. auch die Zusammenstellung bei *Säcker*, NJW 1979, 1521 und *Kort*, AG 1987, 193.

2 Str.; *Semler*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 127; *Semler*, AG 1988, 65; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 109 Rdnr. 20; a.A. *Peus*, *Der Aufsichtsratsvorsitzende*, 1983, S. 54; *Rellermeyer*, *Aufsichtsratsausschüsse*, 1986, S. 231.

3 S. auch *Seiter*, in: *FS G. Müller*, 1981, S. 589, 600.

4 A.A.: *Kastner*, in: *FS Strasser*, 1983, S. 843, 851; wie hier aber: *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 109 Rdnr. 8; grundsätzlich kein Ausschluss: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 *MitbestG* Rdnr. 19.

5 A.A.: *Matthießen*, *Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat*, 1989, S. 348 ff.; *Behr*, AG 1984, 283; *Dreher*, JZ 1990, 896, 901; wie hier: *Fleck*, in: *FS Heinsius*, 1991, S. 95.

**b) Stimmrecht**

336 S. Rdnr. 413 ff.

**c) Einberufung des Aufsichtsrats**

337 Ein Aufsichtsratsmitglied kann zwar nicht selbst den Aufsichtsrat einberufen, wohl aber kann es vom Vorsitzenden die Einberufung des Aufsichtsrats verlangen, § 110 Abs. 1 und 2 AktG. Nur wenn dem Verlangen binnen zwei Wochen nicht entsprochen wird, kann das Aufsichtsratsmitglied unter Mitteilung des Sachverhalts und der Tagesordnung selbst den Aufsichtsrat einberufen. Das schließt mit ein, dass auf Verlangen eines Aufsichtsratsmitglieds ein bestimmter Tagesordnungspunkt in die Tagesordnung aufgenommen wird.

**d) Informationsrecht**

338 **aa)** Das Aktiengesetz hat das Informationsrecht des Aufsichtsratsmitglieds ausdrücklich als eigenes mit Klage durchsetzbares Recht anerkannt<sup>1</sup>. § 52 verweist insoweit auf § 90 Abs. 3 und Abs. 5 Satz 1 und 2 AktG. Zu unterscheiden ist im Blick hierauf zwischen dem Informationsrecht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds im Verhältnis zum Aufsichtsrat (**organinternes Informationsrecht**) und dem Informationsrecht im Verhältnis zu den Geschäftsführern (**organübergreifendes Informationsrecht**). Kein Informationsrecht besteht gegenüber den Gesellschaftern.

339 **bb)** Nach § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG kann ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied jederzeit einen **Bericht der Geschäftsführer** gemäß § 90 Abs. 3 Satz 1 AktG, jedoch nur an den Aufsichtsrat verlangen. Die frühere Regelung in § 90 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 AktG, nach der ein Aufsichtsratsmitglied bei Ablehnung seines Verlangens durch die Geschäftsführer der Unterstützung durch ein weiteres Mitglied des Aufsichtsrats bedurfte, wurde durch das TransPuG<sup>2</sup> gestrichen.

340 Nach § 90 Abs. 5 AktG hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, von den Berichten der Geschäftsführer Kenntnis zu nehmen. Dabei handelt es sich jedoch nur um **subsidiäre Rechte**, denn in erster Linie entscheidet der Aufsichtsrat als Kollektivorgan über die Art und Weise der Überwachung<sup>3</sup>. Zu sehen ist das Berichtsrecht des Aufsichtsratsmitglieds daher in Verbindung mit dem Berichtsrecht des Aufsichtsrats. Es ist ein akzessorisches Recht. Das einzelne Mitglied kann aber von den Geschäftsführern einen Bericht nur an den Aufsichtsrat verlangen.

<sup>1</sup> BGHZ 106, 54, 62; *Säcker*, NJW 1979, 1521; *Wilde*, ZGR 1998, 429; zum Informationsrecht des Aufsichtsratsmitglieds einer Holding: *Uwe H. Schneider*, in: FS Kropff, 1997, S. 273.

<sup>2</sup> S. dazu Begr. RegE BT-Drucks. 14/8769, S. 14; *Gaul/Otto*, GmbHR 2003, 8; ferner bereits bei *Baums* (Hrsg.), Bericht Regierungskommission Corporate Governance, Rdnr. 31 S. 74.

<sup>3</sup> BGHZ 85, 293, 299.

Berichte sind dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen „**auszuhändigen**“ bzw. zu „**übermitteln**“<sup>1</sup>. Wird nicht ausgehändigt, so kann die vorherige Information etwa durch die Möglichkeit der Einsicht in den Geschäftsräumen der Gesellschaft verschafft werden<sup>2</sup>. Nach § 170 Abs. 3 AktG hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, von den Vorlagen und Prüfungsberichten Kenntnis zu nehmen und die Aushändigung zu verlangen. 341

cc) Für das Berichtsrecht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds gelten alle institutionellen **Grenzen des Berichtsrechts** des Aufsichtsrats. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann daher von den Geschäftsführern nur im „Interesse der Gesellschaft“ einen Bericht über „Angelegenheiten der Gesellschaft“ anfordern, wenn dies zur Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe, die dem Aufsichtsrat obliegt, „erforderlich“ ist (s. Rdnr. 110 ff.). Bei seinem Informationsverlangen unterliegt das Aufsichtsratsmitglied keinem Begründungszwang. Bei der Wahrnehmung des Berichtsrechts hat das einzelne Aufsichtsratsmitglied ein weites Ermessen. Die Grenze bildet der Rechtsmissbrauch<sup>3</sup>. Im Zweifel entscheidet der Aufsichtsratsvorsitzende<sup>4</sup>. Die allgemeine Befürchtung, dass Informationen nicht vertraulich behandelt oder dass sie in gesellschaftsschädigender Weise ausgenutzt werden könnten, reicht zur Verweigerung nicht aus<sup>5</sup>. Vielmehr müssen konkrete Anhaltspunkte für eine eigennützige, die Interessen der Gesellschaft schädigende Verwendung der Informationen bestehen. Davon ist bei schwerwiegenden Interessenkollisionen auszugehen, etwa bei Aufsichtsratsmitgliedern, die zugleich geschäftsführende Organmitglieder bei Wettbewerbern sind<sup>6</sup>. Das Entsprechende gilt für Arbeitnehmervertreter, die Informationen zur Durchführung von Streikhandlungen verwenden wollen. Die Grenzen des Berichtsrechts sind daher entsprechend den Grenzen der Mitwirkung an Aufsichtsratsbeschlüssen zu bestimmen, also entsprechend den Stimmverboten; denn das Berichtsrecht des Aufsichtsratsmitglieds ist im Zusammenhang mit seinen Rechten und Pflichten zu sehen, am Willensbildungsprozess im Aufsichtsrat teilzunehmen. Anders gewendet: Wenn ein Aufsichtsratsmitglied an Entscheidungen des Aufsichtsrats mitwirken kann und muss, so muss ihm auch ein entsprechendes Berichtsrecht eingeräumt sein. 342

Hat der Aufsichtsratsvorsitzende angeordnet, dass bei einem **beschließenden Ausschuss** die Aufsichtsratsmitglieder, die dem Ausschuss nicht angehören, an dessen Sitzungen nicht teilnehmen dürfen, so beschränkt sich damit auch das Informationsrecht. Die nicht zugehörigen Aufsichtsratsmitglieder haben keine Befugnis, die Berichte, Sitzungsunterlagen und Niederschriften des Ausschus- 343

1 § 90 Abs. 5 Satz 2, § 170 Abs. 3 Satz 2, § 314 Abs. 1 Satz 2 AktG sind durch das TransPuG geändert worden: Das Wort „auszuhändigen“ wurde durch die Wörter „zu übermitteln“ ersetzt.

2 LG Düsseldorf, AG 1995, 333.

3 Hüffer, AktG, § 90 Rdnr. 12a; Wilde, ZGR 1998, 423, 432 f.

4 Str.; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 134 f.; Wilde, ZGR 1998, 433; a.A. für AG: Hüffer, AktG, § 90 Rdnr. 12a: Vorstand.

5 A.A. Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 134; wie hier: Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 90 Rdnr. 12 f.

6 Hüffer, AktG, § 90 Rdnr. 12a; Uwe H. Schneider, in: FS Kropff, 1997, S. 278 f.

ses einzusehen, sondern können nur verlangen, über die Entscheidungen und insoweit unterrichtet zu werden, wie dies im Rahmen der allgemeinen Überwachung der Tätigkeit der Ausschüsse erforderlich ist<sup>1</sup>.

344 **dd)** Zur Klagbarkeit s. bei Rdnr. 550 ff.

#### e) Antragsrecht

345 In der Sitzung des Aufsichtsrats kann jedes Aufsichtsratsmitglied **Anträge stellen**, an der **Abstimmung teilnehmen** und **Erklärungen zu Protokoll** geben. Dieses Recht kann durch die Satzung nicht entzogen werden<sup>2</sup>. Zum Stimmrechtsausschluss s. Rdnr. 413.

#### f) Teilnahme an Sitzungen der Geschäftsführer und der Gesellschafter

346 Ein Aufsichtsratsmitglied kann nicht verlangen, dass ihm die **Teilnahme an Sitzungen der Geschäftsführer** gestattet wird<sup>3</sup>.

347 § 118 Abs. 2 AktG wird nur in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und in § 25 MitbestG genannt, nicht aber in § 52. Daraus folgt, dass die Aufsichtsratsmitglieder eines mitbestimmten Aufsichtsrats an der **Gesellschafterversammlung** teilzunehmen haben. Sie sind hierzu, soweit über unternehmensleitende Maßnahmen beraten wird, berechtigt und verpflichtet. Das Teilnahmerecht endet zu dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschafter nicht über Fragen der Unternehmensleitung, sondern über die Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft und zueinander beraten und beschließen<sup>4</sup>. Sie können sich dort äußern, an der Diskussion teilnehmen, aber keine Anträge stellen<sup>5</sup>. Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats haben kein Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen. Sie sind aber gleichfalls auf Anforderung zur Teilnahme verpflichtet. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied hat auch keine Befugnis, die Gesellschafterversammlung einzuberufen (s. bei § 49 Rdnr. 7). Darüber hinaus können die Mitglieder eines mitbestimmten Aufsichtsrats die Mitteilung der Tagesordnung, der Anträge, der Wahlvorschläge und die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, soweit sie sich auf Fragen der Unternehmensleitung beziehen, verlangen, § 125 Abs. 3 AktG<sup>6</sup>.

348 Die dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied zugewiesenen Befugnisse im Rahmen der Funktion des Aufsichtsrats und die wenigen Befugnisse gegenüber den an-

1 *Semler*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 129 f.; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 32 Rdnr. 33; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 109 Rdnr. 25; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 372; a.A.: *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 248: analoge Anwendung von § 109 Abs. 2 AktG.

2 A.A.: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 31 MitbestG Rdnr. 7; wie hier: *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 597.

3 *Lutter/Großmann*, AG 1976, 203.

4 Ohne diese Beschränkung: *Säcker*, NJW 1979, 1524; wie hier aber: *Hommelhoff*, ZGR 1978, 148; *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 379.

5 *Duden*, ZHR 141 (1977), 145, 176; *Säcker*, NJW 1979, 1524; zweifelnd: *Hommelhoff*, ZGR 1978, 147.

6 Str., weitergehend: *Säcker*, NJW 1979, 1524.



deren Organen der Gesellschaft dienen nur dazu, ihm die Wahrnehmung seiner Aufgaben im Aufsichtsrat zu ermöglichen. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied hat aber **keine materiellen eigenen Rechte**. Es hat weder ein eigenständiges Recht, die Geschäftsführung zu überwachen oder Maßnahmen der Geschäftsführung zu missbilligen, noch das Recht, die Befugnisse des Aufsichtsrats im Rahmen der gesellschaftsinternen Entscheidungsorganisation gegen die Gesellschaft durchzusetzen<sup>1</sup>.

Ein klagbarer Anspruch des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds gegen die Gesellschaft auf rechtmäßiges Verhalten besteht nur ausnahmsweise, wenn eine strafbare Handlung oder eine Ordnungswidrigkeit droht (arg. e. § 245 Nr. 5 AktG). Hält hiervon abgesehen ein Aufsichtsratsmitglied Maßnahmen der Geschäftsführer für rechtswidrig, wird Schaden für die Gesellschaft befürchtet, wird der Aufsichtsrat als Organ aber nicht tätig, so kann sich das Aufsichtsratsmitglied grundsätzlich nur an die Gesellschafterversammlung wenden. Lehnt es die Gesellschafterversammlung jedoch ab, gegen rechtswidriges Verhalten der Geschäftsführer vorzugehen, so kann das Aufsichtsratsmitglied nur sein Amt niederlegen. Die Aufsichtsratsmitglieder sind auch, von dem in § 245 Nr. 5 AktG genannten Sonderfall abgesehen, nicht zur Erhebung der Anfechtungs- oder der Nichtigkeitsklage gegen fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse befugt. Das folgt aus der dienenden Funktion und der der Gesellschafterversammlung nachgeordneten Stellung des Aufsichtsrats<sup>2</sup>.

## 6. Entsandte und abgeordnete Aufsichtsratsmitglieder

Entsandte und durch eine öffentliche Körperschaft abgeordnete Aufsichtsratsmitglieder („Behördenvertreter“) haben dieselben organschaftlichen Rechte und Pflichten wie die durch die Gesellschafterversammlung bestellten Aufsichtsratsmitglieder<sup>3</sup>. Das gilt unabhängig davon, ob sie von der Gesellschafterversammlung oder aufgrund eines Sonderrechts bestellt wurden. Maßstab für ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat ist allein das Unternehmensinteresse. Das schließt nicht aus, dass entsprechende Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen des unternehmerischen Ermessens die Interessen des Entsendungsberechtigten berücksichtigen. Zur internen Bindung an schuldrechtliche Weisungen s. Rdnr. 327.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, der beamtenrechtlichen Stellung usw. des Aufsichtsratsmitglieds mit dem Entsendungsberechtigten beendet nicht die Organstellung<sup>4</sup>.

1 LG Köln, AG 1976, 329 mit Anm. *Hommelhoff/Timm*; OLG Frankfurt, BB 1988, 364.

2 Zur Klagebefugnis gegen fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse näher bei § 46 Rdnr. 139 ff.

3 RGZ 165, 68, 79; BGHZ 36, 296, 306; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 122; *Säcker*, in: *FS Rebmann*, 1989, S. 781 m.w.N.; *Simmeler*, *Archiv für das Post- und Fernmeldewesen* 1991, 253.

4 BGHZ 39, 116.

## IX. Eigennützige organschaftliche Rechte und schuldrechtliche Ansprüche des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds

**Schrifttum:** *Beater*, Beratungsvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder, ZHR 157 (1993), 420; *Dänzer-Vanotti*, Aufwendungsersatzanspruch des Aufsichtsratsmitglieds wegen aufgewandter Prozesskosten, BB 1985, 1632; v. *Dalwigk*, Erstattung von Verfahrens- und Verteidigungskosten, Bußgeldern, Geldauflagen und Geldstrafen, in: Widmaier (Hrsg.), Münchener Anwalts-Handbuch Strafverteidigung, 2006, § 42; *Deckert*, Organschaftliche und vertragliche Beratungspflichten des Aufsichtsratsmitglieds, AG 1997, 109; *Deckert*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, WiB 1997, 561; *Fleck*, Eigengeschäfte eines Aufsichtsratsmitglieds, in: FS Heinsius, 1991, S. 89; *Geßler*, Zur Begrenzung von Aufsichtsratsvergütungen – Ein Diskussionsvorschlag, BB 1978, 63; *Henke*, Bezahlte Lehrgänge für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, BB 1971, 571; *Hoffmann/Kirchhoff*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, WPg 1991, 592; *Jaeger*, Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, ZIP 1994, 1759; *Krieger*, Zahlungen der Aktiengesellschaft im Strafverfahren gegen Vorstandsmitglieder, in: FS Bezenberger, 2000, S. 211; *Krummel/Küttner*, Dienst- und Werkverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern nach § 114 AktG, DB 1996, 193; *Lutter*, Gesetzliche Gebührenordnung für Aufsichtsräte?, AG 1979, 85; *Lutter/Kremer*, Die Beratung der Gesellschaft durch Aufsichtsratsmitglieder. Bemerkungen zur Entscheidung BGHZ 114, 127 ff., ZGR 1992, 87; *Marsch-Barner*, Erstattung von Kosten und Geldstrafen, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 12 S. 329; *Mertens*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, in: FS Steindorff, 1990, S. 173; *Rehbinder*, Rechtliche Schranken der Erstattung von Bußgeldern an Organmitglieder und Angestellte, ZHR 148 (1984), 555; *Semler*, Verpflichtungen der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat und Zahlungen der Gesellschaft an seine Mitglieder, in: FS Claussen, 1997, S. 381; *E. Vetter*, Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, AG 2006, 173; *Vollmer/Maurer*, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder aufgrund von Zusatzaufträgen, BB 1993, 591; *Werner*, Die Beratung der Aktiengesellschaft durch Mitglieder ihres Aufsichtsrats, DB 2006, 935.

### 1. Organisationsrechtliche Regelung

- 352 Beim **Geschäftsführer** besteht in der Regel neben dem organisationsrechtlichen Rechtsverhältnis, das die Aufgaben sowie die Rechte und die Pflichten des Geschäftsführers als Organmitglied bestimmt, ein Anstellungsvertrag, in dem die persönlichen Rechtsbeziehungen des Geschäftsführers zur Gesellschaft vereinbart sind (s. bei § 35 Rdnr. 124 ff.). Möglich ist jedoch auch eine Regelung der persönlichen Rechtsbeziehungen in der Satzung, mit der Folge, dass jede Änderung eine Satzungsänderung verlangt (s. bei § 35 Rdnr. 153).
- 353 Über die Rechtsnatur der Form, in der die persönlichen Rechtsverhältnisse des Aufsichtsrats mit der Gesellschaft geregelt sind, besteht bislang keine Einigkeit. Teilweise wird die Ansicht vertreten, die persönlichen Rechtsbeziehungen des **Aufsichtsratsmitglieds** seien im Interesse einer Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder nur körperschaftlich geregelt<sup>1</sup>. Die Gegenansicht meint, neben der körperschaftlichen Rechtsstellung werde mit der Gesellschaft ein gesetzliches Schuldverhältnis<sup>2</sup> bzw. ein vertragliches Anstellungs-

1 *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 101 Rdnr. 156; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 712; *Schilling*, in: FS Fischer, 1979, S. 691; *Singhof*, AG 1998, 318, 319.

2 So *Hüffer*, AktG, § 101 Rdnr. 2 und § 113 Rdnr. 2.

verhältnis<sup>1</sup> begründet. Sodann ist weiter streitig, auf welche Weise dieses Anstellungsverhältnis begründet wird. Teils wird die Ansicht vertreten, es entstehe mit der Annahme der Bestellung, ohne dass es besonderer Erklärungen der Parteien bedürfe; denn sein Inhalt richte sich nach Gesetz und Satzung<sup>2</sup>. Nach anderer Ansicht soll es durch konkludentes Verhalten zustande kommen<sup>3</sup>.

Das überzeugt nicht. § 52 i.V.m. § 113 Abs. 1 AktG gehen offensichtlich davon aus, dass die Vergütung einseitig entweder durch Gesellschafterbeschluss oder in der Satzung festgesetzt werden kann. Das spricht dafür, dass auch die **persönlichen Rechtsbeziehungen** zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied in der Regel im Rahmen des organisationsrechtlichen Rechtsverhältnisses geregelt sind<sup>4</sup>. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied erhält hierdurch im eigenen Interesse **subjektive Rechte**. Entsprechende Satzungsregelungen sind aber, weil sie für alle Aufsichtsratsmitglieder in gleicher Weise gelten, objektiv und nicht wie ein schuldrechtlicher Vertrag nach dem Willen der Vertragsparteien auszulegen. Die Folge ist weiter, dass die Vergütung usw. einseitig ohne Mitwirkung des Aufsichtsratsmitglieds geändert werden kann. Seine Mitwirkung ist nur erforderlich, soweit dem Aufsichtsratsmitglied zwingend Ansprüche, etwa für Auslagenersatz zustehen.

Die gesetzliche Regel, dass die persönlichen Rechtsverhältnisse in der Satzung oder einseitig durch Gesellschafterbeschluss zu regeln sind, ist aber jedenfalls für die GmbH nicht zwingend<sup>5</sup>. Vereinbarungen hierüber können auch in einen schuldrechtlichen Vertrag aufgenommen werden. Der Inhalt der Rechte und Pflichten entspricht einem **Dienstverhältnis, das eine Geschäftsbesorgung** (bei Unentgeltlichkeit: Auftrag) **zum Inhalt** hat<sup>6</sup>. Die Gesellschaft wird beim Abschluss eines solchen Anstellungsvertrags durch die Gesellschafterversammlung vertreten (Annex-Zuständigkeit). Der Vertrag endet mit der Organstellung<sup>7</sup>.

## 2. Vergütung

### a) Rechtsgrund

Für die Aufsichtsratsstätigkeit kann eine Vergütung gewährt werden<sup>8</sup>. Auch bei einem mitbestimmten Aufsichtsrat ist die Gewährung jedoch nicht zwingend.

1 RGZ 123, 354; RGZ 146, 152; RGZ 158, 156; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 122.

2 *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 101 Rdnr. 5.

3 *Baumbach/Hueck*, AktG, § 101 Anm. 7.

4 Ebenso: *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 59; *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 15; *Natzel*, DB 1964, 1180; *Natzel*, DB 1965, 1432; *Schilling*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 690 f.: körperschaftsrechtlicher Vertrag.

5 A.A.: *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 986; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 101 Rdnr. 5: neben körperschaftsrechtliche tritt schuldrechtliche Rechtsbeziehung, jedoch nicht vertragliche; wie hier etwa *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 59; *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 15.

6 RGZ 123, 354; RGZ 146, 152; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 101 Rdnr. 7.

7 *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 59; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 122: auflösend bedingt.

8 Zur Besteuerung: OFD Magdeburg v. 12. 11. 2002, GmbHR 2003, 52.

Nach h.M. gibt es nicht einmal eine Vermutung für die Entgeltlichkeit<sup>1</sup>. Das entspricht indessen nicht der Lebenswirklichkeit, weil auch Nebentätigkeiten, zumal wenn sie mit Haftungsrisiken verbunden sind, heute in der Regel nur gegen Vergütung übernommen werden. Dabei darf bei der Aufsichtsratsstätigkeit nicht nur der Zeitaufwand, sondern es müssen auch der Marktwert, das Laufbahnrisiko, die Verantwortung und die damit verbundenen Haftungsrisiken berücksichtigt werden.

- 357 Der Rechtsgrund für die Vergütung liegt in dem organisationsrechtlichen Rechtsverhältnis. Die Höhe kann in der **Satzung** festgesetzt oder sie kann einseitig von der Gesellschafterversammlung bestimmt und geändert werden, § 52 i.V.m. § 113 Abs. 1 AktG. Ist die Höhe der Vergütung in der Satzung bestimmt, so bedarf die Erhöhung oder Herabsetzung einer Satzungsänderung. Entgegen § 113 Abs. 1 Satz 4 AktG genügt aber einfache Mehrheit der Gesellschafter nicht<sup>2</sup>. Wirksam wird die Erhöhung oder Herabsetzung in diesem Fall erst mit der Eintragung im Handelsregister, § 54 Abs. 3. Eine rückwirkende Erhöhung ist zulässig. Ist die Höhe der Vergütung von der Gesellschafterversammlung bestimmt, so genügt für die Änderung ein Gesellschafterbeschluss mit einfacher Stimmenmehrheit.
- 358 Aufsichtsratsmitglieder, die nur während eines Teils des Geschäftsjahres dem Aufsichtsrat angehören, erhalten die Vergütung zeitanteilig. Der Anspruch auf Vergütung **entfällt** automatisch mit der Abberufung. Besteht neben dem organisationsrechtlichen Rechtsverhältnis ein Anstellungsvertrag (s. Rdnr. 353), so bedarf es für die Erhöhung oder Minderung der Vergütung zusätzlich der Zustimmung des Aufsichtsratsmitglieds.
- 359 Als Tätigkeitsentgelt kommen dieselben Vergütungsarten wie für die Geschäftsführer in Betracht (vgl. § 35 Rdnr. 217 ff.). **Festvergütung** oder leistungsabhängige Vergütung insbes. **Tantiemen** einschließlich der anfallenden Umsatzsteuer können sowohl alternativ wie kumulativ festgesetzt werden. Die **Gewinnbeteiligung** besteht in der Regel in einem Anteil am ausgewiesenen oder ausgeschütteten Jahresgewinn. § 113 Abs. 3 AktG ist entsprechend anwendbar, aber nicht zwingend.
- 360 Anfallende **Umsatzsteuer** auf Aufsichtsratsvergütungen sind im Zweifel zu erstatten, auch wenn dies nicht ausdrücklich Gegenstand des Vergütungsbeschlusses war<sup>3</sup>.
- 361 In der **Insolvenz** der Gesellschaft besteht der Aufsichtsrat als Organ fort. Dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied stehen aber keine Ansprüche gegen die Masse wegen der Vergütung zu<sup>4</sup>. Das gilt nicht nur für die Vergütung, sondern auch

1 So: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 45; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 986; *Pothoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 966; für die AG: *Baumbach/Hueck*, AktG, § 113 Anm. 4; *Natzel*, DB 1965, 1433; a.A.: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 123 (Vergütung üblich, § 612 BGB); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 60.

2 Ebenso: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 124.

3 Zur steuerlichen Abzugsfähigkeit: *Olgemöller*, AG 2003, 494.

4 RGZ 81, 338; *D. Schneider*, in: FS Oppenhoff, 1985, S. 363; *Oechsler*, AG 2006, 606; a.A. *Müller*, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 161: Analogie zu § 113 InsO.

für den Aufwendungsersatz. Auch die Kosten der Wahl der Arbeitnehmervertreter muss die Masse nicht übernehmen.

#### b) Angemessenheit

Die Vergütung soll in einem „**angemessenen Verhältnis**“ zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen<sup>1</sup>. § 52 verweist auf § 113 Abs. 1 Satz 3 AktG. Als Unter- und Obergrenze ist dies bei der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat nicht zwingend. Die Vorschrift hat bei der GmbH weder gläubigerschützenden Charakter noch dient sie dem zwingenden Schutz von Minderheitsgesellschaftern. Die Unter- und Obergrenze bildet § 138 BGB<sup>2</sup>; auch darf durch die Vergütung an Gesellschafter-Aufsichtsräte keine verbotene Zahlung i.S.d. § 30 erfolgen.

Bei Gesellschaften mit **obligatorischem Aufsichtsrat** dienen als Vergleichsmaßstab die Vergütungen in anderen Gesellschaften. Die Obergrenze bildet auch hier der offensichtliche Missbrauch<sup>3</sup>. Bei der Aktiengesellschaft sind insbesondere bei der Vorstandsvergütung Fehlentwicklungen erkennbar. Als Regulativ wirkt die finanzielle Lage der Gesellschaft. Eine Begrenzung der Aufsichtsratsvergütung auf 6 000 DM sah ein Gesetzentwurf des DGB aus dem Jahr 1968 vor<sup>4</sup>. Solche ziffernmäßigen oder prozentualen Begrenzungen sind abzulehnen.

Ist die **Vergütung in der Satzung in sittenwidriger Weise** bemessen, so muss der Registerrichter die Eintragung als gesetzeswidrig ablehnen. Gegen einen Gesellschafterbeschluss, der § 113 Abs. 1 Satz 3 AktG verletzt, besteht die Möglichkeit der Anfechtungsklage.

Der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit erlaubt beim fakultativen Aufsichtsrat eine Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder **in unterschiedlicher Höhe**<sup>5</sup>. Für den mitbestimmten Aufsichtsrat gilt dagegen der Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Abführungspflicht der Arbeitnehmervertreter<sup>6</sup> rechtfertigt keine unter-

1 OLG Celle, NJW-RR 1998, 1332: 200 DM ist keine „angemessene“ Vergütung.

2 Lutter, AG 1979, 88; Fleck, GmbHR 1995, 884.

3 Dazu Uwe H. Schneider, ZIP 1996, 1769.

4 Geßler, DB 1978, 63; dagegen: Bericht der Unternehmensrechtskommission, Rz. 1236; G. Schmitt, DB 1968, 1545; Lutter, AG 1979, 85; Kastner, in: FS Strasser, 1983, S. 843, 860.

5 Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 125: Differenzierung nach Funktion, persönlicher Qualifikation und Ansehen unbedenklich; Heyder, in: Michalski, Rdnr. 195; s. aber auch OLG Celle, NJW-RR 1998, 1332.

6 Nach einer „Abführungsrichtlinie“ des DGB aus dem Jahr 2005 dürfen Arbeitnehmervertreter Tantiemen bis zur Höhe von 3500 Euro zu 90%, also maximal 3150 Euro behalten. Die restlichen 10% sind an die Hans Böckler Stiftung abzuführen. Oberhalb dieser Grenze gilt das umgekehrte Verhältnis. 90% der Aufsichtsratsvergütung sind abzuführen, 10% dürfen die Aufsichtsratsmitglieder behalten. Eine Obergrenze ist nicht vorgesehen. Die Hans Böckler Stiftung erhielt im Jahr 2004/2005 27,7 Mio. Euro von ihren „Förderern“, 11 Mio. in Form öffentlicher Mittel sowie sonstige 3 Mio. Euro, insgesamt also über 40 Mio. Euro (zum Vergleich: Die Max Planck Gesellschaft hat einen Haushalt von 1,3 Milliarden Euro. Sie unterhält 78 Max Planck Institute. Der durchschnittliche Haushalt eines Max Planck Instituts betrug demnach weniger als

schiedliche Vergütung. Differenzierungen bei der Vergütung zwischen den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern sind aber auch beim mitbestimmten Aufsichtsrat aus wesentlichen sachlichen Gründen zulässig, z.B. für den Aufsichtsratsvorsitzenden und seine Stellvertreter wegen der damit verbundenen Mehrarbeit. Dagegen wäre eine unterschiedliche Behandlung der Anteilseignervertreter und der Arbeitnehmervertreter unzulässig<sup>1</sup>. Ob die Vergütung von der persönlichen Qualifikation abhängig gemacht werden darf, ist zweifelhaft<sup>2</sup>. Die Bedenken sind angesichts des hohen Interesses, das eine Gesellschaft an bestimmten Aufsichtsratsmitgliedern haben kann, auch im mitbestimmten Aufsichtsrat unbegründet.

- 366 Für die Arbeitnehmervertreter besteht zusätzlich ein **Diskriminierungsverbot** und ein **Begünstigungsverbot**, § 9 DrittelbG. Arbeitnehmervertreter dürfen nicht im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses benachteiligt oder begünstigt werden. Sie dürfen nicht in ihrem beruflichen Fortkommen beeinträchtigt und es darf auch kein sonstiger Druck ausgeübt werden. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben aber keinen besonderen Kündigungsschutz<sup>3</sup>.

### 3. Aufwendungsersatz

- 367 Unabhängig davon, ob in der Satzung geregelt oder ob ein Gesellschafterbeschluss besteht, unabhängig davon, ob eine Vergütung gewährt wird oder nicht, kann jedes Aufsichtsratsmitglied Ersatz aller Aufwendungen verlangen, die im Zusammenhang mit der Aufsichtsrats Tätigkeit stehen und die es den Umständen nach für erforderlich halten durfte, **entsprechend §§ 670, 675 BGB**. Erstattungsfähig sind daher Reise-, Übernachtungs-, Aufenthalts-, Telefon- und Schreibkosten<sup>4</sup>. Erstattungsfähig sind auch Aufwendungen für Vorbesprechungen mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden zum Zwecke der Besichtigung von Betriebsstätten usw. Entsprechende Maßnahmen bedürfen aber der Abstimmung mit dem Gesamtgremium, zumindest mit dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats<sup>5</sup>. Der Ersatz kann auch pauschal abgegolten werden.
- 368 Erforderlich ist jedoch, dass die Aufwendungen in einem **konkreten Bezug zur Aufsichtsrats Tätigkeit** stehen und sich in einem **angemessenen Rahmen** halten.

20 Mio. Euro. Das ist die Hälfte des Haushalts der Hans Böckler Stiftung). Zur Abführungspflicht auch LG München, NZG 2005, 522.

1 H.M.: *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 84; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 87.

2 Ablehnend: *Säcker*, NJW 1979, 1525; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 113 Rdnr. 9; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 84; dafür aber: *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 713; *Vollmer/Maurer*, BB 1993, 591, 592; zweifelnd: *Fleck*, GmbHR 1995, 884.

3 H.M.; anstelle anderer: *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 251 m.w.N.

4 Bedenklich daher: *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 716: Nicht erstattungsfähig sind Kosten für Sekretariat; wie hier: *Hüffer*, AktG, § 113 Rdnr. 2b; *Meier*, GmbHR 2005, 1605. Einzelheiten bei *Semler*, in: FS Claussen, 1997, S. 387.

5 *Semler*, in: FS Claussen, 1997, S. 385.

Nicht erstattungsfähig sind daher Unterrichtskosten, sofern hierdurch nur die Mindestqualifikation als Aufsichtsratsmitglied erworben werden soll<sup>1</sup>.

Kosten, die durch den Besuch bei einzelnen Gesellschaftern, bei Betriebsräten, Vertrauensleuten oder den Gewerkschaften entstanden, sind, sofern sie nicht vom Aufsichtsrat als Gremium veranlasst wurden, nicht erstattungsfähig<sup>2</sup>. Da nur das Gesamtgremium und nicht das einzelne Aufsichtsratsmitglied zur Überwachung der Geschäftsführung berechtigt ist, können ganz allgemein keine Aufwendungen ersetzt verlangt werden, wenn **ein Aufsichtsratsmitglied** ohne Kenntnis des Vorsitzenden auf eigene Initiative recherchiert, z.B. bei einer Tochtergesellschaft im Ausland. Zur Einsicht und Prüfung des Abschlussberichts kann ein Sachverständiger zur eigenen Urteilsbildung außerhalb des Aufsichtsrats in der Regel nicht beigezogen<sup>3</sup> und daher auch eine Erstattung der Kosten nicht verlangt werden<sup>4</sup>. Auch in anderen Fällen kann nur dann ein persönlicher Sachverständiger und die Erstattung der dadurch entstehenden Kosten verlangt werden, wenn besondere Kenntnisse gefordert sind und eine hinreichende Aufklärung im Aufsichtsrat nicht zu erlangen ist<sup>5</sup>.

Erstattungsfähig sind Aufwendungen, die einem Aufsichtsratsmitglied entweder anlässlich von Gruppenvorbesprechungen vor einer Aufsichtsratsitzung oder die anlässlich einer Gruppenbesprechung losgelöst von einer Aufsichtsratsitzung entstehen, nur, wenn sie **angemessen** sind<sup>6</sup>. Solche Vorbesprechungen dienen vor allem beim mitbestimmten Aufsichtsrat der unbefangenen Beratung und Konsensbildung. „Kommissionstourismus“ wird damit nicht gerechtfertigt. Nicht erstattungsfähig ist anderweitiger Verdienstausschlag<sup>7</sup>. Auch besteht kein Anspruch darauf, dass Bestechungsgelder an Beamte, Geldbußen und Geldstrafen aufgrund rechtswidriger Handlungen, begangen bei der Überwachungstätigkeit<sup>8</sup>, und Schmiergelder an Geschäftspartner im In- und Ausland erstattet werden (s. bei § 43 Rdnr. 75). Das schließt eine freiwillige nachträgliche

1 Ebenso: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 45; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 87; vgl. auch: BAG, DB 1978, 1777; *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., Rdnr. 732 (analog § 37 Abs. 6 BetrVG).

2 A.A.: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 90; v. *Hoyningen/Huene*, DB 1979, 2424; *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., Rdnr. 730.

3 BGH, WM 1983, 9; *Hüffer*, AktG, § 171 Rdnr. 9; auch Rdnr. 338.

4 *Semler*, AG 1983, 83.

5 Weitergehend: *Säcker*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 651; ähnlich wie hier: *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 87; *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 113 Rdnr. 130 f.; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 90: zustimmender Beschluss des Aufsichtsrats erforderlich (analog § 80 Abs. 3 und § 108 Abs. 2 BetrVG); *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 716.

6 Wie hier *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 90; *Semler*, in: FS Claussen, 1997, S. 385; a.A. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 106; *Säcker*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 650 Fn. 39.

7 *Semler*, in: FS Claussen, 1997, S. 392; s. auch Rdnr. 383.

8 *Krieger*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 211, 216; *Marsch-Barner*, in: *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 12 Rdnr. 33.

che Übernahme von Geldbußen und die freiwillige Erstattung von Schmiergeldern nicht aus<sup>1</sup>.

#### 4. Schuldrechtliche Verträge

##### a) Die Regel

- 371 Das Bestehen eines organisationsrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und ihren Aufsichtsratsmitgliedern schließt Verträge eines Aufsichtsratsmitglieds mit der Gesellschaft, etwa einen Miet- oder Pachtvertrag, nicht aus. Vorbehaltlich der im Folgenden darzulegenden Beschränkungen sind die Geschäftsführer zuständig und sie vertreten die Gesellschaft<sup>2</sup>.
- 372 § 52, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 Abs. 1 MitbestG verweisen auf die §§ 113 f. AktG. Das bedeutet, dass entgeltliche<sup>3</sup> **Dienst- oder Werkverträge**, zu denen sich ein Aufsichtsratsmitglied „außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat“ verpflichtet, für ihre Wirksamkeit der **Zustimmung des Aufsichtsrats** bedürfen. Dies gilt allerdings nicht für Arbeitsverträge, so dass insbesondere die Arbeitsverträge der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht zustimmungspflichtig sind<sup>4</sup>. Bei einem fakultativen Aufsichtsrat kann die Zustimmung des Aufsichtsrats durch Beschluss der Gesellschafterversammlung ersetzt werden. Beim mitbestimmten Aufsichtsrat ist die Zuständigkeit des Aufsichtsrats zwingend (s. auch Rdnr. 379).
- 373 Der Zustimmung bedürfen auch entsprechende **Verträge mit Tochtergesellschaften**<sup>5</sup> sowie Verträge mit Gesellschaften, die unmittelbar oder mittelbar im Mehrheitsbesitz des Aufsichtsratsmitglieds stehen oder denen das Aufsichtsratsmitglied als Organmitglied angehört. Unstreitig besteht das Zustimmungserfordernis für Verträge, die nach Amtsbeginn geschlossen werden<sup>6</sup>. Die Zustimmung des Aufsichtsrats ist Wirksamkeitserfordernis. Die Unbeschränktheit der Vertretungsmacht des Geschäftsführers gilt insoweit nicht.
- 374 Der Aufsichtsrat entscheidet mit einfacher Mehrheit. Wird die Zustimmung verweigert, so kann nicht allein deshalb durch das Aufsichtsrats-

1 Einzelheiten bei *Uwe H. Schneider*, AG 1983, 216; *E. Rehbinder*, ZHR 148 (1984), 555; *Bastuck*, Enthaftung des Managements, 1986; *Marsch-Barner*, in: *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 12 Rdnr. 43.

2 *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 128.

3 A.A.: *Mertens*, in: *FS Steindorff*, 1990, S. 185; auch unentgeltliche.

4 OLG Köln, AG 1995, 90, 91; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 62; *Hüffer*, AktG, § 114 Rdnr. 3; *Krummel/Küttner*, DB 1996, 193, 195; *Deckert*, WiB 1997, 561, 562.

5 A.A.: *Hüffer*, AktG, § 114 Rdnr. 2; *Schlaus*, AG 1968, 376, 377; *Mertens*, in: *FS Steindorff*, 1990, S. 186; wie hier: *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87, 104 (für Beratungsverträge mit Tochtergesellschaften); *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 114 Rdnr. 41; *Hoffmann-Becking*, in: *MünchHdb. GesR IV AG*, 3. Aufl., § 33 Rdnr. 41 (nur wenn Vertrag ebenso gut auch mit Muttergesellschaft hätte geschlossen werden können).

6 Für Verträge, die vor Amtsbeginn geschlossen werden, s. *BGH*, ZIP 1994, 1216; nachträgliche Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich; s. auch *BGH*, AG 1998, 583, 584; s. Rdnr. 379.



mitglied ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 BGB geltend gemacht werden<sup>1</sup>.

Für den fakultativen Aufsichtsrat und den Aufsichtsrat nach DrittelbG nicht anwendbar ist § 115 AktG, wonach Aufsichtsratsmitgliedern **Kredit** nur mit Einwilligung des Aufsichtsrats gewährt werden darf. Verlangt ist auch nicht etwa die Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung. Kredite dürfen an Aufsichtsratsmitglieder aber nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gewährt werden<sup>2</sup>. Für den Aufsichtsrat nach MitbestG verweist § 25 Abs. 1 MitbestG auch auf § 115 AktG<sup>3</sup>. 375

#### b) Beratungsverträge

Aus § 113 AktG folgt im Umkehrschluss, dass dem Aufsichtsratsmitglied, das sich aufgrund eines Dienstvertrags oder durch einen Werkvertrag gegenüber der Gesellschaft zu einer Tätigkeit höherer Art verpflichtet, grundsätzlich (Ausnahme beim fakultativen Aufsichtsrat; s. Rdnr. 377) **keine zusätzliche Vergütung** gezahlt werden darf, wenn die Leistung bereits Gegenstand seiner Pflichten als Aufsichtsratsmitglied ist. Das gilt auch, wenn der Beratungsvertrag mit einer Gesellschaft abgeschlossen wird, wenn das Aufsichtsratsmitglied der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer ist<sup>4</sup>. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nach § 134 BGB nichtig. Wenn § 52, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 Abs. 1 MitbestG auf §§ 113 f. AktG verweisen, so dient dies bei der GmbH weder dem Gläubigerschutz noch dem Minderheitenschutz<sup>5</sup>, sondern dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Aufsichtsratsmitglieder, dem Verbot verdeckter Sonderzuwendungen<sup>6</sup> und der Verhinderung unsachlicher Beeinflussung von Aufsichtsratsmitgliedern<sup>7</sup>. Für andere Verträge verlangt der Normzweck der Vorschrift, nämlich das Verbot der Sonderleistung, eine analoge Anwendung. 376

Vor diesem Hintergrund sind die in der Praxis beliebten Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern zu beurteilen. Sie sollen zugleich die Nachteile des Hälfteabzugs nach § 10 Nr. 4 KStG vermeiden<sup>8</sup>. Beratungsverträge sind nur **wirksam**, wenn sich das Aufsichtsratsmitglied zu einer **zusätzlichen Leistung**, also einer Beratung, verpflichtet, die es nicht bereits als Organmitglied schuldet<sup>9</sup>. Unzulässig ist daher eine entsprechende Vereinbarung, die sich auf die Beratung der Geschäftsführer über die Geschäftspolitik und wesentliche Fragen des Tagesgeschäfts und die sich auf seine Überwachungsaufgaben bezie- 377

1 Hüffer, AktG, § 114 Rdnr. 6; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 114 Rdnr. 62; Semler, in: MünchKomm. AktG, § 114 Rdnr. 102; Schlaus, AG 1968, 377.

2 Str.; wie hier: Fleck, GmbHHR 1995, 884, Einzelheiten s. bei § 43a Rdnr. 30.

3 S. dazu LG Köln, AG 2003, 167.

4 BAG, AG 2006, 667; E. Vetter, AG 2006, 173.

5 Anders für die AG: Beater, ZHR 157 (1993), 420: Verhinderung überhöhter Vergütungen.

6 BGHZ 126, 344.

7 Begr. RegE AktG 1965 bei Kropff, AktG, S. 158.

8 E. Vetter, AG 2006, 180.

9 BGHZ 114, 132 = WuB II A. § 114 AktG 1.91 (Werner); BGHZ 126, 340.

hen<sup>1</sup>. Für die Abgrenzung maßgebend ist nicht der Umfang der Tätigkeit<sup>2</sup>, oder welches Organ den Auftrag erteilt hat, sondern ob „die zu leistenden Dienste Fragen eines besonderen Fachgebiets betreffen“<sup>3</sup>. Zu den allgemeinen Bereichen der Unternehmensführung, in denen Beratung als Aufsichtsratsmitglied geschuldet wird, sollen die Beratung beim Erwerb von Beteiligungen und der Gründung von Tochtergesellschaften, bei wesentlichen Konzernangelegenheiten und – sehr zweifelhaft – bei Angelegenheiten der Datenverarbeitung<sup>4</sup> gehören. „Außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat“ liegt dagegen eine Tätigkeit als Steuerberater, die Prozessvertretung eines Rechtsanwalts usw. Auch Verträge mit Unternehmensberatern, die zugleich Aufsichtsratsmitglied sind, sind unbedenklich, wenn die Beratung ein konkretes Projekt bei der Umsetzung der Geschäftspolitik betrifft. Im Zweifelsfall ist aber davon auszugehen, dass die Beratung zugleich Gegenstand der Aufsichtsrats Tätigkeit ist<sup>5</sup>.

- 378 Das Entsprechende gilt für „**mittelbare Beratungsverträge**“, also etwa Verträge der GmbH mit einem Unternehmen, an dem das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist und ihm deshalb nicht nur geringfügige Beträge aufgrund der Beratungstätigkeit zufließen<sup>6</sup>.
- 379 Beim **fakultativen Aufsichtsrat** kann auf die genannten Beschränkungen verzichtet werden. Die Gesellschafterversammlung kann die nach §§ 113 f. AktG unzulässigen Verträge genehmigen<sup>7</sup>. Für den **mitbestimmten Aufsichtsrat** sind die §§ 113 f. AktG zwingend<sup>8</sup>.
- 380 Um beurteilen zu können, dass die Beratungsleistungen nicht zu den organ-schaftlichen Pflichten gehören und demzufolge der Beratungsvertrag zulässig ist, muss der Vertrag **eindeutige Vereinbarungen** enthalten<sup>9</sup>. Außerdem verlangt Ziff. 5.4.7 DCGK erweiterte Offenlegung. Fehlen solche Vereinbarungen, ist von verdeckten Sonderzahlungen auszugehen. Liegen die Beratungsleistungen außerhalb der organschaftlichen Pflichten, ist der Beratungsvertrag zulässig, so

1 BGHZ 126, 345; BGH, AG 2007, 80; *Kropff*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 115 ff.; enger: *Lutter/Krieger*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 4. Aufl., Rdnr. 734: organschaftliche Aufgabe ist nur die Beratung über „wesentliche Geschäftsvorgänge von grundsätzlicher Bedeutung“, nicht aber die Beratung über das Tagesgeschäft; zur Abgrenzung ferner: *Deckert*, AG 1997, 111.

2 So aber *Lehmann*, DB 1966, 1757; dagegen: *Fischer*, BB 1967, 859.

3 BGHZ 114, 132; BGHZ 126, 344; KG, AG 1997, 42: Vertrag mit jur. Person, deren gesetzlicher Vertreter Aufsichtsratsmitglied ist; ebenso *Mertens*, in: FS Steindorff, 1990, S. 180; *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 94, sehr eng: *Vollmer/Maurer*, BB 1993, 591; kritisch und weiter dagegen: *Hoffmann/Kirchhoff*, WPg 1991, 594.

4 BGHZ 114, 127; s. ferner BGHZ 126, 345; a.A. OLG Köln, ZIP 1994, 1773.

5 BGHZ 126, 348; ebenso *Lutter/Krieger*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 4. Aufl., Rdnr. 735.

6 BGH, AG 2006, 667 = WuB II A § 114 2.06 (*Spindler/Kaulich*); BGH, WM 2007, 1025.

7 *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 46; *Hoffmann/Kirchhoff*, WPg 1991, 598; *Krummel/Küttner*, DB 1996, 194; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 15.

8 *Mertens*, in: FS Steindorff, 1990, S. 180.

9 BGHZ 126, 344; LG Stuttgart, ZIP 1998, 1275; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 46; *Jaeger*, ZIP 1994, 1759; *Wissmann/Ost*, BB 1998, 1957; *E. Vetter*, AG 2006, 173.

hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab, § 114 Abs. 1 AktG. Er muss wenigstens über den wesentlichen Inhalt des Vertrags informiert sein<sup>1</sup>.

Streitig ist die Rechtslage für Verträge, die **vor Amtsbeginn** abgeschlossen wurden. Teilweise wurde die Ansicht vertreten, dass sie während der Amtsdauer wirksam bleiben<sup>2</sup>. Die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>3</sup> folgt dem mit Recht nicht. Ein vor Amtsbeginn begründetes Vertragsverhältnis, wonach Leistungen geschuldet werden, die zu den Organpflichten gehören, ruht bis zur Beendigung der Organtätigkeit. Es lebt dann jedoch wieder auf<sup>4</sup>. Beratungsverträge, die zu Leistungen verpflichten, die nicht zu den Organpflichten gehören, müssen dem Aufsichtsrat offengelegt werden. Sie verlangen nachträglich dessen Zustimmung.

### c) Arbeitnehmervertreter

Arbeitnehmervertreter, die in einem Arbeitsverhältnis zu der Gesellschaft stehen<sup>5</sup>, haben **Anspruch auf Arbeitsbefreiung**, soweit die Aufsichtsrats-tätigkeit während der Arbeitszeit anfällt. Vorbereitende Tätigkeiten usw. müssen aber in der arbeitsfreien Zeit vorgenommen werden.

Nach noch h.M. besteht auch ein **Anspruch auf das Arbeitsentgelt**, wobei aber streitig ist, ob die Aufsichtsratsvergütung anzurechnen ist oder nicht<sup>6</sup>. Eine Anrechnung sei abzulehnen, weil dadurch die Arbeitnehmervertreter benachteiligt würden, was gegen § 26 Satz 2 MitbestG verstoße. Übersehen wird dabei, dass auch die Vertreter der Anteilseigner gegebenenfalls einen Verdienstausschlag hinnehmen müssen, und zwar unabhängig davon, ob sie für die Gesellschaft tätig sind oder einen anderen Arbeitgeber haben. Geht man hiervon aus, so ergibt sich, dass zwar eine Anrechnung geboten ist, der Anspruch auf das Arbeitsentgelt aber bestehen bleibt, wenn dieses die Aufsichtsratsvergütung übersteigt.

### d) Rechtsfolgen

Gewährt die Gesellschaft einem Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung aufgrund eines Vertrages, der für seine Wirksamkeit der Zustimmung des Aufsichtsrats

1 OLG Köln, ZIP 1994, 1773; *Deckert*, AG 1997, 111: Transparenzgebot.

2 *Meyer-Landrut*, in: *Großkomm. AktG*, 3. Aufl., § 114 Anm. 6.

3 BGHZ 114, 127, 133 = WuB II A. § 114 AktG 1.91 (*Werner*); BGHZ 126, 340 (nachträgliche Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich); zustimmend: *Hüffer*, AktG, § 114 Rdnr. 2; *Mertens*, in: FS Steindorff, 1990, S. 173, 182; *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87, 99; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 33 Rdnr. 39; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 114 Rdnr. 35; *Deckert*, WiB 1997, 561, 564.

4 BGHZ 126, 348.

5 Zum Ganzen s. *Jacklofsky*, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, 2001.

6 Dagegen die h.M.: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 26 MitbestG Rdnr. 10; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 26 MitbestG Rdnr. 10; *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., Rdnr. 737; a.A.: *Ulmer/Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 26 MitbestG Rdnr. 8; *Hanau*, ZGR 1977, 411. Der Anspruch auf Lohnfortzahlung wird voll abgelehnt von *Kirschner*, DB 1971, 2065.

bedarf, ist diese Zustimmung aber nicht erteilt, oder gewährt sie eine Vergütung für eine Leistung, die nicht außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat begründet ist, so hat das Aufsichtsratsmitglied die Vergütung sofort zurückzugewähren. Im Übrigen gilt § 114 Abs. 2 Satz 2 AktG entsprechend.

## X. Innere Ordnung und Beschlussfassung

**Schrifttum:** *Altmeyen*, Arbeitnehmerbeteiligung im Personalausschuss des Aufsichtsrats, in: FS Brandner, 1996, S. 3; *Altmeyen*, Der Prüfungsausschuss – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat, ZGR 2004, 390; *Axhausen*, Anfechtbarkeit aktienrechtlicher Aufsichtsratsbeschlüsse, 1986; *Baums*, Der fehlerhafte Aufsichtsratsbeschluss, ZGR 1983, 303; *Bosse*, TransPuG: Änderungen zu den Berichtspflichten des Vorstands und zur Aufsichtsrats Tätigkeit, DB 2002, 1592; *Brinkschmidt*, Protokolle des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse, 1992; *Deckert*, Effektive Überwachung der AG-Geschäftsführung durch Ausschüsse des Aufsichtsrats, ZIP 1996, 985; *Dreher*, Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder, in: FS Boujong, 1996, S. 71; *Dreher*, Die Organisation des Aufsichtsrates, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Corporate Governance, 1996, S. 33; *Gaul*, Information und Vertraulichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH, GmbHR 1986, 293; *Gaul/Otto*, Auswirkungen des TransPuG auf das Verhältnis zwischen GmbH-Geschäftsführung und Aufsichtsrat, GmbHR 2003, 6; *Geitner*, Die ersten höchstrichterlichen Urteile zum Mitbestimmungsgesetz 1976, AG 1982, 212; *Götz*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz, NZG 2002, 599; *Hönig*, Zur Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen in mitbestimmten Unternehmen, DB 1979, 2023; *Hopt/Roth*, Der Prüfungsausschuss deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften, in: FS Nobel, Bern 2005, S. 147; *Janberg/Oesterlink*, Gäste im Aufsichtsrat, AG 1960, 240; *Kindl*, Analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf aktienrechtliche Aufsichtsratsbeschlüsse?, AG 1993, 153; *Krieger*, Zum Aufsichtsratspräsidium, ZGR 1985, 338; *Krüger*, Der Anspruch der Aufsichtsratsmitglieder einer mitbestimmten GmbH auf Übersendung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, BB 1992, 1361; *Langenbacher/Blaum*, Audit Committees – Ein Weg zur Überwindung der Überwachungskrise, DB 1994, 2197; *Lehmann*, Aufsichtsratsausschüsse, DB 1979, 2117; *Luther*, Die innere Organisation des Aufsichtsrats, ZGR 1977, 306; *Lutter*, Der Stimmbote, in: FS K. Duden, 1977, S. 269; *Martens*, Organisationsprinzipien und Präsidialregelung des mitbestimmten Aufsichtsrats, DB 1980, 1381; *Mehl*, Die Stimmbotenschaft bei Beschlüssen des Aufsichtsrats, 1990; *Meier*, Zulässigkeit geheimer Abstimmungen in GmbH-Aufsichtsräten, DStR 1996, 385; *Mertens*, Stimmabgabe abwesender Aufsichtsratsmitglieder nach § 108 Abs. 3 AktG, AG 1977, 210; *Mertens*, Aufsichtsratsausschüsse, Mitbestimmung und Methodenlehre, AG 1981, 113; *Meyer-Landrut*, Wahl, Neuwahl und Abwahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters nach dem MitbestG 1976, DB 1978, 443; *Möllers*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht contra arbeitnehmerrechtliche Mitbestimmung – Der aktive Streikaufruf durch Frank Bsirske, NZG 2003, 698; *Nagel*, Zusammensetzung mitbestimmter Aufsichtsratsausschüsse und Unternehmensinteresse, DB 1982, 2677; *Peus*, Geheime Abstimmung im Aufsichtsrat und Stimmabgabe des Vorsitzenden, DStR 1996, 1656; *Peus*, Besitz an Aufsichtsratsprotokollen und deren Beschlagnahme, ZGR 1987, 545; *Raiser*, Satzungsvorschriften über Beschlussfähigkeit und Vertagung eines mitbestimmten Aufsichtsrats, NJW 1980, 209; *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986; *Riegger*, Die schriftliche Stimmabgabe, BB 1980, 130; *Rudzik*, Zum Streit über den Streik-Aufsichtsratsmandat und Gewerkschaftsführung im Arbeitskampf, NZG 2004, 455; *Säcker/Theisen*, Die statutarische Regelung der inneren Ordnung des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH nach dem MitbestG 1976, AG 1980, 29; *Schäfer*, Der Prüfungsausschuss – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat, ZGR 2004, 417; *Scheffler*, Aufgaben und Zusammensetzung von Prüfungsausschüssen (Audit Committees), ZGR 2003, 236; *Karsten*

*Schmidt*, Anfechtungsbefugnisse von Aufsichtsratsmitgliedern, in: FS Semler, 1993, S. 329; *Uwe H. Schneider*, Geheime Abstimmung im Aufsichtsrat, in: FS R. Fischer, 1979, S. 727; *Uwe H. Schneider*, Die Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an Aufsichtsratssitzungen, ZIP 2002, 873; *Semler*, Ausschüsse des Aufsichtsrats, AG 1988, 60; *Theisen*, Die Überwachungsberichterstattung des Aufsichtsrats, BB 1988, 705; *Ulmer*, Geheime Abstimmungen im Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften?, AG 1982, 300; *Ulmer*, Stimmrechtsschranken für Aufsichtsratsmitglieder bei eigener Kandidatur zum Vorstand, NJW 1982, 2288; *E. Vetter*, Beiträge zur inneren Ordnung des Aufsichtsrats der mitbestimmten Aktiengesellschaft, 1982; *E. Vetter*, Die Teilnahme des Vorstands an den Sitzungen des Aufsichtsrats und die Corporate Governance, VersR 2002, 951; *Wagner*, Aufsichtsratssitzung in Form der Video-Konferenz, NZG 2002, 57; *W. Werner*, Vertagungsklauseln in den Satzungen mitbestimmter Aktiengesellschaften, AG 1979, 330; *H. P. Westermann*, Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, ZGR 1977, 236.

## 1. Anwendbares Recht

Die innere Ordnung des **fakultativen Aufsichtsrats** kann umfassend im Gesellschaftsvertrag oder durch eine Geschäftsordnung (s. Rdnr. 75) geregelt werden. Ist dies nicht geschehen, so verweist § 52 zwar auf § 110 AktG (Einberufung des Aufsichtsrats). Bedeutsame Vorschriften wie § 107 AktG (innere Ordnung), § 108 AktG (Beschlussfassung des Aufsichtsrats) und § 109 AktG (Teilnahme an Sitzungen des Aufsichtsrats) sind jedoch ausgeklammert. In § 52 sind die entsprechend anwendbaren Vorschriften des Aktiengesetzes aber nicht abschließend aufgeführt (vgl. Rdnr. 70). Eine entsprechende Anwendung ist vielmehr dann möglich, wenn dies nicht die besondere Stellung des Aufsichtsrats in der GmbH verbietet<sup>1</sup>. 385

Demgegenüber verweisen **§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG** und **§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG** in vollem Umfang auf die Vorschriften über die innere Ordnung im AktG. Für den Aufsichtsrat nach MitbestG sind die aktienrechtlichen Vorschriften jedoch nur anwendbar, soweit nicht §§ 27 bis 29 und §§ 31 f. MitbestG diese abändern und ergänzen. 386

Die §§ 25 ff. MitbestG über die innere Ordnung sind im öffentlichen Interesse erlassen, so dass unabhängig davon, ob die Anteilseignerseite oder die Arbeitnehmerseite benachteiligt werden, deren Verletzung nach § 241 Nr. 3 AktG entsprechend einen Nichtigkeitsgrund darstellt<sup>2</sup>. 387

## 2. Einberufung

### a) Sitzungsfrequenz und Zeitpunkt

Der Aufsichtsrat der börsennotierten AG muss zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr abhalten. Bei der nicht börsennotierten Gesellschaft und demzufolge auch bei der GmbH kann der Aufsichtsrat beschließen, dass der Aufsichtsrat im Ka- 388

<sup>1</sup> Str.; wie hier *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 3, 18; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 62; *Heyder*, in: *Michalski*, Rdnr. 319; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 79 (teilweise entsprechende Anwendung aus der Natur der Sache oder Verbandsrecht).

<sup>2</sup> BGH, AG 1983, 218.

lenderhalbjahr nur eine Sitzung abzuhalten hat, § 52, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 MitbestG i.V.m. § 110 Abs. 3 AktG. Dabei geht das Gesetz von **Präsenzsitzungen**<sup>1</sup> aus. Der Gesellschaftsvertrag kann häufigere Sitzungen vorsehen. Die rechtspolitische Forderung nach vermehrten Präsenzsitzungen verkennt, dass vielfältige Aufsichtsratsarbeit über Telefon und andere Medien erfolgt.

- 389 Der Vorsitzende muss darüber hinaus den Aufsichtsrat einberufen, wenn die **Lage der Gesellschaft es erfordert**, oder wenn ein Aufsichtsratsmitglied oder die Geschäftsführer, angemessen begründet, dies **verlangen**, § 110 Abs. 1 AktG. Sind Zweck und Gründe im Einberufungsverlangen angegeben, so beschränkt sich das Prüfungsrecht des Vorsitzenden auf etwaige Missbräuche. Unzweckmäßigkeit bzw. fehlende Notwendigkeit rechtfertigen nicht die Ablehnung der Einberufung<sup>2</sup>. Eine Satzungsregelung, die den Antrag von zwei Aufsichtsratsmitgliedern verlangt, ist unwirksam<sup>3</sup>. Notfalls können die Geschäftsführer bzw. das antragstellende Aufsichtsratsmitglied unter Mitteilung des Sachverhalts den Aufsichtsrat auch selbst einberufen, § 110 Abs. 2 AktG.

#### b) Ladung und Tagesordnung

- 390 Die Einberufung ist eine vorbereitende Maßnahme zur Durchführung der eigentlichen Aufsichtsratssitzung. **Zuständig** ist der Aufsichtsratsvorsitzende. Ist noch kein Vorsitzender gewählt, handelt es sich um die konstituierende Sitzung, oder ist der Vorsitzende später weggefallen, können zwei Aufsichtsratsmitglieder oder die Geschäftsführer den Aufsichtsrat jederzeit einberufen, § 110 Abs. 2 AktG entsprechend.
- 391 Zur Einberufung gehören die **Festlegung der einzelnen Sitzungstermine**, die **Erstellung und Übersendung der Tagesordnung** und die **Übersendung der erforderlichen Unterlagen**. Zwischen dem Sitzungstermin und der Einberufung muss eine angemessene Frist liegen, die vom Vorsitzenden nach seinem pflichtgemäßen Ermessen bestimmt werden kann. Zwei Wochen dürften ausreichen<sup>4</sup>. Um Zweifel auszuschließen, sollte die Frist in der Satzung oder in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats festgelegt werden.
- 392 Die **Ladung** ist **nicht formbedürftig**<sup>5</sup>. Die Satzung oder die Geschäftsordnung können jedoch besondere Anforderungen stellen. Die Einladung der Mitglieder zu Sitzungen ist ordnungsgemäß, wenn sie unter der letztbekannten Geschäfts- oder Privatanschrift erfolgt<sup>6</sup>.

1 Zur Aufsichtsratssitzung in Form der Videokonferenz: *Siebel*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 147; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 16; *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 108 Rdnr. 93 f.; *Kindl*, *Die Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung*, 1993, S. 51 f.; *Wagner*, NZG 2002, 57.

2 *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 110 Rdnr. 11.

3 *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 70; *Theisen*, *Die Aufgabenverteilung in der mitbestimmten GmbH*, 1980, S. 114.

4 *Hoffmann/Preu*, *Der Aufsichtsrat*, 5. Aufl., Rdnr. 408; *Siebel*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 39.

5 A.A.: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 16: telegrafische Ladung nur in dringenden Fällen.

6 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 67.

Mit der Ladung ist die vom Vorsitzenden zu erstellende **Tagesordnung** zu über- 393  
senden. Jedes Mitglied kann Antrag auf Ergänzung stellen. Die einzelnen Gegenstände, über die beraten und beschlossen werden soll, sind so anzugeben, dass sie den Aufsichtsratsmitgliedern eine angemessene Vorbereitung ermöglichen, § 32 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG entsprechend. Das hat insbesondere für den mitbestimmten Aufsichtsrat Bedeutung. Über nicht angekündigte Tagesordnungspunkte darf beraten, aber nicht beschlossen werden<sup>1</sup>. Fehlen in der Sitzung einzelne Mitglieder, so ist die Tagesordnung selbst durch einstimmigen Beschluss der anwesenden Aufsichtsratsmitglieder nicht ergänzungsfähig („Überrumpelung“)<sup>2</sup>.

Nur wenn die Lage der Gesellschaft eine **sofortige Behandlung erfordert**, kann 394  
**auch ohne Ankündigung** auf der Tagesordnung über Anträge abgestimmt werden, sofern den der Behandlung widersprechenden und den abwesenden Aufsichtsratsmitgliedern Gelegenheit zur Stimmabgabe gegeben wird<sup>3</sup>. Der Punkt „Verschiedenes“ ist zu unbestimmt, als dass wesentliche Gegenstände als angekündigt betrachtet werden könnten<sup>4</sup>.

Auch **geheimhaltungsbedürftige Tagesordnungspunkte** sind so anzugeben, dass 395  
ihre Bedeutung für das Mitglied erkennbar wird.

### 3. Teilnehmer

Die Teilnahme an der Sitzung ist von der Teilnahme an der Beschlussfassung 396  
zu unterscheiden. Aufsichtsratsmitglieder haben nicht nur das Recht, sondern grundsätzlich auch die **Pflicht zur Sitzungsteilnahme**. Von der Teilnahme kann ein Aufsichtsratsmitglied durch den Aufsichtsratsvorsitzenden nur in extremen Ausnahmefällen ausgeschlossen werden, so etwa, wenn ihm die Stimmberechtigung entzogen und zu befürchten ist, dass eine unabhängige Willensbildung und Entscheidungsfindung im Aufsichtsrat nicht mehr gewährleistet ist<sup>5</sup>.

1 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 204; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 38; Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 25 MitbestG Rdnr. 16, 24; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 MitbestG Rdnr. 160; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 17; Säcker, NJW 1979, 1522; Köstler/Zachert/Müller, Rdnr. 399; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 67.

2 H.M.: Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 25 MitbestG Rdnr. 24; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 17; abweichend: Werner, ZGR 1977, 242: im Eilfall genügt qualifizierte Mehrheit der anwesenden Mitglieder, wenn kein Mitglied widerspricht.

3 H.M.: Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 25 MitbestG Rdnr. 24; Semler, in: MünchKomm. AktG, § 110 Rdnr. 42; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 17; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 MitbestG Rdnr. 160; zu den einzelnen Satzungsgestaltungen: Säcker/Theisen, AG 1980, 31 und Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982, S. 225 m.w.N.

4 Semler, in: MünchKomm. AktG, § 110 Rdnr. 45; Werner, ZGR 1977, 242; Uwe H. Schneider, in: GK-MitbestG, § 29 Rdnr. 16.

5 Ähnlich: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 203; Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 107 Rdnr. 45, § 109 Rdnr. 8; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 19; Kastner, in: FS Strasser, 1983, S. 843,

- 397 § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 MitbestG verweisen auf § 109 AktG. Die Vorschrift ist auch beim fakultativen Aufsichtsrat entsprechend anwendbar. **Personen, die weder dem Aufsichtsrat angehören noch Geschäftsführer sind**, dürfen hiernach an Sitzungen des Aufsichtsrats nicht teilnehmen. Entgegen dem Wortlaut ist die Vorschrift für den mitbestimmten Aufsichtsrat zwingend<sup>1</sup>. Da die Beratung zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört, sollen die Geschäftsführer regelmäßig teilnehmen<sup>2</sup>. Der Aufsichtsrat kann die Teilnahme auch verlangen. Bei Bedarf sollte der Aufsichtsrat aber in Abwesenheit der Geschäftsführer tagen<sup>3</sup>. Geschäftsführer ihrerseits haben aber keinen Anspruch auf Teilnahme<sup>4</sup>. Andere Personen dürfen an der Aufsichtsratssitzung nicht teilnehmen. Damit soll die freie Diskussion und die Vertraulichkeit sichergestellt werden. Ausnahmsweise ist die Teilnahme Dritter in Einzelfällen (s. Rdnr. 398) oder entsprechend § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG auf Dauer zulässig, wenn ein **sachlicher Grund** vorliegt. Keine Bedenken sollten daher bestehen, dass Ersatzmitglieder an den Aufsichtsratssitzungen mit dem Ziel teilnehmen, sich auf ihre künftige Aufgabe vorzubereiten. Dies gilt zumal dann, wenn mit dem baldigen Ausscheiden eines Aufsichtsratsmitglieds zu rechnen ist. Jedes Aufsichtsratsmitglied kann der Anwesenheit eines Dritten aber widersprechen. Bei Konzernlagen sollten keine Bedenken bestehen, dass die Mitglieder des geschäftsführenden Organs des herrschenden Unternehmens an den Aufsichtsratssitzungen der Tochtergesellschaften teilnehmen<sup>5</sup>. Und endlich lässt sich mit dem Hinweis, es bestehe ein sachlicher Grund, auch die Teilnahme von Ehrenmitgliedern des Aufsichtsrats rechtfertigen („Wertschätzung des Erfahrungswissens“). Doch ist dies nicht unproblematisch<sup>6</sup>.
- 398 **Sachverständige und Auskunftspersonen** können zur Beratung über einzelne Gegenstände zugezogen werden, § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG<sup>7</sup>. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied hat aber kein generelles Recht, einen eigenen Sachverständigen heranzuziehen<sup>8</sup>. Auch kann die Satzung zulassen, dass Personen, die dem

851; a.A.: LG Mühlhausen, ZIP 1996, 1660: keine Kompetenz der Aufsichtsrats; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 19; *Behr*, AG 1984, 282: Ausschluss nur bei gröblicher Störung des Sitzungsverlaufs, sowie dazu *Uwe H. Schneider*, ZIP 2002, 873.

1 A.A. *Jüngst*, BB 1984, 1583.

2 *Hüffer*, AktG, § 109 Rdnr. 3: Kein gesetzliches Teilnahmeverbot; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 19; a.A. *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 580; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 68.

3 S. auch Ziff. 3.6 Deutscher Corporate Governance Kodex. *Uwe H. Schneider*, ZIP 2002, 873; *E. Vetter*, VersR 2002, 951; s. ferner Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, VA 62-0100-46/02: „Ungeachtet einer regelmäßigen Teilnahme des Vorstandes an Aufsichtsratssitzungen halte ich es für wünschenswert, wenn bei jeder Aufsichtsratssitzung eine ‚vorstandsfreie Zeit‘ eingeführt wird, in der die Aufsichtsratsmitglieder unbeeinflusst von den Vorstandsmitgliedern diskutieren könnten“.

4 *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 201; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 580.

5 Zu gemeinsamen Aufsichtsratssitzungen im Konzern s. *Uwe H. Schneider*, in: FS Konzern, 2006, S. 881 ff.

6 S. v. *Braunbehrens*, BB 1981, 2100 sowie Rdnr. 229.

7 Einzelheiten bei: *Janberg/Oesterlink*, AG 1960, 240.

8 BGHZ 85, 293 (Hertie); *Hommellhoff*, ZGR 1983, 551 sowie Rdnr. 323.



Aufsichtsrat nicht angehören, anstelle von verhinderten Aufsichtsratsmitgliedern teilnehmen können, wenn diese sie hierzu ermächtigt haben. Zu denken ist insbesondere an den **Stimmboten**. Hat die Gesellschaft einen mitbestimmten Aufsichtsrat, so besteht für die **Abschlussprüfer** eine Teilnahmepflicht, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 MitbestG jeweils i.V.m. § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG.

§ 109 AktG ist nur eine Ordnungsvorschrift<sup>1</sup>. Wird sie verletzt, so führt dies nicht zur Nichtigkeit der Aufsichtsratsbeschlüsse<sup>2</sup>. 399

#### 4. Unterbrechung und Vertagung

Die beiden Begriffe werden nicht einheitlich verwendet. Wesensmerkmal der **Unterbrechung** ist die zeitliche Aufteilung des Sitzungsablaufs, wobei zur Fortsetzung der Sitzung eine erneute Ladung entbehrlich ist. Es ist nicht erforderlich, dass die Sitzung noch am Tag der Einberufung fortgeführt wird. Es genügt die Fortsetzung innerhalb einer überschaubaren Frist<sup>3</sup>. Hingegen wird durch eine **Vertagung** die Sitzung formell beendet. Eine neue Sitzung muss unter Beachtung von Form und Frist erneut einberufen werden. 400

##### a) Der fakultative Aufsichtsrat

Vertagungs- und Unterbrechungsklauseln in der Satzung oder in der Geschäftsordnung sind zulässig. Sie haben aber in der Praxis keine Bedeutung. Ohne entsprechende Regelung genügt zu einem Vertagungsbeschluss die einfache Mehrheit. Eine Sitzungsunterbrechung kann nach pflichtgemäßem Ermessen vom Vorsitzenden angeordnet werden; denn ihm obliegt die Sitzungsleitung. Jedes Aufsichtsratsmitglied kann auch eine Vertagung verlangen, wenn Tagesordnungspunkte nicht rechtzeitig angekündigt worden sind oder es aus anderen Gründen an einer ordnungsgemäßen Einberufung fehlt (s. Rdnr. 239). Soweit der Aufsichtsrat nach § 110 Abs. 1, Abs. 2 AktG von einer Minderheit oder von der Geschäftsführung einberufen worden ist, darf eine Vertagung der von diesem Personenkreis eingebrachten Tagesordnungspunkte nur mit ihrer Zustimmung erfolgen<sup>4</sup>. 401

##### b) Der mitbestimmte Aufsichtsrat

Für den **Aufsichtsrat nach DrittelbG** gelten die Ausführungen zum fakultativen Aufsichtsrat entsprechend. 402

Für den **Aufsichtsrat nach MitbestG** ist die Zulässigkeit von Vertagungsklauseln streitig, wenn einer Minderheit das Recht auf Vertagung gegeben wird, sei 403

<sup>1</sup> Hüffer, AktG, § 109 Rdnr. 4.

<sup>2</sup> BGHZ 47, 346.

<sup>3</sup> Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 34; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982, S. 199; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 70.

<sup>4</sup> Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 70.

es ohne Grund, sei es, weil nicht alle Mitglieder anwesend sind. Die Funktion solcher Klauseln besteht darin, Zufallsmehrheiten zu verhindern. Gleichwohl soll in solchen Klauseln eine Verletzung der §§ 28, 29 MitbestG liegen, weil solche nachrangigen Bestimmungen in ihrer Wirkung die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats unzulässigerweise festlegen<sup>1</sup>.

- 404 Die überwiegende Meinung folgt dem mit Recht nicht und bejaht losgelöst von § 28 MitbestG die grundsätzliche Zulässigkeit von Vertagungsklauseln<sup>2</sup>.
- 405 Ein Verstoß gegen §§ 28 f. MitbestG liegt aber vor, wenn der Grundsatz der Parität und der Gleichbehandlung verletzt wird oder wenn die Aufsichtsratsarbeit blockiert werden könnte (beispielsweise durch Einräumung von Vertagungsrechten an nur eine Aufsichtsratsgruppe; mehrfache und zeitlich unbeschränkte Ausübung von Vertagungsrechten). Eine Bevorzugung der Gruppe der Anteilseigner ist daher nicht zulässig<sup>3</sup>.

### 5. Beschlussfassung

- 406 Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluss, § 108 Abs. 1 AktG entsprechend. Voraussetzung hierfür ist ein Antrag, die Stimmabgabe, die Stimmzählung und die Feststellung des Ergebnisses. Beschlüsse können somit nicht konkludent gefasst werden<sup>4</sup>; denn dies würde verhindern, dass die Beschlussfähigkeit, die Zustimmung, die Ablehnung und dass Stimmenthaltungen festgestellt werden können. Zur Abstimmung im Umlaufverfahren s. Rdnr. 428.

#### a) Beschlussfähigkeit

##### aa) Der fakultative Aufsichtsrat

- 407 Sofern der Gesellschaftsvertrag keine Regelung trifft, ist der Aufsichtsrat beschlussfähig, wenn alle Aufsichtsratsmitglieder ordnungsgemäß geladen wurden<sup>5</sup> und wenigstens drei Mitglieder an der Aufsichtsratssitzung teilnehmen<sup>6</sup>.

1 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 28 MitbestG Rdnr. 7; *Raiser*, § 29 MitbestG Rdnr. 7; *Jürgens/Unterhinninghofen*, MitbestGespr. 1978, 91.

2 So im Ergebnis: LG Hamburg, BB 1979, 1367; *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 25 MitbestG Rdnr. 35; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 163; *Raiser*, NJW 1980, 212; *Säcker*, DB 1977, 1797; *Ulmer*, BB 1979, 1367; *W. Werner*, AG 1979, 331; auch schon *Uwe H. Schneider*, in: GK-MitbestG, § 29 Rdnr. 118; weitere Nachw. bei *Paefgen*, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982, S. 191.

3 A.A.: *Rehbinder*, ZGR 1979, 489: Vertagungsklauseln zur Sicherung des Übergewichts der Anteilseigner sind zulässig.

4 BGHZ 10, 194; BGHZ 41, 286; BGHZ 65, 190, 195; BGH, WM 1989, 215, 216; OLG Köln, AG 1995, 90, 91; OLG Schleswig, NZG 2001, 275; *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 140.

5 Vgl. OLG Schleswig, NJW 1960, 1862.

6 *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 994; *Hofbauer*, Die Kompetenz des (GmbH-)Beirats, 1996, S. 198 f.; a.A. (Anwesenheit nur eines Aufsichtsratsmitgliedes genügt) *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 77; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 85.

Teilnehmer sind auch solche Mitglieder, die schriftlich abstimmen<sup>1</sup>, sich der Stimme enthalten oder zulässigerweise einen Boten entsenden. Keine Teilnahme im Rechtssinne ist die körperliche Anwesenheit, wenn zugleich eine Stellungnahme abgelehnt wird; sie ist von der bloßen Stimmenthaltung zu unterscheiden. Legt der Gesellschaftsvertrag ohne nähere Angaben einen Prozentsatz von Mitgliedern für die Beschlussfähigkeit fest, so ist als Bezugsgröße nicht die Zahl der im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorhandenen Aufsichtsratsmitglieder maßgebend, sondern die satzungsmäßig vorgeschriebene Zahl<sup>2</sup>.

Zum Aufsichtsrat mit drei Mitgliedern s. Rdnr. 424.

408

#### bb) Der Aufsichtsrat nach DrittelbG

Grundsätzlich obliegt die Regelung der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. § 108 Abs. 2 Satz 1 AktG dem Gesellschaftsvertrag. Zwingende gesetzliche Voraussetzung für die Beschlussfähigkeit ist nach § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG jedoch, dass wenigstens drei Mitglieder an der Beschlussfassung des Aufsichtsrats teilnehmen. Sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, beträgt die Sollstärke die Hälfte der gesetzlich oder satzungsmäßig vorgeschriebenen Mitglieder, § 108 Abs. 2 Satz 2 AktG. Die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats kann durch den Gesellschaftsvertrag aber nicht an dessen Vollständigkeit oder an die Anwesenheit des Aufsichtsratsvorsitzenden geknüpft werden, da dem Gesetz eine „besondere Handlungsfähigkeit“ unbekannt ist<sup>3</sup>.

409

Durch solche Regelungen würde dem Vorsitzenden ein suspensives Veto eingeräumt bzw. die Arbeitnehmervertreter anders behandelt als die Anteilseignervertreter. Das widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung.

410

#### cc) Der Aufsichtsrat nach MitbestG

Hat die GmbH einen Aufsichtsrat nach MitbestG, so regelt sich die Beschlussfähigkeit nach § 28 MitbestG. Danach ist der Aufsichtsrat nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte derjenigen Mitglieder, aus denen er insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt. Fehlende paritätische Besetzung führt jedoch nicht zur Beschlussunfähigkeit (§ 28 Satz 2 MitbestG i.V.m. § 108 Abs. 2 Satz 4 AktG).

411

Ob § 28 MitbestG eine **zwingende und abschließende Regelung** enthält, ist streitig<sup>4</sup>. Aus Gesetz und Entstehungsgeschichte lässt sich der abschließende

412

1 Vgl. auch *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 75.

2 Vgl. BGHZ 4, 228 (für die Genossenschaft).

3 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 228; a.A.: AG Detmold, AG 1982, 24 mit Anm. *Paefgen*; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 207.

4 Dafür: OLG Karlsruhe, NJW 1980, 2139; *Säcker*, JZ 1980, 82, 84; *Raiser*, NJW 1980, 209; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 28 MitbestG Rdnr. 6; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 28 MitbestG Rdnr. 4; dagegen: *Heinsius*, AG 1977, 282; *Preusche*, AG 1980, 126; s. auch schon: *Uwe H. Schneider*, in: GK-MitbestG, § 29 Rdnr. 98; offen gelassen in: BGHZ 83, 151.

Charakter der Vorschrift nicht herleiten. Für die Zulässigkeit erhöhter Voraussetzungen für die Beschlussfähigkeit spricht, dass solche Regelungen der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats nicht entgegenstehen, sondern rasch behoben werden können. Vermieden werden aber Zufallsentscheidungen<sup>1</sup>. Die Beschlussfähigkeit darf aber nicht von der Teilnahme des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters<sup>2</sup> oder von der Teilnahme einer bestimmten Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner abhängig sein<sup>3</sup>.

#### b) Stimmberechtigung und Stimmrechtsausschluss

- 413 **aa)** Jedes Aufsichtsratsmitglied hat nur **eine Stimme**. Hat die Gesellschaft einen fakultativen Aufsichtsrat, so können aber durch die Satzung einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied nicht nur die Organstellung, sondern auch ein Mehrstimmrecht im Aufsichtsrat zugewiesen werden. Die Satzungsfreiheit erlaubt beim fakultativen Aufsichtsrat auch Aufsichtsratsmitglieder mit Beratungsfunktion, aber ohne Stimmrecht<sup>4</sup>. Die Überwachungspflichten eines solchen Aufsichtsratsmitglieds sind besonders anzupassen.
- 414 **bb)** Weder das GmbHG noch das AktG enthalten Vorschriften über den **Stimmrechtsausschluss von Aufsichtsratsmitgliedern**. § 47 Abs. 4 GmbHG handelt nur vom Ausschluss des mitgliedschaftlichen Stimmrechts. Die §§ 28, 34 BGB, § 47 Abs. 4 sind jedoch entsprechend anwendbar<sup>5</sup>. Ein Stimmrechtsausschluss besteht daher, wenn es entweder um ein Rechtsgeschäft, z.B. den Zustimmungsbeschluss zu einem Beratungsvertrag der Gesellschaft mit einem Aufsichtsratsmitglied, der Leistung außerhalb seiner Organpflichten übernimmt (s. Rdnr. 376)<sup>6</sup>, oder um einen Rechtsstreit der Gesellschaft mit einem Aufsichtsratsmitglied geht. Dazu gehört auch der Antrag auf gerichtliche Abberufung des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds<sup>7</sup>. Darüber besteht weitgehend Einigkeit<sup>8</sup>.

1 Vgl. auch BGHZ 4, 229.

2 BGHZ 83, 151 (für Aufsichtsrat nach MitbestG) = AP Nr. 1 zu § 28 MitbestG mit Anm. Rittner; Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 63; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 108 Rdnr. 75; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 270.

3 BGHZ 83, 223; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 228; Paefgen, AG 1983, 25; für Zulässigkeit aber: AG Detmold, AG 1983, 24.

4 S. dazu Meier, NZG 2001, 1127.

5 H.M.: BGH, AG 2007, 484; BayObLG, AG 2003, 428; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 79; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 86; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 18; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 27; Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 501 f.; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 193; Fleck, in: FS Heinsius, 1991, S. 95; zusammenfassend: Ulmer, NJW 1982, 2288; a.A.: Behr, AG 1984, 281: keine Stimmverbote; Matthießen, Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989, S. 228, 282.

6 Problematisch aber OLG Schleswig, ZIP 2003, 1705; dazu Triebel, ZIP 2004, 156.

7 BayObLG, AG 2003, 428.

8 Marsch-Barner, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 123 f.

**Weitergehende Stimmrechtsausschlüsse** bestehen nicht<sup>1</sup>. Stimmberechtigt ist daher auch ein Aufsichtsratsmitglied, das sich selbst zur Wahl als Geschäftsführer gestellt hat, vorausgesetzt, dass der Aufsichtsrat hierfür zuständig ist<sup>2</sup>. Der Corporate Governance Kodex verlangt in Ziff. 5.5. die Offenlegung von Interessenkonflikten. 415

cc) Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob auch in anderen Fällen ein Stimmrechtsausschluss besteht. Ein einfacher Interessenwiderstreit genügt nicht<sup>3</sup>. Auch reicht nicht aus, dass sich die beschlossene Maßnahme auf das Aufsichtsratsmitglied auswirkt. Sieht sich ein Aufsichtsratsmitglied unterschiedlichen Erwartungen durch die Gesellschaft und seines Wahlkörpers, etwa der Arbeitnehmer oder einer Gewerkschaft, gegenüber, so hat das Aufsichtsratsmitglied dem Unternehmensinteresse den Vorrang zu geben<sup>4</sup>. Es ist aber nicht mit einem Stimmverbot belegt<sup>5</sup>. Auch im **Arbeitskampf** ruht weder das Aufsichtsratsmandat der Arbeitnehmervertreter<sup>6</sup> noch gibt es für die Zeit des Arbeitskampfes ein allgemeines Stimmverbot für Arbeitnehmervertreter. Sieht das Aufsichtsratsmitglied wegen unterschiedlicher Erwartungen oder wegen einer dauernden Pflichtenkollision keinen Ausweg, so muss es sein Amt niederlegen<sup>7</sup>. 416

Ein Stimmrechtsausschluss besteht nur ausnahmsweise bei **schweren Interessenkollisionen**<sup>8</sup>. Eine schwere Interessenkollision liegt vor, wenn ein Aufsichtsratsmitglied typischerweise überfordert wäre, andere Interessen zurückzustellen. Dabei kann es sich um einen Einzelkonflikt oder einen Dauerkonflikt handeln. So entfällt das Stimmrecht des Aufsichtsratsmitglieds, das zugleich bei einem Wettbewerbsunternehmen tätig ist, wenn über Investitionsmaßnahmen im Geschäftsbereich des Wettbewerbers abgestimmt wird. 417

dd) Ob von diesen engen Grenzen des Stimmrechtsausschlusses **Ausnahmen für den mitbestimmten Aufsichtsrat** bestehen, ist insbesondere im Anwendungsbereich des MitbestG streitig. Teilweise wird dies abgelehnt<sup>9</sup>. 418

Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Für einzelne Entscheidungsbereiche ergibt sich ein Stimmrechtsausschluss für die **Arbeitnehmervertreter** aufgrund des gestuften Mitbestimmungssystems (Tarifvertrag, betriebsverfas- 419

1 BGHZ 36, 307.

2 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 27.

3 Weitergehend: *Kastner*, in: FS Strasser, 1983, S. 843, 851.

4 BVerfGE 50, 373; BGHZ 36, 307.

5 H.M.: *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 27; *Boewer*, DB 1980, 673; a.A.: *Säcker*, DB 1977, 1794; *Kastner*, in: FS Strasser, 1983, S. 843, 851.

6 H.M.: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 116; *Hanau*, ZGR 1977, 406.

7 Ebenso *Ruzik*, NZG 2004, 459.

8 *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 86; *Ulmer*, NJW 1982, 2288; *Fleck*, in: FS Heinsius, 1991, S. 95; *Uwe H. Schneider*, BB 1995, 370; a.A. *Deckert*, DZWir 1996, 406, 409.

9 *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 76 BetrVG 1952 Rdnr. 136; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 34; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 28; *Raiser*, DB 1980, 1383; *Mertens*, AG 1977, 311; *Dietz/Richardi*, § 76 BetrVG 1952 Rdnr. 182.

sungsrechtliche Mitbestimmung und unternehmensbezogene Mitbestimmung). Ein Stimmrechtsausschluss besteht erstens **für alle arbeitskampf- oder tarifpolitischen Entscheidungen im Aufsichtsrat**<sup>1</sup>. Verhindert wird durch den Stimmrechtsausschluss, dass die tarifpolitischen Arbeitnehmerinteressen bereits die interne Willensbildung der Arbeitgeber-Tarifpartei beeinflussen. Andernfalls würden sich die tarifrechtlichen und die gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmer potenzieren und damit das Gleichgewicht des Tarifsystems gefährden. Die Gegnerunabhängigkeit wäre nicht mehr gewahrt.

- 420 Der Stimmrechtsausschluss ergibt sich zweitens **bei gleichzeitiger konkurrierender betriebsverfassungsrechtlicher Zuständigkeit**<sup>2</sup>. In diesen Fällen geht die Betriebsverfassung als das speziellere Mitbestimmungsverfahren der unternehmensbezogenen Mitbestimmung vor.
- 421 Ein Stimmrechtsausschluss besteht drittens, wenn ein Arbeitnehmervertreter sich aktiv am Aufruf und an der Durchführung des **Streiks** beteiligt. Damit verletzt der Arbeitnehmervertreter seine Pflicht zur Zurückhaltung und zur Loyalität gegenüber der Gesellschaft.
- 422 Diesen Ausnahmen, die einen Stimmrechtsausschluss begründen, wird entgegengehalten, ihnen stehe die einheitliche und fortdauernde Verpflichtung aller Aufsichtsratsmitglieder auf das Unternehmensinteresse und der Grundsatz der Gleichheit aller Aufsichtsratsmitglieder entgegen. Trotz der Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse besteht aber doch kein Zweifel an der entsprechenden Anwendung von § 34 BGB, § 47 Abs. 4. Dieser Stimmrechtsausschluss wäre nicht gerechtfertigt, wenn man davon ausginge, dass das Aufsichtsratsmitglied die Interessen der Gesellschaft allein berücksichtigen würde. Davon kann man aber nicht ausgehen. Zwar besteht auch im Arbeitskampf die Pflichtenbindung für die Arbeitnehmervertreter uneingeschränkt fort<sup>3</sup>. Die Arbeitnehmervertreter sind von der Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen auch dann

1 Ebenso: *Hanau*, ZGR 1977, 402 (für Aufsichtsrat nach MitbestG); *Hanau*, ZGR 1979, 541; *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974, S. 66, 72; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, S. 634; *Wiedemann*, JZ 1970, 594, 602; *Brinkmann*, Unternehmensinteresse und Unternehmensstruktur, 1983, S. 290; v. *Eynern*, in: FS Arndt, 1976, S. 36, 49; *Seiter*, in: FS G. Müller, 1981, S. 589, 602; auch schon *Uwe H. Schneider*, in: GK-MitbestG, § 29 Rdnr. 28; ähnlich: *Martens*, ZGR 1977, 422, 429: Während des Arbeitskampfes entfalle jede Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an Entscheidungen über Kampfmaßnahmen; im Übrigen sei die allgemeine Tarifpolitik einem „verlässlichen“ Vorstandsmitglied (Geschäftsführer) zuzuweisen; a.A. *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 26 MitbestG Rdnr. 29: Gefahr der Fraktionenbildung; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 25 Rdnr. 53; *Mertens*, AG 1977, 311; zum Ganzen *Matthießen*, Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989, S. 417 ff.

2 *Hanau*, ZGR 1977, 408; *Hanau*, ZGR 1979, 542; *Säcker*, DB 1977, 1794; *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974, S. 72; auch schon *Uwe H. Schneider*, in: GK-MitbestG, § 29 Rdnr. 31.

3 H.M.: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 116; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 97 f.; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 134; a.A.: *Zachert*, MitbestGespr. 1976, 252; zur Streikbeteiligung s. Rdnr. 514.

nicht ausgeschlossen, wenn über Kampfmaßnahmen beraten wird<sup>1</sup>. Der Stimmrechtsausschluss ist jedoch gerade das Institut, das den Beteiligten aus einem Interessenwiderstreit entlässt, wenn er aufgrund zweier unterschiedlicher Rollen **typischerweise überfordert** ist. Dabei kann es keinen Unterschied machen, nach welchen Bestimmungen die GmbH mitbestimmt ist. Der Gleichheitssatz wird durch den Stimmrechtsausschluss nicht verletzt, weil die Ausgangslage unterschiedlich ist. Das gestufte Mitbestimmungssystem besteht nur auf Seiten der Arbeitnehmer, nicht aber auf Seiten der Gesellschafter. Interessenkollisionen der Arbeitnehmervertreter sind gerade deshalb verfassungsrechtlich unbeachtlich, weil sie organisationsrechtlich durch den Stimmrechtsausschluss aufgefangen werden können<sup>2</sup>.

ee) Kein Stimmverbot besteht bei **korporativen Beschlüssen**, etwa wenn über die Bestellung eines Geschäftsführers abgestimmt wird und ein Aufsichtsratsmitglied persönlich kandidiert<sup>3</sup>. Das Stimmrecht entfällt ausnahmsweise bei nachteiligen Maßnahmen gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern aus wichtigem Grund, etwa wenn ihm die Teilnahme an einem Ausschuss versagt wird oder die Abberufung aus einem Ausschuss aus wichtigem Grund erfolgt<sup>4</sup>. 423

#### c) Stimmrechtsausschluss beim dreiköpfigen Aufsichtsrat

Ist bei einem dreiköpfigen Aufsichtsrat ein Aufsichtsratsmitglied von der Abstimmung ausgeschlossen, so führt dies nicht zwangsläufig zur Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats<sup>5</sup>. Das ausgeschlossene Aufsichtsratsmitglied muss sich der Stimme enthalten. Die verbleibenden zwei Aufsichtsratsmitglieder entscheiden. Das Entsprechende gilt, wenn zwei Aufsichtsratsmitglieder vom Stimmrecht ausgeschlossen sind. Ihre Stimmen bleiben außer Betracht<sup>6</sup>. 424

#### d) Stimmabgabe und Abstimmung

##### aa) Der fakultative Aufsichtsrat

Das Recht zur Abstimmung ist eine **höchstpersönliche Befugnis**. Eine Vertretung bei der Stimmabgabe ist ausgeschlossen, obwohl § 101 Abs. 3 AktG in § 52 425

1 Kindl, Die Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung, 1993, S. 159; Möllers, NZG 2003, 697, 699; Ruzik, NZG 2004, 455, 458.

2 A.A.: Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 28.

3 Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 606; Wilhelm, NJW 1983, 912; Mertens, ZGR 1983, 203; Potthoff/Trescher/Theisen, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 2011; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 86; Ulmer, NJW 1982, 2288.

4 Marsch-Barner, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 121; ausführlich: Matthießen, Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989, S. 328 ff.

5 BGH, WM 2007, 1025 = WuB II A. § 108 AktG 1.07 (Uwe H. Schneider); Priester, AG 2007, 190; a.A. BayObLG, AG 2003, 427; OLG Frankfurt, AG 2005, 927; Hüffer, AktG, § 108 Rdnr. 11; Keusch/Rotter, NZG 2003, 672.

6 LG Berlin, WM 1991, 809.

nicht aufgeführt ist. Die Satzung kann jedoch beim fakultativen Aufsichtsrat eine Stellvertretung zulassen. Mangels gesetzlicher oder satzungsgemäßer Regelung findet auf das Abstimmungsverfahren auch im fakultativen Aufsichtsrat § 108 AktG entsprechende Anwendung<sup>1</sup>. Grundsätzlich genügt zur Annahme eines Antrags die **einfache Mehrheit** der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder, die sich an der Beschlussfassung beteiligen. Stimmenthaltungen werden nicht gezählt<sup>2</sup>. Bei Stimmengleichheit gilt ein Antrag als abgelehnt, sofern die Satzung nicht, beispielsweise durch den Vorsitzenden, einen Stichentscheid zulässt<sup>3</sup>.

- 426 Das Erfordernis erhöhter Mehrheit kann in der **Satzung** vorgeschrieben werden<sup>4</sup>. Das folgt aus § 111 Abs. 3 Satz 2 AktG. Doch soll dies nicht für Beschlüsse zur Erledigung gesetzlich zwingend vorgeschriebener Aufgaben gelten<sup>5</sup>. Dem steht aber ein erhöhtes Quorum nicht entgegen.
- 427 Die Abstimmung kann offen sein. Ob im Aufsichtsrat einer AG eine **geheime Abstimmung** durchgeführt werden darf, ist streitig<sup>6</sup>. Weder Überlegungen zur Haftung eines Aufsichtsratsmitglieds noch die Möglichkeit der Abberufung verlangen eine Offenlegung des Abstimmungsverhaltens. Ist ein Beschluss rechtswidrig, so muss ein Aufsichtsratsmitglied unabhängig von seiner Stimmabgabe dagegen aktiv vorgehen. Geschieht dies nicht, so verletzt es seine Pflichten, auch wenn es den rechtswidrigen Beschluss nicht unterstützt hat. Die persönliche Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds sowohl im Verhältnis zu den Gesellschaftern als auch im Verhältnis zu den Arbeitnehmern kann im Einzelfall die geheime Abstimmung erfordern, weil dies allein die Unabhängigkeit gewährleistet. Daher bestehen weder im **fakultativen Aufsichtsrat** noch im **Aufsichtsrat einer mitbestimmten GmbH** Bedenken gegen eine geheime Abstimmung<sup>7</sup>. Im Blick hierauf hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, einen Antrag auf geheime Abstimmung zu stellen.

1 A.A.: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 76; *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 367.

2 BGHZ 83, 35, 36; LG Berlin, WM 1991, 809: „... bleiben bei der Berechnung der Mehrheit außer Betracht“; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 79.

3 Zweifelnd: *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 44.

4 Ebenso *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 85.

5 *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 44 (für den mitbestimmten Aufsichtsrat); *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 40; im Einzelnen anders: *Knur*, DNotZ 1953, 11.

6 Gegen Zulässigkeit: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 85; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 38; *Mertens*, AG 1975, 245; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 23; *Säcker/Theisen*, AG 1980, 40; wie hier: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 48; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 26; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 162; *Uwe H. Schneider*, in: GK-MitbestG, § 29 Rdnr. 42 f.; sowie eingehend: *Ulmer*, AG 1982, 300; *Uwe H. Schneider*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 727; *Meier*, DStR 1996, 385; *Peus*, DStR 1996, 1656.

7 Enger für Aufsichtsrat einer AG: *Ulmer*, AG 1982, 305: Antragsrecht nur für Minderheit von zwei Aufsichtsratsmitgliedern entsprechend § 90 Abs. 3 und § 110 Abs. 2 AktG; a.A.: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 225; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 85 und 208; für GmbH im Anwendungsbereich des MitbestG: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 23; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 21.



Die Abstimmung erfolgt regelmäßig **in der Sitzung** des Aufsichtsrats. § 108 Abs. 4 AktG lässt aber auch **außerhalb einer Sitzung** schriftliche, telegrafische oder fernmündliche Beschlussfassung des Aufsichtsrats zu, wenn kein Mitglied diesem Verfahren widerspricht<sup>1</sup>. Das gilt auch für den fakultativen Aufsichtsrat. Erfolgt die Abstimmung in der Sitzung, so können abwesende Mitglieder durch Überreichung ihrer schriftlich festgehaltenen Stimme an der Beschlussfassung teilnehmen<sup>2</sup>. **Stimmbote** kann jedes andere Aufsichtsratsmitglied sein, Dritte aber nur, sofern die Satzung dies zulässt und sie zur Teilnahme schriftlich ermächtigt sind. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 MitbestG verweisen auf § 109 Abs. 3 AktG. Dies gilt jedoch auch für den fakultativen Aufsichtsrat<sup>3</sup>. Dem Stimmboten darf aber kein Ermessen über den Inhalt der Stimme eingeräumt sein. Aus diesem Grund muss die Stimme des abwesenden Aufsichtsratsmitglieds zu einem bestimmten Antrag vorformuliert sein. Unzulässig sind daher unvollständige Stimmen, Blanko-Stimmvollmachten usw.<sup>4</sup> Zulässig ist auch eine nachträgliche Stimmabgabe, § 108 Abs. 4 AktG; denn die Vorschrift erlaubt auch Abstimmungen außerhalb einer Sitzung. Daher bestehen keine Bedenken gegen ein gemischtes Verfahren. Schriftliche, telegrafische und fernmündliche Beschlussfassungen sind daher jedenfalls dann zulässig, wenn kein Mitglied diesem Verfahren widerspricht. Ob ein Mehrheitsbeschluss genügt, ist streitig<sup>5</sup>.

#### bb) Der mitbestimmte Aufsichtsrat

Eine Vertretung bei der Stimmabgabe ist bei mitbestimmtem Aufsichtsrat zwingend ausgeschlossen. Sie kann auch in der Satzung nicht vorgesehen werden. In der Regel genügt einfache Stimmenmehrheit (für Aufsichtsrat nach MitbestG: § 29 Abs. 1 MitbestG). Hat die Gesellschaft einen Aufsichtsrat nach MitbestG, so ergeben sich Ausnahmen aus §§ 27 Abs. 1, 31 Abs. 2 und 5 und § 37 Abs. 3 MitbestG. Ergibt eine Abstimmung im Aufsichtsrat Stimmgleichheit, so hat bei einer erneuten Abstimmung über denselben Gegenstand, wenn auch sie Stimmgleichheit ergibt, der Aufsichtsratsvorsitzende zwei Stimmen. Dem Stellvertreter steht die zweite Stimme nicht zu, § 29 MitbestG (Einzelheiten in den Kommentaren zum MitbestG).

<sup>1</sup> KG, NZG 2000, 101.

<sup>2</sup> Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 85; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 18.

<sup>3</sup> Enger (nur bei entsprechender Satzungsbestimmung) Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 69 und 76; wie hier aber: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, Rdnr. 25; Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 18; wohl auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 84.

<sup>4</sup> Unstr.; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 208; Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 26; Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 25 MitbestG Rdnr. 27; H. P. Westermann, ZGR 1977, 235; W. Werner, ZGR 1977, 242; eingehend zum Stimmboten: Lutter, in: FS Duden, 1977, S. 276 und Riegger, BB 1980, 130; für enge Auslegung von § 108 Abs. 3 AktG auch im Aufsichtsrat nach MitbestG: Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 30.

<sup>5</sup> Einzelheiten bei Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 33.

**e) Fehlerhafte Stimmerklärung**

- 430 Das Gesetz enthält weder eine Regelung über die Folgen einer fehlerhaften Stimmerklärung noch über die Folgen eines fehlerhaften Aufsichtsratsbeschlusses. Im Einzelnen ist vieles streitig.
- 431 Die von dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied abgegebene Stimmerklärung kann nach allgemeinen Grundsätzen nichtig oder anfechtbar sein<sup>1</sup>. Die Anfechtung der Stimmerklärung ist gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden als dem Leiter der Abstimmung abzugeben. Die Anfechtung einer Stimmerklärung hat allerdings nur dann Einfluss auf den Beschluss, wenn die Erklärung kausal für das Ergebnis war. Sie begründet dann aber nicht die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses, wohl aber kann sie zur Umkehrung des Beschlussergebnisses führen, wenn die für die Mehrheit erforderliche Zahl von Stimmen nicht mehr gegeben ist<sup>2</sup>.

**f) Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse**

- 432 Leidet das Beschlussverfahren unter einem Mangel oder verstößt der Beschluss des Aufsichtsrats seinem Inhalt nach gegen Vorschriften des Gesetzes oder der Satzung, so ist der Aufsichtsratsbeschluss fehlerhaft. **Streitig** sind die Folgen, insbesondere ob zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen zu unterscheiden ist, ob es der Geltendmachung durch Klage bedarf, und welche Personen zur Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit befugt sind.
- 433 Teilweise wird die Ansicht vertreten, die aktienrechtlichen Vorschriften über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit fehlerhafter Hauptversammlungsbeschlüsse (§§ 241 ff. AktG) sowie die Notwendigkeit der Geltendmachung durch Klage seien entsprechend auch auf fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse anzuwenden<sup>3</sup>; denn es bestehe ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit.
- 434 Eine andere Ansicht unterscheidet zwar zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit<sup>4</sup>; doch genüge für die Anfechtung die Erklärung eines Aufsichtsratsmitglieds gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden<sup>5</sup>. Im Übrigen wird unterschieden.
- 435 Aufsichtsratsbeschlüsse, deren Inhalt gegen zwingende im öffentlichen Interesse liegende Vorschriften des Gesetzes oder deren Inhalt gegen die Satzung

1 *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 73; *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 108 Rdnr. 251; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, S. 152; *Meilicke*, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 91; zum Ganzen s. auch *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 108 Rdnr. 131 ff.

2 *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 360 ff.; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 74.

3 OLG Hamburg, WM 1992, 1278 mit Anm. *Butzke*, WuB II A. § 107 AktG 1.92; *Baums*, ZGR 1983, 300, 305; *Axhausen*, Anfechtbarkeit aktienrechtlicher Aufsichtsratsbeschlüsse, 1986, S. 113 ff.; s. auch *Karsten Schmidt*, in: FS Semler, 1993, S. 243.

4 *Kindl*, AG 1993, 153 m.w.N., Fn. 14.

5 *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 52; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 93; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 615; *Kindl*, AG 1993, 153.

verstoßen, seien grundsätzlich nichtig<sup>1</sup>. Streitig ist insoweit, ob ausnahmsweise auch Inhaltsmängel lediglich zur Anfechtbarkeit führen können. So wird die Ansicht vertreten, dass nur in den Fällen des § 241 AktG Aufsichtsratsbeschlüsse als nichtig anzusehen seien<sup>2</sup>. Beschlüsse, die lediglich Verfahrensmängel aufweisen, seien dagegen nur nichtig, wenn gegen Vorschriften verstoßen wurde, auf deren Einhaltung die Aufsichtsratsmitglieder nicht verzichten können<sup>3</sup>. Dagegen seien Beschlüsse, die gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, auf deren Einhaltung die Aufsichtsratsmitglieder verzichten können, lediglich anfechtbar.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>4</sup> und die vorherrschende Lehre folgen dem nicht<sup>5</sup>. Aufsichtsratsbeschlüsse, die in verfahrensmäßiger oder inhaltlicher Beziehung gegen zwingendes Gesetzes- oder Satzungsrecht verstießen, seien „im Grundsatz“ nicht anfechtbar, sondern nichtig. Denn anders als bei Hauptversammlungsbeschlüssen gehe es nicht darum, das Vertrauen einer unbestimmten Vielzahl von gegenwärtigen und zukünftigen Aktionären, sondern nur das einzelner außenstehender Dritter, etwa von Vorstandsmitgliedern bzw. von Geschäftsführern in die Wirksamkeit ihrer Bestellung und Anstellung, zu schützen. Diesem Vertrauensschutz würde aber auch eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG nicht gerecht. Dem „Bedürfnis, die Nichtigkeitsfolge im Interesse einer verstärkten Berücksichtigung des Gesichtspunkts der Rechtssicherheit zurückzudrängen, muss mit anderen, flexibleren, den besonderen Verhältnissen dieses Organs und seiner Beschlüsse besser angepassten Mitteln Rechnung getragen werden“<sup>6</sup>. 436

Dem ist auch für den Aufsichtsrat der GmbH zuzustimmen. **Inhaltliche Verstöße gegen Gesetz und Satzung und wesentliche Verfahrensfehler** aufgrund der Verletzung von zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder Vorschriften der Satzung führen zur **Nichtigkeit**<sup>7</sup>. Die Wahrung der Rechtssicherheit erfolgt ers- 437

1 Hoffmann-Becking, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 31 Rdnr. 106; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 612; Axhausen, Anfechtbarkeit aktienrechtlicher Aufsichtsratsbeschlüsse, 1986, S. 159; Baums, ZGR 1983, 30.

2 OLG Hamburg, WM 1992, 1278 mit zust. Anm. Bork, EWiR § 243 AktG 1/92, S. 421.

3 Hoffmann-Becking, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 31 Rdnr. 109 f.; Raiser, § 25 MitbestG Rdnr. 41; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 39; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 613.

4 Eingehend: BGHZ 122, 342, 347 = WuB II A. § 107 AktG 1.93 (Rellermeyer); BGHZ 124, 111, 125 = JZ 1994, 680 (Schön) = WuB II A. § 256 AktG 1.94 (Hüffer); BGHZ 135, 244 = WuB II A. § 111 AktG 1.97 (Raiser) = EWiR 1997, 677 (Priester) = DStR 1997, 880 (Goette) = ZIP 1997, 883 (Horn) = DZWIR 1997, 322 (Boujong) = JZ 1997, 1071 (Dreher); s. auch BGHZ 83, 144, 146; a.A. Kindler, ZHR 162 (1998), 101, 116.

5 S. anstelle anderer: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 92 f.; Mertens, in: Köln-Komm. AktG § 108 Rdnr. 61 ff.; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 31 Rdnr. 106; Hüffer, AktG, § 108 Rdnr. 19.

6 BGHZ 122, 342, 347.

7 BGHZ 124, 111; BGHZ 135, 244; BayObLG, AG 2003, 429; sowie schon: OLG Stuttgart, WM 1985, 600 = WuB II A. § 84 Abs. 3 AktG 1.85 (Uwe H. Schneider): Nichtigkeit, wenn Arbeitnehmervertreter nicht zur Sitzung eingeladen, unzureichend informiert und Überlegungsfrist verkürzt (GmbH).

*tens* durch eine Begrenzung des Personenkreises, der zur Geltendmachung bestimmter Beschlussmängel berechtigt ist. Erforderlich ist insoweit ein besonderes Rechtsschutzinteresse<sup>1</sup>. Verstöße gegen verzichtbare Verfahrensnormen (fehlende Einladung, Verletzung der Ladefrist)<sup>2</sup> sind unverzüglich durch entsprechende Erklärung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden geltend zu machen, um einen Schwebezustand zu beseitigen. Eine Begrenzung erfolgt daher *zweitens* dadurch, dass minderschwere Mängel nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn die Berufung hierauf verwirkt ist. Und *drittens* begründet die Verletzung von bloßen Ordnungsvorschriften keine Nichtigkeit. So bestimmt § 107 Abs. 2 Satz 3 AktG ausdrücklich, dass mangelhafte Protokollierung einen Beschluss nicht unwirksam macht.

- 438 **Nichtig** ist demnach etwa der Beschluss, wenn der Aufsichtsrat insgesamt nichtig bestellt<sup>3</sup>, und der Beschluss über den Ausschluss der Arbeitnehmervertreter aus dem Personalausschuss<sup>4</sup>. Das Entsprechende gilt für den ablehnenden Beschluss über erforderlichen Zustimmungsvorbehalt<sup>5</sup>; den ablehnenden Beschluss über Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder ohne sachlichen Grund<sup>6</sup>; fehlende Einladung, unzureichende Information, Verkürzung der Überlegungsfrist<sup>7</sup>.
- 439 **Klagebefugt** gegen nichtige Aufsichtsratsbeschlüsse ist im Wege der Feststellungsklage jedes **Aufsichtsratsmitglied**<sup>8</sup>, jeder **Gesellschafter** und jeder **Geschäftsführer**. Einzelne Aufsichtsratsmitglieder sind freilich nicht berechtigt, einen Mehrheitsbeschluss des Aufsichtsrats dadurch auszuhebeln, dass sie unter Berufung auf die angebliche Nichtigkeit des Beschlusses gegen die Geschäftsführer vorgehen, um diese zur Unterlassung einer Maßnahme der Geschäftsführung zu zwingen<sup>9</sup>. Diese für die AG entwickelte Taktik ist freilich für die GmbH weniger bedeutsam, weil das Weisungsrecht der Gesellschafter auch in der mitbestimmten GmbH fortbesteht. Außenstehende Dritte sind nicht klagebefugt<sup>10</sup>.

1 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 82 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 93; *Stodolkowitz*, ZHR 154 (1990), 17; sehr eng: *Mertens*, ZHR 154 (1990), 34.

2 *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 53; a.A. BGHZ 122, 342 (Unwirksamkeit); LG Düsseldorf, AG 1995, 333.

3 BGHZ 11, 246; aber keine Nichtigkeit bei Überbesetzung des Aufsichtsrats: Hans-OLG, AG 2002, 460.

4 BGHZ 122, 342.

5 BGHZ 124, 111.

6 BGHZ 135, 244.

7 OLG Stuttgart, WM 1985, 600.

8 BGHZ 83, 144, 146; BGHZ 122, 342, 347; BGHZ 135, 244, 247; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 83; *Raiser*, ZGR 1989, 44, 67; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 53; *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 108 Rdnr. 89; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 615; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 33 Rdnr. 72; *Deckert*, AG 1994, 457, 460; zur Geltendmachung der Unwirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen im einstweiligen Verfügungsverfahren: LG Hannover, WM 1989, 1727.

9 BGH, WM 1989, 98 (für die AG).

10 Weitergehend: *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 83.

Die Klage ist **gegen die Gesellschaft** zu richten und nicht gegen den Aufsichtsrat<sup>1</sup> oder die übrigen Aufsichtsratsmitglieder<sup>2</sup>. Dabei ist streitig, ob die Gesellschaft durch die Geschäftsführer<sup>3</sup> oder, was sachgerecht, durch die übrigen Aufsichtsratsmitglieder<sup>4</sup> vertreten wird. 440

## 6. Sitzungsprotokoll

Über Aufsichtsratssitzungen ist eine Niederschrift, in der Regel in deutscher Sprache, zu erstellen, § 107 Abs. 2 Satz 1 AktG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 MitbestG. Das gilt auch für den fakultativen Aufsichtsrat, obwohl § 107 AktG in § 52 nicht aufgenommen ist. Sie hat auch Bedeutung für die Auslegung von Aufsichtsratsbeschlüssen<sup>5</sup>. Einfache Schriftform genügt. Zuständig ist der Aufsichtsratsvorsitzende. Er unterschreibt. Hat er die Protokollführung delegiert, genügt die Unterschrift des Protokollführers. Bei Wortprotokollen ist die Erklärung eines Aufsichtsratsmitglieds festzuhalten; auch Stellungnahmen einzelner Aufsichtsratsmitglieder sind aufzunehmen. Beschlussprotokoll mit wörtlicher Wiedergabe der Beschlüsse genügt. Unterbleibt die Erstellung eines Sitzungsprotokolls, führt dies nicht zur Fehlerhaftigkeit der Beschlüsse<sup>6</sup>. Tonbandmitschrift verlangt Zustimmung aller Aufsichtsratsmitglieder. Jedes Aufsichtsratsmitglied hat Anspruch auf Aushändigung einer Abschrift. Auch Gesellschafter haben das Recht auf Einsicht, § 51a<sup>7</sup>. 441

## 7. Ausschüsse

### a) Einsetzung

In § 52 wird zwar auf § 107 Abs. 3 AktG nicht verwiesen. Es bestehen aber keine Bedenken dagegen, dass vorbereitende, beratende oder auch beschließende Ausschüsse durch die Satzung, aufgrund einer Geschäftsordnung oder durch Beschluss der Aufsichtsratsmitglieder eingesetzt werden. Die Zulässigkeit der Einsetzung beschließender Ausschüsse folgt aus der Organisationshoheit des Aufsichtsrats<sup>8</sup>. Es wäre wenig überzeugend, wenn die Organisationshoheit beim 442

1 BGHZ 83, 144, 146; BGHZ 85, 293, 295; *Baums*, ZGR 1983, 300, 342; *Boujong*, AG 1995, 207; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 707; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 6, B. III. 2. a); a.A. *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288; *Bork*, ZIP 1991, 137, 143: relative Parteifähigkeit des Aufsichtsrats bei Verletzung eigener Organmitgliedschaftsrechte des klagenden Aufsichtsratsmitglieds.

2 So aber *Häsemeyer*, ZHR 144 (1980), 265, 274.

3 BGHZ 64, 325; BGHZ 83, 144; BGHZ 85, 293; BGHZ 122, 342: bei AG vertritt Vorstand; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 6, B. III. 2. a).

4 *Stodolkowitz*, ZHR 154 (1990), 17; a.A. *Bork*, ZIP 1991, 146 f.; zweifelnd: *Fleck*, GmbHR 1995, 884.

5 OLG Karlsruhe, AG 2005, 210.

6 *Semler*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 108.

7 BGH, GmbHR 1997, 705.

8 Wie hier: *Skibbe*, GmbHR 1961, 3, 5.

fakultativen Aufsichtsrat über das Maß der Organisationshoheit im Aktienrecht hinaus eingeschränkt wäre. Nach a.A. soll die Einsetzung beschließender Ausschüsse durch einen fakultativen Aufsichtsrat nur zulässig sein, wenn dies in der Satzung oder in einer von den Gesellschaftern angenommenen Geschäftsordnung vorgesehen ist<sup>1</sup>. Freilich kann in der Satzung die Bildung von Ausschüssen untersagt werden. Dann muss das Gremium in seiner Gesamtheit tätig werden und gegebenenfalls beschließen.

- 443 Beim **Aufsichtsrat nach DrittelbG** und beim **Aufsichtsrat nach MitbestG** liegt nach § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG die Kompetenz zur Einsetzung und zur Zusammensetzung von Ausschüssen zwingend allein beim Aufsichtsrat<sup>2</sup>. Dieses Selbstorganisationsrecht gilt für den Aufsichtsrat nach MitbestG mit der Besonderheit, dass mindestens der sogenannte Ständige Ausschuss gemäß §§ 27 Abs. 3, 31 Abs. 3, Abs. 5 MitbestG gebildet werden muss. Durch die Satzung kann dem Aufsichtsrat auch nicht untersagt werden, einen Ausschuss einzusetzen.
- 444 Ist der **Ständige Ausschuss** unvollständig besetzt, so kann der Aufsichtsrat trotz dessen Handlungsunfähigkeit Vorschläge annehmen. Die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer ist dann jedoch nur mit der Zweidrittelmehrheit des § 31 Abs. 3 MitbestG möglich<sup>3</sup>.
- 445 Die Einsetzung **weiterer Ausschüsse** (z.B. Finanzausschuss, Bilanzausschuss, sozialpolitischer Ausschuss, technisch-wissenschaftlicher Ausschuss, Kreditausschuss bei Banken usw.) kann in der Geschäftsordnung vorgeschrieben<sup>4</sup> oder im Einzelfall mit einfacher Mehrheit beschlossen werden. Dabei sind das Aufgabengebiet und die Zuständigkeiten des Ausschusses genau zu umreißen. Durch Regelung in der Satzung, in der Geschäftsordnung oder durch Beschluss im Einzelfall kann dem Vorsitzenden eines Ausschusses, der vom Aufsichtsrat eingesetzt ist, bei Stimmgleichheit das Recht zum Stichentscheid zugewiesen werden, unabhängig davon, ob der Aufsichtsrat nach DrittelbG oder nach MitbestG zu bilden ist<sup>5</sup>.
- 446 Zur Teilnahme und zum Ausschluss von Aufsichtsratsmitgliedern, die einem Ausschuss nicht angehören, s. § 109 Abs. 2 und 3 AktG und Rdnr. 334.

1 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 96; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 74; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 996.

2 Allgemein: Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 620 ff.; für Aufsichtsrat nach MitbestG: BGHZ 83, 106; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 123 ff.; für die AG: Rellermeyer, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 72.

3 Rittner, in: FS R. Fischer, 1979, S. 634.

4 A.A.: Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 25 MitbestG Rdnr. 14.

5 BGHZ 83, 106; BGHZ 83, 144; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 MitbestG, Rdnr. 42; Rehbinder, ZGR 1979, 488; Rittner, DB 1980, 2495: nur Einräumung durch Aufsichtsrat; Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 29 MitbestG Rdnr. 39, 42; Raiser, § 25 MitbestG Rdnr. 66; Säcker, Aufsichtsratsausschüsse nach dem MitbestG 1976, 1979, S. 32; Geitner, AG 1982, 215: Zweitstimmrecht für Ausschussvorsitzenden auch ohne besondere Regelung; Martens, AG 1976, 113.

**b) Besetzung**

**aa)** Beim **fakultativen Aufsichtsrat** sind die Gesellschafter und der Aufsichtsrat frei, in welcher Weise sie die Ausschüsse zusammensetzen. Sie können auch aus einem Aufsichtsratsmitglied bestehen. Für die Zulässigkeit spricht, dass in der Regel Vertragsfreiheit besteht. Was für die Geschäftsführer gilt, nämlich dass ein Geschäftsführer genügt, sollte auch für den fakultativen Aufsichtsrat nicht unzulässig sein. Ein ungeschriebener zwingender Grundsatz, dass der Aufsichtsrat aus mindestens drei Mitgliedern bestehen muss, lässt sich aus § 95 Abs. 1 AktG nicht ableiten<sup>1</sup>. Was aber für den Aufsichtsrat gilt, muss für seine Ausschüsse erst recht gelten. 447

Hat die GmbH einen **Aufsichtsrat nach DrittelbG** oder einen **Aufsichtsrat nach MitbestG**, so ist die Mindestzahl der Mitglieder von den Aufgaben abhängig, die dem Ausschuss übertragen sind. Ausschüsse mit Entscheidungsbefugnis müssen aus mindestens drei Mitgliedern bestehen, § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG entsprechend<sup>2</sup>. Beschlüsse von Ausschüssen eines Pflichtaufsichtsrats, die nicht die zwingend erforderliche Mindestanzahl von drei Mitgliedern haben, sind nichtig<sup>3</sup>. 448

Ausschüsse mit Vorbereitungs-, Überwachungs- oder Durchführungsaufgaben können auch aus zwei Mitgliedern bestehen<sup>4</sup>. 449

**bb)** Maßstab für die Auswahl der Ausschussmitglieder sind deren Qualifikation und zeitliche Verfügbarkeit<sup>5</sup>. Bei der Besetzung dürfen die **Arbeitnehmervertreter** zwar nicht diskriminiert werden. Es gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung. Hat die Gesellschaft einen **Aufsichtsrat nach DrittelbG**, folgt daraus aber weder, dass jeder Ausschuss zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt sein muss, noch folgt daraus, dass in jedem Ausschuss ein Arbeitnehmervertreter aufgenommen sein müsste<sup>6</sup>. Vielmehr ist der Aufsichtsrat frei, die 450

1 Ebenso *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 28; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 32; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, Rdnr. 8; *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 8; a.A. *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 966; zweifelnd: *Geßler*, *GmbH* 1974, 202, 205.

2 BGHZ 65, 192; BGH, WM 1989, 215; BGH, WM 1991, 1258, 1259 = WuB II A. § 108 AktG 1.91 mit Anm. *Locher*; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 218; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 107 Rdnr. 103; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 125; *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 90; *Semler*, AG 1988, 66.

3 BGH, WM 1989, 215; BGH, WM 1991, 1259.

4 *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 107 Rdnr. 269; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 107 Rdnr. 124; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 29 MitbestG Rdnr. 33; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 125; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 50; *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 88.

5 BGHZ 83, 106, 115; BGHZ 83, 144, 149; *Dreher*, in: *FS Boujong*, 1996, S. 71, 87.

6 Str., wie hier: BGHZ 83, 147 ff.; BGHZ 122, 342, 355 ff.; OLG München, AG 1995, 466; *Hoffmann/Preu*, *Der Aufsichtsrat*, 5. Aufl., Rdnr. 156, 157; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 215; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, Anh. nach § 96 Rdnr. 73; *Altmeppen*, in: *FS Brandner*, 1996, S. 3, 10; a.A. OLG Hamburg, WM 1995, 2188 (wenn „wesentliche Geschäftsaufgaben“) = ZIP 1995, 1673 = EWiR 1995, 605 (*Wank*); *Köstler/Zachert/Müller*, *Aufsichtsratspraxis*, 8. Aufl., Rdnr. 390; *Dietz/Richardi*, § 76 BetrVG 1952 Rdnr. 161 (für Ausschüsse mit Entscheidungsbefugnis).

Mitglieder der Ausschüsse allein nach ihrer besonderen Qualifikation, nach Sachverstand und Erfahrung auszuwählen. Es gibt auch keine Diskriminierungsvermutung, wenn etwa eine Gruppe, z.B. die Arbeitnehmervertreter, die Aufsichtsratsmitglieder eines Familienstammes oder in der Kommunal-GmbH die Aufsichtsratsmitglieder einer politischen Partei, in einem Ausschuss nicht vertreten ist. Werden in einem Ausschuss Angelegenheiten entschieden, die zu Zuständigkeiten des Aufsichtsrats gehören, werden nicht nur Beschlüsse des Aufsichtsrats vorbereitet, so hat mindestens ein Arbeitnehmervertreter ein Teilnahmerecht<sup>1</sup>.

- 451 Auch wenn die GmbH einen **Aufsichtsrat nach MitbestG** hat, ist eine **paritätische Zusammensetzung** der Ausschüsse nicht zwingend vorgesehen. Das MitbestG regelt, von § 27 Abs. 3 MitbestG abgesehen, weder die Bildung, noch die Zusammensetzung noch die Organisation von Ausschüssen des Aufsichtsrats. Seine Vorschriften sind weder unmittelbar noch entsprechend auf Ausschüsse anwendbar<sup>2</sup>. Auch aus allgemeinen Grundsätzen, der „Politik des Gesetzes“ o.Ä. folgt kein Gebot zu paritätischer Besetzung. Das Gesetz geht zwar von einer Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder aus, kennt jedoch keinen zwingenden Grundsatz der Gruppengleichbehandlung<sup>3</sup>. § 27 MitbestG ist als Ausnahmevorschrift nicht analogiefähig.
- 452 Die bestehende Gestaltungsfreiheit darf aber auch nicht dazu genutzt werden, den Sinn und Zweck der Mitbestimmung zu unterlaufen (**Verbot missbräuchlicher Diskriminierung**). Daraus ergibt sich ein Stufenverhältnis. Sind in einem Ausschuss die Gesellschaftervertreter und die Arbeitnehmervertreter nicht im selben Verhältnis vertreten, so ist dies unbedenklich, wenn hierfür ein vernünftiger, sachlich gerechtfertigter Grund besteht. Es bedarf jedoch schwerwiegender sachlicher Gründe, um es zu rechtfertigen, dass in einem beschließenden Ausschuss, z.B. einem Personalausschuss, keine Arbeitnehmervertreter sind. Anders formuliert: Bei beschließenden Ausschüssen des Aufsichtsrats ist es eine missbräuchliche Diskriminierung der Arbeitnehmervertreter, wenn sie allein aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit von jeder Mitarbeit in dem Ausschuss aus-

1 Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 35.

2 BGHZ 83, 144; BGHZ 122, 342, 362; OLG Hamburg, WM 1992, 1278; OLG München, WM 1995, 978, 979; a.A.: Geitner, AG 1976, 210; Jaeger, ZIP 1995, 1735, wenn er über Materien entscheidet, die unter Plenarvorbehalt des § 107 Abs. 3 AktG stehen; eine Abweichung vom Gebot paritätischer Zusammensetzung mit Zweidrittelmehrheit in Analogie zu § 27 MitbestG lassen zu: Säcker, Aufsichtsratsausschüsse nach dem MitbestG 1976, 1979, S. 56 ff.; Säcker, ZHR 148 (1984), 177; Reuter, AcP 179 (1979), 533; Nagel, BB 1979, 1801; dagegen aber ausdrücklich: Hönig, DB 1979, 744; Lehmann, DB 1979, 2117; gegen eine zwingende paritätische Zusammensetzung: Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 29 MitbestG Rdnr. 38 (Ausnahme: Aufsichtsratspräsidium); Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 126 f.; Raiser, § 25 MitbestG Rdnr. 39; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25 MitbestG Rdnr. 33, 35; Rellermeyer, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 108; Schaub, ZGR 1977, 302; Luther, ZGR 1977, 313; Martens, DB 1980, 1381, 1383; Zöllner, AG 1981, 13, 15; Mertens, AG 1981, 113, 132.

3 Dazu auch: Rittner, DB 1980, 2493; Canaris, DB 1981, Beilage Nr. 14, S. 6; Paefgen, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982, S. 129; Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 156 ff.



geschlossen werden<sup>1</sup>. Daher verstößt auch eine **Regelung in der Satzung** gegen das Verbot missbräuchlicher Diskriminierung, wenn vorgesehen ist, dass dem Vorstandsausschuss der Vorsitzende und zwei Vertreter der Anteilseigner angehören. Zwar können in der Geschäftsordnung die Mitgliederzahl und einzelne Qualifikationsmerkmale aufgenommen, nicht aber auf Dauer gruppenspezifische Bestellungsmerkmale als Auswahlkriterium festgeschrieben werden<sup>2</sup>.

Im Interesse einer wirkungsvollen Arbeit des Aufsichtsrats kann es daher gerechtfertigt sein, den **wissenschaftlich-technischen Ausschuss** des Aufsichtsrats allein aufgrund der objektiven Eignung der Aufsichtsratsmitglieder mit Vertretern der Anteilseigner zusammensetzen. Das Entsprechende gilt für den **Kreditausschuss** des Aufsichtsrats bei einem Kreditinstitut, immer vorausgesetzt, dass ein schwerwiegender sachlich gerechtfertigter Grund besteht, keine Arbeitnehmersvertreter in den Ausschuss aufzunehmen<sup>3</sup>. Beim **Präsidialausschuss**<sup>4</sup> und beim **Personalausschuss**<sup>5</sup> besteht indessen eine widerlegbare Diskriminierungsvermutung, wenn kein Arbeitnehmersvertreter aufgenommen ist. 453

### c) Aufgaben

Ausschüsse sind organisationsrechtliche Untergliederungen des Aufsichtsrats, die diesen bei der Erfüllung seiner Bestells-, Überwachungs- und Beratungsaufgaben durch eine arbeitsteilige Aufgabenerledigung unterstützen<sup>6</sup>. Es können vorbereitende und beratende Aufgaben (**beratende Ausschüsse**) übertragen werden. Die Bewertung und Beschlussfassung liegt dann beim Plenum. Ausschüssen können aber auch Entscheidungsbefugnisse (**beschließende Ausschüsse**) zur abschließenden Beschlussfassung übertragen werden<sup>7</sup>. Auf diese Weise werden Zuständigkeiten des Plenums organisationsrechtlich delegiert<sup>8</sup>. 454

1 BGHZ 122, 342.

2 OLG Hamburg, BB 1982, 1686, 1688.

3 S. auch BGHZ 122, 342; LG Frankfurt a.M., ZIP 1996, 1662; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 127; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 354 ff.; weitergehend auch ohne einstimmigen Beschluss, aber unter Betonung des Diskriminierungsverbots: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 36; *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 127; mindestens einen Vertreter jeder Gruppe verlangen: *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, S. 82; *Paefgen*, Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG, 1982, S. 342; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, S. 615; *Säcker*, ZHR 148 (1984), 153, 180; *Köstler*, BB 1985, 554: für Personalausschuss.

4 OLG München, WM 1995, 978.

5 Ebenso *Altmeyden*, in: FS Brandner, 1996, S. 3, 9; weitergehend: LG Frankfurt, ZIP 1996, 1661.

6 *Siebel*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 8; *Deckert*, ZIP 1996, 985, 986; *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, 2006, S. 264.

7 BGH, AG 2005, 475: Keine Übertragung von Zuständigkeiten auf einzelne Aufsichtsratsmitglieder.

8 Str.; wie hier: *Rellermeyer*, Aufsichtsratsausschüsse, 1986, S. 273; *Semler*, AG 1988, 61; s. aber auch BGH, AG 2005, 475: Keine Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf einzelne Mitglieder.

Solche Ausschüsse werden anstelle des Aufsichtsrats tätig. Die **Grundsatzkommission Corporate Governance** hat in den Corporate Governance Grundsätzen für börsennotierte Unternehmen<sup>1</sup> für börsennotierte Großunternehmen die Einrichtung eines Präsidial- und Strategieausschusses, eines Prüfungsausschusses („audit committee“) (s. Rdnr. 457), eines Personalausschusses, eines Auswahl- und Ernennungsausschusses, eines Markt- und Kreditrisikoausschusses und aufgrund gesetzlicher Vorgaben eines Vermittlungsausschusses vorgeschlagen. Auch werden Erwartungen hinsichtlich der Aufgaben dieser Ausschüsse formuliert. Im Einzelfall ist freilich auf den Tätigkeitsbereich des Unternehmens, die Größe des Aufsichtsrats, die Form der Konzernierung usw. abzustellen. Als **Präsidium** (Präsidialausschuss) wird ein Ausschuss bezeichnet, dem in der Regel der Aufsichtsratsvorsitzende und ein oder mehrere Stellvertreter angehören und der vor allem die Arbeit im Aufsichtsrat koordiniert, die Sitzungen des Plenums vorbereitet, mit den Geschäftsführern und den Gesellschaftern Führung hält, laufende Angelegenheiten, soweit möglich, erledigt, gegebenenfalls Initiativen entfaltet und repräsentative Aufgaben wahrnehmen soll<sup>2</sup>.

- 455 Vorbereitende Ausschüsse können ohne Einschränkungen eingerichtet werden. Eine Reihe wesentlicher Aufgaben dürfen einem Ausschuss aber **kraft gesetzlicher Vorschrift nicht zur endgültigen Entscheidung** überlassen werden. Hierzu gehören: die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. § 107 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 AktG, § 27 Abs. 1 MitbestG), die Einberufung einer Gesellschafterversammlung in wichtigen Fällen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 MitbestG jew. i.V.m. § 111 Abs. 3 AktG), die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer (§§ 25, 31 MitbestG i.V.m. §§ 107 Abs. 3, 84 Abs. 1 Satz 1 AktG)<sup>3</sup>, die Prüfung des Jahresabschlusses und des Geschäftsberichts (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 MitbestG jew. i.V.m. § 171 AktG) und der Beschluss, dass bestimmte Arten von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 MitbestG jew. i.V.m. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)<sup>4</sup>. Nicht delegierbar sind ferner solche Entscheidungen, die Grundfragen der Organisation und Arbeitsweise des Gremiums beinhalten<sup>5</sup>. Dazu gehört etwa der Beschluss über die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats und über die Einsetzung und Auflösung von Ausschüssen.
- 456 Mit Mehrheitsbeschluss kann der Aufsichtsrat jederzeit **Entscheidungen**, die er einem Ausschuss delegiert hat, **wieder an sich ziehen**<sup>6</sup>.

1 Abgedr. in AG 2000, 109 mit Einführung von Uwe H. Schneider/Strenger, AG 2000, 106; Deckert, ZIP 1996, 985.

2 S. BGHZ 83, 106; Raiser, NJW 1981, 2166, 2167; Krieger, ZGR 1985, 338.

3 Zur Beurlaubung eines Geschäftsführers: vgl. KG, AG 1984, 24 (AG).

4 BGH, WM 1991, 1258, 1259: Auf einen Ausschuss übertragbar ist aber die Zustimmungsbefugnis zu den einzelnen Geschäften.

5 Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 107 Rdnr. 151; Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 29 MitbestG Rdnr. 31; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 131; Raiser, § 25 MitbestG Rdnr. 62; Raiser/Heermann, in: Ulmer, Rdnr. 222.

6 H.M.: Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 107 Rdnr. 125 ff.; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 131; Heyder, in: Michalski, Rdnr. 387.

**d) Prüfungsausschuss und Abschlussprüfer**

In der **Praxis** ist es teilweise üblich geworden, bei hinreichender Größe des Aufsichtsrats, einen Bilanz- und Prüfungsausschuss zu bilden. Im Jahr 2006 verfügten alle DAX-Gesellschaften und rund 60% aller börsennotierten Gesellschaften über einen Prüfungsausschuss<sup>1</sup>. Dies entspricht dem in den USA üblichen „audit committee“<sup>2</sup>. Eine Pflicht zur Einrichtung besteht nicht. Eine solche Pflicht wird auch rechtspolitisch nicht befürwortet<sup>3</sup>. Ausdrücklich erwähnt wird der Ausschuss nur in § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG. Hierauf nehmen § 52 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 MitbestG Bezug. Bestimmt wird, dass der Abschlussprüfer an der Bilanzsitzung des Prüfungsausschusses, falls eingerichtet, teilnehmen muss. Die **EU-Richtlinie über Abschlussprüfungen** vom 17. Mai 2006<sup>4</sup> sieht in Art. 41 vor, dass „Unternehmen von öffentlichem Interesse“ einen Prüfungsausschuss zu bilden haben. Solche Unternehmen können auch in der Rechtsform der GmbH organisiert sein. 457

Dieser Prüfungsausschuss wird im Wesentlichen nur **vorbereitend tätig**. Er hat über die Ergebnisse seiner Arbeit dem Gesamtaufichtsrat zu berichten, Beschlussempfehlungen abzugeben und diese zu begründen. Zu seinen **Aufgaben** gehört die Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts, des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts. Sie sollte zugleich auch zum Gegenstand haben, „ob und inwieweit die dem Jahresabschluss zugrunde liegenden wesentlichen Daten objektiv und verlässlich sind und wie sich bestimmte Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden auf das gegenwärtige und künftige Bild der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens auswirken bzw. auswirken werden“. Der Prüfungsausschuss soll ferner den vorzuschlagenden Abschlussprüfer, sofern erforderlich, auswählen. Und er hat die ergänzenden Prüfungsschwerpunkte und die Vereinbarung des Prüfungshonorars festzulegen<sup>5</sup>. Der **Deutsche Corporate Governance Kodex** empfiehlt in Ziff. 5.3.2 Satz 1, dass der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss einrichten soll, der sich insbesondere mit Fragen der Rechnungslegung, des Risikomanagements und der Compliance, der erforderlichen Unabhängigkeit des Abschlussprüfers, der Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer, der Bestimmung von Prüfungsschwerpunkten und der Honorarvereinbarung befasst. 458

1 v. *Werder/Talaulicar*, DB 2007, 869, 871.

2 *Scheffler*, ZGR 2003, 236.

3 *Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdnr. 312, S. 319; *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 2. Aufl., Tz. 5.3.2, Rdnr. 988; *Huwer*, Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats in der konzernfreien Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern, 2008, § 7 (entspricht nicht immer der „Best Practice“).

4 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen vom Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, Abl. EG L 157 v. 9. 6. 2006, S. 87.

5 S. dazu sowie zu den weiteren Aufgaben des Prüfungsausschusses: Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., abgedr. in: DB 2000, 2281; *Huwer*, Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats in der konzernfreien Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern, 2008; *Scheffler*, ZGR 2003, 236; *Altmeyen*, ZGR 2004, 93; *Schäfer*, ZGR 2004, 417; *Hopt/Roth*, in: FS Nobel, Bern 2005, S. 147.

- 459 Im Blick auf die **Zusammensetzung** wird empfohlen, dass der Prüfungsausschuss aus drei bis sechs Mitgliedern besteht<sup>1</sup>. Dabei ist sicherzustellen, dass die Mitglieder des Ausschusses fachlich geeignet sind, also insbesondere über „fundierte Kenntnisse auf den Gebieten des Finanz- und Rechnungswesens“ und – was gelegentlich vernachlässigt wird – auf dem Gebiet des Bilanzrechts verfügen. **Arbeitnehmervertreter** müssen nicht zwingend in den Prüfungsausschuss aufgenommen werden, wenn es für die Abweichung vom Paritätsgebot einen sachlich gerechtfertigten Grund gibt<sup>2</sup> (s. Rdnr. 452).
- 460 Zum **Vorsitz** im Prüfungsausschuss sieht der **Deutsche Corporate Governance Kodex** als Anregung vor, dass weder der Vorsitzende des Aufsichtsrats, Ziff. 5.2 Satz 2, noch ein ehemaliges Vorstandsmitglied, Ziff. 5.3.2 Satz 3, diesen übernehmen sollten.

## XI. Pflichten, Verantwortung und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

**Schrifttum:** *Abeltshauser*, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998; *Altmeppen*, Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in der kommunalen GmbH, NJW 2003, 2561; *Altmeppen*, Der Prüfungsausschuss – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat, ZGR 2004, 390; *Alversammer*, Die Sorgfaltspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 2000; *Buchta/van Kann*, Die Haftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft – aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, DSrR 2003, 1665; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008; *Clemm/Dürschmidt*, Gedanken zur Schadensersatzpflicht von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern der Aktiengesellschaft für verlustverursachende Fehlentscheidungen, in: FS W. Müller, 2001, S. 67; *Deckert*, Inkompatibilitäten und Interessenkonflikte zur Pflichtenstellung des Aufsichtsratsmitglieds, DZWIR 1996, 406; *Dose*, Zivilrechtliche Haftung und Aufgabendelegation auf Ausschüsse im Aufsichtsrat der AG, ZGR 1973, 300; *Edenfeld/Neufang*, Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, AG 1999, 49; *Eisenhardt*, Zum Problem der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften und GmbH gegenüber der Gesellschaft, Jura 1982, 289; *Erker/Freund*, Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern bei der GmbH, GmbHHR 2001, 463; *R. Fischer*, Die Verantwortung des Aufsichtsrats bei Interessenkollisionen, in: In Memoriam K. Duden, 1982, S. 55; *Fleck*, Eigengeschäfte eines Aufsichtsratsmitglieds, in: FS Heinsius, 1991, S. 89; *Gehrlein*, Die Prospektverantwortlichkeit von Beirats- oder Aufsichtsratsmitgliedern als maßgeblichen Hintermännern, BB 1995, 1965; *Goette*, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648; *Goette*, Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123; *Grotheer*, Außenhaftung von Aufsichtsratsmitgliedern:

<sup>1</sup> Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., abgedr. in: DB 2000, 2281, 2284; *Huwer*, Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats in der konzernfreien Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern, 2008, § 11 B.; *Scheffler*, ZGR 2003, 236, 258; *Hopt/Roth*, in: FS Nobel, Bern 2005, S. 147, 156.

<sup>2</sup> BGHZ 122, 342; *Siebel*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 44; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdnr. 635 ff.; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 127; a.A. *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, Rdnr. 384, 390.

Ein Anreiz zur Verbesserung der Überwachungstätigkeit?, WM 2005, 2070; *Guizetti*, Zur Frage der Haftung eines Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat bei Streikbeteiligung, AuR 1956, 132; *Habersack*, Die Freistellung des Organwalters von seiner Haftung gegenüber der GmbH, in: FS Ulmer, 2003, S. 151; *Häuser*, Interessenkollisionen durch Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats in der unabhängigen AG, 1985; *Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH, 1989; *Henze*, Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209; *Hommelhoff*, Der aktienrechtliche Organstreit, ZHR 143 (1979), 288; *Hopt*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, in: FS Mestmäcker, 1996, S. 909; *Hopt/Roth*, Die Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, in: FS Böckli, 2006, S. 414; *Hüffer*, Der Aufsichtsrat in der Publikumsgesellschaft, ZGR 1980, 320; *Kau/Kukat*, Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bei Pflichtverletzungen nach dem Aktiengesetz, BB 2000, 1045; *Kessler*, Die kommunale GmbH, GmbHR 2000, 71; *Kiethe*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Aufsichtsräten für Geschäftsrisiken, WM 2005, 2122; *Kossen*, Die Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft für Pflichtverletzungen, DB 1988, 1785; *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007; *Kropff*, Informationsbeschaffungspflichten des Aufsichtsrats, in: FS Raiser, 2005, S. 225; *Kühlwein*, Die Verantwortlichkeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, NJW 1954, 621; *Lutter*, Bankvertreter im Aufsichtsrat, ZHR 145 (1981), 224; *Matthießen*, Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989; *Meier/Budde*, Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, DB 1974, 1271; *Peltzer*, Die Haftung des Aufsichtsrats bei Verletzung der Überwachungspflicht, WM 1981, 346; *Prühs*, Sachverstand im Aufsichtsrat, AG 1980, 347; *Radke*, Treuepflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei Streik, NJW 1956, 1067; *Rinze*, Die Haftung von Beiratsmitgliedern einer personalistischen GmbH & Co. KG, NJW 1992, 2790; *Rumpff*, Zur Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in Arbeitskämpfen, MitbestGespr. 1969, 127; *Saa-ge*, Haftung des Aufsichtsrats für Fehlentscheidungen des Vorstandes, DB 1973, 115; *Schaefer/Missling*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1998, 441; *Schlüter*, Die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer AG bei Nichtigkeit des Jahresabschlusses, in: FS Baetge, 1997, S. 981; *Schmid*, Der Kämmerer als gemeindlicher Vertreter im Aufsichtsrat von Beteiligungsgesellschaften, Zeitschrift für Kommunal Finanzen (ZKF) 2002, 2; *Uwe H. Schneider*, Aufsichtsratshaftung im Konzern, in: *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 9 S. 245; *Uwe H. Schneider*, Die Haftung von Mitgliedern des Beirats einer Personengesellschaft, DB 1973, 953; *Schnorr v. Carolsfeld*, Die Pflichten und Rechte der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, AuR 1953, 108, 132; *Schön*, Die Haftung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder in Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2004; *Schwark*, Zum Haftungsmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder einer AG, in: FS Werner, 1985, S. 841; *Simmler*, Die Rechte und Pflichten der Mitglieder der Aufsichtsräte der öffentlichen Unternehmen der Deutschen Bundespost nach dem Postverfassungsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Frage ihrer Haftung, Archiv für das Post- und Fernmeldewesen 1991, 253; *Sonnenberger*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit geschäftsführender Organe von Kapitalgesellschaften, GmbHR 1973, 25; *Theisen*, Haftung und Haftungsrisiko des Aufsichtsrats, Die Betriebswirtschaft 1993, 295; *Thümmel*, Aufsichtsratshaftung vor neuen Herausforderungen, AG 2004, 83; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 3. Aufl. 2003; *Ulmer*, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, NJW 1980, 1603; *Ulmer*, Zur Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr benannten Aufsichtsratsmitglieds, in: FS Stimpel, 1986, S. 705; *W. Werner*, Aufsichtsratsstätigkeit von Bankvertretern, ZHR 145 (1981), 252; *Wunch*, Entlastung eines gesetzlichen GmbH-Aufsichtsrats, NJW 1957, 1307.

S. auch vor Rdnr. 1, 495.

### 1. Keine Haftung des Aufsichtsrats

- 461 Teilweise wird die Ansicht vertreten, der Aufsichtsrat sei „teilrechtsfähig“<sup>1</sup>. Daraus könnte man weiter schließen, er sei auch „teilvermögensfähig“<sup>2</sup>, er könne Träger von Pflichten, also „teilverpflichtenfähig“ sein und damit auch selbst haften. Der Aufsichtsrat ist jedoch als Organ der Gesellschaft nur ein Wirkungselement der juristischen Person und als solches weder rechtsfähig noch vermögensfähig. Eine Haftung des Aufsichtsrats als Organ scheidet damit aus<sup>3</sup>.

### 2. Die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft

#### a) Haftung nur für schuldhafte Pflichtverletzung

- 462 **aa)** § 52 verweist auf § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 und 2 AktG, den organisationsrechtlichen Haftungstatbestand für das **Aufsichtsratsmitglied** einer Aktiengesellschaft<sup>4</sup>. Die Vorschrift handelt nur von den Pflichten und der Haftung **gegenüber der Gesellschaft**. Hiervon zu unterscheiden ist die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds **gegenüber den Gesellschaftern** (dazu Rdnr. 534) und **gegenüber Dritten** (dazu Rdnr. 539).
- 463 Ebensowenig wie die Geschäftsführer tragen die Aufsichtsratsmitglieder das Unternehmensrisiko. Jedem Aufsichtsratsmitglied sind aber **Verhaltenspflichten im Verhältnis zur Gesellschaft** auferlegt. Nur ihre schuldhafte Verletzung verpflichtet zum Ersatz des bei der Gesellschaft entstandenen Schadens (**Verschuldenshaftung**).
- 464 **bb)** § 116 AktG ist in doppelter Weise nur „entsprechend“, also **sinngemäß** anzuwenden (s. Rdnr. 68). Zu berücksichtigen sind zum einen die unterschiedliche Stellung des Aufsichtsrats in der AG einerseits und in der GmbH andererseits<sup>5</sup>. Zum andern verweist § 116 AktG auf § 93 AktG. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass das Aufsichtsratsmandat nicht nur im Blick auf die Aufgaben des Aufsichtsrats und seine begrenzten Möglichkeiten zur Wahrnehmung dieser Aufgaben, sondern auch im Blick darauf zu sehen ist, dass es als ein Nebenamt<sup>6</sup> mit beschränkter zeitlicher Inanspruchnahme gedacht ist.
- 465 **cc)** Die Pflichten, die Verantwortlichkeit und die Haftung sind für die Anteilseignervertreter und die **Arbeitnehmervertreter** dieselben<sup>7</sup>. Aufsichtsratsmitglie-

1 So vor allem: *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288, 303; s. auch *Raiser*, AG 1989, 185, 187 m.w.N.; s. weiter bei Rdnr. 80.

2 Missverständlich *Theisen*, DBW 1993, 295, 300; dagegen BAG, DB 1986, 2680, 2681.

3 Zum Stand der Diskussion: *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990, S. 219 ff.; *Richardi*, BetrVG, 10. Aufl., vor § 26 Rdnr. 10.

4 Zur Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern: *Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, 2007; *Zech*, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 2007.

5 A.A. *Hopt*, in: FS Mestmäcker, 1996, S. 909, 919.

6 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 389; *Ulmer*, NJW 1980, 1604; *Peltzer*, WM 1981, 346, 349; *Fleck*, in: FS Heinsius, 1991, S. 89; *Mülbart*, in: Feddersen/Hommelhoff/Uwe H. Schneider, Corporate Governance, 1996, S. 99, 102.

7 BGHZ 85, 293, 295; *Hüffer*, AktG, § 116 Rdnr. 2; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb. GesR IV AG, 3. Aufl., § 33 Rdnr. 61; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Auf-

der, und zwar auch die Arbeitnehmervertreter, üben ihre Tätigkeit nicht als fremdbestimmte Mandatsträger aus, sondern unabhängig von der Art ihrer Bestellung. Es bestehen für alle Aufsichtsratsmitglieder dieselben Mindestanforderungen, dieselben Aufgaben nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dieselben Organrechte und dieselben Organpflichten.

#### b) Grundsatz der Gesamtverantwortung

**Alle Aufsichtsratsmitglieder** haben in gleicher Weise ihren Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers und Beraters nachzukommen und dafür zu sorgen, dass die Aufgaben des Aufsichtsrats mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers und Beraters wahrgenommen werden. Es gilt der Grundsatz der Gesamtverantwortung (s. hierzu auch § 43 Rdnr. 35). 466

Haben die Aufsichtsratsmitglieder Beschluss gefasst, und haben dabei einzelne Mitglieder nicht mitgewirkt, sich der Stimme enthalten oder gegen den Antrag gestimmt, so bleiben sie gleichwohl verpflichtet, gegen die fehlerhafte Mehrheitsentscheidung vorzugehen, ihre Bedenken anzumelden und u.U. sich sogar an die Gesellschafter zu wenden<sup>1</sup>. 467

Das schließt jedoch nicht aus, dass bestimmte Aufsichtsratsaufgaben einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern oder einem **Ausschuss** zugewiesen werden. Eine solche Zuweisung oder die Einsetzung eines Ausschusses ist aber nur zulässig, wenn das betreffende Aufsichtsratsmitglied oder die Ausschussmitglieder die erforderliche persönliche und fachliche Qualifikation besitzen, um die zugewiesenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Für das Aufsichtsratsmitglied, dem die Aufgaben übertragen wurden, und die Ausschussmitglieder verschärfen sich hierdurch weder die Pflichten noch der Sorgfaltsmaßstab<sup>2</sup>. Wohl aber verschiebt sich hierdurch die Pflichtenlage. Das betraute Aufsichtsratsmitglied bzw. die Ausschussmitglieder sind in der Folge für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufgaben verantwortlich. Die anderen Aufsichtsratsmitglieder werden aber nicht entpflichtet. Sie können sich damit begnügen, sind aber auch verpflichtet, sich in der Folgezeit regelmäßig zu informieren, ob die betrauten Aufsichtsratsmitglieder die ihnen übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß wahrnehmen und bewältigen. Das gilt auch dann, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende den Aufsichtsratsmitgliedern, die dem Ausschuss nicht angehören, die Teilnahme an den Sitzungen des Ausschusses verwehrt und damit ihr Informationsrecht beschränkt hat. In diesem Fall muss das Beschlussergebnis durch das Gesamtgremium auf seine Vertretbar-

sichtsrats, 4. Aufl., § 4 Rdnr. 846; Uwe H. Schneider, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 2 Rdnr. 72; Wiedemann, in: FS Barz, 1974, S. 570; Schwark, in: FS Werner, 1984, S. 841, 851; Schlüter, in: FS Baetge, 1997, 981, 994; Edenfeld/Neufang, AG 1999, 49.

1 H.M. für die AG: Semler, in: MünchKomm. AktG, § 116 Rdnr. 53; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 836; Ulmer, AG 1982, 300, 302.

2 A.A.: Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 120.

keit überprüft werden und der Ausschuss seinerseits Zweifelsfragen im Gesamtgremium beraten<sup>1</sup>.

- 469 Bei **ernsthaften Zweifeln an der sachgemäßen Erledigung** der Aufgaben hat jedes Aufsichtsratsmitglied die Pflicht, der Zuweisung zu widersprechen und den Aufgabenbereich oder die Einzelentscheidung in das Gesamtgremium zurückzuholen. Die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder kann daher zwar einen Aufsichtsratsausschuss einsetzen. Jedes einzelne Mitglied kann jedoch seine Auflösung beantragen, wenn der Ausschuss die übertragene Aufgabe nicht sachgemäß wahrnimmt.
- 470 Dagegen hat ein Aufsichtsratsmitglied nicht für Fehler des betrauten Aufsichtsratsmitglieds oder der Ausschussmitglieder einzustehen, wenn er sich auf eine **zweckgerechte Erfüllung der Aufgaben verlassen konnte**. Er haftet nur bei fehlerhafter Zuweisung, mangelhafter Überwachung, unterlassener Zurückholung in das Gesamtgremium sowie bei versäumter Information der Gesellschafter<sup>2</sup>.

### c) Die Tatbestandsvoraussetzungen

- 471 Ein Aufsichtsratsmitglied ist gegenüber der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, wenn es *erstens* seine Pflichten verletzt hat, *zweitens* die Pflichtverletzung schuldhaft war, *drittens* Schaden bei der Gesellschaft eingetreten ist und *viertens* die Pflichtverletzung kausal für den Schaden war.

#### aa) Verletzung der Überwachungspflichten

- 472 Jedes Aufsichtsratsmitglied hat dafür zu sorgen, dass die dem Aufsichtsrat übertragenen Zuständigkeiten und Aufgaben mit der Sorgfalt eines ordentlichen Überwachers und Beraters wahrgenommen werden. Der Inhalt und Umfang der Überwachungspflichten ist von der jeweiligen rechtlich vorgegebenen Stellung des Aufsichtsrats, der Organisation der Aufsichtsrats Tätigkeit (zu den Pflichten bei Einrichtung von Ausschüssen s. Rdnr. 475) und dem Handlungsinstrumentarium des Aufsichtsrats abhängig.

#### aaa) Umfang der haftungsrelevanten Überwachungspflicht

- 473 Zu den zwingenden Aufgaben gehört zwar die Überwachung und Beratung der Geschäftsführer. Der Aufsichtsrat ist aber nicht verpflichtet, jede einzelne Geschäftsführungsmaßnahme zu überwachen. Sie können den einzelnen Leitungs-

<sup>1</sup> Ebenso: *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 375; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1994, S. 268.

<sup>2</sup> *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 120; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 107 Rdnr. 161; *Doralt*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 34 ff.; *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 298; *Deckert*, ZIP 1996, 985, 992; *Semler*, in: *MünchKomm. AktG*, § 116 Rdnr. 65; enger: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 136 (keine Pflicht zur Überwachung der Ausschusstätigkeit).



aufgaben nicht dieselbe Aufmerksamkeit zuwenden wie die Geschäftsführer<sup>1</sup>. Die Überwachung kann sich vielmehr auf die **wesentlichen Fragen der Geschäftsführung** beschränken. Dazu gehört bei der GmbH nicht die Entscheidung über die Grundsätze der Geschäftspolitik, wenn hierüber die Gesellschafter Beschluss gefasst haben (s. bei Rdnr. 88), sondern deren Ausfüllung durch die Geschäftsführer, deren strukturelle Umsetzung und Einzelgeschäfte, die für die Gesellschaft von grundlegender Bedeutung sind<sup>2</sup>, wenn hierüber die Gesellschafterversammlung nicht entschieden hat (s. bei § 37 Rdnr. 12 ff.). Die Überwachungspflichten sind daher nur verletzt, wenn der Aufsichtsrat – auch – insoweit seine Aufgaben nicht oder nicht in der gebotenen Weise wahrgenommen hat.

Zu sehen ist die Verletzung der Überwachungspflichten im Blick auf das **Handlungsinstrumentarium** des Aufsichtsrats. Er kann seine Überwachungsaufgabe nur durch die ihm eingeräumten Befugnisse und Rechte, insbesondere gegenüber den Geschäftsführern, erfüllen. Die Pflichtverletzung kann daher auf der ersten Stufe erfolgen, indem ein Aufsichtsratsmitglied unentschuldigt an Sitzungen nicht teilnimmt, obgleich diese rechtzeitig angekündigt wurden, nicht die erforderlichen Informationen zur Kenntnis nimmt oder beschafft, keine Vorlage von Büchern und Papieren verlangt, keine Einsicht nimmt, gegebenenfalls keine Ortsbesichtigung fordert und keine Sonderprüfung veranlasst. Sie kann auf der zweiten Stufe erfolgen, indem Maßnahmen der Geschäftsführung nicht ad hoc der Zustimmung unterworfen und die Beschlüsse hierüber nicht mit der gebotenen Sorgfalt gefasst werden. Und die Pflichtverletzung kann auf der dritten Stufe, nämlich der Durchsetzung erfolgen, in dem nicht das Gespräch mit den Geschäftsführern gesucht wird, einer Maßnahme nicht widersprochen, die Gesellschafterversammlung nicht informiert oder – wenn zuständig – im schwerwiegendsten Fall die Bestellung der Geschäftsführer nicht widerrufen wird, obwohl zu befürchten ist, dass sie rechtswidrige oder unzumutbare Maßnahmen ergreifen.

Hat der Aufsichtsrat in zulässiger Weise einen **Ausschuss** gebildet, so sind in erster Linie die Ausschussmitglieder berufen, die dem Ausschuss übertragenen Aufgaben wahrzunehmen. Die nicht dem Ausschuss angehörenden Mitglieder trifft nur eine allgemeine Organisationspflicht sowie eine Pflicht, die Ausschusstätigkeit kritisch zu begleiten<sup>3</sup>.

Ist die Gesellschaft herrschendes Unternehmen im **Konzern**, so haftet ein Aufsichtsratsmitglied, wenn es die ihm obliegenden konzernbezogenen Pflichten zur Überwachung der Konzernleitung verletzt<sup>4</sup>. Schadensersatzansprüche können auch entstehen, wenn die Pflichten zur konzernweiten Personalpolitik ver-

1 So zutr.: *Fischer*, in: In Memoriam K. Duden, 1982, S. 60; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 69: sporadisch.

2 LG Stuttgart, DB 1999, 2462; *Henze*, BB 2000, 213.

3 *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 298; *Deckert*, ZIP 1996, 992 f.; v. *Westphalen*, *Derivatgeschäfte, Risikomanagement und Aufsichtsratshaftung*, 2000, S. 197 ff.

4 *Uwe H. Schneider*, in: *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), *Handbuch Managerhaftung*, 2007, § 9 Rdnr. 17.

letzt werden. Dazu gehören krasse Fehlbesetzungen der geschäftsführenden Organe bei den Tochter- und Enkelgesellschaften, unangemessene Vergütungen bei Tochter- und Enkelgesellschaften usw. Zwar sind die geschäftsführenden Organmitglieder der Tochtergesellschaften nicht der Aufsicht durch den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens unterworfen. Deren Geschäftsführung gehört aber mittelbar zu ihrem Überwachungsbereich. So macht sich ein Aufsichtsratsmitglied der Holding auch schadensersatzpflichtig, wenn es die Zahlung von Bestechungsgeldern durch Tochtergesellschaften hinnimmt und die Konzernunternehmen als Folge von Aufträgen ausgeschlossen werden.

#### **bbb) Ermessensentscheidungen (Business Judgment Rule)**

- 477 Von § 116 Satz 1 AktG miterfasst ist § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Auf den Aufsichtsrat angewandt liegt danach eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Aufsichtsratsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Das Haftungsprivileg in Form einer **unwiderlegbaren Vermutung pflichtgemäßen Aufsichtsratshandelns** setzt somit dreierlei voraus, nämlich erstens eine unternehmerische Entscheidung, zweitens eine Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information und drittens das Annehmendürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.
- 478 Charakteristisch für eine **unternehmerische Entscheidung** ist die Möglichkeit des Aufsichtsratsmitglieds, zwischen mehreren zulässigen Handlungsalternativen zu wählen<sup>1</sup>. Die unternehmerische Entscheidung steht damit im Gegensatz zur **gebundenen Entscheidung**, also zur Entscheidung, bei der es kein Ermessen gibt. Auf das Haftungsprivileg kann sich daher nicht berufen, wer die Rechtsordnung oder die Satzung missachtet oder die gesellschaftlichen Treupflichten verletzt<sup>2</sup>. Erfährt der Aufsichtsrat von rechtswidrigen Geschäften, muss er mit Hilfe seiner Überwachungsinstrumentarien eingreifen<sup>3</sup>. Das einzelne Kontrollmitglied kann sich nicht mit dem Hinweis darauf entlasten, dass der Gesetzes- oder Satzungsverstoß für die Gesellschaft nützlich und daher in ihrem Interesse erfolgt sei. Für illegales Verhalten gibt es keinen „sicheren Hafen“<sup>4</sup>.
- 479 Im Übrigen ist zwischen der vergangenheitsbezogenen und der zukunftsorientierten, begleitenden Überwachung zu unterscheiden. Im Rahmen der Kontrolle

1 Vgl. BGHZ 135, 244, 254 (ARAG), sowie die Definitionen von *Sven H. Schneider*, DB 2005, 707, 711; *Spindler*, AG 2006, 677, 681; *Semler*, in: FS Ulmer, 2003, S. 627 f.; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 442; *Hoor*, DStR 2004, 2104, 2105; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1994, S. 6 ff. und 23; *Heermann*, AG 1998, 201, 203; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843.

2 Stellungnahme Handelsrechtsausschuss DAV zum UMAG, NZG 2005, 388; s. auch Rdnr. 494 ff.

3 Vgl. BGHZ 124, 111, 127 (Vereinte Krankenversicherung), und LG Bielefeld, AG 2000, 136, 138 (Balsam): Pflicht zur Festlegung eines Zustimmungsvorbehalts zur Vermeidung gesetzwidriger bzw. satzungswidriger Geschäftsführungsmaßnahmen, dazu auch oben Rdnr. 143.

4 Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

bereits **abgeschlossener Sachverhalte** steht den Aufsichtsratsmitgliedern regelmäßig kein Handlungsermessen zu<sup>1</sup>. Die Prüfung reduziert sich hier auf die Frage, ob die Geschäftsführer die Grenzen ihres unternehmerischen Ermessens eingehalten haben, ob sie das geltende Recht und die Satzung beachtet und den Weisungen der Gesellschafter entsprochen sowie die Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensleitung beachtet haben. Ist das nicht der Fall, ist der Gesellschaft insbesondere ein Schaden entstanden, sind die Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet, nach § 111 Abs. 3 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 die Gesellschafterversammlung einzuberufen, damit die Gesellschafter über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beraten können (vgl. § 46 Nr. 8). Ein Ermessen steht den Aufsichtsratsmitgliedern insoweit in Anlehnung an die ARAG-Entscheidung des BGH nicht zu<sup>2</sup>.

Ermessensspielräume und damit Raum für die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule ergeben sich dagegen bei der **zukunftsbezogenen Aufsichtsrats-tätigkeit**. Das betrifft *zum einen* die Wahrnehmung **unternehmerischer Aufgaben**, die dem Aufsichtsrat kraft Gesetz oder Satzung übertragen sind. Hierzu gehört etwa die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, die Entscheidung über die Höhe der Geschäftsführervergütung<sup>3</sup> oder – beim fakultativen Aufsichtsrat – die Ausübung ihm übertragener Weisungsrechte gegenüber den Geschäftsführern<sup>4</sup>. *Zum anderen* stehen dem Aufsichtsrat dort Handlungsfreiräume zu, wo er die unternehmerische Tätigkeit der **Geschäftsführung begleitend überwacht**<sup>5</sup>. Gemeint sind vor allem die beratende Tätigkeit des Aufsichtsrats sowie die Kontrolle bedeutender Geschäftsvorhaben mittels Zustimmungsvorbehalten (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG<sup>6</sup>). Ebenso wenig wie die Geschäftsführer können die Kontrollmitglieder zukünftige Entwicklungen mit Sicherheit vorhersehen. Von den Aufsichtsratsmitgliedern kann daher nicht mehr als eine Vertretbarkeitskontrolle verlangt werden<sup>7</sup>. Sind die allgemeinen Grenzen des unternehmerischen Ermessens eingehalten, wurden insbesondere keine unvertretbaren Risiken eingegangen, bleibt der Aufsichtsrat haftungsfrei, mag sich die Aufsichtsratsentscheidung im Nachhinein auch als „falsch“ erweisen. Entscheidend ist stets eine Ex-ante-Betrachtung<sup>8</sup>.

§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG privilegiert nur die **informierte Entscheidung**. Unternehmerisches Ermessen kann daher nur derjenige für sich in Anspruch nehmen, der annehmen durfte, auf der **Grundlage angemessener Information** zu

1 Vgl. auch *Thümmel*, AG 2004, 83, 85 f.

2 Vgl. BGHZ 135, 244, 254; ebenso *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 99.

3 Vgl. § 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG i.V.m. § 84 AktG; die Bestellungskompetenz umfasst nach h.M. auch die Entscheidung über die Vergütung i.R. des Anstellungsvertrages, vgl. oben Rdnr. 164 ff. sowie *Raiser*, § 31 MitbestG Rdnr. 23 ff.; der fakultative Aufsichtsrat bedarf indessen für die Ausübung der Personalkompetenz einer entsprechenden Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag.

4 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 139.

5 LG Frankfurt a.M., AG 2005, 51, 52.

6 BGH, AG 2007, 168: Instrumente vorbeugender Kontrolle.

7 S. dazu *Kiethel*, WM 2005, 2122, 2125; *Doralt*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 9.

8 Vgl. auch *Thümmel*, AG 2004, 83, 87.

handeln<sup>1</sup>. Maßstab ist nicht die objektiv erforderliche Information, sondern diejenige, die ein in den Grenzen seiner Sorgfaltspflicht handelndes Aufsichtsratsmitglied für angemessen halten durfte<sup>2</sup>. Der Aufsichtsrat ist gehalten, sich aktiv diejenigen Informationen zu beschaffen, die für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung „vernünftigerweise“ erforderlich sind<sup>3</sup>. Die Beurteilung, wie viel Information benötigt wird, ist selbst eine unternehmerische Entscheidung und hängt von dem Risiko des Geschäfts für die Gesellschaft und der Eilbedürftigkeit der Entscheidung ab<sup>4</sup>. Dabei gilt, dass der Aufsichtsrat grundsätzlich von der Wahrheitsgemäßheit und Vollständigkeit der von den Geschäftsführern vorgelegten Informationen ausgehen darf (vgl. dazu Rdnr. 484). Das schließt Prognosen der Geschäftsführung mit ein, wenn sich diese in der Vergangenheit als verlässlich erwiesen haben und der Aufsichtsrat erfahrungsgemäß von einer intensiven Risikoprüfung der Unternehmensleitung ausgehen kann<sup>5</sup>.

- 482 Verlangt ist schließlich, dass das Aufsichtsratsmitglied sein Handeln am **Unternehmensinteresse** ausrichtet<sup>6</sup>. Das Unternehmensinteresse ist nicht gleichbedeutend mit den Interessen der Gesellschafter<sup>7</sup>. Das Aufsichtsratsmitglied wirkt daher nicht deswegen das Haftungsprivileg, weil es bei seinen Entscheidungen auch Arbeitnehmerinteressen und Interessen der Öffentlichkeit berücksichtigt<sup>8</sup>. Dagegen gelangt die Business Judgment Rule nicht zur Anwendung, wenn sich das Kontrollmitglied bei seiner Entscheidung von nicht berücksichtigungsfähigen **Sonderinteressen und sachfremden Erwägungen** beeinflussen lässt. Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn das Organmitglied zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen ihm nahe stehender Personen oder Gesellschaften handelt<sup>9</sup>. Die Vermutung pflichtgemäßen Verhaltens greift daher bspw. nicht, wenn ein Aufsichtsratsmitglied, das zugleich Leitungsmitglied der Hausbank der GmbH ist, an dem Zustimmungsbeschluss mitwirkt, mit dem der Darlehensvertrag mit „seiner“ Bank nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG genehmigt wird<sup>10</sup>. Für diese Fälle gilt, dass das betroffene Aufsichtsratsmitglied sowohl im Interesse der Gesellschaft als auch im eigenen Interesse von einer Mitwirkung an der fraglichen Entscheidung ausgeschlossen ist<sup>11</sup>. Legt es seinen Interessen-

1 OLG Oldenburg, GmbHR 2006, 1263.

2 Vgl. für den Vorstand: *Spindler*, AG 2006, 677, 681; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 691; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444; Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 12.

3 Zur Sachverhaltsfeststellung durch den Aufsichtsrat s. auch *Semler*, in: FS Ulmer, 2003, S. 627, 632 f.

4 *Spindler*, AG 2006, 677, 681; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444.

5 Vgl. *Kropff*, in: FS Raiser, 2005, S. 225, 235; *Spindler*, AG 2006, 677, 683 f.

6 BGHZ 135, 244, 255; anders (nur vorrangig) OLG Koblenz, NJW-RR 2000, 483, 484.

7 Vgl. dazu *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 6, C. II. 1. a) bb).

8 Ebenso *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 178; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 142, 260; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, 2008, § 6, C. II. 1. a) bb); für Geschäftsführer: § 37 Rdnr. 42; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S. 58.

9 Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

10 Vgl. dazu sowie zu weiteren Beispielen *Lutter*, in: FS Priester, 2007, S. 417 ff.

11 Zum Ganzen ausführlich *Lutter*, in: FS Priester, 2007, S. 417 ff.; *Lutter*, in: FS Canaris, Band II, 2007, S. 245; zu Interessenkonflikten im Konzern s. *Altmeppen*, ZHR 171 (2007), 320 ff., und *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342 ff.

konflikt nicht offen und nimmt dennoch an der Entscheidung teil, trifft es im Schadensfalle die volle Beweislast, gleichwohl mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers gehandelt zu haben.

### ccc) Einzelfälle

Aufsichtsratsmitglieder sind zur regelmäßigen **Teilnahme** an Aufsichtsratssitzungen verpflichtet<sup>1</sup>. Überschneidungen mit anderen Verpflichtungen entschuldigen nur, wenn nicht angemessen terminiert wurde. 483

Aufsichtsratsmitglieder sind verpflichtet, sich umfassend zu **informieren**. Sie haben eine aktive Informationsbeschaffungspflicht. Dazu gehört auch eine entsprechende Vorbereitung von Aufsichtsratssitzungen. Es ist darauf hinzuwirken, dass die Geschäftsführer regelmäßig, zeitnah und umfassend Bericht erstatten. Bei Entscheidungen im Einzelfall haben die Geschäftsführer alle maßgeblichen Entscheidungskriterien aufzubereiten und hierüber zu berichten. Die Aufsichtsratsmitglieder haben zu beurteilen, ob die Information ausreicht. Gegebenenfalls muss ergänzt werden<sup>2</sup>. Die Pflicht zur Information besteht unabhängig davon, ob ein konkreter Anlass zu Misstrauen besteht oder nicht<sup>3</sup>. Erforderlich sein können auch persönliche Besichtigungen von Betriebsstätten oder von Bauprojekten im In- und Ausland, wenn dies für eine angemessene Beurteilung des Sachverhalts erforderlich ist<sup>4</sup>. Ermittlungen an den Geschäftsführern vorbei sind allerdings nur geboten, wenn ein Anlass besteht, dass sie nicht zutreffend informieren<sup>5</sup>. 484

Entdeckte **Misstände** gebieten vertiefte Nachforschungen<sup>6</sup>. Erfährt ein Aufsichtsratsmitglied außerhalb einer Sitzung des Aufsichtsrats, und sei es auch nur in Form von Gerüchten, über schwerwiegende Vorgänge, so sind unverzüglich zunächst der Aufsichtsratsvorsitzende und, wenn dieser nicht die Information der anderen Aufsichtsratsmitglieder übernimmt, alle anderen Aufsichtsratsmitglieder zu unterrichten<sup>7</sup>. Auch Gerüchten über ungewisse und unkorrekte Maßnahmen ist nachzugehen, wenn durch sie eine **existenzielle Gefährdung** für die Gesellschaft begründet wird<sup>8</sup>. Weitergehende Nachforschungen 485

1 Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 43; a.A. Skibbe, GmbHR 1961, 6. Aus den Protokollen der Aufsichtsratssitzungen der im Jahr 1994 in Krise geratenen Metallgesellschaft soll sich ergeben, dass im vorangegangenen Geschäftsjahr teilweise über die Hälfte der Anteilseignervertreter nicht anwesend war (Quelle: Börsen-Zeitung vom 26. 2. 1994).

2 Roth, AG 2004, 1, 8; Kropff, in: FS Raiser, 2005, S. 238.

3 BGH, NJW 1978, 425; OLG Düsseldorf, AG 1984, 275 (KG) = WM 1984, 1080; Kropff, in: FS Raiser, 2005, S. 231.

4 OLG Düsseldorf, AG 1984, 275.

5 Spindler, in: MünchKomm. AktG, § 90 Rdnr. 36; Hüffer, AktG, § 90 Rdnr. 11; Dreher, in: FS Ulmer, 2003, S. 89; Brandi, ZIP 2000, 173; tendenziell weiter Kropff, in: FS Raiser, 2000, S. 238.

6 BGH, WM 1979, 1425, 1427 (KG); Hüffer, ZGR 1981, 348; Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 7; Meyer, DStR 1997, 1894; kritisch: Schulze-Osterloh, ZIP 1998, 2129, 2133.

7 LG Bielefeld, WM 1999, 2457 = ZIP 2000, 20 (H. P. Westermann) = BB 1999, 2630 (Thümmel) = EWiR, § 116 AktG, 2000, 107 (v. Gerkan) = WuB II A. § 116 AktG 1.01 (Ott); LG Dortmund, AG 2002, 97.

8 LG Bielefeld, WM 1999, 2457.

sind schließlich auch dann geboten, wenn die Neutralität einer Informationsquelle in Frage steht<sup>1</sup>.

- 486 Nur ausnahmsweise ist eine berufliche Schweigepflicht anzuerkennen.
- 487 Bei **Rechtsgeschäften** ist die Zweckmäßigkeit des Abschlusses sorgfältig zu prüfen. Das gilt insbesondere bei risikoreichen Rechtsgeschäften. Das schließt etwa bei einem Kreditinstitut mit ein, der Frage nachzugehen, ob bei Großkrediten durch die Geschäftsführer die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers geprüft wurde, dass die Sicherungsgeschäfte rechtswirksam sind usw.<sup>2</sup> Bedenken an der Zweckmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit oder vor allem Rechtmäßigkeit ist vertieft nachzugehen, und zwar durch eigene weitergehende Untersuchungen, § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG, oder aber durch Sonderprüfungen, § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG<sup>3</sup>. Aufsichtsratsmitglieder sind aber nicht verpflichtet, Geschäfte zu verhindern, die mit einem Risiko verbunden sind<sup>4</sup>. Sie sind hierzu nicht einmal berechtigt<sup>5</sup>.
- 488 Bei ungewöhnlich leichtfertigen Maßnahmen der Geschäftsführung, z.B. einer sehr verlustreichen Beteiligung, muss der Aufsichtsrat seine Zustimmung aber verweigern und alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel einsetzen, um die Geschäftsführer von ihrem Vorhaben abzubringen<sup>6</sup>. Gelingt dies nicht, so sind die **Gesellschafter zu informieren**<sup>7</sup>. Diese Informationspflicht besteht auch für das einzelne überstimmte Aufsichtsratsmitglied. Es reicht nicht aus, dass Bedenken mündlich vorgetragen oder im Sitzungsprotokoll schriftlich festgehalten werden<sup>8</sup>.
- 489 Vor allem darf ein Aufsichtsratsmitglied nicht von sich aus den Geschäftsführern **nachteilige Rechtsgeschäfte**, z.B. die Eingehung einer besonders riskanten Wechselverpflichtung nahelegen<sup>9</sup>.
- 490 Sind bestimmte Maßnahmen, z.B. Rechtsgeschäfte, nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG der **Zustimmung des Aufsichtsrats** unterworfen, so darf ein Aufsichtsratsmitglied nicht zustimmen, wenn die Maßnahme für die Gesellschaft nachteilig ist<sup>10</sup>. Eine Pflichtverletzung liegt auch dann vor, wenn er ohne ausreichende Information und als Folge hiervon ohne die gebotene Chancen- und Risikobewertung, zustimmt<sup>11</sup>. Er soll jedoch nicht haften, wenn er sich

1 Vgl. BGH, ZIP 2007, 224, 226.

2 Vgl. dazu österr. OGH, AG 1983, 81; *Hommelhoff*, in: FS Werner, 1984, S. 315; *Witte/Hrubesch*, BB 2004, 725 ff.

3 RGZ 161, 129, 140; BGHZ 69, 207, 214.

4 BGH, NJW 1977, 2311.

5 A.A. LG Darmstadt, AG 1987, 218; wie hier: *Götz*, AG 1997, 219, 220; v. *Westphalen*, *Derivatивgeschäfte, Risikomanagement und Aufsichtsratshaftung*, 2000, S. 166.

6 BGHZ 69, 207, 214 = WM 1977, 1221; BGH, ZIP 2007, 224 ff.

7 RGZ 152, 273 (Genossenschaft); s. auch OLG Dresden, AG 2003, 435 (AG).

8 So aber missverständlich: *Peltzer*, WM 1981, 352; wie hier: *Ulmer*, AG 1982, 300, 302; *Semler*, in: *MünchKomm. AktG*, § 116 Rdnr. 54.

9 BGH, NJW 1980, 1629 = WM 1980, 162; BGH, WM 1983, 957.

10 BGH, ZIP 2007, 224 = AG 2007, 167.

11 BGH, ZIP 2007, 224.

der Stimme enthält<sup>1</sup>. Im Zweifel sind aber die Gesellschafter zu informieren.

An **Abstimmungen** ist mitzuwirken. Ein Aufsichtsratsmitglied darf sich nicht ohne Begründung und vor allem nicht ständig der Stimme enthalten<sup>2</sup>. Werden einem Aufsichtsratsmitglied besondere Aufgaben zugewiesen, muss er sie übernehmen. Wird er als Mitglied eines Ausschusses bestellt, so hat er die Bestellung anzunehmen, wenn er über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt. 491

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind ebenso zu verhindern<sup>3</sup> wie unberechtigte Entnahmen des Geschäftsführers<sup>4</sup>. Gehört zu den Aufgaben des Aufsichtsrats die Genehmigung des Jahresabschlusses und die Verteilung des aus diesem sich ergebenden Reingewinns, so ist die **Auszahlung von Gewinnvorschüssen** bei erheblichen Verlusten der Gesellschaft pflichtwidrig<sup>5</sup>. Auf einen wirksamen Gesellschafterbeschluss können sich die Mitglieder des Aufsichtsrats zwar ebenso berufen wie die Geschäftsführer<sup>6</sup>. Ein **Gesellschafterbeschluss entlastet** die Aufsichtsratsmitglieder aber nur, wenn die Gesellschafter über die Maßnahme zutreffend unterrichtet waren<sup>7</sup>. 492

#### cc) Verletzung der Mitwirkungspflichten

Schadensersatzbegründend kann die Verletzung der Pflichten sein, an bestimmten Entscheidungen mitzuwirken. Dazu gehört die fehlerhafte Auswahl, Bestellung und (unterlassene) Abberufung von Geschäftsführern, soweit diese kraft Gesetzes oder kraft Satzung (s. Rdnr. 164 ff.) dem Aufsichtsrat obliegen<sup>8</sup>. In Betracht kommen auch alle anderen durch die Satzung zugewiesenen Mitentscheidungen, etwa der sorgfaltswidrige Abschluss des Anstellungsvertrags, das Versprechen eines unangemessenen Gehalts oder einer überzogenen Abfindung<sup>9</sup>. 493

#### dd) Verletzung der Loyalitätspflichten

Die Aufsichtsratsmitglieder schulden der Gesellschaft nicht nur bei der Erfüllung ihrer Organpflichten, sondern auch außerhalb ihrer Organtätigkeit ein loyales Verhalten. Der Inhalt der Loyalitätspflichten<sup>10</sup> (Treupflicht) ist vom Inhalt und vom Umfang der Aufgaben, die dem Aufsichtsrat übertragen sind, 494

1 LG Berlin, ZIP 2004, 73.

2 *Beuthien*, GenG, 14. Aufl., § 41 Rdnr. 8.

3 Vgl. BGHZ 64, 238; LG Dortmund, AG 2002, 97.

4 Vgl. BGHZ 69, 207, 222.

5 BGH, WM 1977, 1446 f. (Verwaltungsrat einer Publikums-KG).

6 S. bei § 43 Rdnr. 119 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 19; für die AG: *Semler*, in: Münch-Komm. AktG, § 116 Rdnr. 555.

7 RGZ 152, 273 (Aufsichtsrat einer Genossenschaft); BGHZ 69, 207, 216 = WM 1977, 1221 (Verwaltungsrat einer Publikums-KG).

8 *Schäfer/Missling*, NZG 1998, 441, 445 (AG).

9 BGH, AG 2006, 110.

10 Gegen diesen Begriff: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 66.

abhängig. Er bedarf der Konkretisierung. Die Verschwiegenheitspflicht, das Wettbewerbsverbot (s. Rdnr. 505), das Verbot, Informationen, die bei der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied erlangt wurden, im eigenen Interesse zum Schaden der Gesellschaft auszunutzen, bilden nur Fallgruppen.

### aaa) Verschwiegenheitspflicht

**Schrifttum:** *Claussen*, Über die Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, AG 1981, 57; *Flore*, Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, BB 1993, 133; *Gaul*, Information und Vertraulichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH, GmbHR 1986, 293; v. *Hoyningen-Huene*, Die Information der Belegschaft durch Aufsichtsrats- und Betriebsratsmitglieder, DB 1979, 2422; *Lange*, Zulässigkeitsvoraussetzungen einer gesellschaftsfinanzierten Aufsichtsrats-D&O-Versicherung, ZIP 2001, 1524; *Lutter*, Zum Verhältnis von Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, BB 1980, 291; *Mertens*, Zur Berichtspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat, AG 1980, 67; *Reuter*, Informationsrecht in Unternehmen und Betrieb, ZHR 144 (1980), 493; *Säcker*, Vorkehrungen zum Schutz der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder, in: FS R. Fischer, 1979, S. 635; *Schwintowski*, Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats, NJW 1990, 1009; *Seiter*, Unternehmensmitbestimmung und Tarifaueinandersetzungen, in: FS G. Müller, 1981, S. 589; *Sina*, Zur Berichtspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat bei drohender Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch einzelne Aufsichtsratsmitglieder, NJW 1990, 1016; v. *Stebut*, Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, 1972; *Theisen*, Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder der mitbestimmten GmbH nach den Vorschriften in Gesellschaftsvertrag und Aufsichtsratsgeschäftsführung, GmbHR 1979, 134; *Tiefenbacher*, Die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 1989.

- 495 Die Aufsichtsratsmitglieder haben über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind, gegenüber Dritten, aber auch gegenüber einzelnen Gesellschaftern zu schweigen. **Diese Schweigepflicht ist Teil der ihnen auferlegten Loyalitätspflichten**<sup>1</sup>. Sie ergibt sich für den fakultativen Aufsichtsrat aus § 52 i.V.m. § 116 AktG, für den mitbestimmten Aufsichtsrat aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG bzw. aus § 25 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MitbestG jeweils i.V.m. §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. § 116 AktG ist durch das TransPuG um folgenden Satz ergänzt worden: „Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet.“ Die unbefugte Offenbarung von Geheimnissen durch Aufsichtsratsmitglieder ist strafbar, § 85 (Antragsdelikt). Die Schweigepflicht besteht nicht im Verhältnis zu den Geschäftsführern, zur Gesellschafterversammlung und gegenüber der Gesellschaftergesamtheit<sup>2</sup>. Sie besteht daher auch nicht gegenüber einem Alleingesellschafter<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Allgemein: BGHZ 64, 327.

<sup>2</sup> OLG Hamburg, AG 1984, 251; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 605; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 143; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, Rdnr. 25; enger: *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 184; a.A.: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 65.

<sup>3</sup> S. zur Schweigepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern einer kommunalen GmbH: *Keßler*, GmbHR 2000, 77.



Die Schweigepflicht berechtigt das Aufsichtsratsmitglied, auch im **Zivilprozess** 496 das Zeugnis zu verweigern, wenn sich die Vernehmung auf Tatsachen erstreckt, zu deren Geheimhaltung es verpflichtet ist (vgl. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO)<sup>1</sup>. Das gilt mit Blick auf §§ 52 ff. StPO nicht für das **strafprozessuale** Zeugnisverweigerungsrecht<sup>2</sup>.

Für den **fakultativen Aufsichtsrat** können aufgrund der Gestaltungsfreiheit der 497 Gesellschafter die Gegenstände, der Umfang der Schweigepflicht, die Dauer und das Verfahren bei der Offenlegung durch die Satzung oder durch eine Geschäftsordnung umfassend geregelt werden<sup>3</sup>. Zulässig ist es daher, den Aufsichtsratsmitgliedern im Verhältnis zu Dritten ein allgemeines Schweigegebot über ausnahmslos alle Vorgänge, die im Aufsichtsrat beraten wurden, aufzuerlegen. Fehlt es an solchen Bestimmungen, so gelten die folgenden Ausführungen entsprechend.

Für den **mitbestimmten Aufsichtsrat**, unabhängig ob nach DrittelbG oder nach 498 MitbestG, sind der **gesetzliche Umfang und die Grenzen der Schweigepflicht** zwingend. Die Satzung und eine Geschäftsordnung können die Schweigepflicht nicht verschärfen<sup>4</sup>. Durch eine Geschäftsordnung kann die Schweigepflicht nicht gemildert werden. Pflichten, vor einer Offenbarung bestimmte Verfahrensregeln einzuhalten, können durch die Satzung oder eine Geschäftsordnung nicht begründet werden<sup>5</sup>.

Die Schweigepflicht besteht für **alle Aufsichtsratsmitglieder in gleicher Weise**<sup>6</sup>. 499 Sie ist für die Arbeitnehmervertreter nicht deshalb gemindert, weil diese ihre Wähler umfassend informieren müssten. Der Aufsichtsrat soll den gesellschaftsinternen Entscheidungsprozess fördern. Er ist ein Innenorgan. Daher ist

1 Str., wie hier: OLG Koblenz, WM 1987, 480 = WuB II C. § 43 GmbHG 2.87 (*Heinsius*); *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 116 Rdnr. 444; *Marsch-Barner*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder*, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 18; *Heyder*, in: *Michalski*, Rdnr. 184; a.A. *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 93 Rdnr. 85.

2 H.M., anstelle anderer: *Semler*, in: *MünchKomm. AktG*, § 116 Rdnr. 444.

3 A.A.: *Meyer-Landrut*, ZGR 1976, 510, 516; wie hier aber: *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 144; *Lutter*, *Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, 3. Aufl., Rdnr. 777; *Edenfeld/Neufang*, AG 1999, 53.

4 *Meyer-Landrut*, ZGR 1976, 516; *Säcker*, DB 1977, 1798 Fn. 49; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Anm. 126; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 136; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Anm. 108; *Lutter*, *Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, 3. Aufl., Rdnr. 766 ff.; *Theisen*, *GmbHR* 1979, 135; *Nagel*, *BB* 1979, 1804; a.A.: *Wessing/Hölter*, DB 1976, 1673; *Steger*, DB 1977, Beilage 8, S. 58.

5 A.A.: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 126; *Wessing/Hölter*, DB 1976, 1673; *Säcker*, *Informationsrechte*, 1979, S. 71; wie hier: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 109; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 37; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, § 25 MitbestG Rdnr. 115.

6 BGHZ 64, 325, 331; *Mertens*, AG 1975, 235; *H. P. Westermann*, ZGR 1977, 219, 227; *Werner*, ZGR 1977, 236; *Lutter*, *Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, 3. Aufl., Rdnr. 200, 566; *Wilde*, ZGR 1998, 431; für Aufsichtsratsmitglieder öffentlicher Unternehmen: *Schwintowski*, *NJW* 1990, 1009; einschränkend: *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, § 25 MitbestG Rdnr. 100 (anders bei außergewöhnlichen Umständen); zum Ganzen: *Tiefenbacher*, *Die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat*, 1989.

die Schweigepflicht auch nicht gegenüber der Belegschaft, dem Betriebsrat oder den Gewerkschaften gelockert<sup>1</sup>. Zur Weitergabe von geheimen und geheimhaltungsbedürftigen Informationen an den Betriebsrat sind nur die Geschäftsführer berechtigt<sup>2</sup>. Dagegen besteht keine Pflicht zur Verschwiegenheit gegenüber den Geschäftsführern und den Gesellschaftern<sup>3</sup>. Dies folgt aus § 51a, vor allem aber aus dem Erfordernis, die Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftsorganen zu ermöglichen. Dies verlangt völlige Offenheit, und zwar auch über die Entscheidungsprozesse im Aufsichtsrat<sup>4</sup>.

- 500 Verlangt die Vor- oder Nachbereitung der Aufsichtsratsstätigkeit die Einschaltung Dritter, z.B. von Rechtsberatern, Wirtschaftsprüfern usw., so kann dies eine Offenlegung rechtfertigen. Das Aufsichtsratsmitglied muss solche Dritte aber sorgfältig auswählen und sie auf die Verschwiegenheit verpflichten. Für den Bruch der Verschwiegenheit Dritter muss das Aufsichtsratsmitglied indessen nur bei schuldhaft fehlerhafter Auswahl einstehen<sup>5</sup>.
- 501 Offengelegt werden dürfen durch ein Aufsichtsratsmitglied geheime und geheimhaltungsbedürftige Informationen gegenüber Dritten, die ein Recht zur Entsendung eines Aufsichtsratsmitglieds haben (s. dazu Rdnr. 222), gegenüber Sachverständigen (s. Rdnr. 154) und gegenüber Dritten, etwa Behörden, wenn dies die einzige und letzte Möglichkeit ist, eine **schwerwiegende Rechtsverletzung** durch die Gesellschaft abzuwenden. Auch im zuletzt genannten Fall muss sich ein Aufsichtsratsmitglied aber zunächst an die Gesellschafter wenden.
- 502 Vertraulich zu behandeln sind solche Tatsachen, die nicht allgemein bekannt sind und für die ein **Geheimhaltungsbedürfnis** besteht. Maßstab für das Geheimhaltungsbedürfnis ist das objektive Interesse der Gesellschaft<sup>6</sup>. Welche Vorgänge vertraulich zu behandeln sind, muss daher das einzelne Aufsichtsratsmitglied nach objektiven Kriterien selbstverantwortlich entscheiden. Es hat hierbei kein Ermessen<sup>7</sup>. Erklärungen der Geschäftsführer oder Beschlüsse des Aufsichtsrats im Einzelfall sind nur ein Indiz für die Geheimhaltungsbedürftig-

1 *Lutter*, BB 1980, 291; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 106; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 915; *Roschmann/Frey*, BB 1996, 449; *Edenfeld/Neufang*, AG 1999, 52; a.A.: *Kittner*, ZHR 136 (1972), 208; *Pfarr*, MitbestGespr. 1976, 51; *Schmidt/Zachert*, MitbestGespr. 1979, 227; *Nagel*, BB 1979, 1803.

2 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 502 ff.; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 915; a.A. *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., Rdnr. 554.

3 A.A.: *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 65; wie hier: *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 143; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 17; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 914.

4 A.A. insoweit: *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 143.

5 A.A. *Marsch-Barner*, in: *Semler/v. Schenck* (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 47.

6 BGHZ 64, 329.

7 *G. Hueck*, RdA 1975, 39; *Rittner*, in: FS Hefermehl, 1976, S. 369; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 442 ff.; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 104; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Rdnr. 902; *Flore*, BB 1993, 133; a.A.: *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 116 Rdnr. 46; *Kittner*, ZHR 136 (1972), 240.

keit<sup>1</sup>. Die Einhaltung von Vertraulichkeitsrichtlinien und des darin vorgesehenen Verfahrens<sup>2</sup> kann nicht entpflichten, wohl aber entschuldigen. Den Geheimhaltungswillen bilden die Gesellschafter bzw. die Geschäftsführer.

Abstrakt lassen sich keine geschlossenen Fallgruppen bilden. Möglich sind nur **indizielle Einteilungen**. Mit dieser Einschränkung sind typischerweise geheimhaltungsbedürftig<sup>3</sup>: Finanz- und Investitionspläne, Produktions- und Absatzpläne, Forschungsvorhaben und Forschungsaufwand, spezielle Herstellungsverfahren, Kundenlisten, Vertriebsstruktur und Marktanteile, schwebende Vertragsverhandlungen und der jährliche Prüfungsbericht des Abschlussprüfers. 503

Vertraulich zu behandeln sind ferner alle Angaben über das **Beratungs- und Entscheidungsgeschehen** im Aufsichtsrat, insbesondere das eigene und fremde Abstimmungsverhalten<sup>4</sup>, die Gegenstände und der Gang der Beratung usw., sowie alle Personalangelegenheiten, insbesondere die Namen von Bewerbern für Geschäftsführerposten bei der mitbestimmten GmbH, der Inhalt der Anstellungsbedingungen usw.<sup>5</sup> 504

### bbb) Wettbewerbsverbot

Bei der Aktiengesellschaft ist streitig, ob Aufsichtsratsmitglieder einem Wettbewerbsverbot unterliegen, und es ist streitig, ob sie gleichzeitig den Aufsichtsräten von Unternehmen angehören dürfen, die im Wettbewerb stehen<sup>6</sup>. Für die GmbH ist dies gleichfalls streitig. Höchststrichterlich ist die Frage für die GmbH in jüngerer Zeit nicht entschieden<sup>7</sup>. In der Lehre wird nicht hinreichend auf die Besonderheiten der GmbH abgestellt. Teilweise wird die Ansicht vertreten, das Aufsichtsratsmandat sei ein Nebenamt, die Treuepflicht dürfe nicht überspannt werden. Daher bestehe kein Wettbewerbsverbot<sup>8</sup>. 505

1 Enger: *Flore*, BB 1993, 134: Beschluss ist „bindend“.

2 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 419 ff., 704 ff.

3 S. auch *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 65.

4 BGHZ 64, 325, 332; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 65; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 140; AG München, WM 1986, 974 = WuB II A § 103 Abs. 3 AktG 1.86 (*W. Werner*); *Rittner*, in: FS Hefermehl, 1976, S. 365, 371; *Mertens*, AG 1975, 235; *Hengeler*, in: FS Schilling, 1973, S. 175, 188; *Gaul*, GmbHR 1986, 300; a.A.: *Naendrup*, in: GK-MitbestG, § 25 Rdnr. 129; differenzierend: *Säcker*, NJW 1986, 807: nur fremdes Abstimmungsverhalten.

5 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Rdnr. 493 ff. m.w.N.

6 Für Inkompatibilität und gesetzliches Wettbewerbsverbot bei der AG: *Lutter*, ZHR 145 (1981), 224; *Lutter*, in: FS Beusch, 1993, S. 509; *Lutter/Kirschbaum*, ZIP 2005, 103, 104 f.; *Säcker*, in: FS Rebmann, 1989, S. 781, 792; *Scheffler*, DB 1994, 795; *Reichert/Schlitt*, AG 1995, 241; für eine differenzierte Betrachtung: *Werner*, ZHR 145 (1981), 252; *Decher*, ZIP 1990, 277, 287; Deutscher Corporate Governance Kodex Ziff. 5.4.2; gegen Wettbewerbsverbot: *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 100 Rdnr. 11; *Hüffer*, AktG, § 103 Rdnr. 13b; *Uwe H. Schneider*, BB 1995, 365; *Hoffmann-Becking*, in: FS Havermann, 1995, S. 233; *Kübler*, in: FS Claussen, 1997, S. 239. S. auch § 105 Abs. 2 Satz 4 AktG.

7 Gegen Wettbewerbsverbot bei GmbH: RGZ 165, 68, 82.

8 *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 135; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 66; *Verse*, in: *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg.), *Handbuch Managerhaftung*, § 20 Rdnr. 63 ff.; ähnlich: *Salfeld*, *Wettbewerbsverbote im Gesellschaftsrecht*, 1987, S. 202.

- 506 Dem ist nicht zu folgen. Für die GmbH bedarf es einer eigenständigen Wertung (s. auch Wettbewerbstätigkeit als Bestellungshindernis bei Rdnr. 261). Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft orientiert sich die GmbH an einem personalistischen Strukturtypus (s. Einl. Rdnr. 2). Ins Verhältnis zu setzen ist das Wettbewerbsverbot des Gesellschafters mit dem Wettbewerbsverbot von Aufsichtsratsmitgliedern. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass die umfassende tatsächliche Information des Gesellschafters das Wettbewerbsverbot begründet (s. bei § 43 Rdnr. 154), so muss dasselbe für Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH gelten<sup>1</sup>. Sie sind verpflichtet, sich umfassend zu informieren. Sie erhalten umfassende Information, sie sollen sie aber nicht für eigene Zwecke verwenden. Das begründet bei der GmbH ein Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder. Doch hindert dies die Gesellschafter nicht, zumindest in der Satzung vom Wettbewerbsverbot zu befreien.
- 507 Keinem Wettbewerbsverbot unterliegt der **Alleingesellschafter**, der zugleich Aufsichtsratsmitglied seiner Gesellschaft ist (s. dazu auch bei § 43 Rdnr. 188). Das Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder besteht auch nicht bei **Konzernlagen**. Daher können Aufsichtsratsmitglieder auch Aufsichtsratsmitglied bei Unternehmen sein, die zum selben Konzern gehören, selbst wenn diese im selben Handelszweig tätig sind. Einer besonderen Befreiung bedarf es für diesen Fall nicht<sup>2</sup>.
- 508 **Befreiung** vom Wettbewerbsverbot als Aufsichtsratsmitglied kann durch Gesellschafterbeschluss im Einzelfall erteilt werden (s. auch bei § 43 Rdnr. 185 ff.).

### ccc) Persönliche Interessenverfolgung und Interessenkollision

- 509 Aufsichtsratsmitglieder sind häufig Personen, die vielfältigen Erwartungen und Pflichten unterliegen und die unterschiedliche Interessen wahrnehmen sollen. Als Mitglied eines Familienstammes sollen die Interessen der jeweiligen Angehörigen, als Vertreter der Arbeitnehmer sollen die Arbeitnehmerinteressen berücksichtigt werden. Da Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt im Nebenberuf ausüben, sind ihnen zugleich vertragliche Pflichten aus ihrer Haupttätigkeit, etwa als Vorstandsmitglied eines Zulieferers oder einer Bank oder als Gewerkschaftssekretär auferlegt. Aus den daraus entstehenden Interessenkollisionen ergeben sich nicht nur besondere gesellschaftsrechtliche Probleme<sup>3</sup>, sondern das Aufsichtsratsmitglied gerät auch in Gefahr, sich bei Verletzung seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft nach § 266 StGB (Untreue) strafbar zu machen, wenn der Gesellschaft aus seinem Verhalten Schaden entstanden ist.

1 Zustimmend: *Fleck*, GmbHR 1995, 883; sowie allgemein: *Kellermann*, in: FS Fischer, 1979, S. 316: Wettbewerbsverbot als Folge umfassender Kenntnis; differenzierend: *Matt-hießen*, Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989, S. 202: Wettbewerbsverbot nur bei beherrschendem Einfluss; *Armbrüster*, ZIP 1997, 1269, 1278: bei Einfluss auf laufende Geschäftsführung.

2 Zur entsprechenden Lage bei Geschäftsführern: *Mertens/Cahn*, in: FS Heinsius, 1991, S. 545 sowie *Thiel*, GmbHR 1992, 342.

3 Dazu ausführlich *Lutter*, in: FS Priester, 2007, S. 417 ff.

Bei Interessenkollisionen ist zunächst danach zu unterscheiden, ob das Aufsichtsratsmitglied im Rahmen der Organtätigkeit bei der Überwachung, bei der Beschlussfassung usw. handelt oder außerhalb hiervon. Die Förderpflichten obliegen dem Aufsichtsratsmitglied nur, soweit es seine Aufsichtsratsarbeit wahrnimmt. Die Loyalitätspflichten sind ihm auch außerhalb hiervon auferlegt. 510

**Bei Wahrnehmung der dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgaben** sind Maßstab und Grenze der den Aufsichtsratsmitgliedern auferlegten **Organpflichten** allein die Gesellschaftsinteressen. Die Interessen der Gesellschaft haben unbedingten Vorrang. **Geschäftschancen**, über die ein Aufsichtsratsmitglied **im Rahmen seiner Organtätigkeit** (s. aber auch Rdnr. 513) informiert wird, stehen ausschließlich der Gesellschaft zu. Aufsichtsratsmitglieder dürfen sie nicht an sich ziehen<sup>1</sup>. Zwar braucht das Aufsichtsratsmitglied eigene Interessen und die Interessen Dritter, etwa seines Arbeitgebers, nicht zu vernachlässigen, sondern kann sie im Rahmen des unternehmerischen Ermessens berücksichtigen. Weder Interessenkollisionen noch entgegenstehende Rechtspflichten, etwa aufgrund einer Tätigkeit in einem anderen Unternehmen, begrenzen aber die Förderpflichten, die dem Aufsichtsratsmitglied auferlegt sind. Sie bilden auch keinen Entschuldigungsgrund<sup>2</sup>. Zum Stimmrechtsausschluss bei Interessenkollision s. Rdnr. 413. 511

Ist eine Person **in mehreren Unternehmen Mitglied des Aufsichtsrats**, so ist sie hierdurch nicht privilegiert<sup>3</sup>. Daher ist zwar ein Aufsichtsratsmitglied nicht verpflichtet, Geschäftsgeheimnisse, die es im Rahmen seiner Haupttätigkeit oder als Aufsichtsratsmitglied eines anderen Unternehmens erlangt hat, zu offenbaren<sup>4</sup>. Es reicht aber auch nicht aus, wenn das Aufsichtsratsmitglied dem Gesamtorgan den Interessenwiderstreit offenbart und sich der Stimme enthält<sup>5</sup>; denn die Förderpflichten gebieten, die Interessen der Gesellschaft aktiv zu verfolgen und vor allem Schaden von der Gesellschaft abzuwehren. 512

**Außerhalb seiner Organtätigkeit** obliegen dem Aufsichtsratsmitglied nur **Loyalitätspflichten**. Auch diese Organnebenpflichten werden durch entgegenstehende Rechtspflichten nicht eingeschränkt. Freilich ist das Aufsichtsratsmitglied hierdurch *erstens* nicht gehalten, außerhalb der Organtätigkeit, etwa beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit der Gesellschaft, eigene Interessen oder die 513

1 Ähnlich *Merkt*, ZHR 159 (1995), 423, 432.

2 RGZ 165, 68, 82; BGH, NJW 1980, 1629: „Keine Spaltung einer Person mit kollidierenden Pflichten“; *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, 1958, S. 96; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 121; *Ulmer*, NJW 1980, 1603; *Lutter*, ZHR 145 (1981), 224; *Werner*, ZHR 145 (1981), 252; einschränkend: *Fischer*, in: In Memoriam K. Duden, 1982, S. 64.

3 A.A.: *Lutter*, ZHR 145 (1981), 247 f.

4 Auf den Einzelfall abstellend: *Fischer*, in: In Memoriam K. Duden, 1982, S. 64.

5 So aber: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 133; *Mertens*, in: Köln-Komm. AktG, § 93 Rdnr. 22; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 116 Rdnr. 199 ff.; *Fischer*, in: In Memoriam K. Duden, 1982, S. 65; wie hier: *Ulmer*, NJW 1980, 1605; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 97.

Interessen eines Dritten, bei dem er gleichzeitig Organmitglied ist, zurückzustellen<sup>1</sup>. *Zweitens* darf ein Aufsichtsratsmitglied im Gegensatz zu einem Geschäftsführer auch Geschäftschancen, die ihm außerhalb seiner Organtätigkeit bekannt werden, nutzen<sup>2</sup>. Aber auch dann dürfen Aufsichtsratsmitglieder *drittens* weder zum Nachteil der Gesellschaft auf diese einwirken, selbst wenn das Aufsichtsratsmitglied damit gegenläufige Rechtspflichten erfüllt<sup>3</sup>, noch dürfen sie Kenntnisse, die sie als Aufsichtsratsmitglieder erlangt haben, im eigenen Interesse oder im Interesse einer anderen beruflichen Tätigkeit ausnutzen<sup>4</sup>.

- 514 Daraus folgt, welchen Bindungen die Arbeitnehmervertreter im **Arbeitskampf** unterliegen. Im Arbeitskampf ruhen die Pflichten der als Arbeitnehmervertreter gewählten Aufsichtsratsmitglieder nicht. Das folgt aus ihrer Einbindung und Gleichstellung im Aufsichtsrat<sup>5</sup>. Wohl aber haben sich die Arbeitnehmervertreter bei einer Beteiligung an einem Arbeitskampf zurückzuhalten. Zwar ist eine passive Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik nicht ausgeschlossen; denn außerhalb seiner Aufsichtsratsarbeit ist das Aufsichtsratsmitglied nicht gehalten, eigene Interessen auszublenden. Darüber besteht heute Einigkeit<sup>6</sup>. Ob eine aktiv führende Beteiligung im Arbeitskampf pflichtwidrig ist, lässt sich dagegen nur im Einzelfall beurteilen. Zu prüfen ist, ob das Aufsichtsratsmitglied hierbei seine Loyalitätspflichten verletzt, die auch außerhalb der Aufsichtsratsarbeit fortbestehen. Pflichtwidrig wäre daher nicht nur die Offenbarung geheimer Vorgänge aus der Aufsichtsratsarbeit, sondern auch die persönliche Ausnutzung von besonderen Kenntnissen und des Einflusses zugunsten einer effektiveren Streikführung. Ist dies nicht gegeben, so dürfen die Arbeitnehmervertreter aber auch aktiv am Streik teilnehmen<sup>7, 8</sup>.

1 Eb. *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 116 Rdnr. 29; *Fleck*, in: FS Heinsius, 1991, S. 91.

2 Ebenso *Fleck*, in: FS Heinsius, 1991, S. 92.

3 BGH, NJW 1980, 1629; *Werner*, ZHR 145 (1981), 252 (für Bankenvertreter); *Hanau*, ZGR 1977, 404 (für Arbeitnehmervertreter); *Fleck*, in: FS Heinsius, 1991, S. 94; weitergehend: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 115.

4 *Fleck*, in: FS Heinsius, 1991, S. 99.

5 H.M.: *Dietz/Richardi*, § 76 BetrVG 1952 Rdnr. 182; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 116; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 116 Rdnr. 205; *Brinkmann*, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 1983, S. 289; *Hanau*, ZGR 1977, 406; *Mertens*, AG 1977, 307; a.A.: *Müller*, BB 1975, 253.

6 Anstelle anderer: *Semler*, in: MünchKomm. AktG, § 116 Rdnr. 205.

7 Für Zulässigkeit aktiver Streikbeteiligung unter Beachtung der Pflichtenbindung: *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25 MitbestG Rdnr. 119; *Raiser*, § 25 MitbestG Rdnr. 141; für Zulässigkeit ohne vorrangige Pflichtenbindung: *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., Rdnr. 757; *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 361; *Zachert*, MitbestGespr. 1976, 252; gegen Zulässigkeit: *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, Anh. § 117 B § 29 MitbestG Rdnr. 13; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 116 Rdnr. 209; *Hoffmann/Preu*, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rdnr. 503; *Seiter*, in: FS G. Müller, 1981, S. 598, 604; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 778: keine aktive Streikbeteiligung; *Deckert*, DZWir 1996, 406, 410.

8 Zur Interessenkollision bei Amtsträgern s. §§ 20 f. VwVfG sowie hierzu *Wais*, NJW 1982, 1263; *Säcker*, in: FS Rebmann, 1989, S. 781; *Keßler*, GmbHR 2000, 71, 75.

**ee) Sorgfaltsmaßstab**

Der Anspruch auf Schadensersatz entsteht nur, wenn ein Aufsichtsratsmitglied 515 seine Pflichten **vorsätzlich oder fahrlässig** verletzt hat. Leichte Fahrlässigkeit genügt.

Die Aufsichtsratsmitglieder sind Treuhänder fremder Interessen. Sie haben ihr 516 Amt im Interesse der GmbH und nicht im Interesse einzelner Gesellschafter, einzelner Gruppen, etwa der zu einem Familienstamm gehörenden Gesellschafter, der Arbeitnehmer oder der Gläubiger wahrzunehmen<sup>1</sup>. Im Blick hierauf haben sie ihren Pflichten **mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers und Beraters** nachzukommen. Jedes Aufsichtsratsmitglied muss die Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen, die es braucht, um alle normalerweise bei einem Unternehmen dieser Art und dieser Größe anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können (**objektive Betrachtungsweise**)<sup>2</sup>. Aus diesen konkret-objektiven Anforderungen an die der Gesellschaft geschuldete Sorgfalt folgt, dass nur solche Personen das Amt als Aufsichtsratsmitglied übernehmen können, die bei Amtsantritt über eine entsprechende Ausbildung und Erfahrung verfügen. Das gilt für alle Aufsichtsratsmitglieder in gleicher Weise, also auch für die Arbeitnehmervertreter<sup>3</sup>. Das ist der **Mindeststandard**.

Das einzelne Aufsichtsratsmitglied schuldet darüber hinaus die Sorgfalt, zu der 517 es aufgrund seiner Vorbildung, Kenntnisse und Fähigkeiten in der Lage ist (**subjektive Betrachtungsweise**)<sup>4</sup>. Dagegen ist nicht erforderlich, dass jedes Aufsichtsratsmitglied auf sämtlichen Gebieten, auf denen der Aufsichtsrat tätig wird, umfassende Spezialkenntnisse hat. Fehlen allen Aufsichtsratsmitgliedern entsprechende Spezialkenntnisse, sind diese aber für die Überwachungstätigkeit erforderlich, so haben sich die Mitglieder beraten zu lassen. Hat ein Aufsichtsratsmitglied aber besondere Kenntnisse und Fähigkeiten, so ist dies der anzulegende Maßstab<sup>5</sup>. Bankenvertreter haben etwa eine vertiefte Überwachung des Finanzmanagements, Vertreter von Abnehmern eine vertiefte Überwachung der Produktplanung und der Absatzorganisation und Arbeitnehmervertreter eine vertiefte Überwachung der Arbeitsbedingungen zu vertreten.

1 BGHZ 64, 331; *Lutter*, ZHR 145 (1981), 226; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 766 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 43.

2 BGH, WM 1983, 10; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 70; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 130; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 43; *Prühs*, AG 1970, 352; *Zempelin*, AcP 155 (1956), 209; *Hommelhoff*, ZGR 1983, 551, 571; *Schwark*, in: FS Werner, 1985, S. 841; zur Fortbildung der Arbeitnehmervertreter: *Henke*, BB 1971, 571.

3 BGHZ 85, 293, 295; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rdnr. 118; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 43; *Lutter*, ZHR 145 (1981), 227; *Semler*, AG 1983, 83; *Hommelhoff*, ZGR 1983, 573; differenzierend: *Köstler/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 8. Aufl., Rdnr. 770; s. ferner: *Alversammer*, Die Sorgfaltspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 2000.

4 *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 70; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 43; *Mertens*, in: *KölnKomm. AktG*, § 111 Rdnr. 24; *Edenfeld/Neufang*, AG 1999, 53.

5 LG Hamburg, ZIP 1983, 194; *Hommelhoff*, ZGR 1983, 573; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 70; *Lutter*, ZHR 145 (1981), 227; *Raiser/Heermann*, in: *Ulmer*, Rdnr. 130.

**ff) Ursächlichkeit und Schaden**

- 518 Anspruch auf Schadensersatz der Gesellschaft besteht nur, wenn die Pflichtverletzung kausal für den Eintritt des Schadens war (s. auch bei § 43 Rdnr. 221). Im Rahmen der **nachträglichen Überwachung** kann der Aufsichtsrat nur den bereits eingetretenen Schaden dem Grund und der Höhe nach ermitteln. Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe, die Gesellschafter zu informieren, damit diese über die Geltendmachung des Ersatzanspruchs entscheiden können. Verletzt der Aufsichtsrat diese Informationspflicht, so ist dies nicht kausal für den bereits eingetretenen Schaden. In Betracht kommt aber eine Haftung, wenn der Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann (z.B. Verjährung) oder wenn weitere Pflichtverletzungen der Geschäftsführer hätten vermieden werden können. Im Rahmen der **begleitenden Überwachung** muss feststehen, dass der Aufsichtsrat die schädigende Maßnahme hätte verhindern können. War der Geschäftsführer entschlossen, sich über Bedenken des Aufsichtsrats hinwegzusetzen, so war das Unterlassen der Einführung eines Zustimmungsvorbehalts nicht kausal<sup>1</sup>. Bei entsprechender Kenntnis muss der Aufsichtsrat aber weitergehende Maßnahmen ergreifen.

**gg) Darlegungs- und Beweislast**

- 519 § 52 verweist auf § 116 AktG, der seinerseits auf § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG verweist. Die Vorschrift enthält eine teilweise Beweislastumkehr. Bei der Auslegung sind die höchstrichterliche Rechtsprechung und Lehre zur Darlegungs- und Beweislast bei der Haftung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern heranzuziehen. Hiernach hat die **Gesellschaft** die Tatsachen vorzutragen und im Falle des Bestreitens zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass das möglicherweise pflichtwidrige Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds bei der Gesellschaft zu einem Schaden geführt hat<sup>2</sup>. Das möglicherweise pflichtwidrige Verhalten kann in der Verletzung von Überwachungspflichten, der Verletzung der Zustimmungspflichten oder der Pflichten bei der Bestellung und Anstellung der Geschäftsführer liegen, wenn hierfür der Aufsichtsrat zuständig ist. In Betracht kommt daher im zuletzt genannten Fall eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, wenn die fehlerhafte Auswahl des Geschäftsführers dazu geführt hat, dass dieser verantwortungslos seine Aufgaben wahrnimmt.
- 520 Bei der Darlegung der Höhe des Schadens sind nicht die strengen Maßstäbe des § 286 ZPO heranzuziehen, vielmehr sollen der Gesellschaft die **Darlegungs- und Beweiserleichterungen des § 287 ZPO** zugute kommen. Möglich ist demnach auch der Vortrag von Tatsachen, der eine Schadensschätzung erlaubt<sup>3</sup>.

1 S. dazu LG Bielefeld, BB 1999, 2630 mit Anm. *Thümmel*.

2 So für die geschäftsführenden Organmitglieder BGHZ 152, 280 ff.; sowie schon BGH, WM 1971, 125, 126; BGH, WM 1985, 1293 – WuB II C. § 43 GmbHG 1.86 (*Krämer*); BGH, WM 1991, 281 = GmbHG 1991, 101; BGH, WM 1992, 224; BGH, GmbHR 1994, 459; *Kurzwelly*, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 24; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39; *Fleck*, GmbHR 1997, 238; *Goette*, ZGR 1995, 648; teilweise abweichend: *Kiethe*, WM 2005, 2128.

3 BGHZ 152, 280, 287; *Gehrlein*, GmbH Recht in der Praxis, 2005, S. 281; *Kurzwelly*, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 14 Rdnr. 6; diffe-



Das **Aufsichtsratsmitglied** hat darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass es seinen Überwachungspflichten nachgekommen ist oder dass es kein Verschulden trifft. Es kann auch darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass der Schaden auch bei einem pflichtgemäßen Alternativverhalten eingetreten wäre<sup>1</sup>. 521

#### hh) Geltendmachung

S. bei § 46 Rdnr. 139. 522

#### d) Haftungsmilderung und Entlastung

§ 708 BGB ist für Aufsichtsratsmitglieder nicht anwendbar<sup>2</sup>. Das gilt auch für Gesellschafter-Aufsichtsratsmitglieder in der personalistischen GmbH; denn das Gesellschafter-Aufsichtsratsmitglied hat – im Gegensatz zum Gesellschafter bei Wahrnehmung seiner Mitverwaltungsrechte (s. § 43 Rdnr. 23) – treuhänderisch fremde Interessen wahrzunehmen. 523

Wohl aber ist eine **vertragliche Haftungsmilderung** für Aufsichtsratsmitglieder ebenso zulässig wie für Geschäftsführer. In Betracht kommt eine Milderung des Haftungsmaßstabs, etwa Haftung nur bei grober Fahrlässigkeit. Die Grenze bildet die vorsätzliche Pflichtverletzung. In Betracht kommt eine Verkürzung der Verjährung<sup>3</sup> und eine summenmäßige Begrenzung, was die Versicherbarkeit erleichtert. § 43 Abs. 3 ist aber für Aufsichtsratsmitglieder, die zugleich Gesellschafter sind, entsprechend anwendbar. So ist eine Verkürzung der Verjährungsfrist nur insoweit zulässig, als der Schadensersatzbetrag zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlich ist<sup>4</sup>. Auch können die Gesellschafter auf einen entstandenen Schadensersatzanspruch nachträglich verzichten. § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, wonach die Gesellschaft erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs verzichten kann, ist nicht anwendbar. Für Gesellschafter, die zugleich Aufsichtsratsmitglied sind, ist § 43 Abs. 3 jedoch entsprechend anwendbar (s. bei § 43 Rdnr. 264). 524

Das hat auch Bedeutung für die **Entlastung**. Die Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder ist gesetzlich nicht geregelt. Weder in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG noch in § 25 MitbestG wird auf § 120 AktG verwiesen. Doch folgt aus allgemeinen Grundsätzen, dass auch die Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH in regelmäßigen Abständen nach Tätigkeitsbericht und Rechnungslegung Anspruch auf Entlastung haben<sup>5</sup>. Die Entlastung enthält die allgemeine Billigung der Überwachungstätigkeit und sie hat beim Aufsichtsrat ebenso wie die Ent-

---

renzierend: von Westphalen, *Derivatивgeschäfte, Risikomanagement und Aufsichtsratshaftung*, 2000, S. 217.

1 Goette, ZGR 1995, 648.

2 BGHZ 69, 207: für Aufsichtsratsmitglied einer Publikums-KG; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 70; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, Rdnr. 37.

3 BGH, DB 2000, 268.

4 BGH, DB 2000, 268; Altmeyden, DB 2000, 261; s. auch bei § 43 Rdnr. 260 ff., 264.

5 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 76: im Zweifel jährlich; zu den Grenzen s. BGH, WM 1985, 1200.

lastung der Geschäftsführer Verzichtswirkung<sup>1</sup>. Die Verzichtswirkung tritt freilich nur ein, wenn die Gesellschafter über die Maßnahmen zutreffend unterrichtet waren<sup>2</sup>.

#### e) Verjährung

- 526 Schadensersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder wegen Verletzung ihrer Beratungs- und Überwachungspflichten verjähren in **fünf Jahren**, § 52 Abs. 3. Bestehen daneben Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, unerlaubter Handlung, Gefährdungshaftung usw., so richtet sich die Verjährung nach den jeweils für den Anspruch geltenden Bestimmungen<sup>3</sup>. Ansprüche aus unerlaubter Handlung werden durch die organisationsrechtliche Haftung auch dann nicht verdrängt, wenn sie auf der Verletzung der organisationsrechtlichen Pflichten beruhen<sup>4</sup>. Zwischen der organisationsrechtlichen Haftung und der deliktischen Haftung besteht vielmehr Anspruchskonkurrenz.
- 527 Ebenso wie die Aufsichtsratsmitglieder von der Haftung freigestellt werden können und wie auf Schadensersatzansprüche verzichtet werden kann, kann auch die Verjährungsfrist in der **Satzung** verkürzt werden<sup>5</sup>. Das dürfte jedoch nicht gelten, wenn es sich um eine Publikums-GmbH handelt<sup>6</sup>.
- 528 Die Gesellschafter haben zwar keine Weisungsbefugnis gegenüber dem Aufsichtsrat. Ebenso wie bei den Geschäftsführern (§ 43 Rdnr. 119) **entlastet** aber **ein Gesellschafterbeschluss** die Aufsichtsratsmitglieder, wenn die Gesellschafter über eine Maßnahme Beschluss gefasst haben<sup>7</sup>. Die bloße Kenntnis der Gesellschafter ist nicht ausreichend. Auch wirkt der Beschluss nicht haftungsentlastend, wenn es der Aufsichtsrat versäumt hat, die Gesellschafter hinreichend zu informieren oder wenn verschwiegen wurde, dass die Aufsichtsratsmitglieder ein persönliches Interesse an der Maßnahme hatten.

#### f) Freistellung durch Dritte

- 529 Ebenso unbedenklich wie eine Haftungsmilderung im Verhältnis zur Gesellschaft ist eine Haftungsfreistellung durch Dritte. So kann das herrschende Un-

1 A.A.: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 185, 189: für mitbestimmten Aufsichtsrat; denn es werde auf § 93 AktG insgesamt Bezug genommen; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 20, 41; s. auch bei § 46.

2 RGZ 152, 273 (Aufsichtsrat einer Genossenschaft); BGHZ 69, 207, 216 (Verwaltungsrat einer Publikums-KG); BGH, BB 1980, 548; für die entsprechende Lage bei der Entlastung der Geschäftsführer s. bei § 46.

3 BGH, WM 1987, 818 (für Geschäftsführer).

4 A.A.: RGZ 87, 306, 309 und RG, JW 1916, 129.

5 A.A.: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 40; wie hier: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 75; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 16; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 153; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 29; *Heyder*, in: Michalski, Rdnr. 316.

6 S. dazu BGHZ 64, 245.

7 *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 152; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 74; s. aber auch *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 16.

ternehmen im Konzern Aufsichtsratsmitgliedern von Tochtergesellschaften zuzusagen, es werde für Ansprüche aus fehlerhafter Überwachung eintreten<sup>1</sup>.

#### g) Herausgabe von Sondervergütungen

Hat ein Aufsichtsratsmitglied Sondervergütungen, Schmiergelder etc. von Dritten erhalten, um Vertragsabschlüsse mit der Gesellschaft zu fördern oder zu verhindern, so sind diese an die Gesellschaft herauszugeben, §§ 687 Abs. 2, 681 Satz 2, 667 BGB<sup>2</sup>. 530

#### h) Haftpflichtversicherung

Es ist in der Praxis unüblich, dass Aufsichtsratsmitglieder im eigenen Namen **auf eigene Rechnung** eine Haftpflichtversicherung wegen Verletzung ihrer Pflichten als Mitglied des Aufsichtsrats abschließen. Wird die Prämie durch die Gesellschaft gezahlt, so ist dies nicht Teil der Vergütung. 531

Der zunehmend übliche Organhaftungsversicherungsvertrag („D&O-Versicherung“) ist eine **Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung der Gesellschaft** zugunsten von Geschäftsführern und Aufsichtsräten (s. bei § 43 Rdnr. 435 ff.)<sup>3</sup>. Versicherungsnehmerin ist die Gesellschaft und nicht das Aufsichtsratsmitglied. Die Versicherung deckt Vermögensschäden der Gesellschaft als Gläubigerin von Schadensersatzansprüchen gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern und gegebenenfalls die Abwehr von Ansprüchen Dritter gegen die Gesellschaft aufgrund einer Verletzung der Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern<sup>4</sup>. Die Versicherungsprämie einer solchen D&O-Versicherung ist nicht Teil der Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds<sup>5</sup>. Organhaftpflichtversicherungen sind zwar mittelbar im Interesse der Aufsichtsratsmitglieder („Reflex“), vorrangig aber im Eigeninteresse der Gesellschaft. Für den Abschluss zuständig sind die Geschäftsführer. 532

Die von der Gesellschaft gezahlte Prämie ist auf Seiten des Aufsichtsratsmitglieds nicht einkommensteuerpflichtig. D&O-Versicherungen sind vielmehr 533

1 S. dazu *Uwe H. Schneider*, GmbHR 1993, 20; zur Freistellung der Aufsichtsratsmitglieder von Treuhandunternehmen durch die Treuhandanstalt: *Weimar*, GmbHR 1991, 511.

2 *Fleck*, in: FS Heinsius, 1991, S. 108.

3 Neben dem bei § 43 vor Rdnr. 435 genannten Schrifttum s. *Plück/Lattwein*, Haftungsrisiken für Manager, 2000; *Jula*, in: FS Baumann, 2000, S. 119; *Kästner*, AG 2000, 113; *E. Vetter*, AG 2000, 453; *Dreher*, ZHR 165 (2001), 293; *Sieg*, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 16.

4 Zwar gibt es eine unverbindliche Empfehlung des GDV aus dem Jahr 1997 für Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern. Hiervon weichen die von einzelnen Versicherungsunternehmen verwendeten AVB zum Teil aber erheblich ab, s. dazu *Plück/Lattwein*, Haftungsrisiken für Manager, 2000, S. 240 ff.; *Lattwein/Krüger*, NVersZ 2000, 365.

5 *E. Vetter*, AG 2000, 453, 456; *Dreher*, ZHR 165 (2001), 293, 302; sowie bei § 43 Rdnr. 437.

nach Auffassung der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder<sup>1</sup> von einem überwiegend **eigenbetrieblichen Interesse**, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen: Die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung muss in erster Linie der Absicherung des Unternehmens oder des Unternehmenswertes gegen Schadenersatzforderungen Dritter gegenüber dem Unternehmen dienen, die ihren Grund in dem Tätigwerden oder Untätigbleiben der für das Unternehmen verantwortlich handelnden und entscheidenden Organe hat. Voraussetzung ist weiter, dass die D&O-Verträge besondere Klauseln zur Firmenhaftung oder sog. Company Reimbursement enthalten, die im Ergebnis dazu führen, dass der Versicherungsanspruch aus der Versicherungsleistung dem Unternehmen als Versicherungsnehmer zusteht. Schließlich müssen die D&O-Versicherungen dadurch gekennzeichnet sein, dass das Management als Ganzes versichert ist und Versicherungsschutz für einzelne Personen nicht in Betracht kommt. Basis der Prämienkalkulation sind in diesem Fall nicht individuelle Merkmale der Organmitglieder, sondern Betriebsdaten des Unternehmens, weshalb die Versicherungssummen deutlich höher sind als typischerweise das Privatvermögen der Organmitglieder.

### 3. Die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber den Gesellschaftern

- 534 a) Die Überwachungs- und Beratungspflicht obliegt den Aufsichtsratsmitgliedern nur gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Gesellschaftern oder den Gläubigern der Gesellschaft. Der einzelne Gesellschafter hat daher keinen Anspruch auf pflichtgemäßes Aufsichtsratsverhalten<sup>2</sup>. Die Verletzung der Überwachungspflichten begründet **keine Schadenersatzansprüche der Gesellschafter**.
- 535 Ebenso wie der Geschäftsführer hat aber auch das Aufsichtsratsmitglied **in begrenztem Umfang organschaftliche Pflichten gegenüber den Gesellschaftern**. Erkennt etwa ein Aufsichtsratsmitglied Unregelmäßigkeiten der Geschäftsführer oder der Mitgesellschafter, z.B. verdeckte Gewinnausschüttungen, läuft ein Gesellschafter daher Gefahr, persönlich in Anspruch genommen zu werden, so haben die Aufsichtsratsmitglieder entsprechend zu informieren. Die Einzelheiten sind bisher ungeklärt.
- 536 b) § 52 verweist nicht auf § 117 AktG, dessen analoge Anwendung ist zweifelhaft<sup>3</sup>, aber zu bejahen. § 117 AktG enthält einen besonderen **Tatbestand der unerlaubten Handlung**<sup>4</sup>.
- 537 Zum Schadenersatz verpflichtet ist nach **§ 117 AktG**, wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtig-

1 Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen v. 24. 1. 2002 an eine Reihe von Bundesverbänden (AG 2002, 287); s. auch *Lange*, ZIP 2001, 1521.

2 *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 414.

3 Ebenso wohl *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 150.

4 BGH, WM 1992, 1819; s. auch BGHZ 94, 55, 58 und BGHZ 105, 121, 130; zuletzt *Hüfner*, AktG, § 117 Rdnr. 2; *Henze*, in: FS Kellermann, 1991, S. 141, 148.

ten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Gesellschafter zu handeln. Aufsichtsratsmitglieder, die unter Verletzung ihrer Pflichten gehandelt haben, haften als Gesamtschuldner. Die Folge ist, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen Aufsichtsratsmitglieder nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber den Gesellschaftern zum Ersatz verpflichtet sind. Zu ersetzen sind den Gesellschaftern aber nur Schäden, die über einen Schaden bei der Gesellschaft und die hierdurch bedingte Wertminderung des Gesellschaftsanteils hinausgehen<sup>1</sup>. Der bloße „Reflexschaden“ bei den Gesellschaftern berechtigt nicht zum Schadensersatz<sup>2</sup>.

c) Neben § 117 AktG **entsprechend** ist **§ 826 BGB** anwendbar<sup>3</sup>. Unabhängig 538 hiervon kommt eine Haftung nach § 823 Abs. 1 und 2 BGB in Betracht. Dabei ist streitig, ob die Mitgliedschaft ein absolutes Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB darstellt<sup>4</sup>.

#### 4. Die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber Dritten

Die Organpflichten, also insbesondere die Überwachungspflichten, die Zustimmungspflichten, die Pflichten zur Information der Gesellschafter und, sofern einschlägig, die Pflichten zur sorgsamem Auswahl der Geschäftsführer, obliegen den Aufsichtsratsmitgliedern nur gegenüber der Gesellschaft. Folglich können wegen Verletzung dieser Pflichten Dritten keine Schadensersatzansprüche zustehen. In Betracht kommt jedoch eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsabschluss, wenn Aufsichtsratsmitglieder unter Berufung auf eine persönliche Einstandspflicht Vertrauen in die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft begründen und dieses Vertrauen verletzt wird. In Betracht kommt auch eine deliktische Haftung nach § 823, § 826 BGB. Voraussetzung ist freilich, dass das Aufsichtsratsmitglied in seiner Person eine unerlaubte Handlung begeht<sup>5</sup>. 539

#### 5. Haftung der Gesellschafter und der abordnenden Körperschaft?

Gesellschafter haften nicht allein deshalb für schuldhaftes Pflichtverletzungen 540 eines Aufsichtsratsmitglieds, weil sie mit ihrer Stimme die Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds bewirkt haben.

Streitig ist aber, ob ein anderes Unternehmen (Bankenvertreter etc.), eine öffentlich-rechtliche Körperschaft<sup>6</sup> oder Gewerkschaften, die ein Mitglied ihres 541

1 BGH, WM 1992, 1812, 1819.

2 Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 99; Hadding, in: FS Kellermann, 1990, S. 101 jeweils m.w.N. sowie Brandes, in: FS Fleck, 1988, S. 13.

3 Hüffer, AktG, § 117 Rdnr. 14.

4 Bejahend: BGHZ 110, 323 (Schärenkreuzer); Mertens, in: FS R. Fischer, 1979, S. 461; ablehnend: Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 100; Hadding, in: FS Kellermann, 1990, S. 99 jeweils m.w.N.

5 S. dazu Altmeyen, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 2007, § 7 Rdnr. 75; Semler, in: MünchKomm. AktG, § 116 Rdnr. 37.

6 S. dazu Säcker, in: FS Rebmann, 1989, S. 781; Simmler, Archiv für das Post- und Fernmeldewesen, 1991, 253.

Vertretungsorgans für den Aufsichtsrat eines anderen Unternehmens benannt haben, für dessen Pflichtverletzungen als Aufsichtsratsmitglied nach § 31 BGB einstehen müssen<sup>1</sup>. Einer solchen Haftung widerspricht beim konzernfreien Unternehmen die Eigenverantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds<sup>2</sup>. Ein nur „mit Rücksicht auf sein Hauptamt gewählter Repräsentant“<sup>3</sup> wird als Aufsichtsratsmitglied nicht allein deshalb, weil er auch bei einem anderen Unternehmen Organmitglied ist, „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ tätig.

542 Einer anderen Beurteilung bedarf es im **Konzern** bei einer Organverflechtung<sup>4</sup> insbesondere, wenn Organmitglieder des herrschenden Unternehmens in Ausübung der Konzernleitung bei dem beherrschten Unternehmen als Aufsichtsratsmitglied tätig werden. Gegen die Anwendbarkeit auch bei Konzernlagen wird vorgebracht, das Aufsichtsratsmitglied der abhängigen Gesellschaft sei verpflichtet, die Interessen dieser Gesellschaft wahrzunehmen. Das Aufsichtsratsmitglied könne daher nicht zugleich in Ausführung einer ihm gegenüber dem herrschenden Unternehmen zustehenden Verrichtung handeln<sup>5</sup>. Dabei wird verkannt, dass nicht nur im Vertragskonzern, sondern auch im faktischen Konzern Organmitglieder des herrschenden Unternehmens in Organen des beherrschten Unternehmens tätig werden, um im Rahmen des unternehmerischen Ermessens die Konzernleitung zu verwirklichen. Geht man hiervon aus, so muss sich das herrschende Unternehmen pflichtwidriges Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds zurechnen lassen, soweit das Aufsichtsratsmitglied „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung“, also hier der Konzernleitung, gehandelt hat<sup>6</sup>.

543 Auch bei der konzernfreien Gesellschaft kommt eine Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 826 BGB in Betracht<sup>7</sup>.

1 Dafür: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 73; *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 151; für die AG: v. *Hofmannsthal*, LZ 1929, Sp. 1237; *H. Westermann*, JuS 1961, 333, 336; *Ulmer*, in: FS Stimpel, 1985, S. 705; differenzierend: *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, § 76 Rdnr. 83 ff.; s. auch *Koenen*, Die Zurechnung von Organverhalten bei juristischen Personen, Diss. Köln, 1991.

2 Wie hier: BGHZ 36, 309; BGHZ 90, 381, 398 (konzernfreie AG); *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 19.

3 *Ulmer* in: FS Stimpel, 1985, S. 705, der unter diesen Voraussetzungen die Anwendbarkeit von § 31 BGB bejaht.

4 Allgemein hierzu: *Decher*, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, 1990; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570; *Lindermann*, AG 1987, 225; *Semler*, in: FS Stiefel, 1987, S. 719; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Rdnr. 155.

5 So: BGHZ 36, 296, 309 (bei bestehender Konzernlage); *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 577; s. aber auch BGH, WM 1979, 937, 941: Haftung des herrschenden Unternehmens nach § 278 BGB für von ihm entsandte Personen als Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH.

6 Wie hier: *Koppensteiner*, in: KölnKomm. AktG, § 309 Rdnr. 41; *Altmeyen*, in: MünchKomm. AktG, § 309 Rdnr. 147 f.; *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, 1958, S. 259 ff.; *Mestmäcker*, in: FG Kronstein, 1967, 129, 137; *Wälde*, DB 1972, 2289, 2290.

7 BGHZ 90, 381.

## 6. Kommunale Aufsichtsratsmitglieder

Werden Aufsichtsratsmitglieder **auf Veranlassung einer Kommune**, insbesondere auf Grund einer Gesellschafterstellung einer Gemeinde, bestellt oder durch eine Kommune entsandt, z.B. Bürgermeister oder Gemeinderatsvertreter, so können sie gegenüber der Kommune verpflichtet sein, deren Interessen wahrzunehmen. Zugleich haben sie aber ihre Organtätigkeit im Interesse der Gesellschaft auszuüben. Daraus ergeben sich Interessenkonflikte und Pflichtenkollisionen. Das bedeutet aber nicht, dass die Pflichten im Verhältnis zur Gesellschaft modifiziert werden. Im Verhältnis zur Gesellschaft geht vielmehr die gesellschaftsrechtliche Pflichtenbindung vor. Sie wird nicht durch das Kommunalrecht eingeschränkt oder gar aufgehoben. Es besteht damit keine Pflichtenkollision, sondern alleinige Pflichtenbindung gegenüber der Gesellschaft. Kommunale Aufsichtsratsmitglieder haben dieselben Pflichten wie alle anderen gewählten Aufsichtsratsmitglieder<sup>1</sup>. Und damit gelten die allgemeinen Haftungsregeln auch für kommunale Aufsichtsratsmitglieder<sup>2</sup>.

Das Gemeinderecht der Länder sieht für den Fall der Inanspruchnahme eines kommunalen Aufsichtsratsmitglieds einen Anspruch auf **Freistellung** gegen die Gemeinde vor<sup>3</sup>.

## XII. Haftung der Gesellschaft gegenüber Dritten

Die GmbH ist für den Schaden verantwortlich, den ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt“, § 31 BGB<sup>4</sup> (s. auch bei Rdnr. 540). Organpersonen im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur die Geschäftsführer, sondern auch Aufsichtsratsmitglieder<sup>5</sup>. § 31 BGB begründet freilich nicht selbst einen Schadensersatzanspruch; vorausgesetzt wird vielmehr eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung<sup>6</sup>.

Da es sich beim Aufsichtsrat um ein grundsätzlich nur unternehmensintern wirkendes Organ (s. Rdnr. 83) handelt, werden nur selten die Voraussetzungen für einen Eingriff in die durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter von Dritten vorliegen. Eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder kommt jedoch

1 BGHZ 36, 306; BGH, NJW 1980, 1629; *Säcker*, in: FS Rebmann, 1989, S. 781; *Keßler*, GmbHR 2000, 76.

2 *Schön*, Die Haftung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder in Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2004, S. 64; *Harder/Ruter*, GmbHR 1995, 813; *Schmid*, ZKF 2002, 2; *Zieglmeier*, ZGR 2007, 144.

3 S. die Zusammenstellung der einschlägigen Vorschriften bei *Oebbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 2007, S. 247 Fn. 1.

4 Zur Reichweite des § 31 BGB s. allgemein *Kleindiek*, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, § 10 Rdnr. 27; *Uwe H. Schneider/Brouwer*, in: FS Priester, 2007, S. 713, 724 ff.

5 *Hadding*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl., § 31 Rdnr. 11; *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, S. 273; *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, S. 146; einschränkend: *Reuter*, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl., § 31 Rdnr. 24.

6 BGHZ 99, 302.

nach § 826 BGB in Betracht, wenn sie die Gesellschaft bei Abschluss des Anstellungsvertrages vertreten und den Bewerber arglistig über die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft täuschen.

### XIII. Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats

- 547 Die Geschäftsführer haben bei der Bestellung und bei jeder Änderung in den Personen der Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats **zum Handelsregister einzureichen**. Aufzunehmen in die Liste ist der Name, der Vorname, der ausgeübte Beruf und der Wohnort der Mitglieder. Angegeben werden kann der Dokortitel, nicht anzugeben sind weitere akademische Titel. Ist bei einem fakultativen Aufsichtsrat ein Vorsitzender des Aufsichtsrats ernannt oder gewählt, so ist auch dies anzugeben. Für einen mitbestimmten Aufsichtsrat folgt dies aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelG und § 25 Abs. 1 MitbestG jeweils i.V.m. § 107 Abs. 1 Satz 2 AktG. Das gilt auch für den Stellvertreter, § 107 Abs. 1 Satz 1 AktG.
- 548 Ist einem fakultativen Aufsichtsrat die Bestellung der Geschäftsführer nicht übertragen, so bleibt es den Gesellschaftern überlassen, zu welchem **Zeitpunkt** sie die Aufsichtsratsmitglieder berufen. Sodann ist „unverzüglich“ die Liste der Aufsichtsratsmitglieder einzureichen. Ist der Aufsichtsrat aber zur Bestellung der Geschäftsführer berufen, so muss auch die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister erfolgen. Sodann ist mit der Anmeldung der Gesellschaft die Liste der Aufsichtsratsmitglieder einzureichen. Das Gericht hat nach Einreichung der Liste bekanntzumachen, dass diese eingereicht worden ist. Die Bekanntmachung erfolgt nach Maßgabe von § 12 im elektronischen Bundesanzeiger. Daneben kann der Gesellschaftsvertrag weitere Gesellschaftsblätter bezeichnen.
- 549 § 52 Abs. 2 ist auf ein Organ der Gesellschaft, dem **keine Überwachungsaufgaben** übertragen sind, nicht anwendbar. Die Mitglieder von Verwaltungsräten und Gesellschafterausschüssen, die die Voraussetzung des § 52 nicht erfüllen, sind demnach nicht zum Handelsregister zu melden<sup>1</sup>.

### XIV. Streitigkeiten

**Schrifttum:** *Bauer*, Organklagen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, 1986; *Borgmann*, Der Organstreit in der Kapitalgesellschaft, 1996; *Bork*, Materiellrechtliche und prozessrechtliche Probleme des Organstreits zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, ZGR 1989, 1; *Bork*, Passivlegitimation und gesetzliche Vertretung der AG bei Klagen einzelner Aufsichtsratsmitglieder, ZIP 1991, 137; *Brandner*, Zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft gegenüber ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern/Geschäftsführern, in: FS Quack, 1991, S. 201; *Brücher*, Ist der Aufsichtsrat einer Gesellschaft befugt, gegen den Vorstand oder die Geschäftsführung zu klagen?, AG 1989, 190; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006; *Deckert*, Klagemöglichkeiten einzelner Aufsichtsratsmitglieder, AG 1994, 457; *Geißler*, Klagerechte des GmbH-Aufsichtsrats gegen die Geschäftsführung,

<sup>1</sup> *Raiser/Heermann*, in: Ulmer, Rdnr. 331; *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 65; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 35; *Müller/Wolff*, NZG 2003, 754.



GmbHR 1998, 1114; *Hager*, Die Vertretung der Aktiengesellschaft im Prozess mit ihren früheren Vorstandsmitgliedern, NJW 1992, 352; *Häsemeyer*, Der interne Rechtsschutz zwischen Organen, Organmitgliedern und Mitgliedern der Kapitalgesellschaft als Problem der Prozessführungsbefugnis, ZHR 144 (1980), 265; *Hommelhoff*, Der aktienrechtliche Organstreit, ZHR 143 (1979), 288; *Kort*, Die Klagebefugnis der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der AG, AG 1987, 193; *Lewerenz*, Leistungsklagen zwischen Organen und Organmitgliedern der AG, 1977; *Mertens*, Organstreit in der Aktiengesellschaft?, ZHR 154 (1990), 24; *Pflugradt*, Leistungsklagen zur Erzwingung rechtmäßigen Vorstandsverhaltens in der Aktiengesellschaft, 1990; *Poseck*, Die Klage des Aufsichtsrats gegen die Geschäftsführung des Vorstandes, DB 1996, 2165; *Raiser*, Klagebefugnisse einzelner Aufsichtsratsmitglieder, ZGR 1989, 44; *Raiser*, Organklagen zwischen Aufsichtsrat und Vorstand, AG 1989, 185; *Rellermeyer*, Der Aufsichtsrat – Betrachtungen zur neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZGR 1993, 77; *Karsten Schmidt*, „Insichprozesse“ durch Leistungsklagen in der Aktiengesellschaft?, ZZZ 92 (1979), 212; *Steinbeck*, Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, 1991; *Stodolkowitz*, Gerichtliche Durchsetzung von Organpflichten in der Aktiengesellschaft, ZHR 154 (1990), 1; *Teichmann*, Strukturüberlegungen zum Streit zwischen Organen in der Aktiengesellschaft, in: FS Mühl, 1981, S. 663; *H. Westermann*, Rechtsstreitigkeiten um die Rechte aus § 90 AktG, in: FS Bötticher, 1969, S. 369.

### 1. Drittstreitigkeiten, Organmitgliedschaftsstreit und Interorganstreit

Teilweise ungeklärt und streitig ist, ob und in welchem Umfang dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied Rechte zugewiesen sind, die das **Aufsichtsratsmitglied im eigenen Namen** gegen die Gesellschaft durchsetzen kann<sup>1</sup>. In Betracht kommen dabei schuldrechtliche Ansprüche (**Drittstreitigkeit**) (s. Rdnr. 553) sowie eigennützige und fremdnützige organschaftliche Rechte des Aufsichtsratsmitglieds (**Organmitgliedschaftsstreit**) (s. Rdnr. 555). Zu den eigennützigen organschaftlichen Rechten gehören insbesondere der Anspruch auf Vergütung, Aufwendungsersatz und Schadensersatz, soweit sie sich aus dem Gesetz, aus der Satzung oder aus einem Beschluss der Gesellschafter ergeben. Fremdnützige organschaftliche Rechte sind solche Befugnisse, die dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied im Interesse der Gesellschaft als individuelles Organmitgliedschaftsrecht zugewiesen sind. Hierzu gehören insbesondere das Teilnahme-recht, das Stimmrecht und das Informationsrecht.

Teilweise ungeklärt und streitig ist ferner, ob und inwieweit der Aufsichtsrat als Organ *erstens* im eigenen Namen, ob *zweitens* ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied im Namen des Aufsichtsrats oder ob *drittens* der Aufsichtsrat oder ein einzelnes seiner Mitglieder im Namen der GmbH gegen die Geschäftsführer oder gegen die Gesellschafterversammlung als Organe bzw. gegen einzelne ihrer Mitglieder Rechte gerichtlich durchsetzen können (**Interorganstreit**) (s. Rdnr. 560). Streitig ist dabei, wer Kläger und wer Beklagter ist, welche Stel-

<sup>1</sup> Überblick bei *Borgmann*, Der Organstreit in der Kapitalgesellschaft, 1996; *Bork*, ZGR 1989, 1; *Bauer*, Organklagen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 1984; *Bork*, ZIP 1991, 137; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, § 11 C III, § 15; *Häsemeyer*, ZHR 144 (1980), 265; *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288; *Mertens*, ZHR 154 (1999), 24; *Raiser*, ZGR 1989, 44; *Stodolkowitz*, ZHR 154 (1990), 1.

lung die Organmitglieder im Prozess haben, wer Kostenschuldner ist<sup>1</sup> und ob für solche Verfahren ein Rechtsschutzinteresse besteht. Auf der einen Seite wird vorgetragen, in der Praxis ergäben sich viele gesellschaftsinterne Konflikte, die durch gerichtliche Entscheidungen gelöst werden müssten<sup>2</sup>. Dem wird entgegengehalten, eine „totale Rechtsdurchsetzung“ sei im Kapitalgesellschaftsrecht weder wünschenswert noch durchführbar, soweit es lediglich um gesellschaftsinterne Kompetenzfragen und um unternehmerischen Dissens gehe<sup>3</sup>.

- 552 Und ungeklärt ist schließlich, wer gegebenenfalls die Gesellschaft im Organmitgliederschaftsstreit und im Interorganstreit, die Zulässigkeit unterstellt, vertritt<sup>4</sup>. Der Praxis wird empfohlen, vorsorglich alle Hilfsanträge zu stellen.

## 2. Drittstreitigkeiten

- 553 Unstreitig kann das einzelne Aufsichtsratsmitglied ihm zustehende schuldrechtliche Ansprüche, etwa aus Verträgen zwischen ihm und der Gesellschaft, im eigenen Namen gegen die Gesellschaft gerichtlich durchsetzen<sup>5</sup>. Das gilt auch für Beratungsverträge, soweit sie rechtlich wirksam sind (s. Rdnr. 376). Dabei wird die Gesellschaft grundsätzlich durch die Geschäftsführer vertreten.
- 554 Wurde allerdings ausnahmsweise zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied ein Anstellungsvertrag geschlossen, so wird die Gesellschaft bei Streitigkeiten hierüber durch die Gesamtheit der Gesellschafter vertreten; denn diese sind auch für den Abschluss eines solchen Aufsichtsrats-Anstellungsvertrags zuständig (s. Rdnr. 356 ff.).

## 3. Organmitgliederschaftsstreit

- 555 Organschaftliche Rechte sind solche Rechte, die Teil des organschaftlichen Rechtsverhältnisses sind und unmittelbar aus dem Gesetz oder der Satzung folgen.

### a) Eigennützige Rechte, insbesondere Vergütung, Aufwändungsersatz

- 556 Macht das einzelne Aufsichtsratsmitglied eigennützige subjektive Rechte, etwa den Anspruch auf Vergütung oder auf Aufwändungsersatz geltend, so ist die Klage gegen die Gesellschaft zu richten. Für die Vertretung der Gesellschaft durch die Gesellschafter spricht deren Bestellkompetenz und deren Zuständigkeit für die Festlegung der Vergütung.

1 S. dazu BGHZ 106, 59, 62; *Karsten Schmidt*, ZZP 92 (1979), 212, 223; *Häsemeyer*, ZHR 144 (1980), 265, 287.

2 *Bork*, ZGR 1989, 1 ff.; *Bork*, ZIP 1991, 137; *Raiser*, ZGR 1989, 44.

3 So vor allem *Mertens*, ZHR 154 (1990), 24, 26.

4 Für die AG: BGHZ 64, 325; BGHZ 83, 144; BGHZ 85, 293; BGHZ 122, 342 = WuB II A. § 107 AktG 1.93 (*Rellermeyer*) = DZWir 1993, 503 (*Raiser*); sowie *Kindl*, DB 1993, 2065.

5 Für die AG: *Hüffer*, AktG, § 90 Rdnr. 16.

**b) Fremdnützige organschaftliche Rechte**

Das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann zwar nicht die Rechte des Aufsichtsrats geltend machen<sup>1</sup>. Dem Aufsichtsratsmitglied sind aber eine Reihe von fremdnützigen organschaftlichen Rechten als individuelle Organmitgliedschaftsrechte zugewiesen. Dazu gehören insbesondere das Teilnahmerecht, das Stimmrecht und das Informationsrecht nach § 90 Abs. 5 AktG i.V.m. § 52. Diese Rechte kann das Aufsichtsratsmitglied im eigenen Namen gegen die Gesellschaft gerichtlich durchsetzen<sup>2</sup>. Die Gesellschaft wird hierbei nicht durch den Geschäftsführer<sup>3</sup>, sondern durch den Aufsichtsrat vertreten.

557

Für eine Leistungsklage fehlt allerdings das Rechtsschutzinteresse, wenn die Verweigerung der Teilnahme oder der Mitwirkung an der Abstimmung auf einen Einzelfall beschränkt ist; denn in diesem Fall kann das Aufsichtsratsmitglied die Fehlerhaftigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses geltend machen. Anzuerkennen ist das Rechtsschutzinteresse jedoch, wenn etwa bei Familienstreitigkeiten der Vertreter eines Stammes im Aufsichtsrat dauerhaft von der Teilnahme an Sitzungen ausgeschlossen wird.

558

Aufsichtsratsmitglieder haben kein individuelles Organmitgliedschaftsrecht, gegen fehlerhafte Maßnahmen der Geschäftsführer vorzugehen<sup>4</sup>. Das Aufsichtsratsmitglied kann sich zunächst an den Gesamtaufichtsrat und bei Gefahr in Verzug an die Gesellschafterversammlung wenden.

559

**c) Geltendmachung von Beschlussmängeln**

S. Rdnr. 432 ff.

560

**4. Interorganstreit****a) Kein Interorganstreit im Namen des Organs**

Aus dem „Grundsatz des Gleichlaufs von Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit“ (§ 50 ZPO) folgt, dass Organe nicht im eigenen Namen klagen oder verklagt werden können<sup>5</sup>; denn der Aufsichtsrat ist weder voll- noch teilrechtsfähig. Er ist auch nicht parteifähig. Für solche Klagen fehlen daher die rechtlichen Voraussetzungen; und es fehlt ein Bedürfnis<sup>6</sup>. Ausgeschlossen sind damit Klagen durch den Aufsichtsrat im eigenen Namen gegen die anderen Organe der Ge-

561

1 BGHZ 106, 54, 62; OLG Celle, NJW 1990, 582; Hüffer, AktG, § 90 Rdnr. 20.

2 Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 55; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 46; für die AG: Hüffer, AktG, § 90 Rdnr. 21; v. Schenck, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 240; Häsemeyer, ZHR 144 (1980), 285; Kort, AG 1987, 193, 197; Stodolkowitz, ZHR 154 (1990), 14; a.A.: Bork, ZGR 1989, 33.

3 So aber Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 55; für die AG: BGHZ 85, 293: Vorstand; zustimmend: Hüffer, AktG, § 90 Rdnr. 21; v. Schenck, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 240.

4 Für die AG: OLG Celle, AG 1990, 264; aber einstweiliger Rechtsschutz.

5 BGHZ 122, 342 = EWiR § 25 MitbestG 1/93, 809 (Rittner).

6 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 118: „Ein AR, der etwa Gführer verklagen muss, um notwendige Informationen zu erhalten, verfehlt sein Amt“.

sellschaft, also gegen die Gesamtheit der Gesellschafter oder die Geschäftsführer. Ausgeschlossen sind Klagen der Gesamtheit der Gesellschafter oder der Geschäftsführer gegen den Aufsichtsrat. Das dürfte heute die überwiegende Ansicht sein<sup>1</sup>.

#### b) Interorganstreit im Namen der Gesellschaft

- 562 Das schließt es nicht aus, dass der Aufsichtsrat **im Namen und im Interesse der Gesellschaft** befugt ist, gegen ein pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen der Geschäftsführer gerichtlich vorzugehen<sup>2</sup>. Bei der GmbH ist freilich insoweit zu beachten, dass bei Gesellschaften mit fakultativem Aufsichtsrat dieser zwar die Geschäftsführer zu überwachen hat. Er ist aber nicht befugt, selbständig gegen die Geschäftsführer vorzugehen. Vielmehr hat er nur die Gesellschafter zu informieren, wenn die Satzung nichts anderes vorsieht.
- 563 In die Zuständigkeiten der Gesellschafter darf der Aufsichtsrat nicht eingreifen. Er hat kein Weisungsrecht bei rechtswidrigen oder nachteiligen Maßnahmen der Unternehmensleitung. Fehlt dem Aufsichtsrat aber die interne Zuständigkeit, fehlerhafte Maßnahmen der Geschäftsführer zu verhindern, so fehlt ihm auch die Befugnis, gegen pflichtwidriges Verhalten der Geschäftsführer gerichtlich vorzugehen. Das gilt erst recht für einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats<sup>3</sup>.
- 564 Bei dem **nach MitbestG mitbestimmten Aufsichtsrat** ist der Aufsichtsrat dagegen nicht nur zur Überwachung, sondern auch zur Abberufung der Geschäftsführer befugt (§ 31 Abs. 1 MitbestG mit § 84 AktG). Zu seinen Aufgaben gehört daher auch, gegen pflichtwidriges Verhalten der Geschäftsführer einzuschreiten. Der Aufsichtsrat kann daher auch namens der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer gerichtlich vorgehen. Freilich fehlt es in der Regel an dem erforderlichen Rechtsschutzinteresse, weil der Aufsichtsrat eben die Möglichkeit zur Abberufung der Geschäftsführer hat<sup>4</sup>. Ein Rechtsschutzinteresse ist aber etwa dann gegeben, wenn eine Abberufung aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist, etwa weil dem Geschäftsführer ein satzungsmäßiges Sonderrecht zusteht, und das pflichtwidrige Verhalten für eine Abberufung nicht ausreicht.

1 Statt anderer: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 118; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 46; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, § 11 C III 1a; *Mertens*, ZHR 154 (1990), 24, 37; *Teichmann*, in: FS Mühl, 1981, S. 663, 667; *Karsten Schmidt*, ZZP 92 (1979), 212, 219 ff.; anderer Ansicht aber: *Vollkommer*, in: Zöllner, ZPO, 25. Aufl., § 50 Rdnr. 24a; v. *Schenck*, in: Semler/v. Schenck (Hrsg.), Arbeitshandbuch Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 232; *Hommelhoff*, ZHR 173 (1979), 288, 303 ff.; *Bauer*, Organklagen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, 1986, S. 67 ff., 125 f.; *Häsemeyer*, ZHR 144 (1980), 265; *Bork*, ZGR 1989, 1, 22 f.; *Bork*, ZIP 1991, 137, 139; *Geißler*, GmbHR 1998, 1117).

2 Statt anderer: *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, § 11 C III 1b m.w.N.

3 Ebenso *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 45; a.A. *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 56; offengelassen in: BGHZ 106, 62.

4 Vgl. *Mertens*, in: KölnKomm. AktG, Vor § 76 Rdnr. 4 ff.; *Mertens*, ZHR 154 (1990), 23 ff.; *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288, 312; *Bauer*, Organklagen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, 1986, S. 90 f.; *Bork*, ZGR 1989, 1, 20.

Ein Rechtsschutzinteresse kann ferner bei Verletzungen des Wettbewerbsverbots oder der Pflicht der Geschäftsführer zur Vertraulichkeit gegeben sein<sup>1</sup>.

### c) *Actio pro societate*

In der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, Organmitglieder, also auch Aufsichtsratsmitglieder, könnten unter bestimmten Voraussetzungen Rechte der Gesellschaft **im eigenen Namen gerichtlich geltend machen**<sup>2</sup>. Die höchst-richterliche Rechtsprechung<sup>3</sup> hat eine solche Klagemöglichkeit bislang nicht anerkannt, sondern die Frage offengelassen. Jedenfalls dürfe eine solche Möglichkeit nicht dazu führen, dass Konflikte, die innerhalb eines Organs auftreten, auf der Interorganebene, also zwischen verschiedenen Organen, ausgetragen werden. Erforderlich sei daher in jedem Fall, dass das Organmitglied zuvörderst die Fehlerhaftigkeit des betreffenden Organbeschlusses geltend macht. Mit Recht wird daher überwiegend eine Klagebefugnis von Aufsichtsratsmitgliedern im eigenen Namen und im Interesse der Gesellschaft abgelehnt<sup>4</sup>.

## XV. Texte

**Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz – WO-DrittelbG)** vom 23. Juni 2004 (BGBl. I 2004, 1393) 566

### Teil 1. Wahl

#### Kapitel 1. Wahl durch die Arbeitnehmer eines Betriebs

##### Abschnitt 1. Einleitung der Wahl

##### § 1 Mitteilung des Unternehmens

Das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ eines Unternehmens, dessen Aufsichtsrat nach § 1 des Gesetzes Arbeitnehmervertreter angehören müssen, teilt dem Betriebsrat oder, soweit ein solcher nicht besteht, den Arbeitnehmern spätestens 14 Wochen vor dem voraussichtlichen Beginn der Amtszeit der zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer mit, dass Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu wählen sind. Dabei sind der voraussichtliche Beginn ihrer Amtszeit sowie die Zahl der zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer anzugeben. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter soll so

1 Stodolkowitz, ZHR 154 (1990), 1, 11.

2 Grundlegend: Hommelhoff/Timm, AG 1976, 330, 333; ferner Hommelhoff, ZHR 143 (1979), 288, 314; Bork, ZGR 1989, 1, 39 ff.; Deckert, AG 1994, 457, 462, 464 f.

3 BGHZ 106, 54, 66 f.

4 Ebenso Lewerenz, Leistungsklagen zwischen Organen und Organmitgliedern der AG, 1977, S. 131; Stodolkowitz, ZHR 154 (1990), 1, 19 f.; Mertens, ZHR 154 (1990), 24, 33; W. Werner, WuB, II A § 111 1/89, S. 459; zweifelnd: Raiser, AG 1989, 185, 190; Raiser, ZGR 1989, 44, 69 f.; zurückhaltend: Korth, AG 1987, 193, 198 f.; Deckert, AG 1994, 457, 464 f.; vermittelnd: OLG Celle, AG 1990, 264 ff.: einstweilige Verfügung möglich; dagegen: Rellermeyer, ZGR 1993, 77, 98 ff.

durchgeführt werden, dass das Wahlergebnis möglichst zwei Wochen vor dem voraussichtlichen Beginn der Amtszeit feststeht.

## **§ 2 Betriebswahlvorstand, Bildung und Zusammensetzung**

(1) Unverzüglich nach der in § 1 bezeichneten Mitteilung wird der Betriebswahlvorstand gebildet. Ihm obliegt die Durchführung der Wahl und die Feststellung des Wahlergebnisses.

(2) Der Betriebswahlvorstand besteht aus drei Mitgliedern. Der Betriebsrat kann die Zahl der Mitglieder erhöhen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich ist. Der Betriebswahlvorstand muss aus einer ungeraden Zahl von Mitgliedern bestehen. Mitglieder des Betriebswahlvorstands können nur Wahlberechtigte des Betriebs sein. Im Betriebswahlvorstand sollen Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Betrieb vertreten sein.

(3) Für jedes Mitglied des Betriebswahlvorstands kann für den Fall seiner Verhinderung ein Ersatzmitglied bestellt werden.

(4) Die Mitglieder des Betriebswahlvorstands werden vom Betriebsrat bestellt. Besteht kein Betriebsrat oder kommt der Betriebsrat seiner Verpflichtung zur Bestellung des Betriebswahlvorstands nicht spätestens zwei Wochen nach der in § 1 bezeichneten Mitteilung nach, so wird der Betriebswahlvorstand in einer Betriebsversammlung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt. Besteht auch eine nach § 117 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes durch Tarifvertrag errichtete Vertretung für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer, so erfolgt die Bestellung gemeinsam mit dieser Vertretung.

(5) Der Betriebswahlvorstand teilt unverzüglich nach seiner Bildung dem Unternehmen schriftlich die Namen seiner Mitglieder und seine Betriebsanschrift mit.

## **§ 3 Geschäftsführung des Betriebswahlvorstands**

(1) Der Betriebswahlvorstand wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter. Der Betriebswahlvorstand kann sich eine schriftliche Geschäftsordnung geben. Er kann Wahlberechtigte als Wahlhelfer zu seiner Unterstützung bei der Durchführung der Stimmabgabe und bei der Stimmenzählung heranziehen.

(2) Der Betriebswahlvorstand fasst seine Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit seiner Mitglieder. Über jede Sitzung des Betriebswahlvorstands ist eine Niederschrift aufzunehmen, die mindestens den Wortlaut der Beschlüsse enthält. Die Niederschrift ist vom Vorsitzenden und einem weiteren Mitglied des Betriebswahlvorstands zu unterzeichnen. Dies gilt auch für Bekanntmachungen, Ausschreiben und weitere Niederschriften des Betriebswahlvorstands.

(3) Bekanntmachungen können durch Aushang und durch Einsatz der im Betrieb vorhandenen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen. Der Aushang erfolgt an einer oder mehreren geeigneten, den Wahlberechtigten zugänglichen Stellen im Betrieb. Er ist in gut lesbarem Zustand zu erhalten. Der Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnik ist nur zulässig, wenn

der Adressatenkreis dieser Bekanntmachungsform von der Bekanntmachung Kenntnis erlangen kann und Vorkehrungen getroffen sind, damit nur der Betriebswahlvorstand Änderungen der Bekanntmachung vornehmen kann.

(4) Das Unternehmen hat den Betriebswahlvorstand bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen und ihm den erforderlichen Geschäftsbedarf zur Verfügung zu stellen.

(5) Der Betriebswahlvorstand soll dafür sorgen, dass ausländische Arbeitnehmer, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, rechtzeitig und in geeigneter Weise über den Anlass der Wahl sowie das Wahlverfahren unterrichtet werden.

#### § 4 Wählerliste

(1) Der Betriebswahlvorstand stellt unverzüglich nach seiner Bildung eine Liste der Wahlberechtigten (Wählerliste) auf. Die Wahlberechtigten sollen in alphabetischer Reihenfolge mit Familienname, Vorname, Geburtsdatum aufgeführt werden. Die Wählerliste kann durch Einsatz der im Betrieb vorhandenen Informations- und Kommunikationstechnik aufgestellt werden, wenn Vorkehrungen getroffen sind, damit nur der Betriebswahlvorstand Änderungen in der Wählerliste vornehmen kann.

(2) Das Unternehmen hat dem Betriebswahlvorstand alle für die Anfertigung der Wählerliste erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

(3) Der Betriebswahlvorstand berichtigt oder ergänzt die Wählerliste unverzüglich,

wenn ein Arbeitnehmer

1. in den Betrieb eintritt oder aus ihm ausscheidet,
2. das 18. Lebensjahr vollendet

oder wenn sich in sonstiger Weise die Voraussetzungen, auf denen eine Eintragung in die Wählerliste beruht, ändern.

(4) Die Einsichtnahme in die Wählerliste, das Gesetz und in diese Verordnung ist unverzüglich bis zum Abschluss der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu ermöglichen. Die zur Einsichtnahme bestimmte Wählerliste soll die Geburtsdaten der Wahlberechtigten nicht enthalten. Die Einsichtnahme kann durch Auslegung an geeigneter Stelle im Betrieb und durch Einsatz der im Betrieb vorhandenen Informations- und Kommunikationstechnik ermöglicht werden.

(5) Wahlberechtigt ist nur, wer in der Wählerliste eingetragen ist.

#### § 5 Wahlausschreiben, Einleitung der Wahl, Bekanntmachung

(1) Spätestens sechs Wochen vor dem ersten Tag der Stimmabgabe erlässt der Betriebswahlvorstand ein Wahlausschreiben. Mit Erlass des Wahlausschreibens ist die Wahl eingeleitet.

(2) Das Wahlausschreiben muss folgende Angaben enthalten:

1. das Datum seines Erlasses;

2. wo und wie die Wahlberechtigten in die Wählerliste, das Gesetz und diese Verordnung Einsicht nehmen können;
  3. dass nur Arbeitnehmer wählen können, die in der Wählerliste eingetragen sind;
  4. dass Einsprüche gegen die Wählerliste (§ 6) nur innerhalb von einer Woche seit dem Erlass des Wahlausschreibens schriftlich beim Betriebswahlvorstand eingelegt werden können; der letzte Tag der Frist ist anzugeben;
  5. dass Einsprüche gegen Berichtigung und Ergänzung der Wählerliste nur innerhalb von einer Woche seit der Berichtigung oder der Ergänzung eingelegt werden können;
  6. die Zahl der zu wählenden Arbeitnehmervertreter; soweit Arbeitnehmervertreter nach § 4 Abs. 2 des Gesetzes Arbeitnehmer des Unternehmens sein müssen, ist hierauf hinzuweisen;
  7. dass die in § 105 Abs. 1 des Aktiengesetzes genannten Personen nicht Mitglied des Aufsichtsrats sein können;
  8. dass der Betriebsrat und die Arbeitnehmer innerhalb von zwei Wochen seit dem Erlass des Wahlausschreibens Wahlvorschläge einreichen können; der letzte Tag der Frist ist anzugeben;
  9. die Mindestzahl von Arbeitnehmern, von denen ein gültiger Wahlvorschlag der Arbeitnehmer unterzeichnet sein muss (§ 6 des Gesetzes);
  10. dass in jedem Wahlvorschlag für jeden Bewerber jeweils ein Ersatzmitglied des Aufsichtsrats vorgeschlagen werden kann;
  11. dass bei Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds auch das zusammen mit ihm vorgeschlagene Ersatzmitglied gewählt ist;
  12. dass die Stimmabgabe an die Wahlvorschläge gebunden ist und dass nur solche Wahlvorschläge berücksichtigt werden, die fristgerecht (Nummer 8) eingereicht sind;
  13. wo und wie die Wahlberechtigten von den Wahlvorschlägen bis zum Abschluss der Stimmabgabe Kenntnis erlangen können;
  14. Ort, Tag und Zeit der Stimmabgabe und der öffentlichen Stimmauszählung;
  15. den Hinweis auf die Möglichkeit der schriftlichen Stimmabgabe sowie die Betriebsteile und Kleinbetriebe, für die schriftliche Stimmabgabe nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 beschlossen ist und ob die schriftliche Stimmabgabe nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 beschlossen worden ist;
  16. dass Einsprüche, Wahlvorschläge und sonstige Erklärungen gegenüber dem Betriebswahlvorstand abzugeben sind;
  17. die Namen der Mitglieder und die Betriebsanschrift des Betriebswahlvorstands.
- (3) Der Betriebswahlvorstand macht das Wahlausschreiben am Tag seines Erlasses bis zum Abschluss der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder bekannt (§ 3 Abs. 3).



### § 6 Einspruch gegen die Wählerliste

(1) Einsprüche gegen die Richtigkeit der Wählerliste können innerhalb von einer Woche seit Erlass des Wahlausschreibens schriftlich beim Betriebswahlvorstand eingelegt werden. Einsprüche gegen Berichtigungen und Ergänzungen der Wählerliste können innerhalb von einer Woche seit der Berichtigung oder der Ergänzung eingelegt werden.

(2) Über Einsprüche nach Absatz 1 entscheidet der Betriebswahlvorstand unverzüglich. Ist ein Einspruch begründet, so wird die Wählerliste berichtigt. Der Betriebswahlvorstand teilt die Entscheidung demjenigen, der den Einspruch eingelegt hat, unverzüglich schriftlich mit.

(3) Die Wählerliste kann nach Ablauf der Einspruchsfrist nur bei Schreibfehlern und offenbaren Unrichtigkeiten oder in Erledigung rechtzeitig eingelegter Einsprüche berichtigt werden.

## Abschnitt 2. Wahlvorschläge

### § 7 Wahlvorschläge

(1) Die Wahl erfolgt auf Grund von Wahlvorschlägen des Betriebsrats und der Arbeitnehmer. Die Wahlvorschläge sind innerhalb von zwei Wochen seit Erlass des Wahlausschreibens schriftlich beim Betriebswahlvorstand einzureichen.

(2) Jeder Wahlvorschlag soll mindestens doppelt so viele Bewerber aufweisen, wie Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu wählen sind. In jedem Wahlvorschlag sind die einzelnen Bewerber unter Angabe von Familienname, Vorname, Geburtsdatum und Art der Beschäftigung aufzuführen. Die schriftliche Zustimmung der Bewerber zur Aufnahme in den Wahlvorschlag und ihre schriftliche Versicherung, dass sie im Fall ihrer Wahl die Wahl annehmen werden, sind beizufügen.

(3) Wenn kein anderer Unterzeichner des Wahlvorschlags ausdrücklich als Vorschlagsvertreter bezeichnet ist, wird der an erster Stelle Unterzeichnete als Vorschlagsvertreter angesehen. Der Vorschlagsvertreter ist berechtigt und verpflichtet, dem Betriebswahlvorstand die zur Beseitigung von Beanstandungen erforderlichen Erklärungen abzugeben sowie Erklärungen und Entscheidungen des Betriebswahlvorstands entgegenzunehmen.

(4) Die Unterschrift eines Wahlberechtigten zählt nur auf einem Wahlvorschlag. Hat ein Wahlberechtigter mehrere Wahlvorschläge unterzeichnet, so hat er auf Aufforderung des Betriebswahlvorstands innerhalb einer angemessenen Frist, spätestens jedoch innerhalb von einer Woche zu erklären, welche Unterschrift er aufrechterhält. Unterbleibt die fristgerechte Erklärung, so wird sein Name auf dem zuerst eingereichten Wahlvorschlag gezählt und auf den übrigen Wahlvorschlägen gestrichen; sind mehrere Wahlvorschläge, die von demselben Wahlberechtigten unterschrieben sind, gleichzeitig eingereicht worden, so entscheidet das Los darüber, auf welchem Wahlvorschlag die Unterschrift gilt.

(5) Ein Bewerber kann nur auf einem Wahlvorschlag vorgeschlagen werden. Ist sein Name mit seiner schriftlichen Zustimmung (Absatz 2 Satz 3) auf mehreren Wahlvorschlägen aufgeführt, so hat er auf Aufforderung des Betriebswahlvorstands innerhalb von einer Woche zu erklären, welche Bewerbung er aufrecht-

erhält. Unterbleibt die fristgerechte Erklärung, so ist der Bewerber auf sämtlichen Wahlvorschlägen zu streichen.

### § 8 Wahlvorschläge für Ersatzmitglieder

(1) Wird zusammen mit einem Bewerber für diesen ein Ersatzmitglied des Aufsichtsrats vorgeschlagen (§ 7 Abs. 1 des Gesetzes), gilt § 7 Abs. 5 entsprechend.

(2) Jedes vorgeschlagene Ersatzmitglied ist in dem Wahlvorschlag unter Angabe von Familienname, Vorname, Geburtsdatum und Art der Beschäftigung neben dem Bewerber aufzuführen, für den es als Ersatzmitglied des Aufsichtsrats vorgeschlagen wird. In dem Wahlvorschlag ist kenntlich zu machen, wer als Mitglied und wer als Ersatzmitglied des Aufsichtsrats vorgeschlagen wird. § 7 Abs. 2 Satz 3 gilt entsprechend.

### § 9 Bestätigung und Prüfung der Wahlvorschläge

(1) Der Betriebswahlvorstand bestätigt dem Vorschlagsvertreter schriftlich den Zeitpunkt der Einreichung des Wahlvorschlags.

(2) Der Betriebswahlvorstand hat unverzüglich den Wahlvorschlag zu prüfen und bei Ungültigkeit oder Beanstandung den Vorschlagsvertreter schriftlich unter Angabe der Gründe zu unterrichten.

### § 10 Ungültige Wahlvorschläge

(1) Ungültig sind Wahlvorschläge,

1. die nicht fristgerecht eingereicht worden sind,  
2. die bei der Einreichung nicht die erforderliche Zahl von Unterschriften (§ 6 des Gesetzes) aufweisen.

(2) Wahlvorschläge,

1. in denen die Bewerber nicht in der in § 7 Abs. 2 bestimmten Weise bezeichnet sind,  
2. denen die schriftliche Zustimmung der Bewerber zur Aufnahme in den Wahlvorschlag und die Versicherung, die Wahl anzunehmen (§ 7 Abs. 2 Satz 3) nicht beigefügt sind,  
3. die infolge von Streichung gemäß § 7 Abs. 5 nicht mehr die erforderliche Zahl von Unterschriften aufweisen, sind ungültig, wenn der Betriebswahlvorstand sie beanstandet hat und die Mängel nicht innerhalb von einer Woche seit der Beanstandung beseitigt worden sind.

### § 11 Nachfrist für Wahlvorschläge

(1) Ist nach Ablauf der in § 7 Abs. 1 genannten Frist kein gültiger Wahlvorschlag eingereicht, so hat dies der Betriebswahlvorstand sofort in der gleichen Weise bekannt zu machen wie das Wahlausschreiben (§ 5 Abs. 3) und eine Nachfrist von einer Woche für die Einreichung von Wahlvorschlägen zu setzen. In der Bekanntmachung ist darauf hinzuweisen, dass die Wahl nur stattfinden kann, wenn innerhalb der Nachfrist mindestens ein gültiger Wahlvorschlag eingereicht wird.

(2) Wird bis zum Ablauf der Nachfrist kein gültiger Wahlvorschlag eingereicht, so macht der Betriebswahlvorstand unverzüglich bekannt, dass die Wahl nicht stattfindet.

### § 12 Bekanntmachung der Wahlvorschläge

Spätestens eine Woche vor dem ersten Tag der Stimmabgabe macht der Betriebswahlvorstand die gültigen Wahlvorschläge in gleicher Weise bekannt wie das Wahlausschreiben (§ 5 Abs. 3).

## Abschnitt 3. Stimmabgabe

### § 13 Stimmabgabe, Stimmzettel

(1) Der Wähler kann seine Stimme nur für Bewerber eines als gültig anerkannten Wahlvorschlags abgeben. Die Stimmabgabe erfolgt durch Abgabe von Stimmzetteln.

(2) Auf den Stimmzetteln sind die Bewerber in alphabetischer Reihenfolge unter Angabe von Familienname, Vorname und Art der Beschäftigung aufzuführen. Das für einen Bewerber vorgeschlagene Ersatzmitglied ist auf den Stimmzetteln neben dem Bewerber aufzuführen; Satz 1 ist entsprechend anzuwenden. Die Stimmzettel sollen die Angabe enthalten, wie viele Bewerber angekreuzt werden können. Die Stimmzettel für die Wahl der Arbeitnehmervertreter müssen sämtlich die gleiche Größe, Farbe, Beschaffenheit und Beschriftung haben. Der Wähler kennzeichnet die von ihm gewählten Bewerber durch Ankreuzen an der hierfür im Stimmzettel vorgesehenen Stelle; er darf nicht mehr Bewerber ankreuzen, als Arbeitnehmervertreter zu wählen sind.

(3) Ungültig sind Stimmzettel,

1. in denen mehr Bewerber angekreuzt sind, als Aufsichtsratsmitglieder zu wählen sind,
2. aus denen sich ein eindeutiger Wille nicht ergibt,
3. die mit einem besonderen Merkmal versehen sind,
4. die andere als die in Absatz 2 bezeichneten Angaben, einen Zusatz oder sonstige Änderungen enthalten.

### § 14 Wahlvorgang

(1) Der Betriebswahlvorstand hat geeignete Vorkehrungen für die unbeobachtete Kennzeichnung der Stimmzettel im Wahlraum zu treffen und für die Bereitstellung einer oder mehrerer Wahlurnen zu sorgen. Die Wahlurne muss vom Betriebswahlvorstand verschlossen und so eingerichtet sein, dass die eingeworfenen Stimmzettel nicht herausgenommen werden können, ohne dass die Urne geöffnet wird.

(2) Während der Wahl müssen mindestens zwei Mitglieder des Betriebswahlvorstands im Wahlraum anwesend sein; sind Wahlhelfer bestellt (§ 3 Abs. 1), so genügt die Anwesenheit eines Mitglieds des Wahlvorstands und eines Wahlhelfers.

(3) Der Wähler kennzeichnet seinen Stimmzettel unbeobachtet und faltet ihn in der Weise, dass seine Stimmabgabe nicht erkennbar ist. Danach gibt der Wähler seinen Namen an und wirft den gefalteten Stimmzettel in die Wahlurne, nachdem die Stimmabgabe in der Wählerliste vermerkt worden ist.

(4) Wer infolge seiner Behinderung bei der Stimmabgabe beeinträchtigt ist, kann eine Person seines Vertrauens bestimmen, die ihm bei der Stimmabgabe behilflich sein soll, und teilt dies dem Betriebswahlvorstand mit. Personen, die sich bei der Wahl bewerben, Mitglieder des Betriebswahlvorstands sowie Wahlhelfer dürfen nicht zur Hilfeleistung herangezogen werden. Die Hilfeleistung beschränkt sich auf die Erfüllung der Wünsche des Wählers zur Stimmabgabe. Die Person des Vertrauens ist zur Geheimhaltung der Kenntnisse verpflichtet, die sie bei der Hilfeleistung zur Stimmabgabe erlangt hat. Die Sätze 1 bis 4 gelten entsprechend für des Lesens unkundige Wähler.

(5) Nach Abschluss der Stimmabgabe ist die Wahlurne zu versiegeln, wenn die Stimmauszählung nicht unmittelbar nach Beendigung der Wahl durchgeführt wird; dies gilt auch, wenn die Stimmabgabe unterbrochen wird.

#### § 15 Einsatz von Wahlgeräten

(1) Für die Abgabe und Zählung der Stimmen können an Stelle von Stimmzetteln und Wahlurnen Wahlgeräte eingesetzt werden. § 14 gilt entsprechend. Die Wahlgeräte müssen auf Grund einer Prüfung nach § 2 Abs. 2 und 3 der Bundeswahlgeräteverordnung für die Wahl geeignet sein, für die sie eingesetzt werden und den Richtlinien für die Bauart von Wahlgeräten entsprechen, soweit diese nicht besondere Regelungen für Bundeswahlen enthalten. Jedem Wahlgerät muss eine Bedienungsanleitung und eine Baugleichheitserklärung entsprechend § 2 Abs. 6 der Bundeswahlgeräteverordnung beigelegt sein.

(2) Der Einsatz von Wahlgeräten ist nur zulässig, wenn hierüber Einvernehmen zwischen dem Betriebswahlvorstand und der Unternehmensleitung erzielt worden ist.

### Abschnitt 4. Schriftliche Stimmabgabe

#### § 16 Voraussetzungen der schriftlichen Stimmabgabe

(1) Einem Wahlberechtigten, der im Zeitpunkt der Wahl wegen Abwesenheit vom Betrieb verhindert ist, seine Stimme persönlich abzugeben, hat der Betriebswahlvorstand auf sein Verlangen

1. das Wahlausschreiben,
2. den Stimmzettel und einen Wahlumschlag,
3. eine vorgedruckte, von dem Wähler abzugebende Erklärung, in der gegenüber dem Betriebswahlvorstand zu versichern ist, dass der Stimmzettel persönlich gekennzeichnet worden ist, sowie
4. einen größeren Freiumschlag, der die Anschrift des Betriebswahlvorstands und als Absender den Namen und die Anschrift des Wahlberechtigten sowie den Vermerk „Schriftliche Stimmabgabe“ trägt,

auszuhändigen oder zu übersenden. Der Betriebswahlvorstand soll dem Wahlberechtigten ferner ein Merkblatt über die Art und Weise der schriftlichen

Stimmabgabe (§ 17) aushändigen oder übersenden. Der Betriebswahlvorstand vermerkt die Aushändigung oder Übersendung in der Wählerliste.

(2) Wahlberechtigte, von denen dem Betriebswahlvorstand bekannt ist, dass sie im Zeitpunkt der Wahl nach der Eigenart ihres Beschäftigungsverhältnisses voraussichtlich nicht im Betrieb anwesend sein werden (insbesondere im Außendienst, mit Telearbeit und in Heimarbeit Beschäftigte), erhalten die in Absatz 1 bezeichneten Unterlagen, ohne dass es eines Verlangens des Wahlberechtigten bedarf.

(3) Der Betriebswahlvorstand kann die schriftliche Stimmabgabe beschließen

1. für Betriebsteile und Kleinstbetriebe, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind,
2. für den Betrieb, wenn die Mehrheit der Wahlberechtigten zur schriftlichen Stimmabgabe nach Absatz 2 berechtigt ist und die verbleibende Minderheit nicht mehr als insgesamt 25 Wahlberechtigte ausmacht. Absatz 2 ist entsprechend anzuwenden.

### **§ 17 Verfahren bei der schriftlichen Stimmabgabe**

(1) Die Stimmabgabe erfolgt in der Weise, dass der Wähler

1. die Stimmzettel unbeobachtet persönlich kennzeichnet und so faltet und in den zugehörigen Wahlumschlägen verschließt, dass die Stimmabgabe erst nach Auseinanderfalten des Stimmzettels erkennbar ist;
2. die vorgedruckte Erklärung unter Angabe des Orts und des Datums unterschreibt und
3. die Wahlumschläge und die unterschriebene vorgedruckte Erklärung in dem Freiumschlag verschließt und diesen Wahlbrief so rechtzeitig an den Betriebswahlvorstand absendet oder übergibt, dass er vor Abschluss der Stimmabgabe vorliegt.

(2) Unmittelbar vor Abschluss der Stimmabgabe öffnet der Betriebswahlvorstand in öffentlicher Sitzung die bis zu diesem Zeitpunkt eingegangenen Wahlbriefe und entnimmt ihnen die Wahlumschläge sowie die vorgedruckten Erklärungen. Ist die schriftliche Stimmabgabe ordnungsgemäß erfolgt, so vermerkt der Betriebswahlvorstand die Stimmabgabe in der Wählerliste, öffnet die Wahlumschläge und legt die Stimmzettel in die Wahlurne.

(3) Verspätet eingehende Wahlbriefe nimmt der Betriebswahlvorstand mit einem Vermerk über den Zeitpunkt des Eingangs ungeöffnet zu den Wahlunterlagen. Die Wahlbriefe sind einen Monat nach Bekanntgabe des Ergebnisses der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer ungeöffnet zu vernichten, wenn die Wahl nicht angefochten worden ist.

## **Abschnitt 5. Stimmauszählung und Ergebnis**

### **§ 18 Öffentliche Stimmauszählung**

(1) Unverzüglich nach Abschluss der Stimmabgabe zählt der Betriebswahlvorstand öffentlich die Stimmen aus.

(2) Nach Öffnung der Wahlurne entnimmt der Betriebswahlvorstand die Stimmzettel und zählt die auf jeden Bewerber entfallenden Stimmen zusammen.

(3) Bei der Auszählung ist die Gültigkeit der Stimmzettel zu prüfen.

(4) Beim Einsatz von Wahlgeräten stellt der Betriebswahlvorstand durch AbleSEN die Zahl der auf jeden Bewerber entfallenden Stimmen fest.

### **§ 19 Ermittlung der Gewählten**

Gewählt sind die Bewerber, die die meisten Stimmen erhalten haben. Muss der zu Wählende Arbeitnehmer des Unternehmens sein (§ 4 des Gesetzes), so sind die Bewerber gewählt, die diese Voraussetzung erfüllen und die meisten Stimmen erhalten haben. Bei Stimmengleichheit entscheidet jeweils das Los.

### **§ 20 Niederschrift des Wahlergebnisses**

Nachdem die Stimmen ausgezählt sind, stellt der Betriebswahlvorstand in einer Niederschrift fest:

1. die Zahl der an Wahlgeräten abgegebenen Stimmen;
2. die Zahl der insgesamt abgegebenen Stimmen;
3. die Zahl der gültigen Stimmen;
4. die Zahl der ungültigen Stimmen;
5. die Zahlen der auf die einzelnen Bewerber entfallenden Stimmen;
6. die Namen der gewählten Aufsichtsratsmitglieder;
7. die Namen der für die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder gewählten Ersatzmitglieder;
8. besondere während der Wahl eingetretene Zwischenfälle oder sonstige Ereignisse.

### **§ 21 Bekanntmachung des Wahlergebnisses und Benachrichtigung der Gewählten**

(1) Der Betriebswahlvorstand macht das Wahlergebnis und die Namen der Gewählten unverzüglich für die Dauer von zwei Wochen bekannt.

(2) Gleichzeitig benachrichtigt der Betriebswahlvorstand die Gewählten schriftlich von ihrer Wahl und übermittelt das Wahlergebnis und die Namen der Gewählten dem Unternehmen.

### **§ 22 Aufbewahrung der Wahlakten, Bekanntmachung des Unternehmens**

(1) Der Betriebswahlvorstand übergibt die Wahlakten dem Unternehmen. Das Unternehmen bewahrt die Wahlakten mindestens für die Dauer von fünf Jahren auf.

(2) Für die nach § 8 des Gesetzes erforderliche Bekanntmachung im Betrieb gilt § 3 Abs. 3 entsprechend.

**Kapitel 2. Wahl durch die Arbeitnehmer mehrerer Betriebe oder mehrerer Unternehmen****§ 23 Allgemeine Vorschriften**

Nehmen die Arbeitnehmer mehrerer Betriebe oder mehrerer Unternehmen an der Wahl der Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat teil, so gelten die Vorschriften des Kapitels 1 entsprechend, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften Abweichungen ergeben.

**§ 24 Mitteilung des Unternehmens**

Die in § 1 bezeichnete Mitteilung erfolgt gegenüber den Betriebsräten.

**§ 25 Wahlvorstände**

(1) Die Durchführung der Wahl und die Feststellung des Wahlergebnisses obliegen dem zuständigen Wahlvorstand. Zuständiger Wahlvorstand ist bei der Wahl

1. in mehreren Betrieben der Unternehmenswahlvorstand,
2. in mehreren Unternehmen der Hauptwahlvorstand.

(2) In den einzelnen Betrieben wird die Wahl im Auftrag und nach den Richtlinien des nach Absatz 1 zuständigen Wahlvorstands durch Betriebswahlvorstände durchgeführt.

(3) Die Wahlvorstände nach den Absätzen 1 und 2 werden unverzüglich nach der in § 24 bezeichneten Mitteilung gebildet.

(4) Die Wahlvorstände nach den Absätzen 1 und 2 teilen unverzüglich nach ihrer Bildung dem Unternehmen schriftlich ihre Betriebsanschrift und die Namen ihrer Mitglieder mit.

**§ 26 Zusammensetzung des Unternehmenswahlvorstands oder des Hauptwahlvorstands**

(1) Für die Größe und Zusammensetzung des nach § 25 Abs. 1 zuständigen Wahlvorstands gilt § 2 Abs. 2 und 3 entsprechend.

(2) Die Mitglieder des Unternehmenswahlvorstands werden vom Gesamtbetriebsrat bestellt. Besteht kein Gesamtbetriebsrat oder kommt der Gesamtbetriebsrat seiner Verpflichtung zur Bestellung des Unternehmenswahlvorstands nicht spätestens zwei Wochen nach der in § 24 bezeichneten Mitteilung nach, so werden die Mitglieder des Unternehmenswahlvorstands

1. vom Betriebsrat des nach der Zahl der Wahlberechtigten größten Betriebs, in dem ein Betriebsrat besteht, bestellt oder,
2. falls in keinem Betrieb ein Betriebsrat besteht, in einer Betriebsversammlung des nach der Zahl der Wahlberechtigten größten Betriebs mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt.

(3) Die Mitglieder des Hauptwahlvorstands werden vom Konzernbetriebsrat bestellt. Besteht kein Konzernbetriebsrat oder kommt der Konzernbetriebsrat seiner Verpflichtung zur Bestellung des Hauptwahlvorstands nicht spätestens zwei

Wochen nach der in § 24 bezeichneten Mitteilung nach, so werden die Mitglieder des Hauptwahlvorstands

1. in dem nach der Zahl der Wahlberechtigten größten Unternehmen, dessen Arbeitnehmer an der Wahl teilnehmen und in dem eine Arbeitnehmervertretung nach dem Betriebsverfassungsgesetz besteht, bestellt; die Bestellung erfolgt durch den Gesamtbetriebsrat oder, wenn ein solcher nicht besteht, durch den Betriebsrat, oder,
2. falls in keinem Unternehmen ein Betriebsrat besteht, in einer Betriebsversammlung des nach der Zahl der Wahlberechtigten größten Betriebs der Unternehmen, deren Arbeitnehmer an der Wahl teilnehmen, mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt.

Besteht auch eine nach § 117 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes durch Tarifvertrag errichtete Vertretung für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer, so erfolgt die Bestellung gemeinsam mit dieser Vertretung.

### § 27 Zusammensetzung und Aufgaben des Betriebswahlvorstands, Fristen

- (1) Für die Größe und Zusammensetzung des Betriebswahlvorstands gilt § 2 Abs. 2 bis 5.
- (2) Dem Betriebswahlvorstand obliegen im Rahmen seiner Zuständigkeiten nach § 25 Abs. 2 insbesondere die Aufstellung und die Bekanntmachung der Wählerliste (§ 4) sowie die Entscheidung über Einsprüche gegen die Wählerliste (§ 6) und die Bekanntmachung der Wahlvorschläge (§ 12).
- (3) Bekanntmachungen erfolgen durch die Betriebswahlvorstände spätestens an dem vom zuständigen Wahlvorstand hierfür festgesetzten Tag.

### § 28 Wahlausschreiben

- (1) Spätestens sechs Wochen vor dem ersten Tag der Stimmabgabe erlässt der zuständige Wahlvorstand ein Wahlausschreiben. Mit Erlass des Wahlausschreibens ist die Wahl eingeleitet. § 5 Abs. 2 gilt mit der Maßgabe, dass
  1. Wahlvorschläge gegenüber dem zuständigen Wahlvorstand abzugeben sind (Nummer 16) und
  2. die Betriebsanschrift des zuständigen Wahlvorstands anzugeben ist (Nummer 17).
- (2) Der zuständige Wahlvorstand übersendet das Wahlausschreiben den Betriebswahlvorständen und fordert sie auf, die notwendigen Angaben nach Absatz 3 zu ergänzen. Er teilt ihnen schriftlich den Zeitpunkt mit, von dem ab das Wahlausschreiben in den Betrieben bekannt zu machen ist.
- (3) Der Betriebswahlvorstand ergänzt das Wahlausschreiben um die folgenden Angaben:
  1. wo und wie die Wahlberechtigten in die Wählerliste, das Gesetz und diese Verordnung Einsicht nehmen können;
  2. Ort, Tag und Zeit der Stimmabgabe und der öffentlichen Stimmauszählung;
  3. den Hinweis auf die Möglichkeit der schriftlichen Stimmabgabe sowie die Betriebsteile, Kleinstbetriebe und Betriebe, für die schriftliche Stimmabgabe nach § 16 Abs. 3 beschlossen ist;



4. wo und wie die Wahlberechtigten von den Wahlvorschlägen bis zum Abschluss der Stimmabgabe Kenntnis erlangen können;

5. die Namen der Mitglieder und die Betriebsanschrift des Betriebswahlvorstands.

(4) Die Bekanntmachung des Wahlausschreibens erfolgt durch den Betriebswahlvorstand spätestens an dem vom zuständigen Wahlvorstand hierfür festgesetzten Tag bis zum Abschluss der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder.

### § 29 Wahlvorschläge

Die Wahlvorschläge der Betriebsräte und der Arbeitnehmer sind innerhalb von zwei Wochen seit Erlass des Wahlausschreibens schriftlich beim zuständigen Wahlvorstand einzureichen, der sie unverzüglich zu prüfen hat. Der zuständige Wahlvorstand übersendet die gültigen Wahlvorschläge den Betriebswahlvorständen und teilt ihnen schriftlich den Zeitpunkt mit, von dem ab sie in den Betrieben bekannt zu machen sind.

### § 30 Schriftliche Stimmabgabe

(1) Der zuständige Wahlvorstand übersendet den Betriebswahlvorständen auf Anforderung die für die in den Betrieben durchzuführende schriftliche Stimmabgabe erforderlichen Unterlagen (§ 16 Abs. 1).

(2) Dem Betriebswahlvorstand obliegt die Durchführung der schriftlichen Stimmabgabe.

### § 31 Stimmauszählung, Niederschrift, Bekanntmachung

(1) Die öffentliche Stimmauszählung in den Betrieben obliegt dem Betriebswahlvorstand.

(2) Nachdem die Stimmen ausgezählt sind, erstellt der Betriebswahlvorstand eine Niederschrift (§ 20) und übermittelt diese unverzüglich dem zuständigen Wahlvorstand eingeschrieben, fernschriftlich oder durch Boten.

(3) Der zuständige Wahlvorstand ermittelt anhand der Niederschriften der Betriebswahlvorstände das Wahlergebnis und stellt es in einer Niederschrift fest. § 20 gilt entsprechend.

(4) Der zuständige Wahlvorstand übermittelt das Wahlergebnis den Betriebswahlvorständen. Diese machen das Wahlergebnis unverzüglich für die Dauer von zwei Wochen bekannt. Gleichzeitig benachrichtigt der zuständige Wahlvorstand die Gewählten schriftlich von ihrer Wahl und übermittelt das Wahlergebnis und die Namen der Gewählten dem Unternehmen.

(5) Die Wahlvorstände übergeben ihre Wahlakten dem Unternehmen, in dessen Aufsichtsrat die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer gewählt worden sind. Das Unternehmen bewahrt die Wahlakten mindestens für die Dauer von fünf Jahren auf.

**Teil 2. Abberufung****Kapitel 1. Abberufung durch die Arbeitnehmer eines Betriebs****§ 32 Einleitung des Abberufungsverfahrens**

- (1) Ein Antrag auf Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds der Arbeitnehmer oder eines Ersatzmitglieds nach § 12 des Gesetzes ist schriftlich beim Betriebsrat einzureichen. Der Antrag eines Betriebsrats erfolgt auf Grund eines Beschlusses.
- (2) Unverzüglich nach Eingang eines Antrags auf Abberufung oder eines entsprechenden Beschlusses eines Betriebsrats wird der Betriebswahlvorstand gebildet, es sei denn, der Antrag entspricht offensichtlich nicht den in § 12 Abs. 1 des Gesetzes bezeichneten Erfordernissen.
- (3) Für die Aufgaben, die Bildung, die Zusammensetzung und die Geschäftsführung des Betriebswahlvorstands sind die §§ 2 und 3 entsprechend anzuwenden. Die Mitteilung nach § 2 Abs. 5 muss auch den Inhalt des Antrags auf Abberufung enthalten.
- (4) Das Unternehmen hat dem Betriebswahlvorstand die bei der Wahl des Aufsichtsratsmitglieds, dessen Abberufung beantragt wird, entstandenen Wahlakten zu übergeben.

**§ 33 Liste der Abstimmungsberechtigten, Bekanntmachung**

- (1) Der Betriebswahlvorstand erstellt unverzüglich eine Liste der Abstimmungsberechtigten. Abstimmungsberechtigt ist, wer wahlberechtigt ist. Die §§ 4 und 6 gelten entsprechend.
- (2) Der Betriebswahlvorstand macht gleichzeitig mit der Ermöglichung der Einsichtnahme in die Wählerliste bis zum Abschluss der Abstimmung die Namen seiner Mitglieder und seine Anschrift bekannt sowie
  1. das Datum der Bekanntmachung;
  2. wo und wie die Abstimmungsberechtigten in die Wählerliste, das Gesetz und diese Verordnung Einsicht nehmen können;
  3. dass Einsprüche gegen die Richtigkeit der Wählerliste nur innerhalb einer Woche seit der Bekanntmachung schriftlich beim Betriebswahlvorstand eingelegt werden können; der letzte Tag der Frist ist anzugeben;
  4. dass Einsprüche gegen Berichtigungen und Ergänzungen der Wählerliste nur innerhalb einer Woche seit der Berichtigung oder der Ergänzung eingelegt werden können.

**§ 34 Prüfung des Antrags auf Abberufung**

- (1) Der Betriebswahlvorstand prüft unverzüglich nach Ablauf der in § 33 Abs. 1 Satz 2, § 6 Abs. 1 bezeichneten Fristen die Gültigkeit des Antrags auf Abberufung (§ 12 des Gesetzes).
- (2) Ist ein Antrag ungültig, so teilt der Betriebswahlvorstand dies dem Antragsvertreter oder, wenn ein solcher nicht benannt ist, dem an erster Stelle Unterzeichnenden schriftlich mit. Der Betriebswahlvorstand macht die Mitteilung für die Dauer von zwei Wochen bekannt.

**§ 35 Abberufungsausschreiben**

(1) Ist der Antrag gültig, erlässt der Betriebswahlvorstand unverzüglich ein Abberufungsausschreiben. Mit Erlass des Abberufungsausschreibens ist das Abberufungsverfahren eingeleitet.

(2) Das Abberufungsausschreiben muss folgende Angaben enthalten:

1. das Datum seines Erlasses;
2. den Inhalt des Antrags;
3. die Bezeichnung des Antragstellers;
4. die Zahl der Arbeitnehmer, die den Antrag unterzeichnet haben;
5. dass an der Abstimmung nur teilnehmen kann, wer in der Wählerliste eingetragen ist;
6. dass der Beschluss über die Abberufung einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf;
7. Ort, Tag und Zeit der Stimmabgabe und der öffentlichen Stimmauszählung;
8. den Hinweis auf die Möglichkeit der schriftlichen Stimmabgabe sowie die Betriebsteile und Kleinbetriebe für die schriftliche Stimmabgabe nach § 36 Abs. 2 und § 16 Abs. 3 Nr. 1 beschlossen ist und ob die schriftliche Stimmabgabe nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 beschlossen worden ist;
9. dass Einsprüche und sonstige Erklärungen gegenüber dem Betriebswahlvorstand abzugeben sind.

(3) Für die Bekanntmachung des Abberufungsausschreibens gilt § 5 Abs. 3 entsprechend.

**§ 36 Stimmzettel, Stimmabgabe**

(1) Die Stimmzettel dürfen nur den Antrag und die Frage an den Abstimmungsberechtigten enthalten, ob er für oder gegen den Antrag auf Abberufung stimmt. Gibt der Abstimmungsberechtigte seine Stimme für den Antrag ab, so kreuzt er an der hierfür im Stimmzettel vorgesehenen Stelle das vorgedruckte „Ja“, andernfalls das vorgedruckte „Nein“ an.

(2) Für die Stimmabgabe gelten im Übrigen § 13 Abs. 3 und die §§ 14 bis 17 entsprechend.

**§ 37 Öffentliche Stimmauszählung, Abstimmungsergebnis, Akten**

(1) Unverzüglich nach Abschluss der Stimmabgabe zählt der Betriebswahlvorstand öffentlich die Stimmen aus. § 18 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend.

(2) Für die Niederschrift des Betriebswahlvorstands, die Bekanntmachung und die im Zusammenhang mit einem Antrag auf Abberufung entstandenen Akten gelten die §§ 20 bis 22 entsprechend.

**Kapitel 2. Abberufung durch die Arbeitnehmer mehrerer Betriebe oder mehrerer Unternehmen****§ 38 Allgemeine Vorschriften**

Nehmen die Arbeitnehmer mehrerer Betriebe oder mehrerer Unternehmen an der Abstimmung über die Abberufung eines Arbeitnehmersvertreters im Aufsichtsrat teil, so gelten die Vorschriften des Teils 2 Kapitel 1 entsprechend, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften Abweichungen ergeben.

**§ 39 Antrag, Unternehmenswahlvorstand, Hauptwahlvorstand**

(1) Der Antrag auf Abberufung nach § 12 des Gesetzes ist schriftlich einzureichen

1. beim Gesamtbetriebsrat, wenn das Aufsichtsratsmitglied, dessen Abberufung beantragt wird, durch die Arbeitnehmer mehrerer Betriebe gewählt worden ist; besteht kein Gesamtbetriebsrat, ist der Antrag beim Betriebsrat einzureichen;
2. beim Konzernbetriebsrat, wenn das Aufsichtsratsmitglied, dessen Abberufung beantragt wird, durch die Arbeitnehmer mehrerer Unternehmen gewählt worden ist; besteht kein Konzernbetriebsrat, ist der Antrag in dem nach der Zahl der Wahlberechtigten größten Unternehmen, in dem eine Arbeitnehmervertretung nach dem Betriebsverfassungsgesetz besteht, einzureichen; Adressat des Antrags ist der Gesamtbetriebsrat oder, wenn ein solcher nicht besteht, der Betriebsrat.

§ 32 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

(2) Unverzüglich nach Eingang eines Antrags auf Abberufung oder eines entsprechenden Beschlusses eines Betriebsrats wird der nach § 25 Abs. 1 zuständige Wahlvorstand gebildet, es sei denn, der Antrag entspricht offensichtlich nicht den in § 12 Abs. 1 des Gesetzes bezeichneten Erfordernissen. Für die Größe und Zusammensetzung des zuständigen Wahlvorstands gilt § 26.

**§ 40 Betriebswahlvorstand**

Für die Bildung, Größe, Zusammensetzung und Aufgaben des Betriebswahlvorstands gelten § 25 Abs. 2 und 3 und § 27.

**§ 41 Abberufungsausschreiben**

Der zuständige Wahlvorstand erlässt unverzüglich ein Abberufungsausschreiben.

**Teil 3. Besondere Vorschriften bei Teilnahme von Arbeitnehmern eines Seebetriebs****Kapitel 1. Wahl****§ 42 Allgemeine Vorschriften**

Für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer bei Teilnahme von Arbeitnehmern eines Seebetriebs gelten die Vorschriften des Teils 1 entsprechend, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften Abweichungen ergeben.

### § 43 Einleitung der Wahl

- (1) Die in § 1 bezeichnete Frist wird auf 22 Wochen verlängert.
- (2) Für den Seebetrieb wird ein Betriebswahlvorstand nicht gebildet. Der nach § 25 Abs.1 zuständige Wahlvorstand nimmt im Seebetrieb die sich aus dieser Verordnung ergebenden Aufgaben wahr.
- (3) Mitteilungen, die im Seebetrieb bekannt zu machen sind, übersendet der zuständige Wahlvorstand jedem zum Seebetrieb gehörigen Schiff und teilt dabei den Zeitpunkt mit, von dem ab sie auf dem Schiff bekannt zu machen sind. Mitteilungen sind von der Bordvertretung oder, wenn eine solche nicht besteht, vom Kapitän bekannt zu machen. Der erste und der letzte Tag der Bekanntmachung sind auf der Mitteilung zu vermerken.
- (4) Der zuständige Wahlvorstand übersendet jedem zum Seebetrieb gehörigen Schiff eine Kopie der Wählerliste des Seebetriebs, das Gesetz und diese Verordnung. Ihre Einsichtnahme ist von der Bordvertretung oder, wenn eine solche nicht besteht, vom Kapitän zu ermöglichen. Die Einsichtnahme kann durch Auslegung an geeigneter, den Wahlberechtigten zugänglicher Stelle an Bord und durch Einsatz der im Betrieb vorhandenen Informations- und Kommunikationsmittel ermöglicht werden. Außerdem übersendet der zuständige Wahlvorstand die Wählerliste des Seebetriebs dem Betriebswahlvorstand des Landbetriebs, der für die Heuverhältnisse der Arbeitnehmer des Seebetriebs zuständig ist. Dieser Betriebswahlvorstand ermöglicht die Einsichtnahme in die Wählerliste des Seebetriebs in gleicher Weise wie in die in § 4 bezeichnete Wählerliste.

### § 44 Bekanntmachung über die Einreichung von Wahlvorschlägen

- (1) Das Wahlausschreiben muss im Seebetrieb auch folgende Angaben enthalten:
  1. dass die Einsichtnahme in die Wählerliste des Seebetriebs, das Gesetz und diese Verordnung an Bord ermöglicht wird;
  2. dass die Einsichtnahme in die Wählerliste des Seebetriebs auch in dem Landbetrieb, der für die Heuverhältnisse der Arbeitnehmer des Seebetriebs zuständig ist, ermöglicht wird;
  3. dass die Wahlvorschläge auf jedem Schiff des Seebetriebs von der Bordvertretung oder, wenn eine solche nicht besteht, vom Kapitän bekannt gemacht werden;
  4. dass die Arbeitnehmer des Seebetriebs in Briefwahl wählen;
  5. den Zeitpunkt, bis zu dem die Wahlbriefe beim zuständigen Wahlvorstand eingehen müssen.
- (2) Abweichend von § 6 Abs. 1 kann im Seebetrieb
  1. ein Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste innerhalb von vier Wochen seit ihrer Versendung an die Schiffe eingelegt werden;
  2. ein Einspruch gegen eine Berichtigung oder Ergänzung der Wählerliste innerhalb von vier Wochen seit der Berichtigung oder der Ergänzung eingelegt werden.

(3) Die Frist für die Einreichung von Wahlvorschlägen (§ 7) wird auf fünf Wochen verlängert.

(4) Die Frist für die Bekanntmachung der Wahlvorschläge (§ 12) wird auf drei Wochen verlängert. Ist zu besorgen, dass die in Satz 1 bezeichnete Mindestfrist zwischen dem für die Bekanntmachung der Wahlvorschläge an Bord bestimmten Zeitpunkt und dem Beginn der Stimmabgabe in den Landbetrieben für eine fristgerechte Stimmabgabe der Arbeitnehmer des Seebetriebs nicht ausreicht, so kann der zuständige Wahlvorstand diese Mindestfrist auf höchstens fünf Wochen verlängern. Für die Bekanntmachung der Wahlvorschläge im Seebetrieb gilt § 43 Abs. 3.

(5) Für die Bekanntmachung des Wahlausschreibens im Seebetrieb gilt § 43 Abs. 3.

#### **§ 45 Stimmabgabe**

(1) Die Arbeitnehmer des Seebetriebs stimmen bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in Briefwahl ab.

(2) Gleichzeitig mit der Versendung der Wahlvorschläge an die Betriebswahlvorstände (§ 29) übersendet der zuständige Wahlvorstand

1. jedem Schiff die zur Stimmabgabe erforderlichen Unterlagen in einer Anzahl, die die Zahl der Regelbesatzung des Schiffes um mindestens 10 Prozent übersteigt;
2. allen Arbeitnehmern der Seebetriebe, von denen ihm bekannt ist, dass sie sich nicht an Bord eines Schiffes befinden, die zur Stimmabgabe erforderlichen Unterlagen sowie eine Kopie des Wahlausschreibens. Die Bordvertretung oder, wenn eine solche nicht besteht, der Kapitän hat jedem Besatzungsmitglied die zur Stimmabgabe erforderlichen Unterlagen auszuhändigen. Die Wahlbriefe der Besatzungsmitglieder eines Schiffes sollen möglichst gleichzeitig an den zuständigen Wahlvorstand abgesandt werden.

### **Kapitel 2. Abberufung**

#### **§ 46 Allgemeine Vorschriften**

Für die Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer bei Teilnahme von Arbeitnehmern von Seebetrieben gelten die Vorschriften des Teils 2 entsprechend, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften Abweichungen ergeben.

#### **§ 47 Einleitung des Abberufungsverfahrens**

(1) Für den Seebetrieb wird ein Betriebswahlvorstand nicht gebildet. Der zuständige Wahlvorstand nimmt im Seebetrieb die sich aus dieser Verordnung ergebenden Aufgaben des Betriebswahlvorstands wahr.

(2) Für Mitteilungen, die im Seebetrieb bekannt zu machen sind, gilt § 43 Abs. 3.

**§ 48 Abberufungsausschreiben für Seebetriebe, Wählerliste**

Für das Abberufungsausschreiben nach § 41 und die Wählerliste gilt § 44 Abs. 1, 2 und 5.

**§ 49 Stimmabgabe**

Die Arbeitnehmer von Seebetrieben stimmen bei der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern in Briefwahl ab. Für die Stimmabgabe gilt § 45 Abs. 2 entsprechend.

**Teil 4. Schlussbestimmungen****§ 50 Berechnung der Fristen**

Für die Berechnung der in dieser Verordnung festgelegten Fristen finden die §§ 186 bis 193 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

**§ 51 Übergangsregelung**

Auf Wahlen oder Abberufungen, die vor dem 1. Juli 2004 eingeleitet worden sind, sind die Vorschriften der Ersten Rechtsverordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-1-1, veröffentlichten bereinigten Fassung auch nach ihrem Außerkrafttreten nach Maßgabe des § 87a des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852) geändert worden ist, anzuwenden.

Nr. 3) sowie bei späteren Veränderungen (§ 40 Abs. 1 Satz 1), beim Gesellschafterbeschluss über eine Kapitalerhöhung, in der Übernahmeerklärung sowie in der Übernehmerliste zur Anmeldung der Kapitalerhöhung (§ 55 Abs. 3 Nr. 2) aufzuführen.

- Der Nennbetrag ist weiterhin dispositiver Beteiligungsmaßstab für Rechte und Pflichten der Gesellschafter und geben insoweit die relative Größe der Geschäftsanteile an, selbst wenn im Gesetzeswortlaut nur verkürzt auf das „Verhältnis ihrer Geschäftsanteile“ (und nicht auf das Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile) verwiesen wird (§ 14 Rdnr. 6).

## II. Inkrafttreten der Gesetzesänderung

Die klarstellende Gesetzesänderung von § 14 trat zum 1. 11. 2008 in Kraft (Art. 25 MoMiG). 5

### § 16

#### Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter oder Veränderung des Umfangs ihrer Beteiligung; Erwerb vom Nichtberechtigten

(1) Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40) eingetragen ist. Eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung gilt als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird.

(2) Für Einlageverpflichtungen, die in dem Zeitpunkt rückständig sind, ab dem der Erwerber gemäß Absatz 1 Satz 1 im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt, haftet der Erwerber neben dem Veräußerer.

(3) Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden muss nicht glaubhaft gemacht werden.

§ 16 neu gefasst durch MoMiG vom 23. 10. 2008 (BGBl. I 2008, 2026).



Inhaltsübersicht

<b>I. Gesetzesänderungen und Änderungszwecke</b>			
1. Überblick über Gesetzesänderungen . . . . .	1		
2. Zwecke des Konzeptionswechsels . . . . .	4		
<b>II. Allgemeine Bedeutung der Eintragung in der Gesellschafterliste</b>			
1. Anteilsübergang und Eintragung in der Gesellschafterliste . . . . .	5		
2. Verhältnisse bis zur Eintragung in der Gesellschafterliste			
a) Rechte und Pflichten der Gesellschaft und der Gesellschafter . . . . .	8		
b) Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber . . . . .	11		
c) Verhältnis zwischen Veräußerer und Dritten . . . . .	12		
3. Zulässigkeit abweichender Satzungsbestimmungen . . . . .	13		
<b>III. Legitimationswirkung im Verhältnis zur GmbH nach Eintragung in der Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 1)</b>			
1. Anwendungsbereich/Voraussetzungen der Legitimationswirkung			
a) Veränderung . . . . .	16		
b) Veränderung in der Person des Gesellschafters . . . . .	18		
c) Veränderung im Umfang der Beteiligung . . . . .	19		
d) Verpfändung und Nießbrauch . . . . .	20		
e) Pfändung . . . . .	21		
2. Eintragung der Veränderung in der Gesellschafterliste			
a) Legitimationsgrundlage . . . . .	22		
b) Nichtigkeit und Anfechtbarkeit			
aa) Mängel des Abtretungsvertrages . . . . .	25		
bb) Mängel der Mitteilung . . . . .	28		
cc) Mängel bei der Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister . . . . .	30		
c) Widerruf der Mitteilung und Rücknahme der Einreichung der Gesellschafterliste . . . . .	31		
		d) Löschung der Eintragung und Wegfall aus dem Handelsregister . . . . .	33
		<b>3. Rechtswirkungen der Eintragung in der Gesellschafterliste</b>	
		a) Legitimationswirkung zu Gunsten/zu Lasten des Eingetragenen . . . . .	34
		b) Gesellschafterrechte . . . . .	36
		c) Gesellschafterpflichten . . . . .	37
		d) Rechtshandlungen des Rechtsvorgängers . . . . .	39
		e) Erbrechtlicher Erwerb . . . . .	41
		f) Gesellschafter im Insolvenzverfahren . . . . .	43
		<b>4. Rückbeziehung der Legitimationswirkung (§ 16 Abs. 1 Satz 2)</b>	
		a) Inhalt und Zweck der Regelung . . . . .	45
		b) Rechtshandlung des Erwerbers in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis . . . . .	46
		c) Unverzögliche Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister . . . . .	47
		d) Rechtshandlungen eines schwebend unwirksam bestellten Geschäftsführers . . . . .	49
		<b>IV. Haftung für rückständige Einlagen (§ 16 Abs. 2)</b>	
		1. Gesamtschuldnerische Haftung von Veräußerer und Erwerber . . . . .	51
		2. Befreiung des Veräußerers . . . . .	55
		<b>V. Gutgläubiger Erwerb (§ 16 Abs. 3)</b>	
		1. Grundlagen	
		a) Gesetzgeberische Motivlage und Konzeption des Gutgläubenschutzes . . . . .	57
		b) Verfassungsmäßigkeit . . . . .	62
		c) Rechtspolitische Bewertung . . . . .	63
		2. Erwerb eines Geschäftsanteils	
		a) Rechtsgeschäftlicher Erwerb . . . . .	64
		b) Geschäftsanteil . . . . .	67
		c) Rechte an Geschäftsanteil . . . . .	68
		d) Nicht existenter Geschäftsanteil . . . . .	69
		e) Unrichtige Stückelung . . . . .	70
		f) Belastungen des Geschäftsanteils . . . . .	73

g) Einlagenleistung auf Geschäftsanteil . . . . .	75	e) Aufnahme neuer Gesell- schafterliste nach Zuord- nung eines Widerspruchs . . .	96
h) Verfügungsbeschränkungen über Geschäftsanteil . . . . .	76	f) Löschung eines Wider- spruchs . . . . .	97
i) Aufschiebend/auflösend be- dingte oder befristete Über- tragung des Geschäftsanteils	78	g) Schadensersatz . . . . .	98
3. Eintragung des Nichtberechtig- ten in der Gesellschafterliste . .	81	6. Ablauf der 3-Jahresfrist oder Zurechenbarkeit der Unrich- tigkeit	
4. Keine Bösgläubigkeit		a) Konzeption . . . . .	99
a) Konzeption und Funktion . . . . .	84	b) 3-Jahresfrist (Fristberech- nung) . . . . .	100
b) Ausschlussstatbestand und Praxisfolgen . . . . .	85	c) Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit der Gesell- schafterliste . . . . .	103
5. Widerspruch		7. Verhältnis des Berechtigten zum Nichtberechtigten . . . . .	107
a) Konzeption und Wirkung des Widerspruchs . . . . .	88	<b>VI. Inkrafttreten und Übergangs- vorschrift</b>	
b) Inhaltliche Anforderungen an den Widerspruch . . . . .	89	1. Legitimationswirkung und Haf- tung . . . . .	108
c) Zuordnung eines Wider- spruchs zur Gesellschafter- liste . . . . .	91	2. Gutgläubiger Erwerb . . . . .	109
d) Widerspruch im Einverneh- men von Veräußerer und Erwerber . . . . .	95		

**Schrifttum:** *Altmeyen*, Abschied von der „unwiderlegbar vermuteten“ Mitgliedschaft des Scheingesellschafters in der Kapitalgesellschaft, ZIP 2009, 345; *Apfelbaum*, Das Merkmal der Zurechenbarkeit beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen, BB 2008, 2470; *Barthel*, § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. – Ein neuer Anwendungsbereich für eine wirksame Verpflichtung einer GmbH im Außenverhältnis nach den Grundsätzen der fehlerhaften Organstellung, GmbHR 2009, 569; *Bednarz*, Die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen, BB 2008, 1854; *Böhringer*, Möglicher gutgläubiger Wegerwerb von beschränkten dinglichen Rechten und dessen Ausschluss, BWNotZ 2008, 70; *Böttcher/Blasche*, Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen entsprechend der in der Gesellschafterliste eingetragenen Stückelung nach dem MoMiG, NZG 2007, 565; *Bohrer*, Fehlerquellen und gutgläubiger Erwerb im Geschäftsanteilsverkehr – Das Vertrauensschutzkonzept im Regierungsentwurf des MoMiG, DStR 2007, 995; *Breitenstein/Meyding*, GmbH-Reform: Die „neue“ GmbH als wettbewerbsfähige Alternative oder nur „GmbH light“, BB 2006, 1457; *Eder, Cajetan J.*, Die rechtsgeschäftliche Übertragung von Aktien, NZG 2004, 107; *Eidenmüller*, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168; *Flesner*, Die GmbH-Reform (MoMiG) aus Sicht der Akquisitions- und Restrukturierungspraxis, NZG 2006, 641; *Gasteyer/Goldschmidt*, Der schwebend unwirksam bestellte Geschäftsführer nach einem Gesellschafterwechsel – Wirksamkeit seiner Rechtshandlungen nach § 16 Abs. 1 GmbHG i.d.F. des MoMiG, ZIP 2008, 1906; *Gehrlein*, Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts, Der Konzern 2007, 771; *Götze/Bressler*, Praxisfragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, NZG 2007, 894; *Gottschalk*, Neue Regelungen für die Gesellschafterliste und die Geschäftsanteile sowie der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, DZWIR 2008, 45; *Greitemann/Bergjan*, Die Auswirkungen des MoMiG auf die M&A-Praxis, in: FS Pöllath, 2008, S. 271; *Grunewald*, Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen: Eine neue Option, Der Konzern 2007, 13; *Grunewald/Gehling/Rodewig*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZIP 2006, 685;

*Hamann*, GmbH-Anteilserwerb vom Nichtberechtigten – Die Mischung verschiedener Gutglaubenstatbestände im MoMiG-Regierungsentwurf, NZG 2007, 492; *Harbarth*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG-RegE, ZIP 2008, 57; *Hasselmann*, Die Gesellschafterliste nach dem MoMiG – Überblick und Gesellschaftsgründung, NZG 2009, 409; *Heckschen*, Die GmbH-Reform – Wege und Irrwege, DStR 2007, 1442; *Heckschen*, Auswirkungen des MoMiG auf die Übertragung von GmbH-Anteilen von Todes wegen und im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, ZErB 2008, 246; *Kort*, Offene Fragen zu Gesellschafterliste, Gesellschafterstellung und gutgläubigem Anteilserwerb (§§ 40 und 16 GmbHG n.F.), GmbHHR 2009, 169; *Lohr*, Gesellschafterstellung bei aufschiebend bedingtem Anteilserwerb, GmbH-StB 2009, 111; *Mayer*, Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, DNotZ 2008, 403; *Müller, Klaus J.*, Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf den Unternehmens- und Beteiligungskauf, GmbHHR 2006, 953; *Noack*, Reform des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, DB 2006, 1475; *Oppermann*, Praktische Gestaltung der bedingten Abtretung von GmbH-Anteilen – Risiken durch gutgläubigen bedingungsfreien Erwerb Dritter, ZIP 2009, 651; *Peeetz*, Anmeldung einer Anteilsabtretung – eine eher unscheinbare Norm, GmbHHR 2006, 852; *Preuß*, Gesellschafterliste, Legitimation gegenüber der Gesellschaft und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZGR 2008, 676; *Rau*, Der Erwerb einer GmbH nach In-Kraft-Treten des MoMiG – Höhere Transparenz des Gesellschafterkreises, gutgläubiger Erwerb und vereinfachte Stückelung, DStR 2006, 1892; *Reymann*, Gutgläubiger Erwerb und Rechte an GmbH-Geschäftsanteilen, WM 2008, 2095; *Reymann*, Zurechnungssystem und Regelungsebenen der GmbH-Gesellschafterliste, BB 2009, 506; *Reymann*, Aufschiebend bedingte Geschäftsanteilsabtretungen und Zwischenverfügungen bei der GmbH, GmbHHR 2009, 343; *Rodewald*, Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen nach MoMiG – drei Fragen zum Umfang der Legal Due Diligence, GmbHHR 2009, 196; *Schickerling/Blunk*, Auswirkungen des MoMiG auf die gesellschaftsrechtliche Due Diligence im Vorfeld eines Geschäftsanteils, GmbHHR 2009, 337; *Schockenhoff/Höder*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG: Nachbesserungsbedarf aus Sicht der M&A-Praxis, ZIP 2006, 1841; *Tebben*, Die Reform der GmbH – das MoMiG in der notariellen Praxis, RNotZ 2008, 441; *Vossius*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach MoMiG, DB 2007, 2299; *Wachter*, GmbH-Reform – Auswirkungen auf die Überlegung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZNotP 2008, 378; *Wachter*, Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen nach MoMiG, in: Römermann/Wachter (Hrsg.), GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHHR-Sonderheft 2008, S. 51; *Wedemann*, Das neue GmbH-Recht, WM 2008, 1381; *Wegen*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen?, in: FS Lüer, 2008, S. 321; *Wicke*, Gründung, Satzungsgestaltung und Anteilsabtretung nach der GmbH-Reform, NotBZ 2009, 1; *Wiersch*, Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen, 2009; *Zessel*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, GmbHHR 2009, 303; *Ziemons*, Mehr Transaktionssicherheit durch das MoMiG?, BB-Spezial 7/2006, 9.

## I. Gesetzesänderungen und Änderungszwecke

### 1. Überblick über Gesetzesänderungen

- 1 Die Vorschrift des § 16 in ihrer bisherigen Fassung regelte die Anmeldung eines „Erwerbers“ bei der Gesellschaft als Basis einer Legitimationsfiktion dieser Person gegenüber der Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 und Abs. 2 a.F.). Daneben wurde bestimmt, dass für zum Zeitpunkt der Anmeldung rückständige Leistungen neben dem „Veräußerer“ auch der „Erwerber“ haftet (§ 16 Abs. 3 a.F.). Die Bedeutung der Anmeldung als Mitteilung an die Gesellschaft über den erfolgten

Rechtsübergang erschöpfte sich in ihrer Bedeutung als Grundlage für die relative Legitimationsfiktion zur Gesellschaft im Zusammenhang mit Veräußerungen. Sie hatte keinerlei Auswirkung auf die Wirksamkeit von Verfügungsgeschäften und die rechtliche Inhaberschaft an Geschäftsanteilen. Mit der **Neufassung von § 16 durch das MoMiG** (i) ersetzt der Gesetzgeber die Anmeldung durch die **Eintragung in der Gesellschafterliste (und Veröffentlichung im Handelsregister) als Grundlage für die relative Legitimationsfiktion zur Gesellschaft**, (ii) erweitert den **Anwendungsbereich der Legitimationsfiktion** in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend und (iii) verstärkt schließlich in qualitativer Weise die Bedeutung des bislang primär verbandsinternen wirkenden Faktum zu einem **Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen**, also einer Basis für eine Änderung in der rechtlichen Inhaberschaft von Geschäftsanteilen. Die Ersetzung des bisherigen Anmeldeprinzips durch die Eintragung in die in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste als Grundlage für die relative Legitimationsfiktion erfolgte in Anlehnung an die für Namensaktien geltende aktienrechtliche Vorschrift des § 67 Abs. 2 AktG<sup>1</sup>. Der Blick auf dieses Gesetzgebungsvorbild macht aber auch augenscheinlich, dass eine zwingende Verkoppelung der Funktion einer relativ zur Gesellschaft wirkenden Legitimationsfiktion einerseits und einer Rechtsscheinbasis für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen nicht zwingend ist. Die nähere Bestimmung der Eintragung in der Gesellschafterliste ist im ebenfalls durch das MoMiG geänderten § 40 niedergelegt, der mit dem § 16 ein Gesamtbild ergibt.

Die beiden Hauptelemente und Regelungsfelder der Gesetzesneufassungen (ein doppelter Konzeptionswechsel), nämlich die Ersetzung des Anmeldeprinzips durch das Prinzip der veröffentlichten Eintragung in der Gesellschafterliste als Basis der relativen Legitimationsfiktion gegenüber der Gesellschaft und der Nutzung dieser Eintragung als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb, waren bereits im BMJ-Referentenentwurf enthalten<sup>2</sup>. Die **Diskussion über den BMJ-Referentenentwurf** hat zu einer Reihe von Detailänderungen am Gesetzestext des § 16 geführt. Der Text des Regierungsentwurfs<sup>3</sup> ist trotz einer Überarbeitungsbitte des Bundesrats zu § 16 Abs. 3 (gutgläubiger Erwerb)<sup>4</sup> und kritischen Literaturanmerkungen<sup>5</sup> unverändert Gesetz worden.

Der neugefasste § 16 mit seinen beiden Regelungsfeldern enthält **drei Regelungskomplexe**: (1) In § 16 Abs. 1 Satz 1 ist das Prinzip der Eintragung in der Gesellschafterliste als Basis für die Legitimationsfiktion zur Gesellschaft geregelt, d.h. die Bestimmungsbasis dafür, wer im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung im Verhältnis zur Gesell-

1 BR-Drucks. 354/07, S. 84 = Begr. RegE zu § 16.

2 RefE Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 29. 5. 2006, S. 4, 48 ff.

3 BR-Drucks. 354/07 = RegE Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 25. 5. 2007.

4 S. BR-Drucks. 354/07 (Beschluss), S. 14 f. = Stellungnahme BR zu § 16 Abs. 3.

5 *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1858; *Bohrer*, DStR 2007, 995, 1001; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 203; *Handelsrechtsausschuss DAV*, NZG 2007, 211, 214 f.

schaft als Gesellschafter gilt. Eine für die Unternehmenspraxis wichtige Rückbeziehung dieser Fiktion ist im Hinblick auf solche Rechtshandlungen des in der Gesellschafterliste eingetragenen bzw. einzutragenden Erwerbers vorgesehen, sofern die Gesellschafterliste unverzüglich nach Vornahme der Gesellschafterhandlung in das Handelsregister aufgenommen wird (§ 16 Abs. 1 Satz 2). Dieser Regelungskomplex entspricht funktional den bisherigen Regelungen in § 16 Abs. 1 und Abs. 2 a.F. (2) Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 ordnet für rückständige „Einlageverpflichtungen“ (dazu Rdnr. 51 ff.) eine zusätzliche Haftung des Erwerbers des Geschäftsanteils neben dem Veräußerer an. Dies entspricht funktional – und nach dem gesetzgeberischen Willen auch materiell<sup>1</sup> – der bisherigen Regelung in § 16 Abs. 3 a.F. (3) Nach Maßgabe von § 16 Abs. 3 ist nunmehr der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen oder von Rechten an Geschäftsanteilen möglich.

## 2. Zwecke des Konzeptionswechsels

- 4 Mit der Anhebung der Anforderungen an die Führung der Gesellschafterliste (hierzu Nachtrag MoMiG § 40 Rdnr. 2 in diesem Band) sowie des faktischen Drucks auf die Beteiligten auf Mitteilung der Veränderung (insbesondere auf Grund des ansonsten bestehenden Risikos auf Eigentumsverlust nach § 16 Abs. 3) und damit auch ihrer Richtigkeitsgewähr durch die Neufassung von § 40 sowie mit der Regelung der Eintragung in der Gesellschafterliste als Basis für die Legitimationsfiktion durch die Neufassung von § 16 Abs. 1 Satz 1 hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung die **Zwecke der Missbrauchsbekämpfung, der Verhinderung von Geldwäscheaktivitäten und eine erhöhte Transparenz über Anteilseignerstrukturen** verfolgt<sup>2</sup>. Diese Zwecke lassen sich unter zwei Hauptzwecke fassen: (1) Die Erhöhung der **Transparenz der Gesellschafterstruktur** im Hinblick auf die beteiligten Personen und deren gehaltene Geschäftsanteile soll missbräuchliche Unternehmensstrukturen und Straftaten vermeiden und die Transaktionskosten für Vertragspartner und Gläubiger der GmbH und ihrer Gesellschafter verringern. Dies sollte sowohl die Kosten im laufenden Geschäftsverkehr mit einer GmbH als auch bei Anteils- und Unternehmensverkäufen sowie Unternehmensfinanzierungen reduzieren. (2) Mit der erhöhten Transparenz der Anteilseignerstruktur geht ein Mehr an **Rechtssicherheit** und Verkehrsschutz einher. Der Aspekt der Rechtssicherheit wird auch durch die Regelung des gutgläubigen Erwerbs gestärkt. Die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke sind unterstützenswert und die Regelungsmethode (erhöhte Anforderungen an den Inhalt und die Führung der Gesellschafterliste, Eintragung in der Gesellschafterliste als Basis der Legitimationsfiktion und für einen gutgläubigen Erwerb) ist geeignet, diese Zwecke zu erreichen.

<sup>1</sup> S. BR-Drucks. 354/07, S. 86 = Begr. RegE zu § 16 („Im neu gefassten § 16 Abs. 2 wird die bisherige Regelung in § 16 Abs. 3 aufgegriffen. Zeitlicher Anknüpfungspunkt ist hierfür – Absatz 1 folgend – nicht mehr die Anmeldung des Erwerbs bei der Gesellschaft, sondern der Zeitpunkt der Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste im Handelsregister“).

<sup>2</sup> S. BR-Drucks. 354/07, S. 84 = Begr. RegE zu § 16.

## II. Allgemeine Bedeutung der Eintragung in der Gesellschafterliste

### 1. Anteilsübergang und Eintragung in der Gesellschafterliste

Der Konzeptionswechsel vom Anmeldeprinzip zum Prinzip der Eintragung in der Gesellschafterliste als Basis für die Legitimationsfiktion ändert nichts daran, dass der Rechtsübergang des Geschäftsanteils sich durch Abtretung nach Maßgabe von § 15 Abs. 3 vollzieht. Die **Eintragung in die Gesellschafterliste lässt die materielle Rechtslage im Grundsatz unberührt** und sie ist weder Bestandteil der Abtretung noch, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes nach § 15 Abs. 5 bestimmt, Bedingung des Anteilsübergangs noch eine Beitrittserklärung des Erwerbers<sup>1</sup>. Allerdings wird dieser Grundsatz nun im Falle des gutgläubigen Erwerbs nach Maßgabe von § 16 Abs. 3 durchbrochen (dazu Rdnr. 57 ff.).

Die Eintragung in der Gesellschafterliste legitimiert den Eingetragenen gegenüber der GmbH, und zwar *gilt* nur er im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter (§ 16 Abs. 1 Satz 1). Die vom Gesetz früher an die Anmeldung und nun an die veröffentlichte Eintragung in der Gesellschafterliste geknüpfte **Fiktion der materiellen Berechtigung**<sup>2</sup> bezweckt den Schutz sowohl der GmbH vor den Unsicherheiten eines Gesellschafterwechsels als auch des Eingetragenen und des Vor-Eingetragenen in ihrer Stellung gegenüber der GmbH; sie ist damit eine besondere Ausprägung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft und verdrängt diese. Die bloße Kenntnis von einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils darf die GmbH (ohne entsprechende Mitteilung nach § 40 Abs. 1 Satz 2) deshalb auch nicht beachten<sup>3</sup>. Denn trotz der Neufassung von §§ 16 und 40 gibt es – im Rahmen der Satzungsregelungen – ein „Recht auf Privatheit/Vertraulichkeit“ (z.B. Nicht-Aufdeckung von Treuhandbindungen).

**Dritte** werden nun im Rahmen des Instituts des gutgläubigen Erwerbs (§ 16 Abs. 3) durch die Eintragung in der Gesellschafterliste geschützt, da die Listeneintragung Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb ist. Darüber hinaus können als Reflex des Gesellschaftsschutzes bestimmte Rechtswirkungen auch ihnen zugute kommen, so z.B. wenn ein Scheingesellschafter an einem ausnahmsweise nach außen wirkenden Gesellschafterbeschluss (z.B. über die Bestellung und Anstellung eines Fremdgeschäftsführers, über die Zustimmung zu einem Gewinnabführungsvertrag, über die Genehmigung einer Anteilsabtretung nach § 15 Abs. 5) mitgewirkt hat.

<sup>1</sup> Vgl. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 5; *Wicke*, Rdnr. 1; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 249; *Böhringer*, BWNotZ 2008, 104, 112; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 790; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 410; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 173; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 404; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 379.

<sup>2</sup> Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 2 m.w.N.; zur jetzigen Rechtslage *Kort*, GmbHR 2009, 169, 170; a.A. (unwiderlegliche Vermutung) *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 5; *Wicke*, Rdnr. 3; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 410; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 374; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 457.

<sup>3</sup> Zur früheren Rechtslage beim Anmeldeprinzip Band I, § 16 Rdnr. 2.

## 2. Verhältnisse bis zur Eintragung in der Gesellschafterliste

### a) Rechte und Pflichten der Gesellschaft und der Gesellschafter

- 8 Der zuletzt in Bezug auf einen bestimmten Geschäftsanteil in der Gesellschafterliste Eingetragene gilt nach § 16 Abs. 1 Satz 1 bis zur Eintragung einer Veränderung der GmbH gegenüber als Gesellschafter. Die **Gesellschaft ist** nicht nur berechtigt, sondern auch **verpflichtet, den Eingetragenen in jedem Fall** – und sogar trotz Kenntnis von einer (allerdings nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen) Veränderung – **als Gesellschafter zu behandeln**<sup>1</sup>. Die §§ 407, 413 BGB gelten hier nicht, sondern sind durch § 16 Abs. 1 Satz 1 ersetzt, der es weiterhin grundsätzlich den an einer Veränderung der Gesellschafterverhältnisse Beteiligten überlässt, ob und wann sie die Veränderung gegenüber der Gesellschaft zur Geltung bringen wollen.
- 9 Der bisher in Bezug auf einen Geschäftsanteil Eingetragene und daher gegenüber der GmbH Legitimierte kann vor der Eintragung der Veränderung die Gesellschafterrechte wahrnehmen und haftet für die bis dahin fällig werdenden Gesellschafterpflichten allein<sup>2</sup>. Umgekehrt kann der nicht in der Gesellschafterliste Eingetragene, aber materiell Berechtigte keine Gesellschafterrechte ausüben und haftet grundsätzlich auch nicht für Pflichten aus dem Geschäftsanteil<sup>3</sup>. Er muss auch alle Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen, die vor seiner Eintragung in der Gesellschafterliste von der Gesellschaft gegenüber dem bisher Legitimierten und von diesem gegenüber der Gesellschaft in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommen worden sind.
- 10 Ein **Recht auf die Eintragung in der Gesellschafterliste** können die an einer Veränderung der Gesellschafterstruktur Beteiligten aus dem Gesellschaftsvertrag oder dem der Veränderung zugrunde liegenden Kausalgeschäft haben. Darüber hinaus kommt dem eintretenden oder hinzuerwerbenden Gesellschafter ein gesetzlicher Anspruch gegen die Gesellschaft auf Einreichung der Gesellschafterliste in das Handelsregister zu<sup>4</sup>. Demgegenüber kommt der Gesellschaft selbst ein solches Recht weiterhin und trotz der auf Transparenzzugewinn ausgerichteten Aufwertung der Gesellschafterliste nicht zu<sup>5</sup>. Sie kann weder auf Bewirkung der Mitteilung noch auf Feststellung der Veränderung in der Gesellschafterstruktur klagen noch die Mitteilung tatsächlich (z.B. durch Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten) erzwingen<sup>6</sup>. Nur wenn streitig ist, ob eine wirksame Eintragung in der Gesellschafterliste erfolgt oder ob die ihr zugrunde liegende Veränderung rechtsgültig ist, wird man der Gesellschaft ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (§ 256 ZPO) zuerkennen müssen<sup>7</sup>.

1 Zur früheren Rechtslage beim Anmeldeprinzip Band I, § 16 Rdnr. 5.

2 Zur früheren Rechtslage beim Anmeldeprinzip Band I, § 16 Rdnr. 6.

3 Zur früheren Rechtslage beim Anmeldeprinzip Band I, § 16 Rdnr. 7.

4 Vgl. BR-Drucks. 354/07, S. 86 = Begr. RegE zu § 16; vgl. auch *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, § 40 Rdnr. 14; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, § 16 Rdnr. 5 und § 40 Rdnr. 10; *Kort*, *GmbHR* 2009, 169, 172; abweichend *Hasselbach*, *NZG* 2009, 486, 489 (Anspruch gegen Geschäftsführer persönlich).

5 S. auch Rdnr. 6.

6 Zur früheren Rechtslage beim Anmeldeprinzip Band I, § 16 Rdnr. 8.

7 Zur früheren Rechtslage beim Anmeldeprinzip Band I, § 16 Rdnr. 8.

**b) Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber**

Der Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber beurteilt sich nach dem der (dinglichen) Abtretung zugrunde liegenden **Kausalgeschäft** (Kaufvertrag, Schenkung usw.). Schreibt der **Gesellschaftsvertrag** (ausnahmsweise und in einem zulässig-erweiterten Verständnis von § 40<sup>1</sup>) vor, dass die Abtretung erst mit Eintragung der Veränderung in der Gesellschafterliste auf der Grundlage einer Mitteilung des Veräußerers unter Nachweis des Kausalgeschäfts wirksam wird, so ist es im Zweifel Vertragspflicht des Verkäufers, die Mitteilung unter Nachweis des Kausalgeschäfts gegenüber der Gesellschaft zu bewirken<sup>2</sup>. Besteht eine vertragliche Mitteilungspflicht, so kann sie von dem Vertragsgegner – im Zweifel aber nicht von der Gesellschaft – durch Klage erzwungen werden. Im Grundsatz ist auch eine Vereinbarung zulässig, mit der bestimmt wird, dass eine Mitteilung zum Zwecke der Eintragung der Veränderung in der Gesellschafterliste nicht erfolgen soll. Dies entspricht einer ebenfalls zulässigen schuldrechtlichen Vereinbarung, der bisherige Rechtsinhaber solle so gestellt werden, als habe er noch die Rechte und Pflichten des Gesellschafters. Etwas anderes gilt nur, wenn die Wirksamkeit der Abtretung von Geschäftsanteilen statutarisch an die Eintragung in der Gesellschafterliste nach Maßgabe der Mitteilung geknüpft ist<sup>3</sup>. Ist im Kausalgeschäft vereinbart, dass Nutzen und Lasten zu einem bestimmten Termin auf den Erwerber übergehen, so muss zwar der Erwerber der Gesellschaft gegenüber alle zwischen ihr und dem Veräußerer bis zur Eintragung in der Gesellschafterliste vorgenommenen Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen, der Veräußerer hat aber den auf den Geschäftsanteil von ihm bezogenen und von der Gesellschaft nur an ihn auszahlenden Gewinn an den Erwerber weiter abzuführen. Umgekehrt muss der Erwerber den Veräußerer für alle Lasten, die Letzterer im Verhältnis zur Gesellschaft zu tragen hat, schadlos halten, soweit diese Lasten nach dem vereinbarten Stichtag fällig werden. Bis zur Eintragung in der Gesellschafterliste hat auch der Veräußerer das Stimmrecht in der Gesellschaft auszuüben; er muss es aber auf der Grundlage des Kausalgeschäfts im Interesse des Erwerbers ausüben, falls die Wahrnehmung dieses Interesses nicht der gegenüber der Gesellschaft fortbestehenden Treuepflicht widerspricht.

**c) Verhältnis zwischen Veräußerer und Dritten**

Im Verhältnis zu Dritten (außer der Gesellschaft) ist der Geschäftsanteil mit der formgerechten Abtretung (§ 15 Abs. 3 und Abs. 5) übergegangen, auch wenn die Eintragung der Veränderung in der Gesellschafterliste nicht erfolgt ist. Der Geschäftsanteil gehört von der Abtretung an zum Vermögen des Erwerbers, nicht mehr des Veräußerers.

<sup>1</sup> Zwar sieht § 40 vor, dass die Einreichung der Liste erst *nach* Wirksamwerden des Anteilsübergangs erfolgt. Dies sollte aber der Statuierung der Listeneintragung als einer letzten, aufschiebenden Bedingung für die dingliche Abtretung entgegenstehen, zumal dann die Rechtssicherheit auch nicht gefährdet ist.

<sup>2</sup> Zur früheren Rechtslage beim Anmeldeprinzip und weiteren Einzelheiten Band I, § 16 Rdnr. 10.

<sup>3</sup> Zur früheren Rechtslage beim Anmeldeprinzip Band I, § 16 Rdnr. 10.



### 3. Zulässigkeit abweichender Satzungsbestimmungen

- 13 Die **Regelungen in § 16 sind grundsätzlich zwingender Natur**, können also durch die Satzung nicht abbedungen werden. Allerdings sind wie nach bisherigem Recht solche Satzungsbestimmungen zulässig, die im Rahmen und zur Konkretisierung von § 40 Abs. 1 Form- und Fristanforderungen an die Mitteilung (z.B. Schrift- oder Textform) bzw. den Nachweis (z.B. Erbschein) aufstellen, was sich mittelbar auf die Rechtswirkungen des § 16 Abs. 1 bis Abs. 3 auswirkt<sup>1</sup>.
- 14 Weitergehend könnte aus der Regelung des § 15 Abs. 5, demzufolge die Abtretung der Anteile durch Satzungsbestimmung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht oder sogar ausgeschlossen werden kann, mit einem *argumentum a maiore ad minus* geschlossen werden, dass dann auch die Satzung einen Erwerb vom Nichtberechtigten nach Maßgabe des § 16 Abs. 3 beschränken können müsste. Diese Überlegung findet allerdings im Wortlaut von § 16 Abs. 3 keine Stütze, da dort eben kein Satzungsvorbehalt geregelt ist. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die Anregungen im Gesetzgebungsverfahren<sup>2</sup> verworfen, eine Regelung vorzusehen, wonach die Gesellschafter in der Satzung bestimmen können, ob die Geschäftsanteile an der Gesellschaft einem gutgläubigen Erwerb zugänglich sind oder nicht. Die Satzungsdispositivität von § 16 Abs. 3 stünde auch dem Verkehrsschutzinteresse der Allgemeinheit und der Zielsetzung des Gesetzgebers entgegen, die Fungibilität von Geschäftsanteilen zu erhöhen und die Transaktionskosten (z.B. durch aufwendige Due Diligence-Prüfung historischer Erwerbsketten) zu senken. Schließlich ist es keineswegs zwingend aus der Möglichkeit, die Übertragbarkeit eines Rechts ausschließen zu können, zu folgern, auch die grundsätzliche Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs sei durch Rechtsgeschäft ausschließbar. So lässt sich etwa die Übertragbarkeit einer Grundschuld ausschließen, ohne allerdings dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks und der Gläubiger einer übertragbaren Grundschuld mit Wirkung gegen Dritte die Nichtanwendbarkeit der Regelung des § 892 BGB vereinbaren können. In gleicher Weise beseitigt die Aufnahme einer Vinkulierungsklausel in die Satzung keineswegs die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs, nämlich in dem Fall, dass der Antrag des Nichtberechtigten auf Zustimmung positiv beschieden wird. Im Ergebnis kann also die **Satzung den gutgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten materiell nicht beschränken oder gar ausschließen**<sup>3</sup>.
- 15 Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob auf Grund einer Satzungsregelung auch Belastungen von Geschäftsanteilen (in Form eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts) in die Gesellschafterliste aufgenommen werden können. Dies wird in der Literatur zum Teil mit der Begründung abgelehnt, dass

1 *Seibt*, in: MünchAnwHdb. GmbH-Recht, 2. Aufl. 2009, § 2 Rdnr. 231c und 231d (mit Musterformulierung); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 1. – Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 4; *Ebbing*, in: Michalski, Rdnr. 3; *Jasper*, in: MünchHdb. GmbH, § 24 Rdnr. 225.

2 So Vorschläge von *Grunewald* und *Gehling*, in: Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, 685, 688, 689 und 692.

3 So bereits *Seibt*, in: MünchAnwHdb. GmbH-Recht, 2. Aufl. 2009, § 2 Rdnr. 231c.

Belastungen weder die Person des Gesellschafters noch den Umfang der Beteiligung betreffen<sup>1</sup>. Diese Ansicht ist allerdings nur überzeugend, soweit mit der Eintragung der Belastung in die Gesellschafterliste auch verbunden sein soll, dass diese Belastungen nach Maßgabe der sonstigen Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 wie das Eigentumsrecht des Berechtigten verloren gehen. Die Satzungs-gestaltung kann keine Auswirkungen auf die gesetzliche Reichweite des etwaigen gutgläubigen Erwerbs haben und nach der gesetzlichen Konzeption ist ein gutgläubig-lastenfreier Erwerb von Geschäftsanteilen nicht vorgesehen<sup>2</sup>. Allerdings ist eine **Satzungsbestimmung zulässig**, die den Gesellschaftern vorschreibt, **Belastungen** der von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile **aus Informationszwecken zur Eintragung in die Gesellschafterliste zu bringen**<sup>3</sup>. Mit einer solchen inhaltlichen Erweiterung der Gesellschafterliste könnten die Gesellschafter ein umfassendes Dokument der rechtlichen und wirtschaftlichen Beteiligungstransparenz schaffen. Im Regelfall wird es allerdings nicht dem Interesse der Gesellschafter entsprechen, das Bestehen von Belastungen an Geschäftsanteilen über den Kreis der Gesellschafter hinaus der Öffentlichkeit offen zu legen, so dass gleichzeitig die Geschäftsführung dann angewiesen werden wird, zum Handelsregister nur die Gesellschafterliste mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt einzureichen.

### III. Legitimationswirkung im Verhältnis zur GmbH nach Eintragung in der Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 1)

#### 1. Anwendungsbereich/Voraussetzungen der Legitimationswirkung

##### a) Veränderung

Mit der Neufassung von § 16 hat der Gesetzgeber einen **deutlich erweiterten Anwendungsbereich der Legitimationsfiktion** geregelt. So erfasste der § 16 Abs. 1 a.F. ausschließlich den Fall einer Veräußerung des Geschäftsanteils und fand keine Anwendung auf gesetzliche Erbstatbestände wie die Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfall oder übertragende Umwandlung und auf Veränderungen ohne Rechtsnachfolge wie beim Erwerb eines Geschäftsanteils im Rahmen einer Kapitalerhöhung oder beim Formwechsel<sup>4</sup>. Nach der jetzigen Fassung des § 16 Abs. 1 Satz 1 wird hingegen **jede Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung** erfasst. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs der Legitimationsfiktion ist vom Gesetzgeber auch so bezweckt worden<sup>5</sup>.

Eine **Veränderung** ist eine Abweichung von den Angaben in der Gesellschafterliste, und zwar von der ursprünglich gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 zusammen mit der

1 Vossius, DB 2007, 2299; so wohl auch, aber ohne Begr. Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841, 1844.

2 Harbarth, ZIP 2008, 57, 63 f.; Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841, 1844; Rau, DSStR 2006, 1892, 1898 f.

3 Seibt, in: MünchAnwHdb. GmbH-Recht, 2. Aufl. 2009, § 2 Rdnr. 231d.

4 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 28 f., § 15 Rdnr. 93.

5 S. BR-Drucks. 354/07, S. 86 = Begr. RegE zu § 16 („gilt ... bei allen Formen des Anteilsübergangs“).

Gründungssatzung (§ 8 Abs. 1 Nr. 1) bei der Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste sowie gleichermaßen von jeder dort neu eingereichten Gesellschafterliste. Die insoweit missverständliche Formulierung in § 16 Abs. 1 Satz 1 setzt nicht den „Fall“ einer tatsächlich erfolgten Veränderung voraus, sondern nur, dass sich die Listeneintragung auf die Person des Gesellschafters oder den Umfang der Beteiligung bezieht<sup>1</sup>.

#### b) Veränderung in der Person des Gesellschafters

- 18 Der erste Topos eines die Eintragung in der Gesellschafterliste auslösenden Umstands ist die „Veränderung in der Person des Gesellschafters“. Hiermit wird jede Abweichung in der Zuordnung zu einem Geschäftsanteil, also in der Gesellschafterstellung, im Vergleich zu der bisherigen Eintragung in der Gesellschafterliste erfasst. Damit unterfallen dem neugefassten § 16 Abs. 1 Satz 1 nicht nur wie bislang die Veräußerung des Geschäftsanteils, sondern auch jede weitere Form der **Einzelrechtsnachfolge** durch Abtretung gemäß § 15 Abs. 3. Im Einzelnen werden also erfasst die treuhänderische Übertragung sowie die Sicherungsübertragung eines Geschäftsanteils, der Erwerb in der Zwangsvollstreckung, auf Grund eines Vermächtnisses oder im Rahmen einer Erbaueinsetzung, die Realteilung eines gemeinschaftlichen Geschäftsanteils, aber auch – und wiederum anders als nach bisheriger Rechtslage – der Erwerb im Kaduzierungsverfahren (§ 21) oder im Abandonverfahren (§ 27). Auch der Erwerb eines Geschäftsanteils durch die GmbH selbst unterfällt dem neugefassten § 16 Abs. 1<sup>2</sup>. Darüber hinaus wird nun jede Form der **Gesamtrechtsnachfolge** in einen Geschäftsanteil erfasst, also die Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfall (§ 1922 BGB)<sup>3</sup>, durch übertragende Umwandlung nach dem UmwG (Verschmelzung und Spaltung)<sup>4</sup>, durch Anwachsung gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB (auch entsprechend)<sup>5</sup>, aber auch durch die Begründung einer Gütergemeinschaft (§ 1416 Abs. 1 Satz 1 BGB)<sup>6</sup>. Schließlich unterfällt auch jede Veränderung in der Person des Gesellschafters **ohne Rechtsnachfolge**, also insbesondere beim Formwechsel eines Gesellschafters, dem neugefassten § 16 Abs. 1 Satz 1.

1 Ebenso Kort, GmbHR 2009, 169, 173.

2 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 274.

3 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 18; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 277; Hasselmann, NZG 2009, 409, 410; Uwe H. Schneider, GmbHR 2009, 393, 394.

4 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 21; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 278 f.; Gottschalk, DZWIR 2009, 45, 46; Hasselmann, NZG 2009, 409, 410.

5 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 280; Hasselmann, NZG 2009, 409, 410.

6 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 21; Heckschen, DStR 2007, 1442, 1450; Kort, GmbHR 2009, 169, 173; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 407; Vossius, DB 2007, 2299.

**c) Veränderung im Umfang der Beteiligung**

Der zweite Topos eines die Eintragung in der Gesellschafterliste auslösenden Umstands ist die Veränderung des Umfangs der Beteiligung. Mit dieser Variante wird nicht die Person des Gesellschafters in den Blick genommen, sondern der Geschäftsanteil als Objekt der Gesellschafterbeteiligung. Beide Varianten haben eine große Schnittmenge, z.B. bei der Abtretung eines Teil-Geschäftsanteils oder eines von mehreren Geschäftsanteilen eines Gesellschafters, beim Hinzuerwerb eines Geschäftsanteils durch einen Gesellschafter oder im Falle von Kapitalveränderungen nach Einziehung eines Geschäftsanteils (§ 34)<sup>1</sup>. Nur dem zweiten Topos unterfallen allerdings **alle Beteiligungsveränderungen ohne Gesellschafterwechsel**, also die Zusammenlegung und Teilung von Geschäftsanteilen sowie von Kapitalmaßnahmen, an denen ausschließlich Altgesellschafter unter Inanspruchnahme ihres Bezugsrechts teilnehmen. Ebenfalls werden von diesem Topos die **Übernahme neuer Geschäftsanteile durch bisherige Nicht-Gesellschafter im Rahmen von Kapitalerhöhungen** erfasst<sup>2</sup>.

19

**d) Verpfändung und Nießbrauch**

Weder die Verpfändung eines Geschäftsanteils noch die Begründung eines Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil sind eine Veränderung in der Person des Gesellschafters (denn es erfolgt kein Gesellschafterwechsel) und auch keine Veränderung im Umfang der Beteiligung. Dem Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 1 unterfallen demnach weder Verpfändung noch Nießbrauch an einem Geschäftsanteil. Auch eine rechtspolitisch an sich wünschenswerte Erfassung von Belastungen von Geschäftsanteilen (s. auch unten Rdnr. 73) über eine **analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 1 ist nach geltendem Recht nicht zu rechtfertigen**<sup>3</sup>: Die Wirksamkeit der Bestellung eines Pfandrechts oder eines Nießbrauchs an einen Geschäftsanteil ist nämlich materiell-rechtlich nicht von einer Anzeige gegenüber der Gesellschaft abhängig. Leistungen der GmbH an den Gesellschafter oder Handlungen des Gesellschafters gegenüber der GmbH wurden indes nach der Altregelung in § 16 Abs. 2 a.F. analog auch dann als wirksam erachtet, wenn sie in die Rechte des Pfandgläubigers oder Nießbrauchsberechtigten eingreifen<sup>4</sup>. Diese als unbefriedigend erkannte Konsequenz wurde durch eine entsprechende Anwendung von § 16 Abs. 1 a.F., nämlich durch das Erfordernis einer Anmeldung zur Rechtswahrung, vermieden<sup>5</sup>. Nur in diesem Fall sollten auch die Verfügungsbeschränkungen des Gesellschafters gegenüber der GmbH nach §§ 1071, 1276 BGB gelten<sup>6</sup>. Auch nach Wegfall des § 16 Abs. 2 a.F.

20

1 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 8; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 410; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 407; *Vossius*, DB 2007, 2299.

2 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 8; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 282.

3 I.E. ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9; *Wicke*, Rdnr. 10; für eine analoge Anwendung allerdings *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 288.

4 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 44.

5 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 44, § 15 Rdnr. 175.

6 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 44.

ist im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 407 BGB zur Wahrung der Rechte des Pfandgläubigers oder des Nießbrauchsberechtigten eine Anzeige an die GmbH erforderlich<sup>1</sup>. Eine Eintragung in die Gesellschafterliste i.S. von §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 40 kommt *de lege lata* nicht in Betracht<sup>2</sup>. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag eine Eintragung von Belastungen in der Gesellschafterliste informationshalber vorsehen. Hierdurch wird aber eben nicht die Möglichkeit eines gutgläubig lastenfreien Erwerbs geschaffen (Rdnr. 74).

#### e) Pfändung

- 21 Bei der Pfändung eines Geschäftsanteils wurde bereits nach bisheriger Rechtslage auf eine (weitere) Anzeige verzichtet, da dort die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die GmbH Voraussetzung für die Wirksamkeit der Pfändung ist<sup>3</sup>. Dies bleibt auch nach neuer Rechtslage unverändert. Demgegenüber gilt im Falle der Verwertung des Geschäftsanteils durch den Gerichtsvollzieher im Wege der Zwangsvollstreckung – wie nach früherer Rechtslage<sup>4</sup> – auch der neu gefasste § 16 Abs. 1 Satz 1<sup>5</sup>.

## 2. Eintragung der Veränderung in der Gesellschafterliste

### a) Legitimationsgrundlage

- 22 Für die Gesellschafterstellung gegenüber der GmbH ist nun nach § 16 Abs. 1 Satz 1 die Eintragung als Gesellschafter in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40) maßgeblich. Regelmäßiger Auslöser der Eintragung ist nach Aufnahme der bei der Anmeldung der Errichtung der GmbH eingereichten Gründungsgesellschafterliste der Eintritt einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung. Es wäre eine Fehlinterpretation des Gesetzeswortlautes („*im Fall einer Veränderung ...*“), die Legitimationswirkung auf die Veränderung selbst oder die „Eintragung der Veränderung“ zu beziehen<sup>6</sup>, zumal die Veränderung selbst nur eine Differenzbezeichnung ist und in einer gegenüber der bisherigen Gesellschafterliste veränderten Eintragung in der Person eines Gesellschafters oder im Umfang seiner Beteiligung besteht.
- 23 Entsprechend der Rechtslage bei Namensaktien nach § 67 Abs. 2 AktG<sup>7</sup> tritt die Legitimationswirkung einer Eintragung in der Gesellschafterliste nur dann ein, wenn die **Eckpunkte des gesetzlichen Eintragungs- und Aufnahmeverfahrens in das Handelsregister eingehalten** worden sind. So erfordert die Legitimationswirkung, dass die Eintragung in die Gesellschafterliste und die Einreichung zur

1 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9; *Wicke*, Rdnr. 10.

2 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 407; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 684; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 394.

3 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 45.

4 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 45.

5 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 10.

6 So (wohl missverständlich) *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 11.

7 Hierzu *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 68 f., 74, 76; *T. Bezzemberger* in: K. Schmidt/Lutter, § 67 AktG Rdnr. 8 und 12.

Aufnahme beim Handelsregister entweder (i) vom zuständigen Geschäftsführer auf Grund einer zurechenbaren und mit Nachweis versehenen Mitteilung eines hierzu Befugten oder (ii) vom zuständigen, an der Veränderung mitwirkenden Notar von Amts wegen erfolgt (hierzu ausführlich Nachtrag MoMiG § 40 Rdnr. 14 ff. in diesem Band)<sup>1</sup>. Die Erstellung einer Gesellschafterliste und Einreichung beim Handelsregister durch eine dritte Person, z.B. einen ausländischen Notar oder einen Gesellschafter, führt nicht zur Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1<sup>2</sup>. Allerdings schadet es nicht, wenn ein solcher Dritter die Gesellschafterliste zwar erstellt, aber die nach § 40 zuständige Person (also insbesondere der zuständige Geschäftsführer) sich diese zu eigen macht und diese dann auch beim Handelsregister zur Anmeldung einreicht. Dabei ist selbstverständlich auch eine offen gelegte und bestehende Vertretung des oder Botenschaft für den an sich zuständigen Geschäftsführer oder Notar unschädlich. Ein solches Vorgehen liegt im Zweifel bei der Listeneintragung und Übermittlung durch einen ausländischen Notar vor. Zu den für die Legitimationswirkung erheblichen Eckpunkten gehört die der Gesellschafterliste beizufügende Bescheinigung des Notars (§ 40 Abs. 2 Satz 2) nicht, so dass deren Fehlen für die Legitimationswirkung bedeutungslos ist<sup>3</sup>. Das Gleiche gilt für das Fehlen der Unterschrift des zuständigen Geschäftsführers oder zuständigen Notars unter der Gesellschafterliste.

Das für den Eintritt der Legitimationswirkung erforderliche **Merkmal der Zurechenbarkeit der Mitteilung eines hierzu Befugten** fehlt, wenn in Abweichung zu der Mitteilung eine andere Person als Gesellschafter oder ein unzutreffender Beteiligungsumfang eingetragen wurde. Das Gleiche gilt, wenn die Mitteilung durch einen unbefugten Dritten oder auf Grund von *vis absoluta* oder einer in ihrer Intensität bzw. Wirkung gleichkommender *vis compulsiva* oder durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht (einschließlich der Fälle gefälschter Vollmacht) erfolgt<sup>4</sup>. An der Zurechenbarkeit der Mitteilung fehlt es auch, wenn diese zwar durch den an sich Befugten geschieht, dieser aber geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig ist<sup>5</sup>. Keine Legitimationswirkungen lösen auch die gefälschte Mitteilung oder die gefälschte Gesellschafterliste aus<sup>6</sup>. Eine in Kenntnis aller Beteiligten (einschließlich des für die Erstellung der Gesellschafterliste und zur Einreichung beim Handelsregister zuständigen Geschäftsführer) nur zum Schein abgegebene Mitteilung unter Vorlage eines sachlich unrichtigen, aber die Mitteilung deckenden Nachweises führt demgegenüber zur Legitimationswirkung des Eingetragenen. Denn in diesem Fall ist die Mitteilung zurechenbar und es sind die Eckpunkte des gesetzlich geregelten Ver-

1 Ebenso Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 13; Wicke, Rdnr. 9; Tebben, RNotZ 2008, 441, 451 f.; abweichend Reymann, BB 2009, 506, 508 f.

2 Wicke, Rdnr. 9; a.A. Tebben, RNotZ 2008, 441, 454.

3 Ebenso Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 13; Kort, GmbHR 2009, 169, 172; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 415.

4 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 14; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 11; Reymann, BB 2009, 506, 507 f.; einschränkend Wiersch, S. 219 f.

5 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 14; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 11; Reymann, BB 2009, 506, 507 f.

6 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 14; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 11; Reymann, BB 2009, 506, 507 f.; einschränkend Wiersch, S. 219 f.

fahrens eingehalten. Bei der Abwegung zwischen der Geltung der materiellen Rechtslage einerseits und dem Verkehrsschutz mit der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger andererseits ist in diesen Fällen dem Verkehrsschutz Vorrang einzuräumen<sup>1</sup>.

#### b) Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

##### aa) Mängel des Abtretungsvertrages

- 25 Die Frage nach der dinglichen Rechtsinhaberschaft ist strikt von derjenigen nach dem Berechtigten und Verpflichteten der relativen Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 zu unterscheiden: So wird die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Abtretungsvertrages nicht durch die Eintragung in der Gesellschafterliste oder deren Aufnahme im Handelsregister geheilt<sup>2</sup>. Die Regeln über den vollzogenen fehlerhaften Gesellschafterwechsel bei Personengesellschaften sind auf die Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH nicht anwendbar. Die Nichtigkeit und die Anfechtung des Abtretungsvertrages haben vielmehr auch nach erfolgter Eintragung in die Gesellschafterliste grundsätzlich rückwirkende Kraft; Ausnahmen ergeben sich im Verhältnis zur GmbH nur aus § 16<sup>3</sup>.
- 26 Umgekehrt erfasst die Nichtigkeit des Abtretungsvertrages ohne weitere Handlungen (nämlich die Vornahme einer neuen Eintragung in der Gesellschafterliste und ihre Aufnahme in das Handelsregister) die Eintragung in der Gesellschafterliste und damit auch die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 nicht<sup>4</sup>. Dies wäre nämlich mit den Verkehrsschutzzwecken des § 16 nicht zu vereinbaren (Rdnr. 4). Ausnahmen gelten nur bei Unwirksamkeit wegen fehlender Geschäftsfähigkeit, bei nicht zurechenbaren Willenserklärungen zur Anteilsübertragung (z.B. *vis absoluta*, Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht [*falsus procurator*]) oder bei kollusiven Zusammenwirken unter Kenntnis des zuständigen Geschäftsführers bzw. Notars (vgl. Rdnr. 29, 105). Dagegen bleibt es auch bei Verstößen des Abtretungsvertrages gegen gesetzliche Verbote (z.B. gegen das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 GWB oder das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB) bei der Legitimationswirkung.
- 27 Mängel des Abtretungsvertrages berechtigen aber zur **Berichtigung der Gesellschafterliste nach Maßgabe des Verfahrens in § 40**. Die Legitimationswirkung entfällt dann mit Wirkung *ex nunc*<sup>5</sup>. Das Gleiche gilt für die Rücknahme der zum Handelsregister gereichten Gesellschafterliste (Rdnr. 31 f.).

1 Gleichsinnig Kort, GmbHR 2009, 169, 170; a.A. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 14; zu § 67 Abs. 2 AktG a.A. Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 69 und 74; hiergegen zweifelnd z.B. Hüffer, § 67 AktG Rdnr. 15.

2 Zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 22; zur jetzigen Rechtslage Wicke, Rdnr. 2; Hasselmann, NZG 2009, 409, 410.

3 Gleichsinnig zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 22.

4 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 25; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 14; gleichsinnig zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 23.

5 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 26.

**bb) Mängel der Mitteilung**

Die Mitteilung eines hierzu Berechtigten gegenüber dem Geschäftsführer kann – wie früher die Anmeldung<sup>1</sup> – selbst nichtig oder anfechtbar sein, da sie den **Vorschriften über Willenserklärungen** unterliegt<sup>2</sup>. Die Anfechtung der Mitteilung hat gegenüber der Gesellschaft zu erfolgen (§ 143 Abs. 3 BGB analog). Das Anfechtungsrecht steht demjenigen zu, der die Mitteilung vorgenommen hat. Kein Anfechtungsgrund ist die Unkenntnis der (mittelbaren) Rechtsfolgen der Mitteilung. Die Unwirksamkeit einer Mitteilung kann durch eine sie bestätigende konkludente Rechtshandlung behoben werden (§ 141 Abs. 1 BGB) und die Anfechtung kann aus denselben Gründen ausgeschlossen sein (§ 144 BGB). Die Anfechtung der Mitteilung ist allerdings als Rechtsmissbrauch unbeachtlich, wenn die mitgeteilte Veränderung rechtswirksam ist und andere schutzwürdige Interessen an der Rückgängigmachung der Mitteilung nicht bestehen<sup>3</sup>. Dies ist z.B. der Fall, wenn sie nur darauf beruht, dass der materiell Berechtigte nun das Interesse verfolgt, nicht in dieser Stellung öffentlich zu werden. Die Unwirksamkeit einer Mitteilung kann nur in einem Rechtsstreit gegen die GmbH mit Wirkung für diese verbindlich festgestellt werden<sup>4</sup>.

Im Hinblick auf die **Rechtsfolgen einer mangelhaften Mitteilung** ist zu unterscheiden: Sie ist wirkungslos, wenn sie nicht durch ein einem Mitteilungsberechtigten zurechenbares Verhalten verursacht, z.B. durch *vis absoluta* oder Fälschung herbeigefügt oder durch einen vollmachtlosen Vertreter (*falsus procurator*) oder einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen vorgenommen worden ist<sup>5</sup>. Das Gleiche gilt bei einer Mitteilung nur zum Schein im Einverständnis oder mit Kenntnis der GmbH oder wenn die GmbH die Unwirksamkeit der Mitteilung positiv kannte<sup>6</sup>. Alle anderen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe können nur mit Wirkung für die Zukunft geltend gemacht werden<sup>7</sup>. Die Beseitigung der Mitteilung erfolgt nach Maßgabe des in § 40 geregelten Verfahrens und lässt die Rechtswirkung des § 16 Abs. 1 für die Vergangenheit unberührt, und alle Leistungen zwischen dem in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter einerseits und der GmbH andererseits sind mit Rechtsgrund getätigt worden. Allerdings hat die Beseitigung der Mitteilung auch die Wirkung, dass sie für die Zukunft als nie erfolgt gilt<sup>8</sup>. Der zu Unrecht in der Gesellschafterliste Eingetragene ist z.B. im Falle einer

1 Zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 24.

2 *Zirngibl*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 4 Rdnr. 39; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 170; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412 (alle analoge Anwendung).

3 Zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 24.

4 Zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 24.

5 Zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 25; zur jetzigen Rechtslage *Kort*, GmbHR 2009, 169, 170.

6 Zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 25; zur jetzigen Rechtslage *Kort*, GmbHR 2009, 169, 170.

7 Gleichsinnig zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 26.

8 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16; zum Aktienrecht auch *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 118.



künftigen Kaduzierung nicht Rechtsvorgänger und haftet daher nicht nach § 22<sup>1</sup>.

#### cc) Mängel bei der Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister

- 30 Beim technischen Prozess der Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister kann es u.a. zur (unabsichtlichen) Nicht-Aufnahme der Liste und zur (unabsichtlichen) Datenänderung kommen. In diesen Fällen ist die Gesellschafterliste bzw. das betreffende Datum wirkungslos.

#### c) Widerruf der Mitteilung und Rücknahme der Einreichung der Gesellschafterliste

- 31 Die Mitteilung des hierzu Berechtigten kann nur durch Anfechtung oder Geltendmachung ihrer Nichtigkeit widerrufen werden (Rdnr. 28). Eine hiervon losgelöste, grundlose **Rücknahme der Mitteilung ist nicht möglich**<sup>2</sup>. Bei Anfechtung der Mitteilung oder der Geltendmachung der Nichtigkeit einer Mitteilung durch den Mitteilenden ist im Grundsatz ein noch nicht abgeschlossenes Eintragungs- und Aufnahmeverfahren in das Handelsregister zu stoppen<sup>3</sup>. Dies gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn offensichtlich keine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Mitteilung vorliegt.
- 32 Die Einreichung der Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister ist ein rein tatsächlicher Vorgang, der durch ein Berichtigungsschreiben gegenüber dem Handelsregister rückgängig gemacht werden kann. Die Zulässigkeit einer solchen Rücknahme bemisst sich nach den durch § 40 konturierten Sorgfaltspflichtmaßstäben des zuständigen Geschäftsführers bzw. Notars (hierzu Nachtrag MoMiG § 40 Rdnr. 51 ff., 53 ff. in diesem Band).

#### d) Löschung der Eintragung und Wegfall aus dem Handelsregister

- 33 Die Löschung (einschließlich der Änderung) einer Eintragung in der Gesellschafterliste führt zu einem Wegfall der Legitimationswirkung der Alt-Eintragung mit Wirkung *ex nunc*. Mit der Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste kommt der Neu-Eintragung Legitimationswirkung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 zu. Wird eine zunächst beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste ausgelistet oder fällt sie aus irgendwelchen Gründen weg, so entfällt auch die Legitimationswirkung ab dem Zeitpunkt des Wegfalls. Sofern dann eine vorherige Gesellschafterliste im Handelsregister ausgewiesen wird, so entfaltet diese Legitimationswirkung.

<sup>1</sup> Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 16 Rdnr. 16.

<sup>2</sup> Ebenso Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 299; a.A. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17; ebenfalls a.A. zu § 67 Abs. 2 AktG Lutter, in: KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2009, § 67 AktG Rdnr. 58; Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 76.

<sup>3</sup> Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17.

### 3. Rechtswirkungen der Eintragung in der Gesellschafterliste

#### a) Legitimationswirkung zu Gunsten/zu Lasten des Eingetragenen

Eine Person erlangt alleine durch Eintragung in die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste relativ gegenüber der GmbH die Gesellschafterstellung (**relative Legitimationswirkung**). Die Gesellschaft ist dabei nicht nur berechtigt, die eingetragene Person als legitimen Gesellschafter zu behandeln, sondern auch hierzu verpflichtet<sup>1</sup>. Die Legitimationswirkung gilt zu Gunsten wie zu Lasten des Eingetragenen, und zwar unabhängig von der materiell rechtlichen Lage. Bei Abweichung der Eintragungslage zur materiell rechtlichen Rechtslage haben sowohl der materielle Rechtsinhaber als auch der – materiell zu Unrecht – in die Gesellschafterliste Eingetragene einen Anspruch gegen die GmbH auf Berichtigung der unrichtigen Gesellschafterliste nach Maßgabe des in § 40 Abs. 1 geregelten Verfahrens<sup>2</sup>. 34

**Maßgeblicher Zeitpunkt für die Legitimationswirkung** nach § 16 Abs. 1 Satz 1 ist die Aufnahme der (geänderten) Gesellschafterliste in das Handelsregister, d.h. in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (vgl. § 9 Abs. 1 HRV; s. auch Rdnr. 91). Zur Sonderregelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 s. unten Rdnr. 47]. 35

#### b) Gesellschafterrechte

Von der Eintragung in der Gesellschafterliste und deren Aufnahme im Handelsregister an stehen alle mit dem betreffenden Geschäftsanteil verbundenen **Mitgliedschaftsrechte** nur noch dem Eingetragenen zu und können auch nur von diesem geltend gemacht werden. Zu diesen Mitgliedschaftsrechten gehören allerdings nicht solche, die bereits vor diesem Zeitpunkt selbstständig abgetreten waren. Solange die Eintragung in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste besteht, können von keiner Person wegen der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten durch den Eingetragenen Rechtsfolgen hergeleitet werden, durch welche die unter Mitwirkung des Legitimierten zu Stande gekommenen Rechtsakte beeinträchtigt werden. So sind Gesellschafterbeschlüsse nicht wegen seiner Mitwirkung anfechtbar, Dividendenzahlungen an ihn wirksam und nicht ohne Rechtsgrund geleistet etc.<sup>3</sup>. Diese Grundsätze gelten – wenngleich mit einigen Besonderheiten – auch bei **Kapital- und Strukturbeschlüssen** (Satzungsänderung, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, andere Umstrukturierungsmaßnahmen)<sup>4</sup>: Auch Strukturmaßnahmen können wegen der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 mit den Stimmen eines aus materiell rechtlicher Sicht zu Unrecht eingetragenen 36

1 Zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 32.

2 BR-Drucks. 344/07, S. 86 = Begr. RegE zu § 16; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 19.

3 Zur früheren Rechtslage unter Geltung des Anmeldeprinzips Band I, § 16 Rdnr. 35; zur jetzigen Rechtslage Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 376; Hasselmann, NZG 2009, 409, 410.

4 Ebenso Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 14. Hierzu ausführlich unter Geltung der früheren Rechtslage Schnorbus, ZGR 2004, 126, 133 ff.; vgl. auch Band I, § 16 Rdnr. 35.

Gesellschafters (Scheingesellschafter) und ohne Beteiligung des tatsächlichen Anteilnehmers beschlossen werden. Die Geschäftsführung ist gehalten, den Gesellschafterbeschluss auszuführen, um die betreffende Strukturmaßnahme umzusetzen, es sei denn, sie hat positive Kenntnis von der materiellen Nichtberechtigung des Eingetragenen. Im gleichen Umfang ist auch das Registergericht an die Wirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 gebunden und hat die Strukturmaßnahme einzutragen. Mit Eintragung werden Kapitalbeschlüsse und Umwandlungen wirksam und etwaige Mängel (bei Kapitalbeschlüssen ggf. nach Ablauf einer 3-Jahresfrist analog § 242 Abs. 2 AktG) geheilt. Zu den Auswirkungen einer Strukturmaßnahme unter Teilnahme eines Scheingesellschafters auf die Rechtsposition des materiell berechtigten Anteilnehmers Band I, § 16 Rdnr. 36.

### c) Gesellschafterpflichten

- 37 Ab dem Zeitpunkt der Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister hat der Eingetragene gegenüber der GmbH und seinen Mitgesellschaftern grundsätzlich **alle mit dem Geschäftsanteil unmittelbar verknüpften Pflichten** zu erfüllen. Von diesem Zeitpunkt an fällige Stammeinlagen, fällig werdende Nachschussbeträge oder Nebenleistungspflichten (§ 3 Abs. 2) hat der Eingetragene zu tragen; der Rechtsvorgänger schuldet sie nicht. Allerdings kann im Innenverhältnis zwischen den an einer Veränderung beteiligten Parteien Abweichendes vereinbart sein<sup>1</sup>. Die mit dem Geschäftsanteil verknüpften Pflichten gehen auf den Eingetragenen über, auch wenn er sie nicht kannte<sup>2</sup>. Gleiches gilt für die Pflichten der Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 2 Satz 2 InsO), also insbesondere für die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO<sup>3</sup>.
- 38 Der Pflichtenübergang findet nur statt, wenn die Pflicht nach Gesetz oder Satzung mit dem Geschäftsanteil verknüpft ist, während **schuldrechtliche Verpflichtungen** durch die Veränderung in der Anteilszuordnung und ihre Eintragung in die Gesellschafterliste unberührt bleiben<sup>4</sup>. Sie können in den Fällen der Einzelrechtsnachfolge nur im Wege der Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB) oder in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge durch diese auf den Eingetragenen übergehen. Auch für **Schadensersatzpflichten**, die durch ein schuldhaftes Verhalten des Rechtsvorgängers entstanden sind, haftet der Eingetragene nicht, sondern die Haftung verbleibt beim Rechtsvorgänger<sup>5</sup>.

### d) Rechtshandlungen des Rechtsvorgängers

- 39 In § 16 Abs. 2 a.F. war bislang ausdrücklich geregelt, dass der Erwerber die vor der Anmeldung (als damaliger Legitimationsbasis) von der GmbH gegenüber dem Veräußerer oder von dem Veräußerer gegenüber der GmbH **in Bezug auf**

1 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 37.

2 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 38. Zu möglichen (Gewährleistungs-)Ansprüchen des Eingetragenen gegenüber seinem Vertragspartner Band I, § 16 Rdnr. 38.

3 Hierzu *Horstkotte*, ZInsO 2009, 209; vgl. auch *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 410.

4 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 39.

5 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 37.

das **Gesellschaftsverhältnis vorgenommenen Rechtshandlungen** gegen sich gelten lassen muss. Diese Bestimmung hat der MoMiG-Gesetzgeber nicht wiederholt, ohne damit allerdings eine konzeptionelle Rechtsänderung zu beabsichtigen. Sie ergibt sich vielmehr bereits aus dem Grundsatz in § 16 Abs. 1 Satz 1, der eine von der materiell rechtlichen Situation abgelöste relative Legitimationswirkung an die Eintragung in der Gesellschafterliste anknüpft<sup>1</sup>. Somit muss der noch nicht in die Gesellschafterliste eingetragene Rechtsnachfolger die Rechtshandlungen des noch wirksam in der Gesellschafterliste eingetragenen Rechtsvorgängers generell gegen sich gelten lassen<sup>2</sup>. Dies gilt z.B. für die Auszahlung von Dividenden an den noch Eingetragenen<sup>3</sup>, für die Ausübung des Stimmrechts durch den noch Eingetragenen<sup>4</sup> und auch bei einer Zustimmung nach § 53 Abs. 3 zu einer Satzungsänderung, selbst wenn der Rechtsnachfolger hiervon keine Kenntnis hat<sup>5</sup>. Der noch nicht in die Gesellschafterliste eingetragene Rechtsnachfolger muss selbst einen Ausschluss seines Rechtsvorgängers aus wichtigem Grund oder die Einziehung des ihm materiell rechtlich zugeordneten Geschäftsanteils im Grundsatz gegen sich gelten lassen.

Bereits nach früherer Rechtslage konnte der Rechtsnachfolger solchen Gefahren für seine Rechtsposition entgegenwirken, und zwar durch Vornahme der Anmeldung und durch Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen gegen den Rechtsvorgänger insbesondere aus dem der Rechtsänderung zu Grunde liegenden Kausalgeschäft. Auch nach neuem Recht kann der Rechtsnachfolger mögliche Rechtsbeeinträchtigungen durch den noch in der Gesellschafterliste Eingetragenen bis zur Aufnahme der die Veränderung anzeigenden Gesellschafterliste in das Handelsregister abwenden, und zwar wiederum auf zweifachem Weg: (1) Beruht der Rechtsübergang auf einem **Kausalgeschäft**, so wird der Rechtsnachfolger ausdrückliche Regelungen über die Vornahme von tatsächlichen Maßnahmen und Rechtshandlungen nur nach vorheriger Zustimmung vereinbaren. Hieraus ergeben sich dann Unterlassungs- und im Verletzungsfall Schadenersatzpflichten. (2) Darüber hinaus wird der Rechtsnachfolger im Regelfall bestrebt sein, auch die GmbH und die Mitgesellschafter von der eingetretenen Rechtsänderung und ggf. dem zwischen ihm und dem in der Gesellschafterliste eingetragenen Rechtsvorgänger Vereinbarten zu informieren. Denn die GmbH und ihre Gesellschafter sind in dem Fall, in dem ihnen eine Rechtsänderung mitgeteilt und (plausibel) nachgewiesen wurde, aus der **mitgliedschaftlichen Treuepflicht** oder bei Rechtsnachfolgern, die noch nicht Gesellschafter der GmbH sind (aus einer vorlaufenden Treuepflicht) verpflichtet, die materielle Rechtsposition des noch nicht eingetragenen Rechtsnachfolgers zu vereiteln oder wesentlich zu beeinträchtigen. Der noch nicht eingetragene Rechtsnachfolger kann korrespondierend hierzu bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen einstweiligen Rechtsschutz gegen die drohende Rechtsbeeinträch-

1 BR-Drucks. 354/07, S. 87 = Begr. RegE zu § 16 („Für die bisherige Regelung in § 16 Abs. 2 besteht kein gesondertes Regelungsbedürfnis, da sich die dort geregelten Rechtsfolgen bisher schon aus § 16 Abs. 1 ableiten ließen“).

2 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 32; zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 7.

3 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 32.

4 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 32.

5 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 32.

tigung erwirken. Darüber hinaus können Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlung, die im Zeitraum zwischen der materiellen Rechtsänderung und der Aufnahme der die Veränderung ausweisenden Gesellschafterliste im Handelsregister zum Nachteil des noch nicht eingetragenen Rechtsnachfolgers vorgenommen werden, anfechtbar oder nichtig sein<sup>1</sup>. Schließlich kommen **Schadensersatzansprüche** in Betracht<sup>2</sup>.

#### e) Erbrechtlicher Erwerb

- 41 Für den erbrechtlichen Erwerb gelten im Grundsatz die gleichen Bestimmungen: Die Erben sind beim Tod eines Gesellschafters erst dann gegenüber der GmbH legitimiert und können erst dann die **Gesellschafterrechte** ausüben, wenn sie im Verfahren nach § 40 in die Gesellschafterliste eingetragen wurden und diese im Handelsregister aufgenommen worden ist<sup>3</sup>. Damit ist der MoMiG-Gesetzgeber zu Recht nicht der herrschenden Auslegung zu § 67 Abs. 2 AktG gefolgt, derzufolge die Erben auch ohne Eintragung in das Handelsregister in die Aktionärsstellung einrücken<sup>4</sup>. Für **Verbindlichkeiten des Erblassers gegenüber der GmbH** haften die Erben jeder auch ohne Eintragung in der Gesellschafterliste gemäß §§ 1922, 1967 BGB, allerdings mit der **Möglichkeit der Haftungsbeschränkung** nach §§ 1975 ff. BGB. Eine solche Haftungsbeschränkung kommt nach erfolgter Eintragung der Veränderung in der Gesellschafterliste und deren Aufnahme in das Handelsregister – wiederum anders als im Aktienrecht<sup>5</sup> – wegen § 16 Abs. 2 nicht mehr in Betracht, da der Erbe nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung stets unbeschränkt für die rückständigen Leistungen haftet (hierzu ausführlich Rdnr. 51 ff.)<sup>6</sup>.
- 42 Der **Wegfall der Erbenstellung** hat eine erneute „Veränderung in den Personen der Gesellschafter“ (oder in Einzelfällen auch im Umfang ihrer Beteiligung) zur Folge, was wiederum das Verfahren nach § 40 auslöst. Allerdings bleibt beim Eintritt des **Nacherbfalls** die Rechtsstellung des Vorerben (vgl. §§ 2106, 2139 BGB) für die Zeit seiner Legitimation durch Eintragung in der Gesellschafterliste unberührt. Das Gleiche gilt im Fall der **Ausschlagung** (vgl. § 1945 BGB) für den in der Gesellschafterliste eingetragenen vorläufigen Erben. Die in § 1953 Abs. 1 BGB geregelte Rückwirkung betrifft nur das Verhältnis zum wirklichen Erben, nicht das Verhältnis zur GmbH. Hieraus folgt, dass Rechtsausübungen des Legitimierten wirksam bleiben und erhaltene Dividendenzahlungen mit Rechtsgrund geleistet wurden, aber an den wirklichen Erben gemäß §§ 1959 Abs. 1, 667, 681 BGB herauszugeben sind. Für eine zwischenzeitlich begründete

1 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 33.

2 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 33.

3 Gleichsinnig (aber verkürzend) Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 34; Wicke, Rdnr. 6; a.A. Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 18 f.

4 So OLG Jena, AG 2004, 268, 270; OLG Brandenburg, NZG 2002, 476, 478; Lutter/Drygala, in: KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2009, § 67 AktG Rdnr. 34; kritisch zu dieser Auslegung Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 61 ff.; Cahn, in: Spindler/Stilz, § 67 AktG Rdnr. 38.

5 Hierzu Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 AktG Rdnr. 65.

6 A.A. Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 20; Wicke, Rdnr. 7.

Haftung gelten die allgemeinen Grundsätze (Rdnr. 51 ff.). Auch die Rechtshandlungen des nach allgemeinen Grundsätzen (Rdnr. 103) zurechenbar in der Gesellschafterliste eingetragenen Scheinerben sind wirksam, wobei im Verhältnis zum Erben die §§ 2018 ff. BGB gelten<sup>1</sup>.

#### f) Gesellschafter im Insolvenzverfahren

Auch in dem Fall, in dem ein Gesellschafter insolvent wird, ist im Grundsatz 43 zwischen der materiellen Rechtsinhaberschaft des Geschäftsanteils einerseits und der relativen Legitimationswirkung durch Eintragung in der Gesellschafterliste und deren Aufnahme im Handelsregister zu unterscheiden: Ob ein Geschäftsanteil zur **Insolvenzmasse** gehört, entscheidet sich primär danach, ob der von der Insolvenz betroffene Gesellschafter zum Zeitpunkt der [Eröffnung des Insolvenzverfahrens] materiell-rechtlich betrachtet Inhaber dieses Geschäftsanteils war. Auf eine der materiellen Rechtslage entgegenstehende Eintragung in der Gesellschafterliste kommt es nicht an. So gehört ein Geschäftsanteil nicht zur Masse, und der Insolvenzverwalter kann – mit Ausnahme einer erfolgreichen insolvenzmäßigen Anfechtung der Veräußerung nach §§ 129 ff. InsO oder bei Nichtigkeit der Veräußerung – den Geschäftsanteil nicht zur Masse ziehen, wenn der Gesellschafter vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Geschäftsanteil abgetreten hatte, selbst wenn die Aufnahme der veränderten Gesellschafterliste in das Handelsregister erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt. Umgekehrt kann der Schuldner nach der Insolvenzeröffnung den Geschäftsanteil mit Wirkung auf die Insolvenzgläubiger nicht mehr abtreten. Das Verfügungsrecht steht dem Insolvenzverwalter zu (§§ 35, 80 InsO), es sei denn, das Insolvenzgericht hat ausnahmsweise Eigenverwaltung angeordnet (§ 270 InsO).

Erfolgt eine **Veränderung i.S. von § 40 Abs. 1 Satz 1 vor der Insolvenzeröffnung**, 44 so gelten für das Eintragungsverfahren folgende Grundsätze: Wirkt an der Veränderung ein deutscher Notar mit, so hat dieser die veränderte Gesellschafterliste zu erstellen, zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs. 2; hierzu Nachtrag MoMiG § 40 Rdnr. 41 ff. in diesem Band). In den anderen Fällen sind die an der Veränderung Beteiligten zur Mitteilung nach § 40 Abs. 1 Satz 2 an den zuständigen Geschäftsführer berechtigt, wenn der Rechtsvorgänger noch vor der Insolvenzeröffnung den Geschäftsanteil übertragen hatte; der Insolvenzverwalter ist wie nach der bisher hier vertretenen Auffassung zur früheren Rechtslage nicht befugt, die Mitteilung nach § 40 Abs. 1 Satz 2 gegenüber dem Geschäftsführer vorzunehmen<sup>2</sup>. Ist umgekehrt der Rechtsnachfolger in den Geschäftsanteil vor der Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister in Insolvenz geraten, ist nur der Insolvenzverwalter zur Mitteilung nach § 40 Abs. 1 Satz 2 befugt. Denn in diesem Fall gehört der Geschäftsanteil materiell-rechtlich zur Insolvenzmasse des Rechtsnachfolgers und unterliegt daher der Verfügung des Insolvenzverwalters. Eine Mitteilung durch den Rechtsnachfolger persönlich ist nach § 81 InsO unwirksam<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 35; Wicke, Rdnr. 7.

<sup>2</sup> Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 48 mit Hinweis auf die überwiegende Gegenansicht.

<sup>3</sup> Zur früheren Rechtslage und zu Einzelheiten Band I, § 16 Rdnr. 49.

#### 4. Rückbeziehung der Legitimationswirkung (§ 16 Abs. 1 Satz 2)

##### a) Inhalt und Zweck der Regelung

- 45 Häufig besteht ein **praktisches Bedürfnis** dafür, dass der Erwerber eines Geschäftsanteils bereits vor Aufnahme der ihn ausweisenden und insoweit geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vornehmen kann<sup>1</sup>. Dies gilt beispielhaft für dessen Mitwirkung an der Abberufung des bisherigen Geschäftsführers und der Neubestellung einer anderen Person als neuen Geschäftsführer sowie in diesem Zusammenhang an der Beschlussfassung über den dienstrechtlichen Aufhebungsvertrag sowie den Abschluss eines neuen Geschäftsführer-Anstellungsvertrags. Dies gilt aber auch für die Beschlussfassung über Satzungsänderungen, die z.B. deshalb erforderlich sind, weil sich auf Grund einer im bisherigen Gesellschafterkreis vollzogenen Anteilsübertragung die Mehrheitsverhältnisse ändern oder weil ein bislang Gesellschaftsfremder neu in den Kreis der Gesellschafter eintritt und seinen Eintritt von der Änderung der Satzung abhängig macht; praktische Bedeutung hat die Regelung aber auch beim Erwerb von Vorratsgesellschaften und den dann notwendigen Satzungsänderungen. Zur **Interessenwahrung des noch nicht legitimierten Rechtsnachfolgers** regelt § 16 Abs. 1 Satz 2 im Wege einer Fiktion<sup>2</sup>, dass eine ausschließlich auf Grund der Rechtswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 noch nicht wirksame (aber im Übrigen wirksame), sondern bis zur Aufnahme der veränderten Gesellschafterliste in das Handelsregister schwebend unwirksame Maßnahme des Rechtsnachfolgers mit Wirkung *ex tunc* als wirksam gilt<sup>3</sup>, wenn die die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste unverzüglich nach der Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Die Rechtshandlung wird umgekehrt endgültig unwirksam, wenn eben keine unverzügliche Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister erfolgt<sup>4</sup>.

##### b) Rechtshandlung des Erwerbers in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis

- 46 Die mit § 16 Abs. 1 Satz 2 gesetzlich angeordnete Rückbeziehung der Legitimationswirkung bezieht sich auf eine „vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung“. Dieser Wortlaut lehnt sich an die Formulierung in § 16 Abs. 2 a.F. an, was trotz des unterschiedlichen Regelungskontexts bei der Auslegung berücksichtigt werden kann. Die Rückbeziehung der Legitimationswirkung scheint nach dem **Wortlaut** von § 16 Abs. 1 Satz 2 in doppelter Hinsicht im **Anwendungsbereich** beschränkt zu sein: (1) Zunächst bezieht sich die Rückbeziehung nur auf Rechtshandlungen eines

1 Zutr. BR-Drucks. 354/07, S. 85 = Begr. RegE zu § 16. Zu Fallgestaltungen vgl. auch *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405 m.w.N.

2 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 36.

3 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 36; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 7; *Kort*, GmbH 2009, 169, 174.

4 BR-Drucks. 354/07, S. 85 = Begr. RegE zu § 16; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 36; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 390; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405.

„Erwerbers“, also des Adressaten einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des Geschäftsanteils im Wege der Einzelrechtsnachfolge. Dies wäre nicht mit dem gegenüber der bisherigen Rechtslage erweiterten Anwendungsbereich der Legitimationswirkung abgestimmt und führte zu nicht gerechtfertigten Benachteiligungen von Personen, die Geschäftsanteile im Wege der Gesamtrechtsnachfolge oder durch Übernahme neuer, durch eine Kapitalerhöhung entstehender Geschäftsanteile erhalten. Ein solchermaßen enge Wortlautverständnis ist nicht überzeugend<sup>1</sup>. (2) Darüber hinaus behandelt die Rückbeziehung der Legitimationswirkung dem Wortlaut nach nur Rechtshandlungen des Erwerbers in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis, nicht aber Rechtshandlungen der GmbH gegenüber dem Erwerber. Zu den von einem Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vornehmbar Rechtshandlungen gehören die Wahrnehmung des Teilnahme-, Rede- und Fragerechts sowie das Antragsrecht auf Gesellschafterversammlungen, die Ausübung des Stimmrechts bei Beschlussfassungen, die Ausübung des Anfechtungsrechts bezogen auf Gesellschafterbeschlüsse, die Ausübung des Informationsrechts nach § 51a sowie die Ausübung des vermögensrechtlichen Bezugsrechts. Fraglich ist indes, ob auch Rechtshandlungen der GmbH wie die Dividendenauszahlung, die Auskehrung eines Liquidationserlöses oder Erklärungen der Gesellschaft (vertreten durch ihre Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl) z.B. bei der Übertragung von Geschäftsanteilen, bei der Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, bei der Einziehung von Geschäftsanteilen oder dem Ausschluss von Gesellschaftern in gleicher Weise von § 16 Abs. 1 Satz 2 erfasst werden. Eine wortlautüberschießende Auslegung in dem Sinne, dass auch Rechtshandlungen der GmbH gegenüber dem Rechtsnachfolger als mit Wirkung *ex tunc* wirksam gelten, sofern nur die geänderte Gesellschafterliste unverzüglich in das Handelsregister aufgenommen wird, würde indes eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Generalausnahme zu § 16 Abs. 1 Satz 1 bedeuten. Eine solche wortlautüberschreitende Generalausnahme, die der Rechtssicherheit innerhalb der GmbH entgegensteht, ist nicht nötig, um die Interessen des noch nicht legitimierten Rechtsnachfolgers zu schützen. Denn die GmbH und ihre Mitgesellschafter haben bei Kenntnis der Veränderung alle Rechtshandlungen zu vermeiden, die die materielle Rechtsposition des Rechtsnachfolgers aufheben oder wesentlich beeinträchtigen (hierzu Rdnr. 78).

### c) Unverzügliche Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister

Die Rückbeziehung der Legitimationswirkung ist nach dem Gesetzeswortlaut weiterhin davon abhängig, dass „*die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird*“. Die Formulierung ist **objektiv und i.S. der Rechtssicherung ergebnisorientiert formuliert** und verweist mit dem **Merkmal der Unverzüglichkeit** auf § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB, d.h. die Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste muss ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Danach wäre jede schuldhaftige Verzögerung im Verfahrensablauf vom Eintritt der Veränderung i.S. der §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 40 Abs. 1 Satz 1 an schädlich, also Verzögerungen bei der Erstellung und Unterzeichnung der

<sup>1</sup> Ebenso *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411.



Gesellschafterliste durch den zuständigen Geschäftsführer bzw. Notar, bei der Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister oder aber auch bei der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister durch den Registerrichter<sup>1</sup>. Dieses Verständnis entspricht allerdings nicht dem Rechtsgedanken des § 167 ZPO und seine Berücksichtigung in anderen gesellschafts- und steuerrechtlichen Normen, bei denen der Gesetzgeber die Dauer eines Eintragungsverfahrens im Handelsregister (das in der Praxis durchaus 1–4 Wochen dauern kann<sup>2</sup>) nicht zu Lasten der die Eintragung ersuchenden Personen wertet (vgl. z.B. § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG, §§ 9 Satz 3, 20 Abs. 6 Sätze 1 und 2 UmwStG). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich gerade nicht<sup>3</sup>, dass der Gesetzgeber von diesem allgemeinen Rechtsgedanken abweichen wollte und dies entspräche auch nicht dem mit § 16 Abs. 1 Satz 2 verfolgten Privilegierungszweck zu Gunsten des noch nicht legitimierten Rechtsnachfolgers. Daher ist alleine entscheidend, ob die vom Geschäftsführer bzw. Notar nach § 40 vorzunehmende Handlung (also die Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste sowie die Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister) ohne schuldhaftes Zögern erfolgt<sup>4</sup>. Ein Zeitablauf vom Eintritt der Veränderung bis zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste beim Handelsregister von etwa vier Wochen ist im Regelfall noch nicht als schuldhaftes Verzögerung anzusehen; in extremen Sonderfällen (z.B. Tod oder dauernde Dienstunfähigkeit des Geschäftsführers bzw. Notars) ist auch noch ein längerer Zeitraum als unverzügliches Handeln anzusehen<sup>5</sup>.

- 48 Für Anteilsabtretungen, die unter einer **aufschiebenden Bedingung** i.S. von § 158 Abs. 1 BGB (z.B. Kaufpreiszahlung) oder einer **heteronomen Rechtsbedingung** vorgenommen werden, gilt im Hinblick auf § 16 Abs. 1 Satz 2 Folgendes: Eine Veränderung i.S. von §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 40 Abs. 1 Satz 1 liegt erst nach Bedingungseintritt vor. Deshalb kann auch die Gesellschafterliste erst nach Bedingungseintritt geändert, unterzeichnet und zum Handelsregister zur Aufnahme eingereicht werden<sup>6</sup>. Die Rückbeziehung der Legitimationswirkung tritt nur für solche Rechtshandlungen des noch nicht legitimierten Rechtsnachfolgers ein, die dieser nach Bedingungseintritt und damit nach Veränderung vorgenommen hat. Die Vornahme einer Rechtshandlung durch den Rechtsnachfolger vor Bedingungseintritt geht ins Leere; in diesem Fall ist die Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste im Handelsregister generell nicht unverzüglich i.S. von § 16 Abs. 1 Satz 2, da die Rechtshandlung vor dem Fristbeginn der

1 Vgl. *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1909.

2 Vgl. auch *Greitemann/Bergjan*, in: FS Pöllath, 2008, S. 271, 274.

3 In BR-Drucks. 354/07, S. 85 = Begr. RegE zu § 16 heißt es nur, „die Aufnahme in den Registerordner erfolgt dann regelmäßig ebenfalls binnen sehr kurzer Zeit“, was eher („dann“) für eine Nichtberücksichtigung der Handelsregistraufnahme für die Frage der Unverzüglichkeit spricht.

4 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 37; *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1909; offen *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411.

5 Restriktiver *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 37 („Fristen von 1–2 Monaten sind wesentlich zu lang“); *Barthel*, GmbHR 2009, 569, 570 Fn. 6 (Hinweis auf Obergrenze von 2 Wochen in Kommentarliteratur zu § 121 BGB); *Elsing*, GmbHR 2008, R17, R18 (3 Wochen zu lang); *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1909 (1 Monat zu lang).

6 So jetzt auch OLG München, ZIP 2009, 1911.

Unverzüglichkeit liegt. Die Rückbeziehung der Legitimationswirkung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung und ohne Eintreten weiterer Umstände wie des Bedingungseintritts erfolgen kann<sup>1</sup>. Allerdings kann der Rechtsnachfolger in den Genuss der Rückbeziehung der Legitimationswirkung nach § 16 Abs. 1 Satz 2 kommen, wenn er die Rechtshandlung nach Bedingungseintritt bestätigt (§ 141 Abs. 1 BGB). Dabei sind an die Bestätigung der Rechtshandlung keine hohen Anforderungen zu stellen, insbesondere ist konkludentes Verhalten dann ausreichend, wenn es übereinstimmend von sämtlichen Gesellschaftern sowie von der Geschäftsführung der GmbH erfolgt.

#### d) Rechtshandlungen eines schwebend unwirksam bestellten Geschäftsführers

Der Gesetzgeber verfolgt mit der Regelung in § 16 Abs. 1 Satz 2 u.a. das Ziel, dass ein durch den noch nicht legitimierten Rechtsnachfolger bestellter Geschäftsführer, dessen Bestellung dann zunächst schwebend unwirksam ist, vollständig handlungsfähig sein soll<sup>2</sup>. Dieses unterstützenswerte Ziel lässt sich nur durch die gesetzliche Anordnung erreichen, dass mit der rückwirkenden Wirksamkeit der Rechtshandlung des Rechtsnachfolgers auch alle Handlungen des von ihm (mit)bestellten Geschäftsführers mit Wirkung *ex tunc* wirksam werden<sup>3</sup>. Dies hat allerdings auch zur Folge, dass bei Nichteintritt der Rückwirkungsfiktion (z.B. weil die Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister nicht unverzüglich i.S. von § 16 Abs. 1 Satz 2 erfolgt) alle Rechtshandlungen des Geschäftsführers nach allgemeinen Vorschriften endgültig unwirksam werden. Dieses Ergebnis ist **im Wege einer teleologischen Erweiterung des § 16 Abs. 1 Satz 2** aus Verkehrsschutzgesichtspunkten nicht hinzunehmen: Sofern der in dieser Weise bestellte Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen ist, gilt bereits § 15 Abs. 3 HGB. Ansonsten sollte dies aus den Grundsätzen zur fehlerhaften Organstellung folgen<sup>4</sup>. Einseitige Rechtsgeschäfte des Geschäftsführers werden in jedem Fall unter den Voraussetzungen des § 180 Satz 2 BGB i.V.m. § 16 Abs. 1 Satz 2 rückwirkend wirksam. Dem gesetzgeberischen Willen entspricht es auch, dass der noch schwebend unwirksam bestellte Geschäftsführer in den Fällen des § 40 Abs. 1 die Gesellschafterliste verändern, unterzeichnen und zum Handelsregister zur Aufnahme einreichen kann<sup>5</sup>.

Unabhängig von der gesetzlichen Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 sichert sich der Rechtsnachfolger in der Regel dadurch ab, dass er auf einer **vertraglichen Verpflichtung des Rechtsvorgängers** besteht, dass jener den Rechtshandlungen

1 Zutr. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 38; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 405.

2 Ebenso Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 39; Gasteyer/Goldschmidt, ZIP 2008, 1906, 1907.

3 Ebenso i.E. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 39; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 7; Gasteyer/Goldschmidt, ZIP 2008, 1906 ff.; Barthel, GmbHR 2009, 569, 572 ff. (unter Anwendung der Grundsätze zur fehlerhaften Organstellung).

4 Vgl. hierzu Band I, § 6 Rdnr. 73 ff.; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Vor § 35 Rdnr. 11; BGHZ 41, 282, 287 für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften. – Jetzt hierzu auch Barthel, GmbHR 2009, 569, 570 ff.

5 Ebenso Wicke, Rdnr. 11; offen gehalten von Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 39.

des Erwerbers bis zur Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste (ggf. unter einer entsprechenden Haftungsfreistellung) zustimmt oder dass der Rechtsvorgänger den Rechtsnachfolger hierzu ausdrücklich bevollmächtigt<sup>1</sup>. Im Zweifel ergibt sich eine Zustimmungspflicht bzw. eine solche zur Erteilung einer Vollmacht auch als vertragliche Nebenpflicht zum dem Rechtsübergang zu Grunde liegenden Kausalgeschäft<sup>2</sup>. Aus Sicht des Rechtsnachfolgers ist eine entsprechende vertragliche Vereinbarung sowie die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde empfehlenswert<sup>3</sup>.

#### IV. Haftung für rückständige Einlagen (§ 16 Abs. 2)

##### 1. Gesamtschuldnerische Haftung von Veräußerer und Erwerber

- 51 Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 regelt – wie nach bisheriger Rechtslage § 16 Abs. 3 a.F. – eine **gesamtschuldnerische Haftung von Veräußerer und Erwerber für zum maßgeblichen Anfangszeitpunkt der Legitimationswirkung rückständige Einlageverpflichtungen**, während für Leistungen, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig waren, nach § 16 Abs. 1 Satz 1 allein der Erwerber haftet. Diese Regelung dient dem Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsschutz und damit den Interessen der Mitgesellschafter sowie Gesellschaftsgläubiger und ist konsequenterweise **zwingend** (vgl. Rdnr. 13).
- 52 Ausweislich des Wortlauts von § 16 Abs. 2 bezieht sich die (gesamtschuldnerische) Haftung auf „Einlageverpflichtungen“. Demgegenüber bezog sich die gesamtschuldnerische Haftung nach § 16 Abs. 3 a.F. auf alle zurzeit der Anmeldung auf den Geschäftsanteil rückständigen „Leistungen“. Von diesem Leistungsbegriff waren sowohl die Haftung für Einlagen als auch das Schulden bzw. die Haftung aus anderen Rechtsgrundlagen erfasst, z.B. aus Erwerb einer Vorratsgesellschaft, aus verdeckter Sacheinlage, aus Differenzhaftung, aus Vorbelastungshaftung, aus einer Nachschussverpflichtung, aus einer Verpflichtung zur Nebenleistung oder aus Ausfallhaftung<sup>4</sup>. Die Erwerberhaftung erstreckte sich auch auf mitgliedschaftliche Regressansprüche von Mitgesellschaftern. Der Erwerber haftete jedoch nicht für Schadenersatzansprüche der GmbH gegen den Veräußerer aus schuldhaft verletzter mitgliedschaftlicher Treuepflicht oder wegen Verletzung der verschuldensunabhängigen Gründerhaftung aus § 9a, und zwar auch nicht im Hinblick auf ein etwaigen Verzugsschaden<sup>5</sup>. Ebenso wenig haftete der Erwerber nach § 16 Abs. 3 a.F. auf Erstattung unzulässiger und vom Veräußerer als Empfänger erhaltener Einlagenrückgewähr gemäß § 31 Abs. 1;

1 Vgl. hierzu auch die Fallgestaltung bei BGH, GmbHR 2008, 702; vgl. auch *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 381 f.

2 So wohl auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 39.

3 Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 40; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 392; *Gottschalk*, DZWIR 2009, 45, 48; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 382 (mit Formulierungsvorschlag).

4 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 40.

5 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 40.

die Solidarhaftung nach § 31 Abs. 3 traf hingegen auch den Erwerber. Trotz des nunmehr vom Gesetzgeber gewählten, engeren Begriffs der „Einlageverpflichtungen“ an Stelle des bisherigen Begriffs der „Leistung“ hat der Gesetzgeber hiermit **keine inhaltliche Neuregelung** beabsichtigt. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte mit der Neufassung lediglich die bisherige Regelung in § 16 Abs. 3 a.F. „aufgegriffen“ und ausschließlich der Anknüpfungspunkt der Legitimationswirkung von der Anmeldung auf die Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste modifiziert werden<sup>1</sup>. Zwar hat der Gesetzgeber nicht die ursprüngliche Formulierung „rückständige Leistung“ aus dem BMJ-Referentenentwurf übernommen<sup>2</sup> und die Wortlautänderung (übrigens ohne Änderung der Gesetzesbegründung!) trotz entsprechenden Hinweises aus der Literatur<sup>3</sup> nicht rückgeändert oder überhaupt kommentiert. Dies ändert allerdings nichts an dem offenkundigen gesetzgeberischen Willen, den Umfang der gesamtschuldnerischen Haftung gegenüber der früheren Rechtslage unverändert zu lassen und insoweit den Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsschutz nicht einzuschränken. Dementsprechend kann das frühere Verständnis zu § 16 Abs. 3 a.F. auch für die Auslegung von § 16 Abs. 2 herangezogen werden<sup>4</sup>.

Eine Leistung ist **rückständig**, wenn sie fällig geworden und nicht bewirkt ist. 53  
Auf einen Verzug kommt es nicht an, auch nicht darauf, ob die Leistung während der Besitzzeit des Veräußerers vor dem Zeitpunkt der Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister fällig geworden, oder ob der Rückstand schon aus der Zeit eines weiteren Rechtsvorgängers stammt und ungetilgt geblieben ist. **Fällig** ist eine Leistung, wenn der Anspruch auf sie geltend gemacht werden kann. Die Fälligkeit kann, je nach Satzungsregelung oder Gesellschafterbeschluss, auch ohne besondere Aufforderung eintreten; wo dies nicht geregelt ist, ist eine Anforderung durch den Geschäftsführer erforderlich<sup>5</sup>. Gleiches gilt für eine trotz Fälligkeit nicht geleistete Sacheinlage (einschließlich einer verdeckten Sacheinlage), allerdings schuldet der Erwerber hier nur Geldleistung. Bei einheitlichen unteilbaren Leistungen richtet sich die Fälligkeit nach dem vereinbarten Ablieferungstermin<sup>6</sup>.

Für die auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistungen haftet neben dem 54  
Veräußerer, d.h. **gesamtschuldnerisch und nicht subsidiär**, der legitimierte Erwerber. Der Erwerber hat u.U. gegen den Veräußerer einen Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB. Danach haften Veräußerer und Erwerber im Grundsatz (Abweichungen werden sich häufig aus den Regelungen zur Risikotragung/Garantien im Kausalgeschäft ergeben) je zur Hälfte. Die Mithaft kann durch eine Satzungsregelung nicht ausgeschlossen werden. Aus der Mithaft folgt, dass der Verzug des Veräußerers sich beim legitimierten Erwerber ohne weiteres fortsetzt, und dass er bei gesellschaftlichen Lieferungsspflichten (Nebenleistung) für

1 BR-Drucks. 354/07, S. 86 f. = Begr. RegE zu § 16.

2 Vgl. RefE v. 29. 5. 2006, S. 4.

3 Z.B. *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894.

4 I.E. ebenso *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 43; *Wicke*, Rdnr. 12; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405 f.

5 Zur früheren Rechtslage und weiteren Einzelheiten Band I, § 16 Rdnr. 40.

6 *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 44.

Ansprüche der Gesellschaft mit aufzukommen hat, die gegen die Veräußerer aus Gewährleistung oder auf Vollzugzinsen (auch aus § 20) entstanden und fällig geworden waren. Beim Erwerb durch Minderjährige greift die Haftungsbeschränkung aus § 1629a BGB ein<sup>1</sup>.

## 2. Befreiung des Veräußerers

- 55 Der Veräußerer wird von den **Leistungspflichten** befreit, **die nach Eintragung der Veränderung in der Gesellschafterliste und deren Aufnahme im Handelsregister fällig werden**. Ausnahmsweise bleibt der Veräußerer aber subsidiär haftbar für Einzahlungen auf die Stammeinlage und beschränkten Nachschuss (§§ 22, 28), selbst wenn zurzeit der Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste im Handelsregister noch nichts eingefordert war<sup>2</sup>.
- 56 Als **haftender „Veräußerer“** gilt – entsprechend der bisherigen Rechtslage unter § 16 Abs. 3 a.F. – nur ein solcher Anteilsinhaber, der selbst in der Gesellschafterliste eingetragen war. Ein Zwischenzessionar, auf den dies nicht zutrifft, hatte weder Rechte noch Pflichten gegen die GmbH erlangt (§ 16 Abs. 1 Satz 1). Vielmehr haftet im Falle einer Kette von Rechtsübergängen als Veräußerer i.S. des § 16 Abs. 2 derjenige, der zuletzt im Hinblick auf den betreffenden Geschäftsanteil eingetragen war, selbst wenn er nicht der unmittelbare Rechtsvorgänger und ggf. Vertragspartner des nunmehr legitimierten Erwerbers ist<sup>3</sup>. Zu keiner Mithaft des Erwerbers nach § 16 Abs. 2 kommt es, wenn die geänderte Gesellschafterliste noch vor Aufnahme in das Handelsregister zulässigerweise zurückgenommen wird (hierzu Rdnr. 31). Denn in diesem Fall ist der Erwerber noch nicht durch die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 belastet. Ist es hingegen zunächst zu einer wirksamen Eintragung in der Gesellschafterliste und deren Aufnahme in das Handelsregister gekommen und wird erst hiernach die Eintragung in der Gesellschafterliste wieder geändert, so bleibt es nach den allgemeinen Grundsätzen (Rdnr. 51 ff.) bei der Mithaft<sup>4</sup>. Etwas anderes gilt für noch nicht fällige Leistungen, für die der zunächst legitimierte Erwerber ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der GmbH vom unwirksamen Rechtsübergang nicht haftet<sup>5</sup>. In diesem Fall wird der unrichtig in die Gesellschafterliste eingetragene Erwerber auch nicht als Rechtsvorgänger des nun wieder eingetragenen Veräußerers behandelt und haftet deshalb für künftig fällig werdende Leistungen auch nicht aus § 22<sup>6</sup>.

1 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 42.

2 Zur früheren Rechtslage und Einzelheiten Band I, § 16 Rdnr. 43.

3 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 41.

4 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 22; zur neuen Rechtslage a.A. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 47.

5 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 22; zur neuen Rechtslage gleichsinnig *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 48.

6 Zur früheren Rechtslage Band I, § 16 Rdnr. 22; zur neuen Rechtslage gleichsinnig *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 48.

## V. Gutgläubiger Erwerb (§ 16 Abs. 3)

### 1. Grundlagen

#### a) Gesetzgeberische Motivlage und Konzeption des Gutgläubensschutzes

Ein weiterer Bestandteil der auch hier geforderten **Akzentverschiebung zu Gunsten der kapitalgesellschaftsrechtlichen Seite der GmbH** ist die Normierung des Gutglaubenstatbestands des § 16 Abs. 3, mit dem es einem Gutgläubigen – vorbehaltlich des Sonderfalls nach § 2366 BGB<sup>1</sup> – erstmals seit dem Inkrafttreten des GmbHG möglich ist, Geschäftsanteile bzw. Rechte an diesen von einer anderen Person als dem Anteilsinhaber zu erwerben. Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vertieft die Unterschiede zwischen einer Beteiligung an einer GmbH und an einer Personengesellschaft, bei der ein gutgläubiger Erwerb gesetzlich nicht vorgesehen ist<sup>2</sup>. Demgegenüber ist das Eigentum an Inhaberaktien gemäß §§ 932 ff., 935 Abs. 2 BGB und an Namensaktien nach § 68 Abs. 1 Satz 2 AktG, Art. 16 Abs. 2 WG ebenfalls einem gutgläubigen Erwerb zugänglich<sup>3</sup>. Die Regelung des gutgläubigen Erwerbs in § 16 Abs. 3 wird begleitet und ermöglicht durch (i) eine bessere Identifikation der einzelnen Geschäftsanteile (§§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 Satz 1), (ii) die Deregulierung der Vorschriften zur Größe von Geschäftsanteilen und der Übernahme von Geschäftsanteilen (§ 5 Abs. 2), (iii) die Deregulierung der Vorschriften zur Teilung von Geschäftsanteilen (Aufhebung von § 17) und (iv) die Aufwertung der Gesellschafterliste und die sich hierauf beziehende Pflichtenverschärfung für Geschäftsführer und Notare (§ 40).

Mit der Akzentverschiebung zur kapitalgesellschaftlichen Seite der GmbH und der Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen hat der MoMiG-Gesetzgeber das **Ziel** verfolgt, die Attraktivität der Rechtsform der GmbH zu steigern und die Rahmenbedingungen für GmbH-Gesellschafter und ihre Vertragspartner zu verbessern sowie Geschäftsanteile als Gegenstand des Rechtsverkehrs, der Nachfolgeplanung und als Sicherheitgrundlage zu erhöhen. Immerhin ist die GmbH bei Unternehmens- und Beteiligungskäufen in Deutschland die am meisten vorkommende Rechtsform der Zielgesellschaft<sup>4</sup>. Im Speziellen verfolgte der Gesetzgeber mit der Einführung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen das Anliegen, dass Risiko der Erwerber von Geschäftsanteilen zu verringern, diese mangels Verfügungsbefugnis des Veräußerers nicht wirksam erwerben zu können<sup>5</sup>. Nach bisheriger Rechtslage ohne gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen waren Erwerber in der Regel darauf verwiesen, detaillierte Nachforschungen (sog. *Due Diligence*-Untersuchungen) über die Gesellschafterstellung des Veräußerers und die historische Entwick-

1 Die Regelung des § 2366 BGB überwindet die mangelnde Erbenstellung des Verfügenden in der (Ausnahme-)Konstellation, dass Geschäftsanteile zum Vermögen eines verstorbenen Gesellschafters gehörten und ein durch einen Erbschein legitimierter Scheinerbe über diese zugunsten eines in Bezug auf die vermeintliche Erbenstellung gutgläubigen Erwerbers verfügte; hierzu z.B. *Schlüter*, in: Erman, 12. Aufl. 2008, § 2366 BGB Rdnr. 2.

2 Hierzu rechtspolitisch kritisch *Freitag*, WM 2007, 1681, 1684.

3 Zum gutgläubigen Erwerb von Aktien *Eder*, NZG 2004, 107, 108 f.

4 Vgl. z.B. *Müller*, GmbHR 2006, 953.

5 BR-Drucks. 354/07, S. 87 = Begr. RegE zu § 16; vgl. auch *Wiersch*, S. 5.

lung der betreffenden Geschäftsanteile anzustellen<sup>1</sup>. Zur Ermittlung der Gesellschafterstellung des Veräußerers wurde demnach regelmäßig das Schicksal der Geschäftsanteile über sämtliche Abtretungen, Vererbungen, Verschmelzungen, Spaltungen, Zusammenlegungen, Teilungen, Einziehungen und Kapitalerhöhungen bis zur Errichtung der betreffenden GmbH zurückverfolgt, um das Risiko einer fehlschlagenden Anteilsübertragung zu minimieren. Dabei war trotz eines ggf. hohen Prüfungsaufwands keine Sicherheit über die Inhaberschaft an den betreffenden Geschäftsanteilen zu erreichen, da in jedem Fall das Risiko verdeckter Zwischenübertragung oder die Möglichkeit bestand, dass eine scheinbar wirksame Anteilsübertragung – und infolgedessen auch alle späteren Anteilsübertragungen – unerkannt unwirksam war (z.B. Geschäftsunfähigkeit des Verfügenden, unerlaubte Zwischenverfügungen)<sup>2</sup>. Auch eine zumeist in den vertraglichen Regelungen zur Anteilsübertragung enthaltene Garantie des Veräußerers, dass diesem der veräußerte Geschäftsanteil auch tatsächlich zusteht<sup>3</sup>, führte im Verletzungsfall nur zu Schadensersatzansprüchen, aber nicht zur Erlangung der an sich bestrebten Gesellschafterstellung, was insbesondere für strategisch ausgerichtete Investoren misslich ist<sup>4</sup>. Mit dem gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen lassen sich die **Transaktionskosten** und der **Zeitaufwand bei Unternehmens- und Beteiligungskäufen**, aber auch bei **Finanzierungsgeschäften** unter Einbeziehung von Geschäftsanteilen verringern und die **Rechtssicherheit** für den Erwerber oder Finanzierungspartner sowie für die Allgemeinheit erhöhen<sup>5</sup>. Dies sollte letztlich wirtschaftlich den GmbH-Gesellschaftern über höhere Verkaufspreise für Geschäftsanteile oder bessere Zinskonditionen bei Finanzierungsgeschäften zugute kommen.

- 59 Im deutschen Recht gilt der Grundsatz, dass der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten einen **Rechtsscheintatbestand** voraussetzt, z.B. den Besitz bei beweglichen Sachen und den Grundbuchstand bei Rechten an Grundstücken. Der MoMiG-Gesetzgeber hat nach intensiver Diskussion in der Literatur eine **gegenüber dem bisherigen Rechts- und Tatsachenstand aufgewertete Gesellschafterliste** als Rechtsscheintatbestand normiert. Ein gutgläubiger Erwerb ist möglich, wenn der Nichtberechtigte zu Unrecht in der im Handelsregister aufgenommenen und damit öffentlichen Gesellschafterliste eingetragen ist und diese Unrichtigkeit entweder seit drei Jahren besteht oder – dann unabhängig vom Ablauf der Drei-Jahresfrist – dem Berechtigten zuzurechnen ist. **Alternativvorschläge der Literatur** umfassten u.a. (i) die Verbriefung von Geschäftsanteilen in Form von Orderpapieren mit dem Erfordernis eines notariell beurkundeten Indossaments<sup>6</sup>, (ii) die Ausgestaltung der Anteilsübertragung als zweiak-

1 Vgl. *Breitenstein/Meyding*, BB 2006, 1457, 1459; *Müller*, GmbHR 2006, 953, 954. Zur Due Diligence und den dort üblichen Due Diligence-Anforderungslisten *Seibt*, in: Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, S. 54 ff.

2 Vgl. *Rau*, DStR 2006, 1892; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1842.

3 Zur Formularpraxis *Schrader*, in: Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, S. 198, 267.

4 Zutr. *Flesner*, NZG 2006, 641, 643.

5 Vgl. BR-Drucks. 354/07, S. 87 = Begr. RegE zu § 16.

6 So *Gehling*, ZIP 2006, 685, 689; *Ziemons*, BB-Spezial 7/2006, 9, 13. – Gegen eine Verbriefung wurde insbesondere ein erhöhtes Fälschungsrisiko (*Grunewald*, ZIP 2006,

tigen Erwerbsvorgang aus Einigung und Eintragung in ein hoheitlich geführtes (Handels-)Register mit dem Registerbestand als Rechtsscheinbasis<sup>1</sup> und (iii) die Anerkennung einer dem *estoppel* englischen Rechts vergleichbare Verwirkung der Unwirksamkeitseinrede, soweit der Veräußerer den unrichtigen Rechtsschein selbst gesetzt hat<sup>2</sup>.

Die gesetzliche Regelungstechnik bei § 16 Abs. 3 ist an den Gutgläubensschutz von Rechten an Grundstücken (§ 892 BGB) angelehnt, wenngleich der Umfang des Gutgläubensschutzes beim Erwerb von Geschäftsanteilen mangels einer der Aufnahme der Gesellschafterlisten im Handelsregister vorangehenden inhaltlichen Richtigkeitsüberprüfung durch einen Hoheitsträger im Verhältnis zu dieser Vorschrift jedoch verringert ist<sup>3</sup>. So findet die den Gutgläubensschutz erheblich einschränkende Vorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 2 keine Entsprechung bei § 892 BGB (und auch nicht in anderen Gutgläubensvorschriften des deutschen Rechts): Hiernach ist zum einen ein gutgläubiger Erwerb vom Zeitpunkt des Eintritts der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste an nur möglich, wenn dem Berechtigten diese Unrichtigkeit *zuzurechnen* ist. Zwar setzen auch andere Gutgläubensvorschriften ein mitwirkendes Verhalten des Berechtigten für den Rechtsverlust voraus (z.B. der Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei Abhandenkommen einer Sache nach § 935 Abs. 1 BGB), allerdings wird in § 16 Abs. 3 Satz 2 kein konkreter Handlungstatbestand statuiert, sondern ein wertungsoffenes Merkmal (hierzu Rdnr. 104). Zum anderen kommt im Fall der Nichtzurechnung der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste anders als nach §§ 932 ff. und § 892 BGB ein gutgläubiger Erwerb erst ab dem Zeitpunkt in Betracht, zu dem die Gesellschafterliste seit mindestens drei Jahren unrichtig ist. Dies verdeutlicht die Janusköpfigkeit der Gutgläubensvorschrift in § 16 Abs. 3, derzufolge der Gutgläubensschutz vor Ablauf der Drei-Jahresfrist dem Veranlassungsprinzip folgt und hiernach dem reinen Rechtsscheinsprinzip (Rdnr. 99). Im Vergleich zur Verkehrsfreundlichkeit des § 892 BGB (gutgläubiger Erwerb von Rechten an Grundstücken) bleibt also § 16 Abs. 3 deutlich zurück, zum einen wegen der Geltung des Veranlassungsprinzips während der dreijährigen Übergangsfrist und zum anderen wegen des verschärften Gutgläubensmaßstabs. Allerdings wird die Beeinträchtigung des Verkehrsinteresses durch Normierung des Veranlassungsprinzips rechtstatsächlich wohl nicht so erheblich sein, da dem Berechtigten die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste in der weit überwie-

685, 686; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211, 215), der Entwicklungswiderspruch zur Dematerialisierung von Aktien bei Aktiengesellschaften (*Noack*, DB 2006, 1475, 1478) sowie die mangelnde Transparenz des Gesellschafterbestandes (*Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211, 215) eingewandt.

1 So *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 202 f.; *Flesner*, NZG 2006, 641, 643 f.; konzeptionell ähnlich *Vossius/Wachter-Entwurf* ([www.gmbhr.de/volltext.htm](http://www.gmbhr.de/volltext.htm)) mit zweiaktigem Erwerbsvorgang aus Einigung und Eintragung in ein vom sog. Gesellschaftsnotar geführtes Anteilsregister; ähnlich *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1861; *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 62 f. – Der Ausgestaltung des Handelsregisters als Rechtsscheintatbestand stand insbesondere die damit einhergehende erhöhte finanzielle Belastung der Bundesländer entgegen; vgl. *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1160.

2 So *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 311, 316; ähnlich schon *Hohner*, in: FS Barz, 1974, S. 147, 152 ff.

3 BR-Drucks. 354/07, S. 87 = Begr. RegE zu § 16.



genden Zahl der Fälle zuzurechnen sein wird. Und selbst wenn dem Berechtigten die Unrichtigkeit im Ausnahmefall nicht zuzurechnen ist, führt dies nur zu einem dreijährigen Risiko des Zusammenbrechens von Erwerbketten (im Gegensatz zu den unendlich wirkenden Regelungen der §§ 932 ff., 935 Abs. 1 BGB) und geht daher im Hinblick auf die Verkehrsfreundlichkeit andererseits deutlich über die §§ 932 ff. BGB (Gutgläubensschutz bei beweglichen Sachen) hinaus<sup>1</sup>. Die Gutgläubensregelung des § 16 Abs. 3 steht damit **in der Mitte zwischen dem stärker legitimierten Verlust von Rechten an Grundeigentum und dem durch das bloße Risikoprinzip legitimierten Rechtsverlust hinsichtlich beweglicher Sachen**.

- 61 Zur Veranschaulichung der **konzeptionellen Eingliederung** des § 16 Abs. 3 in die Systematik anderer Gutgläubensvorschriften deutschen Rechts dient die **Tabellenübersicht** auf S. 3366 und 3367.

#### b) Verfassungsmäßigkeit

- 62 Entgegen vereinzelter in der Literatur geäußerter Zweifel<sup>2</sup> ist § 16 Abs. 3 eine **verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung des von Art. 14 GG geschützten Eigentums**<sup>3</sup>. Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz erfordert insbesondere keine gesetzliche Regelung einer hoheitlichen oder notariellen Überprüfung der materiell-rechtlichen Richtigkeit der Gesellschafterliste. Vielmehr entspricht das Fehlen einer hoheitlichen oder notariellen Überprüfung der Gesellschafterliste den typischen (Zeit- und Kosten-)Interessen der Gesellschafter, und es kann von Gesellschaftern einer GmbH überdies erwartet werden, dass sie selbst für die Überprüfung der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste Sorge tragen<sup>4</sup>.

#### c) Rechtspolitische Bewertung

- 63 Der MoMiG-Gesetzgeber hat mit der Akzentverschiebung zur kapitalgesellschaftlichen Seite der GmbH und der Eröffnung eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen Recht getan. Die Eröffnung des gutgläubigen Erwerbs wird zur Attraktivität der GmbH als Rechtsform und zur Erleichterung von Unternehmens- und Beteiligungskäufen, Nachfolgeregelungen sowie Finanzierungsgeschäften und damit zur Wertsteigerung von GmbH-Beteiligungen in den Händen der Gesellschafter einer GmbH beitragen. Die Grundkonzeption des § 16 Abs. 3 mit ihrer Austarierung der Bestandsinteressen des Berechtigten einerseits und des Rechtsverkehrs andererseits unter Nutzung einer aufgewerteten Gesellschafterliste und mit zeitlicher Differenzierung zwischen einer Geltung des Veranlassungsprinzips und dem nachlaufenden Rechtsscheinprinzip ist

<sup>1</sup> *Wiersch*, S. 33 ff., 47.

<sup>2</sup> Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit (Art. 14 GG) von § 16 Abs. 3 äußern *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 62 ff.; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 431; *Wegen*, in: FS Lüer, S. 327 f.; *Ziemons*, BB-Spezial 7/2006, 9, 12 f.

<sup>3</sup> So bereits Band I, § 16 Rdnr. 52. Der hiesigen Auffassung folgend z.B. *Wiersch*, S. 49 ff.; *Hamann*, NZG 2007, 492, 493.

<sup>4</sup> Zutr. *Wiersch*, S. 55 ff.

überzeugend<sup>1</sup>. Bei einer **rechtsvergleichenden Umschau** ist zu konstatieren, dass das Recht der US-amerikanischen Bundesstaaten (mit Ausnahme von Louisiana) zur *close corporation* sowie das kanadische Bundesrecht zur *corporation* einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb von Geschäftsanteilen erlaubt und dem Gutgläubensschutz auch im Hinblick auf Übertragungsbeschränkungen ausdehnt<sup>2</sup>. Demgegenüber bleibt allerdings der Rechtsstand europäischer Jurisdiktionen zum gutgläubigen Erwerb von Anteilen an nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften bislang noch hinter § 16 Abs. 3 zurück<sup>3</sup>. Die Erweiterung des Gutgläubensschutzes auf Belastungen ist rechtspolitisch zu fordern und passte sich ohne Brüche sowohl in die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Gesellschafterliste nach § 40 als auch in die Systematik des § 16 Abs. 3 ein (Rdnr. 74). Demgegenüber sollte der Gutgläubensschutz nicht im Hinblick auf die Existenz von Geschäftsanteilen (Rdnr. 69) oder im Hinblick auf statutari-sche Abtretungshindernisse (Rdnr. 14) oder die insolvenzrechtliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis (Rdnr. 77) erweitert werden, da für eine derartige Ausdehnung des Verkehrsschutzes kein Regelungsbedürfnis besteht.

## 2. Erwerb eines Geschäftsanteils

### a) Rechtsgeschäftlicher Erwerb

Der Gutgläubensschutz wird wie bei den §§ 892, 932 ff. BGB nur im Zusammen- 64  
hang mit einem **rechtsgeschäftlichen Erwerb** gewährt. Dabei muss es sich um ein **wirksames Rechtsgeschäft** handeln<sup>4</sup>. Darüber hinaus ist im Gleichklang zu den Regelungen der §§ 892, 932 ff. BGB die Vorschrift des § 16 Abs. 3 teleologisch dahin zu reduzieren, dass der Gutgläubensschutz nur bei Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts eingreift (Rdnr. 65)<sup>5</sup> und ferner auf eine Rechtsübertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge beschränkt ist (Rdnr. 66)<sup>6</sup>.

Ein **Verkehrsgeschäft** liegt nur dann vor, wenn zwischen dem Veräußerer und 65  
dem Erwerber keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität gegeben ist. Daher darf mindestens eine Person der Erwerberseite nicht der Veräußererseite zuzurechnen sein, wobei auch jede Form von wirtschaftlicher Identität schädlich ist,

(Textanschluss S. 3368)

1 Kritisch *Kort*, GmbHR 2009, 169, 175 („Der durch die Gesellschafterliste erzeugte Rechtsschein [steht] auf sehr tönernen Füßen“).

2 Hierzu *Wiersch*, S. 168 ff.

3 Hierzu *Wiersch*, S. 176 ff.

4 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 64; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 60; *Wicke*, Rdnr. 20; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 142; a.A. *Kort*, GmbHR 2009, 169, 174; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 420; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300.

5 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 64; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 59; *Wicke*, Rdnr. 19; *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rdnr. 16; *Wiersch*, S. 74 Fn. 222; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 420; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300; vgl. auch *Bassenge*, in: Palandt, § 892 BGB Rdnr. 5 ff. und § 932 BGB Rdnr. 1.

6 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 64; vgl. auch *Bassenge*, in: Palandt, § 892 BGB Rdnr. 3; *K. Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 517 ff.

← Verkehrsschutz	→ Eigentumschutz				
	Grundbesitz	Inhaberaktien	Namensaktien	Geschäftsanteile	Bewegl. Sachen
Norm für gutgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten	§ 892 BGB	§§ 932 ff., 935 Abs. 2 BGB [problematisch bei ausschl. Bestehen einer bei Clearstream Banking hinterlegten Globalurkunde]; kein gutgläubiger Erwerb möglich bei Übertragung nach §§ 398, 413 BGB	§ 68 Abs. 1 Satz 2 AktG, Art. 16 Abs. 2 WG (bei Übertragung durch Indossament); kein gutgläubiger Erwerb möglich bei Übertragung nach §§ 398, 413 BGB	§ 16 Abs. 3 GmbHG	§§ 932 ff., 935 BGB
Rechtsscheinträger	Grundbuch	Besitz	Unmittelbarer Besitzer an Aktienurkunde nebst Legitimation durch ununterbrochene Indossamentenkette. [Bei blanko-indossierten Namensaktien im Giroammelbestand wird teils befürwortet, die Umbuchung des Miteigentumsanteils an der Globalurkunde an Stelle des fehlenden unmittelbaren Besitzes des Veräußerers ausreichen zu lassen.]	Gesellschafterliste (im Handelsregister aufgenommen und online einsehbar)	Besitz
Präventivmaßnahmen	Inhaltliche Prüfung durch Grundbuchamt als staatliche Stelle und strikte Verfahrensregeln	Kein präventiver Schutz durch staatliche Einrichtung; Eigentümer kann Rechtsverlust faktisch	Kein präventiver Schutz durch staatliche Einrichtung; Eigentümer kann Rechtsverlust faktisch	Kein präventiver Schutz durch staatliche Einrichtung; diverse Präventivmaßnahmen (z.B. notarielles	Kein präventiver Schutz durch staatliche Einrichtung; Eigentümer kann Rechtsverlust (abge-

	← Verkehrsschutz	→ Eigentumschutz				
	Grundbesitz	Inhaberaktien	Namensaktien	Geschäftsanteile	Bewegl. Sachen	
Erwerbsprinzip	reines Rechtsscheinprinzip	dadurch verhindern, dass er den unmittelbaren Besitz „nicht aus der Hand“ gibt, so dass Nichtberechtigte gutgläubigen Dritten den Besitz nicht übertragen können. Weitergehender Schutz des Berechtigten: § 367 Abs. 1 Satz 1 HGB	dadurch verhindern, dass er den unmittelbaren Besitz „nicht aus der Hand“ gibt, so dass Nichtberechtigte gutgläubigen Dritten den Besitz nicht übertragen können. Weitergehender Schutz des Berechtigten: § 367 Abs. 1 Satz 2 HGB sowie bei vinkulierten Namensaktien durch Erfordernis der Zustimmung durch die Gesellschaft	rielle Beurkundung von Anteilsübertragungen; Einreichungs-, Kontroll- und Aktualisierungspflicht der Gesellschafterliste von Geschäftsführer/Notar mit Haftungsandrohung; Widerspruchs- und Berichtigungsrecht	schen von den Fällen des § 935 Abs. 2 Var. 1, Var. 3 BGB) verhindern, indem er den unmittelbaren Besitz anderen Personen nicht überlässt.	
Umfang des Gutgläubenswerbs: Lastenfreiheit	ja (§ 892 BGB)	reines Rechtsscheinprinzip (§ 935 Abs. 2 BGB)	reines Rechtsscheinprinzip (Art. 16 Abs. 2 WG)	Vor Ablauf der 3-Jahresfrist: Veranlassungsprinzip/potenzielles Gefahrenerhebungsprinzip; mit Ablauf der 3-Jahresfrist: reiner Rechtscheintatbestand.	Risiko-/Veranlassungsprinzip (= willentliche Besitzentäußerung); reines Rechtsscheinprinzip gilt nur bei Geld, Inhaberpapieren oder Veräußerungen in öffentlichen Versteigerungen.	ja (§ 936 BGB)
Gutgläubensmaßstab	Ausschluss bei positiver Kenntnis	Ausschluss bei positiver Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis (§ 932 Abs. 2 BGB)	Ausschluss bei positiver Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis (Art. 16 Abs. 2 WG)	Ausschluss bei positiver Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis (§ 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG)	Ausschluss bei positiver Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis (§ 932 Abs. 2 BGB)	



z.B. die Übertragung eines Geschäftsanteils durch den in der Gesellschafterliste eingetragenen Nichtberechtigten auf eine in seinem Allein- oder Mehrheitsbesitz stehende Gesellschaft<sup>1</sup>.

- 66 Ein gutgläubiger Erwerb ist **bei einem Übergang von Geschäftsanteilen kraft Gesetzes** auf eine andere Person **ausgeschlossen**. Dies gilt insbesondere bei der Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Erbfolge nach §§ 1922 ff. BGB<sup>2</sup>, der Verschmelzung (§ 20 UmwG) oder der Spaltung (§ 131 UmwG)<sup>3</sup>. Gleiches gilt bei der Begründung einer Gütergemeinschaft gemäß § 1416 BGB<sup>4</sup> oder der Übertragung im Wege der vorweggenommenen gesetzlichen Erbfolge<sup>5</sup> (oder bei Übertragung im Wege der Vollstreckung in einen Geschäftsanteil<sup>6</sup>). Ein gutgläubiger Erwerb scheidet auch beim Erwerb durch Gesellschafterbeschluss aus, z.B. nach Einziehung eines Geschäftsanteils und Aufstockung der Geschäftsanteile der Mitgesellschafter nach § 34 Abs. 1<sup>7</sup> oder durch den Rechtsvorgänger eines (unwirksam) Ausgeschlossenen im Falle einer unwirksamen Kaduzierung nach § 22 Abs. 4<sup>8</sup>. Ein rechtsgeschäftlicher und damit gutgläubiger Erwerb ist indes möglich im Falle der möglichen Versteigerung eines Geschäftsanteils durch den Gerichtsvollzieher nach § 23 i.V.m. § 383 BGB<sup>9</sup>.

#### b) Geschäftsanteil

- 67 Nach dem Gesetzeswortlaut von § 16 Abs. 1 Satz 1 kann tauglicher Gegenstand eines gutgläubigen Erwerbs nur ein „Geschäftsanteil oder ein Recht daran“ sein. Der Geschäftsanteil ist die durch die Beteiligungserklärung begründete mitgliedschaftliche Rechtsstellung des Gesellschafters und der sich hieraus ergebenden Gesamtheit seiner Rechte und Pflichten (hierzu § 14 Rdnr. 2); er muss tatsächlich bestehen (Rdnr. 69).

1 Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 66; *Wicke*, Rdnr. 19; *Gottschalk*, DZWIR 2009, 45, 50; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 43; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 420; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 59.

2 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 65; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, Rdnr. 58; *Wiersch*, S. 75; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 394.

3 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 65; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, Rdnr. 58; *Wicke*, Rdnr. 18.

4 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 65; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, Rdnr. 58; vgl. auch *Bassenge*, in: Palandt, § 892 BGB Rdnr. 3.

5 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 65; vgl. auch *Bassenge*, in: Palandt, § 892 BGB Rdnr. 3; OLG Zweibrücken, FGPrax 1999, 208.

6 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 65; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 420; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 59, vgl. auch *Bassenge*, in: Palandt, § 892 BGB Rdnr. 2.

7 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 65; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, Rdnr. 58; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 59; a.A. *Wicke*, Rdnr. 18.

8 Ebenso *Wiersch*, S. 75.

9 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 65 a.E.

**c) Rechte an Geschäftsanteil**

Auch Rechte an einem Geschäftsanteil können gutgläubig erworben werden. Hierunter fallen das **Pfandrecht** (§ 1274 BGB) und der **Nießbrauch an Geschäftsanteilen** (§ 1068 BGB)<sup>1</sup>. Die **Unterbeteiligung an einem Geschäftsanteil** oder die **Einräumung einer Treugeberstellung** im Rahmen einer Vereinbarungstreuhand sind hingegen **keine tauglichen Gegenstände** des gutgläubigen Erwerbs, denn in diesen Fällen findet keine Änderung der dinglichen Rechtslage bezogen auf den Geschäftsanteil statt<sup>2</sup>. 68

**d) Nicht existenter Geschäftsanteil**

Die Regelung des § 16 Abs. 3 gewährt ausweislich der insoweit eindeutigen Regierungs begründung<sup>3</sup> **keinen Gutglaubensschutz** im Hinblick auf einen in der Gesellschafterliste zwar ausgewiesenen, tatsächlich aber nicht existenten Geschäftsanteilen<sup>4</sup>. Der fehlende Gutglaubensschutz hinsichtlich der Existenz von Geschäftsanteil ist im Gesetzgebungsverfahren vereinzelt und insbesondere unter Hinweis auf das praktische Bedürfnis bei nichtigen Kapitalerhöhungen kritisiert worden<sup>5</sup>. Vor dem Hintergrund der geringen praktischen Relevanz nichtiger Kapitalerhöhungen und den gravierenden Auswirkungen zum Nachteil aller in der betreffenden GmbH verbleibenden Gesellschafter (nämlich durch Verwässerung deren Mitgliedsschaftsrechte) ist von einer Ausdehnung des Verkehrsschutzes durch Erweiterung des Gutglaubensschutzes auf die Existenz von Geschäftsanteilen auch **rechtspolitisch** abzusehen. Es verbleibt alleine 69

1 Vgl. BR-Drucks. 354/07, S. 87 = Begr. RegE zu § 16; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 57; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 56; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 127; *Gottschalk*, DZWiR 2009, 45, 49; *Kort*, GmbHHR 2009, 169, 174.

2 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 57; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 56; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 128 und 129; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 419.

3 BR-Drucks. 354/07, S. 88 = Begr. RegE zu § 16; („Geschützt wird nur der gute Glauben an die Verfügungsbefugnis. Nicht existente Geschäftsanteile können demnach nicht gutgläubig erworben werden“).

4 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 58; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 51; *Wiersch*, S. 225 f.; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Hamann*, NZG 2007, 492, 494; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 77 und 137; *Gottschalk*, DZWiR 2009, 45, 49; *Kögel*, RPflegler 2008, 605, 608; *Kort*, GmbHHR 2009, 169, 174; *Lips/Randel/Werwigk*, DStR 2008, 2220, 2224; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1844; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHHR-Sonderheft 2008, S. 51, 59; *Zessel*, GmbHHR 2009, 303; obiter jetzt OLG München, ZIP 2009, 1911.

5 So *Grunewald*, Der Konzern 2007, 13, 14; *Klöckner*, NZG 2008, 841, 844; im Grundsatz auch *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 430 (Ausweitung des Gutglaubensschutzes in Bezug auf die Existenz von Anteilen, aber Ausnahme für den Fall der Nichtigkeit einer Kapitalerhöhung, um zu verhindern, dass die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile die Stammkapitalziffer übersteigt); jetzt auch nach Inkrafttreten des MoMiG *Kort*, GmbHHR 2009, 169, 174; ausdrücklich dagegen *Wiersch*, S. 226 ff.; *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812; *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 436; wohl auch *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897.

bei der Heilung nichtiger Kapitalerhöhungen entsprechend § 242 Abs. 2 AktG (hierzu § 45 Rdnr. 85 ff.). Dies gilt vor allem (aber eben nicht nur) im Hinblick auf solche Kapitalerhöhungen, bei denen die Nichtigkeit wegen Verletzung von überwiegend zum Schutz der Gläubiger oder sonst im öffentlichen Interesse bestehender Vorschriften statuiert ist, da dieser Schutz nicht zur Disposition der Gesellschafter steht<sup>1</sup>.

#### e) Unrichtige Stückelung

- 70 In der bisherigen Unternehmenspraxis ist es auf Grund fehlerhafter oder unwirksamer Teilung bzw. Zusammenlegung von Geschäftsanteilen sowie Dokumentationsfehlern zu fehlgeschlagenen Anteilsübertragungen deshalb gekommen, weil der Gegenstand der Übertragung, nämlich ein bestimmter, identifizierbarer Geschäftsanteil mit einem konkreten Nennbetrag, nicht existierte. Denn die Rechtsprechung nimmt mit Unterstützung der Literatur an, dass eine fehlerhafte Stückelung die Nichtexistenz der betreffenden Geschäftsanteile zur Folge hat (vgl. § 17 Rdnr. 11 m.w.N.). Ein Teil der Literatur vertritt nun die Auffassung, dass sich der von § 16 Abs. 3 vermittelte Verkehrsschutz auch auf die Stückelung der Anteile nach Maßgabe der tatsächlichen Eintragungen in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste erstreckt<sup>2</sup>. Diese Fälle der Verfügungen von Nicht(so)berechtigten seien Verfügungen von Nichtberechtigten wertungsmäßig gleichzustellen und der Gutgläubensschutz in Bezug auf die Stückelung sei vom Wortlaut des § 16 Abs. 3 noch gedeckt; überdies entspräche es der Rechtslage beim gutgläubigen Erwerb von Rechten an Grundstücken, da hier nach § 892 BGB auch im Fall einer unwirksamen Grundstücks-teilung das zu Unrecht im Grundbuch eingetragene Teilgrundstück gutgläubig erworben werden kann<sup>3</sup>.
- 71 Die **Problematik fehlerhafter Stückelung von Geschäftsanteilen ist differenziert nach verschiedenen Fallgruppen zu behandeln**; es verbietet sich eine Pauschallösung. Dabei steht im Vordergrund ein praxisgerechtes Verständnis

1 Gleichsinnig *Wiersch*, S. 233; *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812.

2 So *Wicke*, Rdnr. 15; *Leistikow*, Das neue GmbH-Recht, § 4 Rdnr. 196; *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565, 566 ff.; wohl auch *Wegen*, in: FS Lürer, S. 330 f.; einschränkend für den Fall, dass die Geschäftsanteile dem Veräußerer in anderer Stückelung tatsächlich zustehen *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 791 f.; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Gottschalk*, DZWiR 2008, 45, 49; ablehnend *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 59; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 53; *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, S. 188 ff.; *Everts*, in: Kroiß/Everts/Poller, GmbH-Registerrecht, § 1 Rdnr. 162; *Flesner*, NZG 2006, 641, 643; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 140; *Klößner*, NZG 2008, 841, 844 f.; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbH-Sonderheft 2008, S. 51, 59; *Ziemons*, BB-Spezial 7/2006, 9, 11.

3 Hierzu z.B. *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565, 569; zustimmend *Klößner*, NZG 2008, 841, 845; ablehnend *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 59; *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rdnr. 34, S. 191. – Zur Reichweite des Gutgläubenschutzes nach § 892 BGB bei unwirksamer Grundstücks-teilung s. OLG Frankfurt, RPfeger 1985, 229, 230.

des Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Übertragung von Geschäftsanteilen (hierzu § 15 Rdnr. 89), und zwar unter Berücksichtigung der durch das MoMiG vorgegebenen Wertungen der Deregulierung der Nennbetragsgrößen von Geschäftsanteilen, der zulässigen Übernahme mehrerer Geschäftsanteile durch einen Gesellschafter und der Teilung von Geschäftsanteilen sowie der Stärkung des Verkehrsschutzes mit der Einführung des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3. Einem an § 16 Abs. 3 orientierten, wertend reduzierten Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes steht der Wortlaut des § 16 Abs. 3 Sätze 1 und 2 mit seiner Differenzierung zwischen dem „Nichtberechtigten“ und dem „Berechtigten“ nicht zwingend entgegen. Denn zum einen geht es nicht um eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung von § 16 Abs. 3, sondern um das Verständnis eines Rechtsgrundsatzes unter Berücksichtigung gesetzlicher Wertungen und zum anderen schließt das idealtypische Begriffspaar Berechtigter/Nichtberechtigter Verfügungen eines „Nicht(so)berechtigten“ nicht aus<sup>1</sup>.

In einer **ersten Fallgruppe** können die Sachverhalte zusammengefasst werden, in denen sämtliche Geschäftsanteile eines Gesellschafters, die in der Gesellschafterliste in ihrer Gesamtheit mit gleichem Nennbetrag, aber in der tatsächlichen Rechtslage widersprechender Stückelung aufgeführt sind, an einen Erwerber übertragen werden. Nach bisher herrschendem Verständnis konnte in diesen Fällen im Grundsatz (d.h. ausgenommen Sondersituationen mit unterschiedlicher Rechtsausstattung oder Belastung der einzelnen Geschäftsanteile) mit Hilfe einer Auslegung der entsprechenden Willenserklärung und unter Zuhilfenahme des Rechtsgrundsatzes *falsa demonstratio non nocet* in dem Sinne gelöst werden, dass die tatsächlich existenten Geschäftsanteile entgegen Fehlbezeichnung und Eintragsstand in der Gesellschafterliste übertragen werden<sup>2</sup>. Nach Einführung von § 16 Abs. 3 liegt es jedenfalls bei Vorliegen von dessen Voraussetzungen (3-Jahresfrist, Zurechnung, keine Bösgläubigkeit) näher, den Inhalt der ergänzenden Vertragsauslegung am Inhalt des Gesellschafterlistenbestandes zu orientieren und dann die fehlende Teilung bzw. Zusammenlegung von Geschäftsanteile *ex lege* anzunehmen. Der Annahme einer Teilung bzw. Zusammenlegung *ex lege* steht auch nicht entgegen, dass dadurch die unterschiedlichen Gutgläubenskonzeptionen des § 892 BGB einerseits und § 16 Abs. 3 andererseits unzulässigerweise verwischt werden. Ein Gleichlauf mit dem ansonsten deutlich erweiterten Verkehrsschutzkonzept des § 892 BGB rechtfertigt sich in den Fällen der fehlerhaften Stückelung dann, wenn der Verfügungsgegenstand mit Hilfe der Willenserklärung der Beteiligten und dem Gesellschafterlistenbestand identifizierbar ist; der Schutz der Mitgesellschafter und sonstiger Dritter wird durch die übrigen, für den Gutgläubenserwerb weiter erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 3 erfüllt. In einer **zweiten Fallgruppe** sind die der ersten Fallgruppe entsprechenden Sachverhalte zusammengefasst, bei denen allerdings nur eine teilweise Übertragung des vom Erwerber gehaltenen Geschäftsanteilsbestands vorliegt. Hier hatte bislang die

1 Zutr. Böttcher/Blasche, NZG 2007, 565, 569; dagegen Wiersch, S. 137 ff.; Berger, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, S. 189 f.  
2 Hierzu BGH, NJW-RR 1987, 807, 808; s. auch § 15 Rdnr. 113.



Rechtsprechung angenommen, dass eine Auslegung der Willenserklärungen die Nichtigkeit der Anteilsübertragung nicht vermeiden kann<sup>1</sup>. Sofern die vom Erwerber gehaltenen Geschäftsanteile den gleichen Rechtsinhalt und keine unterschiedlichen Belastungen aufweisen, führen die Wertungsentscheidungen des MoMiG-Gesetzgebers dazu, dass im Regelfall die Auslegung zur Übertragung der Geschäftsanteile im Umfang des Gesellschafterlistenbestandes erfolgt ist; die fehlenden Teilungen bzw. Zusammenlegungen von Geschäftsanteilen erfolgen hier ebenfalls *ex lege*. In einer **dritten Fallgruppe** können die Sachverhalte zusammengefasst werden, in denen die Summe der Nennbeträge der in einer Gesellschafterliste einem Gesellschafter zugeordneten Geschäftsanteile den Nennbetragsumfang der tatsächlichen, anders gestückelten Geschäftsanteile überschreitet. In diesem Fall kann die Auslegung der Willenserklärung nicht zu einem hinreichend bestimmten Ergebnis führen und es träte überdies ein Wertungswiderspruch zu der Versagung eines Gutgläubensschutzes für nicht existente Geschäftsanteile (Rdnr. 69) ein<sup>2</sup>.

#### f) Belastungen des Geschäftsanteils

- 73 Die Regelung des § 16 Abs. 3 ermöglicht *de lege lata* **keinen gutgläubigen lastenfreien Erwerb in Bezug auf an Geschäftsanteilen bestehenden Pfandrechten oder Nießbrauchsrechten**<sup>3</sup>. Gegen die Zulässigkeit einer Analogiebildung von § 16 Abs. 3 zur Begründung eines Gutgläubensschutzes in Bezug auf Belastungen spricht die intensive Diskussion dieses Problemkreises im Gesetzgebungsverfahren und die trotzdem unterbliebene Änderung des Gesetzeswortlautes; damit fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke als Analogie Voraussetzung<sup>4</sup>. Konsequenterweise fehlt es daher auch an einem, von der Rechtsscheinwirkung getragenen Eintragungsrecht von Belastungen an Geschäftsanteilen<sup>5</sup>.
- 74 **De lege ferenda** sollten auch Belastungen an Geschäftsanteilen (z.B. Pfandrecht, Nießbrauch) in eine, in zwei Abteilungen untergliederte Gesellschafterliste eingetragen werden können, damit dann auch diese vom Gutgläubensschutz des § 16 Abs. 3 mit der Folge erfasst werden können, dass nicht eingetragene Belastungen gutgläubig hinweggerufen werden können<sup>6</sup>. Die Nichterstreckung

1 OLG Düsseldorf, MDR 1978, 668.

2 Insoweit zutr. *Wiersch*, S. 140 ff.; vgl. auch *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHHR-Sonderheft 2008, S. 51, 59.

3 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 60; *Wiersch*, S. 201; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2303; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 55; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 397; *Wegen*, in: FS Lüer, 2008, S. 321, 331 f.; *Zessel*, GmbHHR 2009, 303; obiter jetzt OLG München, ZIP 2009, 1911; a.A. *Reymann*, WM 2008, 2095, 2098 ff.

4 Gegen *Reymann*, WM 2008, 2095, 2100 ff.

5 S. auch Rdnr. 20; vgl. auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 60; *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812; abweichend *Reymann*, WM 2008, 2095, 2101 ff. (Eintragung als Widerspruch).

6 I.E. ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 60; *Wicke*, Rdnr. 28; *Wiersch*, S. 202 ff.; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 202; *Grunewald*, ZIP 2006, 685, 689; *Gehling*, ZIP 2006, 686, 689; *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 63; *Klöckner*, NZG 2008, 841, 844; *Kort*, GmbHHR

des Gutgläubensschutzes auf Belastungen führt nämlich dazu, dass ein Erwerber von Geschäftsanteilen auch nach neuer Rechtslage riskiert, dass diese mit Pfandrechten oder Nießbrauchrechten belastet und deshalb in ihrem Wert gemindert oder gar aufgehoben sind. Daher wird der Erwerber auch nach der Einführung des gutgläubigen Rechtserwerbs in der Regel daran interessiert sein, im Rahmen einer sorgfältigen Due Diligence zu überprüfen und sich dann im Kausalgeschäft im Wege eines selbstständigen Garantieversprechens zusichern zu lassen, dass die Geschäftsanteile nicht belastet sind. Hierdurch werden Übertragungen sämtlicher Geschäftsanteile (und zwar auch unbelasteter Geschäftsanteile) mit Zeitaufwand und Kosten belastet, was die mit der Einführung von § 16 Abs. 3 bezweckte Entlastung von Zeitaufwand und Transaktionskosten zu nicht unerheblichem Teil frustriert, und zwar eingedenk der Tatsache, dass solche Belastungen auch umfangreiche Erwerbketten überdauern können<sup>1</sup>. Ein Gutgläubensschutz in Bezug auf Belastungen passte sich auch systematisch in das deutsche Gutgläubensrecht ein, das sowohl für Liegenschaften (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB) als auch in Bezug auf bewegliche Sachen (§ 936 BGB) einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb vorsieht; dementsprechend ist auch bei Inhaberaktien nach §§ 932 ff., 936 BGB ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb gegenüber Nießbrauchsrechten und Pfandrechten möglich<sup>2</sup>. Die Gesellschafterliste als Rechts Scheintatbestand eignet sich auch für die Eintragung von Belastungen und sollte in Anlehnung an das Grundbuch in zwei Abteilungen untergliedert sein, wobei in der ersten Abteilung die jetzt in § 40 Abs. 1 Satz 1 normierten Angaben enthalten und für jedermann frei einsehbar und in der zweiten Abteilung die Belastungen aufgenommen wären; die zweite Abteilung könnte wie das Grundbuch (vgl. § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO) nur von Personen eingesehen werden dürfen, die ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme haben. Damit könnten auch die Geheimhaltungsinteressen der an der Einräumung von Belastungen beteiligten Parteien und insbesondere dem Praxisinteresse an Fortführung stiller Verpfändungen Rechnung getragen werden<sup>3</sup>. Wegen der Beurkundungspflichtigkeit der Bestellung von Pfand- und Nießbrauchsrechten könnte die verfahrensrechtliche Konzeption des § 16 Abs. 3 beibehalten werden. Dabei erstreckte sich der einzuführende Gutgläubensschutz alleine auf die negative Publizität der Gesellschafterliste in Bezug auf Belastungen; eine positive Publizität der Gesellschafterliste ist nicht zu normieren<sup>4</sup>.

2009, 169, 174; Rau, DStR 2006, 1892, 1899; Wulfetange, BB-Spezial 7/2006, S. 19, 22; Ziemons, BB-Spezial 7/2006, 9, 13; Zöllner, in: Behrens/Hommelhoff/Joost, GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 175, 182 Fn. 17.

1 Gleichsinnige Kritik bei Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 60; Wiersch, S. 202 f.; Harbarth, ZIP 2008, 57, 64; Klöckner, NZG 2008, 841, 844; Rau, DStR 2006, 1892, 1899; Reichert, in: Bayer/Koch, Das neue GmbH-Recht, 2008, S. 29, 43; Wachter, ZNotP 2008, 378, 397.

2 Vgl. Lutter/Drygala, in: KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2009, Anh. § 68 AktG Rdnr. 15 f.; Heider, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 10 AktG Rdnr. 36. – Keinen gutgläubigen lastenfreien Erwerb gibt es hingegen bei Namensaktien (§ 68 Abs. 1 Satz 2 AktG, Art. 16 Abs. 2 WG); vgl. auch Haas/Oechsler, NZG 2006, 806, 812.

3 Zu diesen Geheimhaltungsinteressen Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2007, 211, 215; Harbarth, ZIP 2008, 57, 64; Wicke, Rdnr. 28.

4 Ebenso Wiersch, S. 207 ff.; Reymann, WM 2008, 2095, 2103 ff.

## g) Einlagenleistung auf Geschäftsanteil

- 75 Der gute Glaube an eine vollständige und schuldbefreiende Leistung aller Einlagen wird durch die Gutgläubensvorschrift des § 16 Abs. 3 **nicht geschützt**<sup>1</sup>.

## h) Verfügungsbeschränkungen über Geschäftsanteil

- 76 Verfügungsbeschränkungen über Geschäftsanteile in Form **statutarischer Vinkulierungsregelungen i.S. des § 15 Abs. 5** sind auch unter den sonstigen Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 wirksam und deren Einhaltung Voraussetzung für die Übertragung von Geschäftsanteilen. Es gibt *de lege lata* **keinen Gutgläubenschutz** in Bezug auf solche Verfügungsbeschränkungen, die somit auch der gutgläubige Erwerber gegen sich gelten lassen muss<sup>2</sup>. Der im Gesetzgebungsverfahren erhobenen Forderung, den Gutgläubenschutz des § 16 Abs. 3 auch auf Verfügungsbeschränkungen auszudehnen und insoweit dem Verkehrsinteresse Vorrang vor den satzungsrechtlichen Vorschriften zum Gesellschafterbestandsschutz einzuräumen<sup>3</sup>, hat der Gesetzgeber zu Recht nicht entsprochen. Eine solche Erweiterung des Gutgläubenschutzes ist auch rechtspolitisch nicht angängig: Denn Verfügungsbeschränkungen i.S. des § 15 Abs. 5 können mit dinglicher Wirkung nur im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, so dass der Zeit- und Kostenaufwand für die Aufdeckung solcher Übertragungshindernisse gering ist. Dieses gilt umso mehr, als wegen einer Nichtbeachtung statutarischer Vinkulierungsklauseln früher fehlgeschlagene Vor-Übertragungen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 unbeachtlich sind, da der Erwerber in diesen Fällen wie ansonsten bei Verfügungen Nichtberechtigter im Umfang des § 16 Abs. 3 geschützt ist. Zudem ist die gesellschaftsvertragliche Wertigkeit einer Vinkulierung von Geschäftsanteilen als Ausdruck eines erheblichen Gesellschaftsinteresses an einer Kontrolle des Gesellschafterkreises zu beachten (z.B. wegen einer Prüfung der persönlichen oder sachlichen Einpassung in den Gesellschafterkreis, des Bestehens von Interessenkonflikten, des Risikos einer Ausfallhaftung nach §§ 24, 31 Abs. 3) und im Normfall höher einzuschätzen als ein erweiterter Verkehrsschutz<sup>4</sup>. Auch die rechtsvergleichende Umschau offenbart keinen Regelungsrückstand<sup>5</sup>.

1 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 61; Haas/Oechsler, NZG 2006, 806, 812; Wachter, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 59.

2 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 62; Wiersch, S. 234 ff.; Bohrer, DStR 2007, 995, 1003; Kort, GmbHR 2009, 169, 174; Hamann, NZG 2007, 492, 494; Rodewald, GmbHR 2009, 196, 197; Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841, 1844; Wachter, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 59; Zes- sel, GmbHR 2009, 303; obiter jetzt OLG München, ZIP 2009, 1911.

3 Hierfür Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 202; Gehling, ZIP 2006, 685, 689; Klöckner, NZG 2008, 841, 845; Wegen, in: FS Luer, S. 331 f. – Jetzt auch nach Inkrafttreten des MoMiG Kort, GmbHR 2009, 169, 174.

4 Ebenso Wiersch, S. 235 f.

5 Für die close corporation US-amerikanischen Rechts sieht § 8-204 U.C.C. einen Gutgläubenschutz nur in Bezug auf solche Abtretungshindernisse vor, die außerhalb des Gesellschaftsvertrags geregelt sind.

Der Gutgläubensschutz zu Gunsten von Erwerbern von Geschäftsanteilen oder von Rechten an diesen erstreckt sich ebenfalls nicht auf den guten Glauben daran, dass der Verfügende in seiner **Verfügbungsmacht infolge der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** nicht beschränkt ist<sup>1</sup>. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, den Wortlaut der Regelung des § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO (mit seiner Verweisung auf § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB) auf die Vorschrift des § 16 Abs. 3 zu erstrecken. Dabei handelt es sich nicht um ein Redaktionsversehen<sup>2</sup>, sondern entspricht auch der Systematik der Gutgläubensvorschriften des deutschen Rechts: Anders als bei § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB sehen § 40 Abs. 1 Satz 1 und die hierauf Bezug nehmende Gutgläubensvorschrift des § 16 Abs. 3 keine Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen vor. Ein Gleichlauf des durch die Gesellschafterliste gewährten Gutgläubensschutzes zu dem des Grundbuchs ist nicht veranlasst; bei den der Gutgläubensvorschrift des § 16 Abs. 3 im Hinblick auf das Veranlassungsprinzip und dem Gutgläubensmaßstab ähnlichen Regelungen der §§ 932 ff. BGB gibt es auch keinen gutgläubigen Erwerb des Eigentums oder von beschränkt dinglichen Rechten an beweglichen Sachen des Insolvenzschuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens<sup>3</sup>. Eine Erweiterung des Verkehrsschutzes ist auch rechtspolitisch nicht angängig, da sich die Tatsache, ob über das Vermögen eines Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, mit geringem Aufwand überprüfen lässt<sup>4</sup>.

#### i) Aufschiebend/auflösend bedingte oder befristete Übertragung des Geschäftsanteils

Besonders schwierige Auslegungs- und Wertungsfragen stellen sich bei **aufschiebend oder auflösend bedingten bzw. befristeten Abtretungen von Geschäftsanteilen**. Bei einer aufschiebend bedingten Abtretung des Geschäftsanteils wird der Erst-Erwerber durch § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB vor Zwischenverfügungen des Veräußerers dadurch geschützt, dass solche Zwischenverfügungen mit Bedingungseintritt unwirksam werden<sup>5</sup>. Der Erst-Veräußerer wird bei der auflösend bedingten Anteilsübertragung dadurch geschützt, dass Zwischenverfügungen des Erst-Erwerbers nach § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB mit Bedingungseintritt absolut unwirksam werden. Ist für die Abtretung des Geschäftsanteils ein Anfangs- oder Endtermin bestimmt worden (aufschiebend oder auflösend befristete Anteilsübertragung), so findet über § 163 BGB die Vorschrift des § 161 BGB entsprechende Anwendung<sup>6</sup>; insofern sind Bedingungen und Befristungen

1 Ebenso *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, Rdnr. 60.

2 So *Vossius*, DB 2007, 2299, 2302; i.E. auch *Wicke*, Rdnr. 20 (Anwendbarkeit von § 16 Abs. 3 analog § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO).

3 Vgl. OLG Frankfurt, ZInsO 2003, 713, 714; *App*, in: FrankfurtKomm. InsO, 4. Aufl. 2005, § 81 InsO Rdnr. 37; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, § 81 InsO Rdnr. 24.

4 Ebenso *Wiersch*, S. 243 f.

5 Zur Rechtsfolge der absoluten Unwirksamkeit *H. P. Westermann*, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2006, § 161 BGB Rdnr. 7; *Bork*, in: Staudinger, 2003, § 161 BGB Rdnr. 1 und 12; vgl. auch *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097.

6 Zur entsprechenden Anwendung der Bedingungsvorschriften *H. P. Westermann*, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2006, § 163 BGB Rdnr. 4; *Bork*, in: Staudinger, 2003, § 163 BGB Rdnr. 6.

identisch zu behandeln. Bei einem Erwerb des Zweit-Erwerbers von dem bis zum Bedingungs- bzw. Befristungseintritt in der Gesellschafterliste eingetragenen Zweit-Veräußerer stellt sich die Frage<sup>1</sup>, (i) ob der Zweit-Erwerber den Geschäftsanteil nach § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 16 Abs. 3 in der Weise endgültig erwirbt, dass er den Geschäftsanteil (oder das Recht hieran) auch nach Bedingungs- oder Befristungseintritt zu Lasten des Erst-Erwerbers/Erst-Veräußerers behält oder (ii) ob ein gutgläubiger Erwerb des Zweit-Erwerbers bereits deshalb nicht in Betracht kommt, weil es an der Eintragbarkeit solcher Verfügungsbeschränkungen in der Gesellschafterliste fehlt. Entsprechendes gilt für **Optionen**<sup>2</sup>.

- 79 Zwar spricht gegen einen Gutglaubensschutz in Bezug auf Anwartschaftsrechte zum einen der Umstand, dass ausschließlich der Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils, nicht aber der Anwartschaftsberechtigte in der Gesellschafterliste eintragbar ist (vgl. Nachtrag MoMiG § 40 Rdnr. 13 in diesem Band) und die Gesellschafterliste zum Zeitpunkt des Erwerbs des Zweit-Erwerbers nicht unrichtig und insofern auch nicht als Rechtsscheinträger für eine abweichende materielle Rechtslage in Betracht kommt. Zudem und ausweislich der Ausführungen zur Zurechnung der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste gehen die Verfasser der Gesetzesbegründung<sup>3</sup> wohl davon aus, dass bei der Frage der Zurechnung alleine auf den „wahren Rechtsinhaber“ (und nicht etwa auf einen Anwartschaftsberechtigten) abzustellen ist<sup>4</sup>. Beide Argumente sind allerdings letztlich nicht zwingend und die Ablehnung eines Gutglaubensschutzes in Bezug auf Anwartschaftsrechte würde zu erheblichen Wertungsbrüchen führen und auch den gesetzgeberischen Zweck der Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen beachtlich frustrieren. Die Ablehnung eines gutgläubigen Erwerbs in Bezug auf Anwartschaftsrechte hätte nämlich gravierende Folgen für den Verkehrsschutz, zumal von der absoluten Verfügungsbeschränkung des § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nur spätere Verfügungen desjenigen Gesellschafters betroffen sind, der die Geschäftsanteile bedingt oder befristet abgetreten hat, sondern auch solche seiner Rechtsnachfolger<sup>5</sup>; damit könnten Zwischenverfügungen Abtreungsketten überdauern<sup>6</sup>. Es stellte zudem einen Wertungswiderspruch dar, dass nach § 16 Abs. 3 zwar ein Erwerb vom gänzlich Nichtberechtigten möglich sein soll, nicht aber ein solcher vom (auflösend) Berechtigten, oder auch mit anderem Blick: Es ist wertungswidersprüchlich, dass der Zweit-Erwerber beim Erwerb vom (auflösend) Berechtigten geringer geschützt werden soll, als beim Erwerb vom gänzlich Nichtberechtigten<sup>7</sup>, oder noch einmal anders: Warum sollte das Anwartschaftsrecht des Erst-Erwer-

1 Hierzu ausführlich *Reymann*, GmbHR 2009, 343 ff.; *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097 ff.; *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rdnr. 79 ff., S. 203 ff.; *Wiersch*, S. 216 ff.; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305 f.

2 Hierzu *Kamlah*, GmbHR 2009, 841 ff.

3 BR-Drucks. 354/07, S. 88 = Begr. RegE zu § 16.

4 *Wiersch*, S. 220; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305.

5 Vgl. *Bork*, in: Staudinger, 2003, § 161 BGB Rdnr. 11a; *Eckert*, Sachenrecht, 2005, S. 167 f.

6 Zutr. *Wiersch*, S. 221 f.

7 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 63; *Wiersch*, S. 222 f.

bers stärker geschützt sein als sein Vollrecht. Es ist demnach entsprechend § 161 Abs. 3 BGB, der einen Gutgläubensschutz in Bezug auf das Bestehen von Anwartschaftsrechten an beweglichen Sachen als auch an Grundstücksrechten (über den Verweis auf §§ 892, 932 ff. BGB) vorsieht, ein **Gutgläubensschutz nach § 16 Abs. 3 auch in Bezug auf Anwartschaftsrechte bei Geschäftsanteilen** anzunehmen<sup>1</sup>. Eine entsprechende Anwendung von § 161 Abs. 3 BGB auf § 16 Abs. 3 verlangt aber auch eine „Übersetzung“ der sonstigen, dort geregelten Merkmale, insbesondere also die Alternativvoraussetzungen der 3-jährigen Unrichtigkeit der Listeneintragung bzw. der Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit zum Nichtberechtigten<sup>2</sup>. Bei der Zurechenbarkeit der „Unrichtigkeit“ der Gesellschafterliste (die ja in den Fällen des gutgläubigen bedingungslosen Erwerbs gar nicht unrichtig ist) ist zu verlangen, dass für den Zweit-Erwerber nicht aus der veröffentlichten Gesellschafterliste erkennbar ist, dass die Gesellschafterstellung des Verfügenden auflösend bedingt oder befristet ist. Es ist dem Erst-Erwerber wertungsmäßig zuzumuten, eine Schutzmaßnahme gegen rechtsverittelnde Zwischenverfügungen z.B. durch Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste (Rdnr. 91) vorzunehmen; das Unterlassen einer solchen Schutzmaßnahme führt zur Zurechnung<sup>3</sup>.

Der Erst-Erwerber/Erst-Veräußerer kann sich gegen rechtsverittelnde Zwischenverfügungen durch Zuordnung eines **Widerspruchs** zur Gesellschafterliste schützen, den der Veräußerer bewilligt (s. Rdnr. 95)<sup>4</sup>. Eine Alternative könnte es sein, mit dem Abschluss des Kausalgeschäfts dem Erwerber ein **Pfandrecht an dem Geschäftsanteil** zu bestellen (§§ 1273, 1274 BGB), da dieses auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber des Geschäftsanteils fortbestehen würde<sup>5</sup>. Aus Sicht des Veräußerers sollte die Pfandbestellung dann aufschiebend bedingt auf die Kaufpreiszahlung erfolgen, damit er den Geschäftsanteil bei Nichteintritt der Bedingung anderweitig lastenfrei veräußern kann<sup>6</sup>. Schließlich ist es auch möglich, in generell-abstrakter Weise den Schutz von Erst-Erwerbern/Erst-Veräußerern durch die Aufnahme einer bestimmten **Vinkulierungsklausel** im Gesellschaftsvertrag zu schützen. Auf der Grundlage von § 15 Abs. 5 könnte die

1 I.E. ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 63; *Greitemann/Bergjan*, in: FS Pöllath, 2008, S. 271, 286; *Klöckner*, NZG 2008, 841, 842; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 61; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 396 f.; wohl auch *Wicke*, Rdnr. 20; offen lassend *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 141; *Reymann*, GmbHR 2009, 343 ff.; *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097; *de lege ferenda* auch *Wiersch*, S. 223 ff.; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 202; ablehnend allerdings *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, S. 204 ff.; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 691 f.; *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 117 f.; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305.

2 Zutr. *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 652 f.

3 A.A. *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 654.

4 Zutr. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 63; *Greitemann/Bergjan*, in: FS Pöllath, 2008, S. 271, 287; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 899; *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 347; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 61; so jetzt auch LG Köln, ZIP 2009, 1915; kritisch aber *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 654.

5 *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 421; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 306.

6 *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 306.

Vinkulierungsklausel den Ausschluss von Verfügungen eines Gesellschafters regeln, soweit derselbe Geschäftsanteil (oder einen Teil hiervon) zum Zeitpunkt der Verfügung bereits aufschiebend bedingt oder befristet veräußert wurde und die Bedingung bzw. Befristung noch nicht eingetreten ist<sup>1</sup>. Die Vornahme einer Zwischenverfügung durch den bedingt oder befristet gebundenen Gesellschafter unter Verstoß gegen die statutarische Vinkulierungsklausel wäre unwirksam<sup>2</sup>. Da § 16 Abs. 3 nicht den guten Glauben an das Nichtbestehen von statutarischen Vinkulierungsklauseln erfasst (Rdnr. 14), wird diese Unwirksamkeitsfolge nicht durch § 161 Abs. 3 BGB, § 16 Abs. 3 aufgehoben<sup>3</sup>. Schließlich kommt ein schuldrechtlicher Schutz des Erst-Erwerbers durch eine entsprechende Regelung im **Kausalgeschäft** (z.B. Kaufvertrag oder Treuhandvertrag) in Betracht<sup>4</sup>.

### 3. Eintragung des Nichtberechtigten in der Gesellschafterliste

- 81 Nach § 16 Abs. 3 Satz 1 kann der Erwerber einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran wirksam „vom Nichtberechtigten“ erwerben, wenn „der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist“. Dabei ist der Gesetzesverweis auf den „Veräußerer“ nicht in der Weise zu verstehen, dass mangels einer „Veräußerung“ bei der Bestellung eines Pfandrechts oder eines Nießbrauchs an Geschäftsanteilen durch Nichtberechtigte ein gutgläubiger Rechtserwerb nicht möglich sei. Vielmehr ist bei einem teleologischen Verständnis der Norm alleine Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb, dass der „Nichtberechtigte“ in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste als Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils eingetragen ist<sup>5</sup>.
- 82 Der Nichtberechtigte muss in der im Handelsregister aufgenommenen (Rdnr. 35) Gesellschafterliste eingetragen sein, wobei die Gesellschafterliste als Rechtscheinsträger im Grundsatz den Anforderungen des § 40 genügen muss. Dabei sind für § 16 Abs. 3 **keine zu strengen Anforderungen** zu stellen, sofern nur die **personelle Inhaberschaft eines hinreichend konkretisierten Geschäftsanteils identifizierbar** ist<sup>6</sup>. Dabei ist ein objektivierter Maßstab anzusetzen, der keineswegs Erkenntnisquellen außerhalb der Gesellschafterliste selbst ausschließt<sup>7</sup>.
- 83 Bei der Frage nach dem **maßgeblichen Zeitpunkt**, zu dem die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste bestehen muss, damit ein gutgläubiger Erwerb nach § 16 Abs. 3 möglich ist, ist zwischen echten Bedingungen i.S. des § 158 BGB einer-

1 *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 348 ff. (mit Formulierungsvorschlag, ohne Regelung des Befristungsfalls).

2 S. § 15 Rdnr. 133; vgl. auch *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 348.

3 *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 348; vgl. auch *Hamann*, NZG 2007, 492, 494; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1844; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 59.

4 Hierzu *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 348 f.

5 Ebenso *Wiersch*, S. 77.

6 Tendenziell strenger *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300 f.

7 A.A. *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301.

seits und heteronomen Rechtsbedingungen andererseits zu unterscheiden: (1) Ein nach § 158 BGB bedingtes Rechtsgeschäft ist tatbestandlich vollendet und vollständig, seine Rechtswirkungen sind allerdings bis zum Eintritt der Bedingung in der Schwebe und die Rechtsstellung des bedingt Berechtigten kann nicht mehr durch die andere Vertragspartei zerstört werden<sup>1</sup>. Für die Frage der Gutgläubigkeit im Rahmen der §§ 892, 932 ff. BGB sowie für die Frage der Unrichtigkeit des Grundbuchs im Rahmen des § 892 BGB ist auf die Vornahme des Verfügungsgeschäfts abzustellen, so dass es einem Erwerber nicht mehr schadet, wenn er nach diesem Zeitpunkt aber vor Bedingungseintritt bösgläubig wird oder z.B. ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen wird. In dieser Entsprechung ist in den Fällen aufschiebend bedingter Übertragungen von Geschäftsanteilen für sämtliche positiven und negativen Voraussetzungen der Regelung des § 16 Abs. 3 grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Beurkundung des Verfügungsgeschäfts abzustellen<sup>2</sup>. Dies gilt auch für die aufschiebend bedingte Bestellung beschränkter dinglicher Rechte an Geschäftsanteilen<sup>3</sup>. (2) Bei heteronomen Rechtsbedingungen, wie beispielsweise der fusionskartellrechtlichen Freigabe einer bzw. des außenwirtschaftsrechtlichen Einspruchs gegenüber einer Transaktion (§ 40 GWB, § 31 Abs. 3 AWG) oder Vinkulierungen i.S. von § 15 Abs. 5, steht dem Erwerber vor dem Eintritt der heteronomen Wirksamkeitsvoraussetzung keine gesicherte Rechtsposition (Anwartschaftsrecht) zu, sondern eine bloße Erwerbsaussicht. Im Rahmen der Gutgläubensvorschriften der §§ 892, 932 ff. BGB wird hier bis zum Zeitpunkt der Erteilung der erforderlichen Genehmigung dem Rechtserhaltungsinteresse des Berechtigten gegenüber den Verkehrsschutzinteressen der Vorrang eingeräumt<sup>4</sup>. Diese Interessenabwägung ist auch für § 16 Abs. 3 überzeugend, so dass bei heteronomen Rechtsbedingungen sämtliche Voraussetzungen des Gutglaubenstatbestandes des § 16 Abs. 3 sowohl im Zeitpunkt der Beurkundung des Verfügungsgeschäfts als auch im Zeitpunkt des Eintritts der heteronomen Rechtsbedingung (falls letzterer zeitlich nach der Beurkundung des Verfügungsgeschäfts liegt) vorliegen müssen<sup>5</sup>.

#### 4. Keine Bösgläubigkeit

##### a) Konzeption und Funktion

Nach § 16 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 ist ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen, 84  
 „wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist“. Dieser **Doppel-Ausschlussgrund von positiver Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis der mangelnden Rechtsinhaberschaft** passt sich an sich nicht in das System der deutschen Gutgläubensvor-

1 Heinrichs, in: Palandt, § 158 BGB Rdnr. 8 f.; Bork, in: Staudinger, 2003, § 158 BGB Rdnr. 1; Wolf, in: Soergel, 13. Aufl. 1999, § 158 BGB Rdnr. 8.

2 Ebenso Wiersch, S. 79 f.; Greitemann/Bergjan, in: FS Pöllath, 2008, S. 271, 285 f.; a.A. Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 899.

3 Wiersch, S. 80 f.

4 Vgl. Bassenge, in: Palandt, § 892 BGB Rdnr. 25, § 932 BGB Rdnr. 14; Gursky, in: Staudinger, 2008, § 892 BGB Rdnr. 193 und 211; a.A. Stürner, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 892 BGB Rdnr. 38.

5 Ebenso Wiersch, S. 83.



schriften ein, da hier in Bezug auf künstliche Rechtsscheintatbestände wie Grundbuch und Erbschein (vgl. §§ 892, 2366 BGB) nur positive Kenntnis von der Nichtberechtigung einem Erwerb vom Nichtberechtigten entgegensteht. Demgegenüber schadet beim schwachen Rechtsscheinträger des Besitzes bereits die grob fahrlässige Unkenntnis von der Nichtberechtigung, so dass hier erhöhte Nachforschungs- und Überprüfungsobliegenheiten bestehen. Der BMJ-Referentenentwurf sah noch systematisch überzeugend einen Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nur bei positiver Kenntnis der Nichtberechtigung vor<sup>1</sup>. Offenbar geht der Gesetzgeber neu von einer, gegenüber den sonstigen künstlichen Rechtsscheinträgern wie Grundbuch und Erbschein deutlich verringerten Zuverlässigkeit der Gesellschafterliste aus, was wegen der fehlenden hoheitlichen materiellen Prüfung der Eintragung in der Gesellschafterliste immerhin nachvollziehbar ist<sup>2</sup>. Der Doppel-Ausschlussgrund von positiver Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis bürdet dem (potenziellen) Erwerber eine erhöhte Nachforschungs- und Überprüfungsobliegenheit auf und schwächt damit die Verkehrsschutzinteressen gegenüber den Rechtsbewahrungsinteressen des materiell Berechtigten.

#### b) Ausschlussstatbestand und Praxisfolgen

- 85 Dem Erwerber ist die mangelnde Berechtigung **bekannt**, wenn er weiß, dass der Veräußerer nicht der wahre Rechtsinhaber ist. Der Erwerber muss demnach alle Tatsachen kennen, aus denen sich die mangelnde Berechtigung des Veräußerers ergibt, und den rechtlichen Schluss auf die fehlende Rechtsinhaberschaft gezogen haben. Wertet der Erwerber die Tatsachen auf Grund eines Rechtsirrtums falsch, so liegt allenfalls grob fahrlässige Unkenntnis vor<sup>3</sup>.
- 86 In Anlehnung an die Rechtsprechung zum **Merkmal der grob fahrlässigen Unkenntnis der Nichtberechtigung** bei § 932 BGB ist von einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis auszugehen, wenn der Erwerber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich großem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen<sup>4</sup>. Dabei ist von einem durchschnittlichen, objektivierten, auf die berufsspezifischen oder gruppentypischen Fähigkeiten abstellenden Maßstab auszugehen und der ermittelte Sorgfaltsmaßstab auf die Umstände des Einzelfalls zu beziehen<sup>5</sup>. Die Bestimmung einer grob fahrlässigen Unkenntnis entzieht sich einer typisierenden Betrachtung, sondern beurteilt sich stets vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des jeweiligen Ein-

1 RefE v. 29. 5. 2006, S. 4; kritisch hierzu *Rau*, DStR 2006, 1892, 1899 (Beschränkung auf positive Bösgläubigkeit „nicht sachgerecht“).

2 Kritisch allerdings *Wiersch*, S. 115 ff.

3 Vgl. *H. P. Westermann*, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 932 BGB Rdnr. 38; *Henssler*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 932 BGB Rdnr. 16; *Wiegand*, in: Staudinger, 2004, § 932 BGB Rdnr. 41; zu § 932 BGB RGZ 74, 354; BGH v. 21. 12. 1960 – VIII ZR 145/59; ähnlich zu § 439 BGB a.F. (§ 442 BGB n.F.) BGH, NJW 1979, 713, 714.

4 Zu § 932 Abs. 2 BGB BGH, NJW 2005, 1365; BGH, NJW-RR 2000, 576, 577; BGH, NJW 1994, 2022, 2023; BGHZ 10, 14, 16; *Bassenge*, in: Palandt, § 932 BGB Rdnr. 10; *Henssler*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 932 BGB Rdnr. 20.

5 Vgl. *Wiegand*, in: Staudinger, 2004, § 932 BGB Rdnr. 44 f.

zelfalls<sup>1</sup>. Die **Anforderungen dürfen nicht überspannt werden**, um den mit der Gutglaubensregelung verfolgten Verkehrsschutzzweck nicht zu vereiteln. Vor dem Hintergrund einer – im Vergleich zum Rechtsscheinträger des Besitzes – mit größerer Richtigkeitsvermutung versehenen Gesellschafterliste und dem mit § 16 Abs. 3 verfolgten Gesetzeszweck einer Reduktion der Transaktionskosten ist von der **Regelannahme** auszugehen, dass der Erwerber **keiner Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung** unterliegt. Denn nähme man umgekehrt eine solche Überprüfungsobliegenheit für den Regelfall an, dann würde der gesetzliche Zweck der Transaktionserleichterung im Wesentlichen frustriert und ein gutgläubiger Erwerb nur dann eingreifen, wenn trotz einer sorgfältigen Due Diligence-Überprüfung die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste leicht fahrlässig nicht erkannt würde<sup>2</sup>. Daher wird man eine Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence-Untersuchung nur dann annehmen können, wenn konkrete Verdachtsmomente für die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste vorliegen<sup>3</sup>. Solche konkreten Verdachtsmomente können z.B. in den Fällen in Betracht kommen, (i) dass bestimmte Geschäftsanteile in derselben Gesellschafterliste zugleich unterschiedlichen Personen zugewiesen werden<sup>4</sup> oder (ii) die im Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste ansonsten widersprüchlich, offensichtlich unvollständig oder unter erheblichen formalen Mängeln leidet (z.B. fehlende Unterschrift).

Der **gute Glaube an die Rechtsinhaberschaft** muss nach den allgemeinen Grundsätzen zu §§ 892, 932 ff. BGB im Grundsatz **im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs** vorliegen, dh bei Übertragung von Geschäftsanteilen im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Abtretung. Dabei ist für nach § 158 Abs. 1 BGB **aufschiebend bedingte Abtretungen** oder Verpfändungen von Geschäftsanteilen auf den Zeitpunkt der Beurkundung des Verfügungsgeschäfts abzustellen<sup>5</sup>. Demgegenüber ist bei **heteronomen Rechtsbedingungen** (z.B. fusionskartellrechtliche Freigabe einer Transaktion; Vinkulierung i.S. von § 15 Abs. 5) eine doppelte Zeitanknüpfung angängig, nämlich der gute Glaube muss sowohl zum Zeitpunkt der Beurkundung als auch zum Zeitpunkt des Eintritts der heteronomen Rechtsbedingung (falls letztere zeitlich nach der Beurkundung des Verfügungsgeschäfts liegt) bestehen<sup>6</sup>. Eine nach den vorgenannten Zeitpunkten

<sup>1</sup> BGH, NJW-RR 1987, 1456, 1457.

<sup>2</sup> Zutr. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 67; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 65; *Rodewald*, GmbHR 2009, 196, 199.

<sup>3</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 67; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 65; *Wicke*, Rdnr. 23; *Leistikow*, Das neue GmbH-Recht, 2009, § 4 Rdnr. 212; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 898; *Greitemann/Bergjan*, in: FS Pöllath, 2008, S. 271, 285; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 116; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 898; *Klöckner*, NZG 2008, 841, 845 f.; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 176; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 422; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 304; strenger *Rodewald*, GmbHR 2009, 196, 198.

<sup>4</sup> Ebenso *Wiersch*, S. 120; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 898.

<sup>5</sup> Ebenso *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 66; a.A. *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 899; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 176; *Rodewald*, GmbHR 2009, 196, 197 ff.; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 304; s. auch Rdnr. 83.

<sup>6</sup> So zu § 892 BGB *Gursky*, in: Staudinger, 2004, § 892 BGB Rdnr. 212; *Wacke*, in: Münch-Komm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 892 BGB Rdnr. 57; a.A. zu § 16 Abs. 3 *Götze/Bressler*,

eintretende Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der mangelnden Berechtigung ist unbeachtlich, selbst wenn der betreffende Erwerb vor Ablauf der 3-Jahresfrist (ohne Zurechenbarkeit an den Berechtigten) erfolgte; § 937 Abs. 2 BGB ist nicht, auch nicht entsprechend anzuwenden<sup>1</sup>.

## 5. Widerspruch

### a) Konzeption und Wirkung des Widerspruchs

- 88 Nach § 16 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 ist ein gutgläubiger Rechtserwerb ausgeschlossen, wenn „*der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist*“. Damit gibt der Gesetzgeber dem materiell Berechtigten zwei Instrumente zur Hand, um einen Rechtsverlust auf Grund des gutgläubigen Erwerbs eines Dritten verhindern zu können, nämlich (i) einen Anspruch auf Aufnahme einer der materiellen Rechtslage entsprechenden Gesellschafterliste in das Handelsregister<sup>2</sup> sowie (ii) einen Anspruch auf Zuordnung eines Widerspruchs. Der Widerspruch dient – ebenso wie im Recht des gutgläubigen Erwerbs von Grundeigentumsrechten<sup>3</sup> – allein dem Rechtserhaltungsinteresse des wahren Inhabers des in der Gesellschafterliste zu Unrecht einer anderen Person zugewiesenen Geschäftsanteils. Deshalb beseitigt ein der Gesellschafterliste zugeordneter Widerspruch weder die Möglichkeit des Berechtigten, über die betreffenden Geschäftsanteile wirksam verfügen zu können, noch vermag er die zu Gunsten eines Nichtberechtigten nach Maßgabe des § 16 Abs. 1 Satz 1 bestehende relative Legitimationsfiktion aufzuheben<sup>4</sup>. Die Regelung des Widerspruchs als Ausschlussgrund des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 Sätze 3 Alt. 2, 4 und 5 ist den Vorschriften der §§ 892, 899 BGB nachgebildet<sup>5</sup>, so dass das Rechtsverständnis im Liegenschaftsrecht zur Auslegung von § 16 Abs. 3 herangezogen werden kann.

### b) Inhaltliche Anforderungen an den Widerspruch

- 89 Ein Widerspruch ist ein Sicherungsmittel eigener Art, das lediglich dazu dient, den Rechtsschein der unrichtigen Gesellschafterliste zu zerstören<sup>6</sup>. Aus ihm muss sich – entsprechend den Anforderungen bei § 899 BGB – **inhaltlich** ergeben, (i) gegen welches Recht er sich richtet (Geschäftsanteil, Listenberechtigter) und (ii) welches Recht bzw. welchen Berechtigten er schützt<sup>7</sup>. Er hat im Regel-

NZG 2007, 894, 898 f.; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 421; Zessel, GmbHR 2009, 303, 305; s. auch Rdnr. 83.

1 A.A. Vossius, DB 2007, 2299, 2303.

2 Vgl. BR-Drucks. 354/07, S. 86 = Begr. RegE zu § 16; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 414.

3 Hierzu Baur/Stürner, Sachenrecht, 2009, § 18 Rdnr. 11.

4 BR-Drucks. 354/07, S. 89 = Begr. RegE zu § 16; vgl. auch Harbarth, ZIP 2008, 57, 60; Berger, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rdnr. 68, S. 199.

5 BR-Drucks. 354/07, S. 89 = Begr. RegE zu § 16.

6 Zu § 899 BGB Bassenge, in: Palandt, § 899 BGB Rdnr. 1.

7 Zu § 899 BGB Gursky, in: Staudinger, 2004, § 899 BGB Rdnr. 79; schwächer Wachter, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 60; ohne Begründung gegen notwendige Konkretisierung des Widerspruchs Kort, GmbHR 2009, 169, 175.

fall folgenden Wortlaut: „Hiermit wird ein Widerspruch gegen die Eintragung von ... als Inhaber des in der zum Handelsregister eingerichteten Gesellschafterliste aufgeführten Geschäftsanteils Nr. ... der Gesellschaft ... (Amtsgericht ..., HRB ...) unter Bezugnahme auf die [einstweilige Verfügung des ... [Gericht] vom ... [Datum] mit dem Az. .../Eintragungsbewilligung des Eingetragenen ...] zu Gunsten von ... [jeweils als Anlage beigelegt] beantragt“.

Im Regelfall bezieht sich der Widerspruch nicht gegen die Gesellschafterliste in ihrer Gesamtheit, sondern nur gegen eine bestimmte Eintragung. Der Widersprechende muss sein Begehren nicht nur im Eintragungsverfahren inhaltlich hinreichend bestimmt konkretisieren<sup>1</sup> (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 3 HRV; s. auch Rdnr. 89), sondern diese Konkretisierung muss auch im Rahmen der Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste erfolgen, damit der Rechtsverkehr nicht irritiert wird<sup>2</sup>.

### c) Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste

Der Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 setzt voraus, dass der Widerspruch „*der Liste zugeordnet ist*“. In **technischer Hinsicht** bedeutet die Zuordnung des Widerspruchs zu einer Gesellschafterliste, dass der elektronisch eingereichte (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB) Widerspruch mit dem \*.tiff-Dokument der Gesellschafterliste im entsprechenden Registerordner so verbunden wird, dass ein Abruf der Gesellschafterliste ohne den Widerspruch nicht möglich ist<sup>3</sup>. Der Widerspruch ist hierbei besonders hervorzuheben (§ 9 Abs. 1 Satz 3 HRV); dabei ist es nicht gefordert, gleichwohl zweckmäßig, dass der Widerspruch der Gesellschafterliste vorangestellt wird<sup>4</sup>. Aus Sicht des Widerspruchsführers ist weiter anzuregen, dass das Handelsregister technisch sicherstellt, dass der Widerspruch im Falle der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste auch dieser neuen Liste zugeordnet wird, solange keine Löschung des Widerspruchs erfolgt ist<sup>5</sup>.

Die **Zuordnung eines Widerspruchs** erfolgt auf zwei Wegen (§ 16 Abs. 3 Satz 4), nämlich (i) auf Grund einer einstweiligen Verfügung (1. Fall; Rdnr. 93) oder (ii) auf Grund einer Bewilligung des Eingetragenen, gegen dessen Eintragung in der Gesellschafterliste sich der Widerspruch richtet (2. Fall; Rdnr. 95).

Der **Erllass einer einstweiligen Verfügung** setzt voraus, dass der Antragsteller einen Anspruch auf Einreichung einer abweichenden Gesellschafterliste hat und seine materiell-rechtliche Gesellschafterstellung glaubhaft machen kann<sup>6</sup>.

1 Abweichend *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHHR-Sonderheft 2008, S. 51, 60.

2 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 70.

3 *Vossius*, DB 2007, 2299, 2303.

4 Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 70; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 117; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2303.

5 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 70; *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 15.

6 BR-Drucks. 354/07, S. 89 = Begr. RegE zu § 16; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 73; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 70; *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 60; *Kort*, GmbHHR 2009, 169, 175.

Die Glaubhaftmachung erfolgt gemäß § 936 i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO durch präsente Beweismittel, also z.B. durch eigene Versicherung des Berechtigten oder eines Dritten an Eides statt, durch anwaltliche Versicherung oder schriftliche Zeugenerklärung<sup>1</sup>. Eine Gefährdung seines Rechts muss der Widersprechende hingegen nicht glaubhaft machen (§ 16 Abs. 3 Satz 5; Abweichung von § 935 ZPO). Antragsgegner ist der nach seinem Vortrag unrichtig in der Gesellschafterliste Eingetragene bzw. in dessen Bezug eine falsche Eintragung besteht<sup>2</sup>.

- 94 In jedem Fall kommt demjenigen die **Berechtigung** zu, einen Widerspruch zu einer Eintragung in der Gesellschafterliste zuordnen zu lassen und dementsprechend auch einen Antrag auf entsprechende Zuordnung des Widerspruchs im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zu beantragen, der geltend macht, er sei an Stelle des Eingetragenen der tatsächliche materiell-rechtliche Berechtigte (Wertung aus § 894 BGB)<sup>3</sup>. Erwägenswert ist es daneben, den Geschäftsführern<sup>4</sup> oder Mitgesellschaftern eine Widerspruchsberechtigung einzuräumen. Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 ist insoweit offen und enthält keine ausdrückliche Begrenzung des Berechtigtenkreises. Allerdings ging der Gesetzgeber ausweislich der Regierungsbegründung davon aus, dass alleine dem Prätendenten ein Zuordnungsrecht für einen Widerspruch zukommt<sup>5</sup>; zudem wird dort bei der Erläuterung des einstweiligen Verfügungsverfahrens nach § 16 Abs. 3 Satz 4 Alt. 1 auf das Erfordernis hingewiesen, dass der (ungeschriebene) Anspruch auf Einreichung einer richtigen Liste glaubhaft gemacht wird, der alleine dem Prätendenten zukomme<sup>6</sup>. Für eine Zuordnungsberechtigung von Widersprüchen zu Gunsten des Geschäftsführers gibt es vor allem aber auch kein Bedürfnis, da dieser jederzeit das Recht und auch die tatsächliche Möglichkeit hat, eine geänderte Gesellschafterliste einzureichen<sup>7</sup>. Mit der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste nimmt er zwar ein persönliches Haftungsrisiko auf sich (vgl. § 40 Abs. 3; hierzu Nachtrag MoMiG § 40 Rdnr. 53 ff. in diesem Band), dies ist aber auch ausdrücklich beabsichtigt, um den Geschäftsführer zur sorgfältigen Amtsführung anzuhalten und Beeinträchtigungen der Rechts- und Vermögenssphären der in der Gesellschafterliste Eingetragenen sowie der materiell Berechtigten zu vermeiden. Geschäftsführer und andere Dritte wie Mitgesellschafter sollen nicht einerseits glaubhaft machen können, dass ein An-

1 Zirngibl, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 4 Rdnr. 49.

2 Vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 73; Wicke, Rdnr. 25; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 120; Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2007, 735, 739.

3 Dies ist unstrittig.

4 Hierfür Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 70; Harbarth, ZIP 2008, 57, 61; Kort, GmbHR 2009, 169, 175; Leistikow, Das neue GmbH-Recht, § 4 Rdnr. 216; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 422 f.; Wachter, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 60.

5 BR-Drucks. 354/07, S. 89 = Begr. RegE zu § 16.

6 BR-Drucks. 354/07, S. 89 = Begr. RegE zu § 16.

7 Ebenso Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 74; Wiersch, S. 125; Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2007, 735, 739; ohne Begründung i.E. auch Zirngibl, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 4 Rdnr. 45.

spruch auf Änderung der Gesellschafterliste besteht, andererseits aber unter Hinweis auf eigene Haftungsgefahren die Erfüllung dieses Anspruchs ablehnen und nur „zur Sicherheit“ einen Widerspruch beantragen<sup>1</sup>. Haben die Mitgesellschafter Zweifel an der Richtigkeit der Gesellschafterliste, so haben sie die Geschäftsführung zu einer Prüfung und ggf. Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste anzuhalten. Ist für die Geschäftsführer die materielle Rechtslage nicht mit hinreichender Sicherheit aufzuklären, können diese gegenüber dem möglichen Prätendenten anregen, den Erlass eines Widerspruchs im einstweiligen Verfügungsverfahren zu beantragen.

#### d) Widerspruch im Einvernehmen von Veräußerer und Erwerber

Die Zuordnung eines Widerspruchs zu der Gesellschafterliste ist auch auf der Grundlage einer **einseitigen Bewilligung** (als materiell-rechtliche Erklärung) oder einer **Vereinbarung zwischen dem in der Gesellschafterliste eingetragenen Veräußerer und dem Erwerber bzw. Dritten** zulässig, und zwar unabhängig davon, ob die dem Widerspruch zugeordnete Listeneintragung zu diesem Zeitpunkt materiell rechtlich unrichtig ist<sup>2</sup>. Bei einer einvernehmlichen Bewilligung des Widerspruchs durch den Eingetragenen sind keine weiteren Nachweise zu verlangen und dem Registergericht kommt auch keine Prüfungskompetenz über die materielle Rechtslage oder die materielle Berechtigung des Widerspruchs zu<sup>3</sup>. Das Registergericht kann aber überprüfen, ob die Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet, (formal) wirksam ist. Insoweit kann das Registergericht auch kontrollieren, ob die Bewilligung von dem Listenberechtigten stammt. Die Bewilligung ist daher (nämlich zur Ermöglichung einer registergerichtlichen Prüfung) und entsprechend der Wertung des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO in öffentlich beglaubigter Form (analog § 12 Abs. 1 HGB) zusammen mit dem Widerspruch und dem Antrag auf Zuordnung einzureichen<sup>4</sup>. In der **Praxis** wird eine Widerspruchszuordnung trotz materiell-rechtlicher Richtigkeit der Listeneintragung vor allem in zwei Fällen vorkommen, nämlich (i) zum Schutz des Erwerbers vor Zwischenverfügungen des Veräußerers bei aufschiebend bedingten oder befristeten Abtretungen von Geschäftsanteilen oder bei Bestehen von Rechtsbedingungen (s. auch Rdnr. 83) oder (ii) zur Sicherung eines späteren Rückerwerbs durch den Veräußerer, insbesondere bei der treuhänderischen Abtretung von Geschäftsanteilen oder bei der Sicherungsübertragung von Geschäftsanteilen aus Finanzierungsgründen.

1 Zutr. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 74; *Wiersch*, S. 125; a.A. aber *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 61; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 119; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 422 f.; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 175; *Wachter*, in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 51, 60.

2 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 72; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, Rdnr. 70; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 397; *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 15.

3 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 73; offen lassend LG Köln, ZIP 2009, 1915.

4 *Zirngibl*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, 2008, § 4 Rdnr. 52; a.A. *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 735, 739.

## e) Aufnahme neuer Gesellschafterliste nach Zuordnung eines Widerspruchs

- 96 Da das Registergericht einen elektronisch eingereichten Widerspruch mit einer bestimmten, im elektronischen Registerordner eingestellten Gesellschafterliste verbindet, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen, wenn nach der Zuordnung eines Widerspruchs gegen eine bestimmte Eintragung eine weitere materiell-rechtlich unrichtige Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen wird<sup>1</sup>. Der Kreis der möglichen Praxisfälle ist groß und reicht von einer vom betreffenden Nichtberechtigten selbst veranlassten neuen, in dem den Widerspruch betreffenden Punkt allerdings ungeänderten Gesellschafterliste, über Fälle, in denen auf Grund eines Geschäfts eines Drittgesellschafters der mitwirkende Notar eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht, bis hin zu Fällen, in denen der Geschäftsführer der Gesellschaft unabsichtlich eine neue, erneut in dem den Widerspruch betreffenden Punkt fehlerhafte (aber in anderer Form fehlerhaften) Gesellschafterliste einreicht. In allen diesen Fällen beschränkt sich die rechtsscheinzerstörende Wirkung des Widerspruchs alleine auf die ihm zugeordnete Gesellschafterliste und erstreckt sich nicht automatisch auf spätere, im Handelsregister aufgenommene Listen<sup>2</sup>. Für ein solches **konkretes Zuordnungsverhältnis vom Widerspruch zur Gesellschafterliste** spricht zunächst der Wortlaut der Regelung des § 16 Abs. 3 Satz 3, der für den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs voraussetzt, dass der Widerspruch „der Liste“ zugeordnet ist. Dies macht es nicht nahe liegend, die durch den Widerspruch zunächst in Bezug genommene Gesellschafterliste und später im Handelsregister aufgenommene Listen als eine Einheit, gleichsam als „die Liste“ zu begreifen. Selbst bei Annahme einer Einheit der Gesellschafterlisten ist zu beachten, dass sich ein Erwerb vom Nichtberechtigten allein auf der Basis der zeitlich Letzten im Registerordner eingestellten Liste vollziehen kann. Entscheidend gegen die Annahme einer Einheit der Gesellschafterlisten in der Weise, dass ein einer bestimmten Gesellschafterliste zugeordneter Widerspruch auch den gutgläubigen Erwerb auf der Grundlage einer zeitlich später eingestellten Liste ausschließt, sprechen aber Wertungsüberlegungen: Der Rechtsbehelf des Widerspruchs würde nämlich bei Annahme einer Einheit der Gesellschafterlisten das Rechtserhaltungsinteresse des Berechtigten in höherem Maße schützen, als dies durch die Einreichung einer richtigen Gesellschafterliste der Fall wäre, da im letzteren Fall ein Rechtsverlust auf der Grundlage einer zeitlich später eingereichten, dann wieder unrichtigen Liste erfolgen könnte<sup>3</sup>. Zudem würde dieser Bedeutungszuwachs des Widerspruchs zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Verkehrsinteressen führen. Mit Einstellung einer im Hinblick auf eine vom Widerspruch in Bezug genommenen Eintragung unrichtigen Gesellschafterliste entsteht die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste mit der Folge neu, dass für den Beginn der 3-Jahres-Frist auf den Zeitpunkt der Aufnahme der neuen Gesellschafterliste im Handelsregister abzustellen ist. Deshalb ist ein gutgläubiger Erwerb nach dem reinen Rechtsscheinsprinzip frühestens drei Jahre nach dem Zeitpunkt möglich, ein früherer gutgläubiger

1 Hierzu *Wiersch*, S. 126 ff.

2 Ebenso *Wiersch*, S. 128 ff.

3 Ebenso *Wiersch*, S. 128 f.

Erwerb kommt nur dann in Betracht, wenn dem Berechtigten die Unrichtigkeit der neu eingereichten Gesellschafterliste zuzurechnen ist<sup>1</sup>.

#### f) Löschung eines Widerspruchs

Die Löschung eines Widerspruchs erfolgt – spiegelbildlich zum Zuordnungsverfahren – nicht automatisch, sondern nur (i) durch Aufhebung der Widerspruchszuordnung im Wege einer **einstweiligen Verfügung**<sup>2</sup> oder (ii) mit **Bewilligung** desjenigen, der die Zuordnung des konkreten Widerspruchs erreicht hatte. Demgegenüber kann der in der Gesellschafterliste Eingetragene, der die Zuordnung des Widerspruchs ehemals bewilligt hatte (Rdnr. 95), die Löschung nicht einseitig beantragen oder sonst wie erreichen. Vielmehr muss er im Streitfall auf Löschung gegen den aus dem Widerspruch Begünstigten klagen<sup>3</sup>. Aus Sicht des in der Gesellschafterliste Eingetragenen wird es sich daher bei einer einvernehmlich vorgenommenen Widerspruchszuordnung anbieten, für den Fall Regelungen vorzusehen, dass der Grund für die Widerspruchszuordnung entfällt (z.B. Ausfall der aufschiebenden Bedingungen (z.B. keine Kaufpreiszahlung) oder Rechtsbedingungen (z.B. keine behördliche Genehmigung), Rücktritt vom Vertrag). Dies kann z.B. durch eine vorsorglich erteilte Löschungsbewilligung durch den Begünstigten der Widerspruchszuordnung erfolgen, die der Eingetragene oder z.B. ausschließlich ein gemeinsam beauftragter Notar nach bestimmten Vorgaben nutzen darf<sup>4</sup>.

#### g) Schadensersatz

Bei einer Anordnung des Widerspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung gilt § 945 ZPO. Danach ist der Antragsteller dem Antragsgegner zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung entstanden ist, wenn sich diese als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder später aufgehoben wird<sup>5</sup>.

### 6. Ablauf der 3-Jahresfrist oder Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit

#### a) Konzeption

Der Gesetzgeber hat vor dem Hintergrund der gegenüber anderen künstlichen Rechtsscheinträgern wie Grundbuch und Erbschein geringeren Verlässlichkeit der Gesellschafterliste und damit auch verfassungsrechtlichen Erwägungen zwei Zusatzelemente verankert, die für zwei alternative Sachverhaltsgruppen den Rechtsverlust des materiell-rechtlich Berechtigten legitimiert, wobei die beiden

1 *Wiersch*, S. 130 ff.

2 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 75; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 121; zur Rechtslage bei § 899 BGB *Bassenge*, in: Palandt, § 899 BGB Rdnr. 6; *Wacke*, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 899 BGB Rdnr. 29.

3 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 75.

4 Hierzu *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 654.

5 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 76; *Wicke*, Rdnr. 25; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 735, 739.



Sachverhaltsgruppen durch den Ablauf einer 3-Jahresfrist vor dem Erwerbszeitpunkt getrennt sind<sup>1</sup>: (1) Vor Ablauf der 3-Jahresfrist ist ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen oder Rechten daran nur möglich, wenn dem Berechtigten die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste „zuzurechnen“ ist, was im Sinne des **Veranlassungsprinzips** eine Mitwirkung bestimmter Qualität voraussetzt (Rdnr. 103 ff.). (2) Demgegenüber beruht die Legitimation des Rechtsverlustes nach Ablauf der 3-Jahresfrist alleine auf dem Umstand eines über diese Zeitspanne veröffentlichten Rechtsscheinträgers (**reines Rechtscheinsprinzip**). Der materiell-rechtlich Berechtigte muss also mit Ablauf der 3-Jahresfrist einen vollständigen Rechtsverlust ungeachtet der Tatsache hinnehmen, ob sich zwischen der Unrichtigkeit der Listeneintragung und seiner Person ein wie auch immer gearteter Bezug herstellen lässt<sup>2</sup>. Dabei liegt der den Rechtsverlust legitimierende Umstand nicht darin, dass der Gesetzgeber der Gesellschafterliste zu Gunsten Gutgläubiger öffentlichen Glauben verliehen hat, sondern allein in der Rechtsmacht und faktischen Potentialität des Berechtigten, während der 3-Jahresfrist den Rechtschein der unrichtigen Gesellschafterliste zerstören zu können<sup>3</sup>. Der Gesetzgeber hat zu Recht die im Vergleich zum Grundbuch bestehende geringere Verlässlichkeit der Gesellschafterliste durch ein Erfordernis des Zeitablaufs als soweit ausgeglichen angesehen, dass der Verkehrsschutz mit diesem Fristablauf (und mit Ausnahme eines verschärften Gutglaubensmaßstabs (Rdnr. 84) dem des Grundbuchs entspricht. Denn Gesellschaftern einer GmbH ist abzuverlangen (i.S. einer Obliegenheit), während einer bestimmten Zeitspanne selbst dafür Sorge zu tragen, dass es zu einem Rechtsverlust nicht kommt; sie können das Risiko eines Rechtsverlustes beherrschen<sup>4</sup>. Bei der **Dauer des Zeitablaufs**, die ein Rechtsverlust ohne Veranlassung legitimieren kann, hat sich der Gesetzgeber an § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG orientiert. Sie war während des Gesetzgebungsverfahrens umstritten<sup>5</sup>; die gewählte 3-Jahresfrist ist indes ein angemessener und verfassungsmäßiger Ausgleich zwischen den Rechtsbestandsinteressen des Berechtigten und den Verkehrsinteressen. – Die Formulierung von § 16 Abs. 3 Satz 2 mit ihrer doppelten Verneinung wurde deshalb vom Gesetzgeber gewählt, um anzuzeigen, dass es sich um eine Replik des materiellen Berechtigten gegen die Einwendung des Gutgläubenserwerbs handelt, für die der materiell Berechtigte die Darlegungs- und Beweislast trägt<sup>6</sup>.

1 *Apfelbaum*, BB 2008, 2470; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897 sprechen vom Ablauf der 3-Jahresfrist als „Wasserscheide“; *Wachter*, ZNotP 2008, 387, 395; *Wiersch*, S. 41 ff.

2 Kritisch hierzu: *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Einf. Rdnr. 76; *Harbarth*, ZIP 2001, 57, 61 f.; *Preuss*, ZGR 2008, 676, 701; *Wicke*, Rdnr. 28.

3 Vgl. BR-Drucks. 354/07, S. 88 = Begr. RegE zu § 16; vgl. auch *Preuss*, ZGR 2008, 676, 688 f.

4 Vgl. *Bohrer*, DStR 2007, 995, 999 (mit Hinweis auf Institute des handelsrechtlichen Vertrauensschutzes); *Wiersch*, S. 46 spricht daher von einem „potentiellen Gefahrbeherrschungsprinzip“ als Legitimationsbasis für den Rechtsverlust.

5 Vgl. *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812 (fraglich, ob „zu lang“); *Heckschen*, DStR 2007, 1442, 1450; *Rau*, DStR 2006, 1892, 1897 f. (Ersetzung der 3-Jahresfrist durch 3-Monatsfrist nach Ablauf einer 3–5-jährigen Übergangszeit); *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1847; *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321, 1326 (alle zum BMJ-Referentenentwurf).

6 *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Hoffmann-Becking*, Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses am 23. 1. 2008 v. 16. 1. 2008, S. 3 (Formulierung rechtspolitisch unterstützend).

**b) 3-Jahresfrist (Fristberechnung)**

Die Gesellschafterliste ist nur dann „drei Jahre [oder länger] unrichtig“, wenn sie während dieses gesamten 3-Jahreszeitraums **in Bezug auf die konkrete Eintragung durchgängig unrichtig** war, d.h. im Hinblick auf den nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 identifizierbaren Geschäftsanteil nicht den materiell-rechtlich Berechtigten ausgewiesen hat. Dabei ist es für die Einhaltung der 3-Jahresfrist unerheblich, ob die in Bezug auf die konkrete Eintragung bestehende Unrichtigkeit durchgängig in einer Gesellschafterliste enthalten war oder konsekutiv in mehreren Gesellschafterlisten (bei denen Veränderungen nur bezogen auf andere Geschäftsanteile vorgenommen wurden)<sup>1</sup>. Insoweit stellen für diese Frage die Gesellschafterlisten eine Einheit dar. Es ist weiter unerheblich, ob während der 3-Jahresfrist in Bezug auf die unrichtige Eintragung (jeweils) derselbe Nichtberechtigte eingetragen war oder ob in den konsekutiv eingestellten Gesellschafterlisten jeweils oder jedenfalls zum Teil verschiedene Personen in Bezug auf den konkreten Geschäftsanteil eingetragen waren, denen allesamt eine Nichtberechtigung zukommt<sup>2</sup>. Eine Einhaltung der 3-Jahresfrist liegt umgekehrt nicht vor, wenn eine zunächst im Hinblick auf eine konkrete Eintragung unrichtige Gesellschafterliste durch eine im Hinblick auf diese konkrete Eintragung richtige Liste ersetzt wird. In diesem Fall verfällt die abgelaufene Unrichtigkeitsdauer und bei Einreichung einer erneut in Bezug auf dieselbe konkrete Eintragung unrichtige Liste beginnt die 3-Jahresfrist wieder neu zu laufen<sup>3</sup>.

100

Für die **Bestimmung des Fristbeginns** gilt je nach dem Zeitpunkt der Unrichtigkeit Folgendes: In dem Fall, in dem die Gesellschafterliste bereits bei ihrer Einreichung zum Handelsregister unrichtig war, beginnt die 3-Jahresfrist mit der Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner beim Handelsregister (d.h. mit Einstellen der Liste in den elektronischen Dokumentenabruf), nicht etwa schon mit der Einreichung zum Handelsregister<sup>4</sup>. Wird die Gesellschafterliste dagegen durch tatsächliche Umstände (und nicht durch Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste) unrichtig, beginnt die 3-Jahresfrist in dem Zeitpunkt, in dem die Liste unrichtig wurde<sup>5</sup>.

101

1 BR-Drucks. 354/07, S. 88 = Begr. RegE zu § 16.

2 BR-Drucks. 354/07, S. 88 = Begr. RegE zu § 16; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 78; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 64; *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rdnr. 48 ff., S. 194 f. (mit Fallbeispielen); *Heidinger* in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 103; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Heckschen*, ZErB 2008, 246, 253; *Kögel*, RPfleger 2008, 605, 607; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2303 (mit Fallbeispielen).

3 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 78; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 64.

4 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 79; *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rdnr. 45 ff., S. 194 f. (mit Fallbeispielen); *Gottschalk*, DZWIR 2009, 45, 50; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 175; *Noack*, DB 2007, 1395, 1399; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 304.

5 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 79; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 64; *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rdnr. 45 ff., S. 194 f. (mit Fallbeispielen); *Gottschalk*, DZWIR 2009, 45, 50; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 175; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 420; *Rousseau*, GmbHR 2009, R 49, R 50; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2302 f.; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 304.

- 102 Die **Fristberechnung** der 3-Jahresfrist richtet sich nach den §§ 187 ff. BGB. Wird z.B. am 1. 5. 2010 eine unrichtige Gesellschafterliste im Registerordner des Handelsregisters aufgenommen, beginnt die Frist am 2. 5. 2010 zu laufen (vgl. § 187 Abs. 1 BGB) und endet – da es sich um eine Jahresfrist handelt – am 1. 5. 2013 um 24 Uhr (vgl. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Dabei ist es unerheblich, ob das Fristende auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder auf einen Sonnabend fällt, da § 193 BGB eine Fristverlängerung nur für die Fälle vorsieht, dass eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung i.S. des § 362 BGB zu erbringen ist.

### c) Zurechenbarkeit der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste

- 103 Vor Ablauf der 3-Jahresfrist ist selbst bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit der Listeneintragung „dem Berechtigten [...] nicht zuzurechnen ist“ (Umkehrschluss aus § 16 Abs. 3 Satz 2). In dem Tatbestandsmerkmal der Zurechnung fokussiert sich das **Veranlassungsprinzip als Legitimationsbasis** für den gutgläubigen Erwerb mit dem Rechtsscheinträger der Gesellschafterliste und dieses Merkmal steht somit unmittelbar im **Spannungsverhältnis zwischen dem Rechtserhaltungsinteresse des Berechtigten einerseits und den Erwerbsinteressen des Rechtsverkehrs andererseits**. Hieraus folgt, dass je geringere Anforderungen an die Voraussetzungen der Zurechnung der Unrichtigkeit gestellt werden, desto stärker nähert sich die Gutgläubensvorschrift des § 16 Abs. 3 bereits vor Ablauf der 3-Jahresfrist dem reinen Rechtsscheinstatbestand des § 892 BGB mit dem Rechtsscheinsträger des Grundbuchs an und je eher ist der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen oder Rechten *in praxi* vor Ablauf der 3-Jahresfrist möglich. Weder § 16 selbst noch dem GmbH-Gesetz an anderer Stelle ist eine weitere Konturierung des Zurechnungsmerkmals zu entnehmen. Die **Begründung des Regierungsentwurfs** beschränkt sich darauf, drei Sachverhaltskonstellationen zu beschreiben, von denen zwei eine Zurechnung der Unrichtigkeit begründen sollen und eine nicht, ohne abstrakt generelle Auslegungshinweise zu geben<sup>1</sup>:

„Dem wahren Rechtsinhaber, der sich nach Erwerb seines Geschäftsanteils nicht darum gekümmert hat, dass die Gesellschafterliste geändert wird und seine Rechtsstellung richtig wiedergibt, ist die Unrichtigkeit der Liste ohne Wartefrist zuzurechnen. Eine zurechenbare Unrichtigkeit liegt beispielsweise vor, wenn zunächst der Scheinerbe des früheren Gesellschafters in der Gesellschafterliste eingetragen wird und der wahre Erbe es unterlässt, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen.

Anders liegt der Fall, wenn ein Gesellschafter die Unrichtigkeit in keiner Weise zuzurechnen ist. Dies ist beispielsweise gegeben, wenn der Geschäftsführer ohne Wissen des Gesellschafters eine falsche Liste einreicht, in der seine Rechtsstellung nicht mehr vollständig aufgeführt ist.“

- 104 Das Merkmal der Zurechnung impliziert, dass zwischen der Person der Berechtigten und der Unrichtigkeit einer Listeneintragung eine **spezifische Beziehung** besteht i.S. einer (Mit-)Veranlassung, (Mit-)Verursachung (i.S. einer adäquaten

<sup>1</sup> BR-Drucks. 354/07, S. 88.

Kausalität) oder jedenfalls (Mit-)Verantwortung. Die Intensität der geforderten Beziehung ist eine **Wertungsentscheidung** zwischen den Polen des Rechtserhaltungsinteresses des Berechtigten einerseits und den Erwerbsinteressen des Rechtsverkehrs auf der anderen Seite (Rdnr. 103), bei der die allgemeine **verkehrsschutzfreundliche Konzeption des § 16 Abs. 3** zu berücksichtigen ist. Hieraus ergeben sich drei Folgen zur weiteren Konturierung des Zurechnungsbegriffes, nämlich (i) dass eine Zurechnung im Falle eines aktiven Tuns oder Unterlassens nur bei einer ansonsten bestehenden Zurechnungsfähigkeit des Berechtigten bzw. Zurechenbarkeit der Handlung oder des Unterlassens in Frage kommt (Rdnr. 105), (ii) die Frage des Verschuldens irrelevant ist (da es um die Abgrenzung von Risikosphären geht) (Rdnr. 105) und (iii) die Anforderungen an das aktive Tun oder Unterlassen nicht überspannt werden dürfen (Rdnr. 106).

Eine Zurechnung der Unrichtigkeit einer Listeneintragung zum Berechtigten scheidet – wie bei den Gutgläubenvorschriften der §§ 932 ff. BGB<sup>1</sup> – aus (**Frage der Zurechnungsfähigkeit**), wenn der Berechtigte (i) geschäftsunfähig (§ 104 BGB) oder (ii) nur beschränkt geschäftsfähig (§§ 2, 106 BGB) ohne ausreichende Einsichtsfähigkeit<sup>2</sup> ist. Denn bei dieser Personengruppe trägt der den Rechtsverlust legitimierende Gedanke nicht, dass ein GmbH-Gesellschafter besondere Sorgfalt im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste und ihrer Kontrolle auszuüben hat. Eine Ausnahme ist aus Verkehrsschutzinteressen nur für den Fall zuzulassen, dass ein Notar eine nach § 105 Abs. 1 BGB oder § 108 BGB unerkannt nichtige Abtretung beurkundet und anschließend die insoweit unrichtige Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht (§ 40 Abs. 2)<sup>3</sup>. Zudem scheidet eine Zurechnung der Unrichtigkeit zum Berechtigten – ebenfalls wie bei den Gutgläubenvorschriften der §§ 932 ff. BGB<sup>4</sup> – bei Ausübung von *vis absoluta* oder *vis compulsiva* in einem Umfang auf den Berechtigten ausgeübt wird, dass eine unwiderrstehliche Gewalt- oder Zwangslage besteht<sup>5</sup>. Auf die Frage eines Verschuldens kommt es wegen der notwendigen Abgrenzung von Risikosphären und Interessenlagen nicht an; die Zurechnung ist **verschuldensunabhängig**<sup>6</sup>.

Eine **Zurechnung durch Unterlassen** kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Berechtigte die Unrichtigkeit der Listeneintragung kennt oder kennen muss und dennoch keine möglichen Maßnahmen zu ihrer Beseitigung ergreift, z.B. gegenüber den Geschäftsführern unter Beifügung entsprechender Nachwei-

1 Vgl. *Bassenge*, in: Palandt, § 935 BGB Rdnr. 5; *Wiegand*, in: Staudinger, 2008, § 935 BGB Rdnr. 10; *Quack*, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 935 BGB Rdnr. 7; hiergegen (Abstellen auf Einsichtsfähigkeit) *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 2009, § 52 Rdnr. 42; *Henssler*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 935 BGB Rdnr. 6.

2 So ist eine Zurechnung der Unrichtigkeit im Einzelfall (!) auch bei einer nur beschränkt geschäftsfähigen Person möglich, z.B. bei einem unternehmerisch tätigen 17-Jährigen mit ausreichender Einsichtsfähigkeit.

3 *Wiersch*, S. 98 ff.

4 *Bassenge*, in: Palandt, § 935 BGB Rdnr. 5; *Wiegand*, in: Staudinger, 2008, § 935 BGB Rdnr. 11; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 2009, § 52 Rdnr. 43; strenger allerdings *Quack*, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 935 BGB Rdnr. 7.

5 Vgl. *Reymann*, BB 2009, 506 ff.; differenzierend *Wiersch*, S. 102 ff.

6 Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 80; *Leistikow*, Das neue GmbH-Recht, 2009, § 4 Rdnr. 207; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 175; *Wiersch*, S. 92; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 304.

se anregt, eine geänderte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, oder selbst die Zuordnung eines Widerspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung zu erreichen versucht<sup>1</sup>. Dies betrifft beispielsweise die Fälle einer wirksamen Abtretung (ggf. mit Eintritt einer auflösenden Bedingung) sowie einer wirksamen Kaduzierung bzw. Preisgabe, in der die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste im Anschluss an die Anteilsübertragung unterbleibt (Zurechnung an den Erwerber)<sup>2</sup>. Es ist daher auch zu pauschal, mit der Regierungsbegründung (S. 88) anzunehmen (Rdnr. 103), eine zurechenbare Unrichtigkeit liege dann vor, wenn zunächst der Scheinerbe des früheren Gesellschafters in der Gesellschafterliste eingetragen wird und der wahre Erbe es unterlässt, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen. Denn es kommen durchaus Fälle in Betracht, in denen dem Berechtigten die Unrichtigkeit nicht zuzurechnen ist (Fund eines abweichenden Testaments nach Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister)<sup>3</sup>. Eine **Zurechnung auf Grund aktiven Tuns** kommt insbesondere für die Fälle einer unwirksamen Abtretung von Geschäftsanteilen in Betracht, solange der Berechtigte für die Einreichung der unrichtigen Liste zum Handelsregister nur kausal wird, d.h. er die unrichtige Publizierung durch sein Verhalten in irgendeiner Weise veranlasst<sup>4</sup>. Etwas anderes gilt aus Verkehrsschutzinteressen auch nicht, wenn der Einreichende der Gesellschafterliste hierzu auf Grund einer arglistigen Täuschung veranlasst wurde<sup>5</sup>.

## 7. Verhältnis des Berechtigten zum Nichtberechtigten

- 107 Der gutgläubige Erwerber ist dem materiell-rechtlichen Berechtigten im Grundsatz nicht zum Ausgleich verpflichtet<sup>6</sup>. Allerdings haftet ein unentgeltlicher Erwerber gegebenenfalls nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB und ein unentgeltlicher Drittempfänger nach § 822 BGB. Darüber hinaus kann der Berechtigte vom verfügenden Nichtberechtigten die Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten beanspruchen (§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB)<sup>7</sup>, d.h. die Herausgabe der Gegen-

1 Zu solchen Fällen auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 80; *Wicke*, Rdnr. 22; *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkung des MoMiG auf bestehende GmbHs, S. 195; *Wiersch*, S. 87 ff.; *Apfelbaum*, DB 2008, 2470, 2475; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 898; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 421.

2 A.A. *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 792; *Wicke*, Rdnr. 22, die beide eine Zurechnung verneinen, wenn ein Notar die ihm gemäß § 40 Abs. 2 obliegende Einreichungspflicht verletzen.

3 Ebenso *Apfelbaum*, BB 2008, 2470, 2475; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 792; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897 Fn. 56; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 421; *Noack*, DB 2007, 1395, 1399; *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 112; *Wiersch*, S. 90 f.

4 *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897 f.; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 421; *Wiersch*, S. 91 ff.; im Grundsatz auch *Berger*, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkung des MoMiG auf bestehende GmbHs, S. 196; a.A. *Vossius*, DB 2007, 2299, 2302.

5 A.A. *Apfelbaum*, BB 2008, 2470, 2476; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2302.

6 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 81; zu § 932 BGB BGH, JZ 1956, 490 f.; zu § 892 BGB RGZ 85, 61, 64; RGZ 90, 395, 397 f.; *Wacke*, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 892 BGB Rdnr. 74.

7 *Grunewald*, ZIP 2006, 685, 688 f.

leistung einschließlich eines Gewinns, auch wenn dieser Wert über dem wahren Wert des Geschäftsanteils liegt<sup>1</sup>. Weiterhin kommen Ansprüche aus §§ 681, 687 Abs. 2 BGB und deliktische Schadensersatzansprüche nach §§ 823 ff. BGB in Betracht.

## VI. Inkrafttreten und Übergangsvorschrift

### 1. Legitimationswirkung und Haftung

Mangels einer besonderen Übergangsregelung sind die Neuregelungen in § 16 Abs. 1 und Abs. 2 mit den MoMiG am 1. 11. 2008 in Kraft getreten (Art. 25 MoMiG)<sup>2</sup>. Dies hat zur Folge, dass einer vor dem 1. 11. 2008 nach § 40 a.F. eingereichten und im Handelsregister aufgenommenen<sup>3</sup> Gesellschafterliste ungeachtet ihrer materiell-rechtlichen Richtigkeit bis zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste einseitig die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 zukommt, andererseits aber auch die in jener Liste ausgewiesenen Gesellschafter für rückständige Leistungen nach § 16 Abs. 2 haften<sup>4</sup>. Allerdings ist hierfür Voraussetzung, dass die Eintragung in der Gesellschafterliste dem Eingetragenen zugerechnet werden kann<sup>5</sup>. Dies ist im Hinblick auf vor dem 1. 11. 2008 erfolgte Einreichungen von Gesellschafterlisten zum Handelsregister nur bei einer ordnungsgemäßen Anmeldung nach § 16 Abs. 1 a.F. der Fall, und für einen noch eingetragenen Rechtsvorgänger umgekehrt dann nicht, wenn sich der Rechtsnachfolger (Erwerber) ordnungsgemäß angemeldet hat; in diesem Fall kommt für den Rechtsvorgänger allein eine Haftung nach § 16 Abs. 2 und nicht nach § 16 Abs. 1 in Betracht<sup>6</sup>. Unanwendbar ist § 16 Abs. 1 schließlich bei Alteintragungen, denen keine Anmeldung nach § 16 Abs. 1 a.F. vorausgegangen war, insbesondere weil sie nicht auf Grund einer Veräußerung erfolgen.

### 2. Gutgläubiger Erwerb

Für die Frage der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 3 mit der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs ist zunächst zwischen Neugesellschaften und Altgesellschaften zu differenzieren. Für sämtliche GmbHs, die nach dem 31. 10. 2008 errichtet oder durch Eintragung eines Formwechsels in die Rechtsform der GmbH nach § 202 UmwG entstanden sind, gilt § 16 Abs. 3 ohne Besonderheiten. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 3 Abs. 3 Satz 1 EGGmbHG<sup>7</sup>. Im

1 BGHZ 29, 157, 159 ff.; BGH, NJW 1997, 190; H.-P. Westermann/Buck-Heeb, in: Erman, 12. Aufl. 2008, § 816 BGB Rdnr. 20; a.A. Medicus, Bürgerliches Recht, 2007, Rdnr. 724; Schwab, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 816 BGB Rdnr. 43; differenzierend Lorenz, in: Staudinger, 2007, § 816 BGB Rdnr. 23 f.

2 Hasselmann, NZG 2009, 409, 412; Reymann, BB 2009, 506, 510; Zirngibl, in: Bunne- mann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 4 Rdnr. 21.

3 Hierzu jetzt OLG München, GmbHR 2009, 825.

4 Ausführlich Reymann, BB 2009, 506, 511; a.A. Zirngibl, in: Bunne- mann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 4 Rdnr. 22, wonach § 16 Abs. 1 auf alte Listen anwendbar sei.

5 Ausführlich Reymann, BB 2009, 506, 511.

6 Ausführlich Reymann, BB 2009, 506, 512.

7 Ebenso Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 83.

Hinblick auf vor dem 1. November 2008 errichtete oder durch Formwechsel entstandene Altgesellschaften ist weiter wie folgt zu differenzieren: (1) Eine (konkrete) Unrichtigkeit in der Gesellschafterliste, die bereits vor dem 1. 11. 2008 vorhanden war und dem Berechtigten i.S. von § 16 Abs. 3 Satz 2 zuzurechnen ist, kann frühestens nach dem 1. 5. 2009 (also ab dem 2. 5. 2009, 0 Uhr) zum gutgläubigen Erwerb führen (§ 3 Abs. 3 Satz 1 EGGmbHG). Diese Regelung einer 6-monatigen Karenzzeit dient dazu, es den Gesellschaften und ihren Gesellschaftern zu ermöglichen, die materiell-rechtliche Richtigkeit der Gesellschafterliste zu überprüfen und ggf. eine Unrichtigkeit durch Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste zu korrigieren<sup>1</sup>. Berechtigte könnten in dieser Zeit auch ohne Einvernehmen mit der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern einen Widerspruch auf der Grundlage einer einstweiligen Verfügung der Listeneintragung zuordnen lassen, um somit einen gutgläubigen Erwerb zu verhindern. (2) In dem Fall, dass die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste dem Berechtigten nicht i.S. von § 16 Abs. 3 Satz 3 zugerechnet werden kann, kommt ein gutgläubiger Erwerb erst nach Ablauf der 3-Jahresfrist, also ab dem 2. 11. 2011, 0 Uhr in Betracht (§ 3 Abs. 3 Satz 2 EGGmbHG). – Bei den Anfangsterminen ist jeweils auf das schuldrechtliche Kausalgeschäft abzustellen<sup>2</sup>.

## § 17

### Veräußerung von Teilen des Geschäftsanteils

§ 17 aufgehoben durch MoMiG vom 23. 10. 2008 (BGBl. I 2008, 2026).

#### Inhaltsübersicht

<p><b>I. Gesetzesänderung und Änderungszwecke</b> . . . . . 1</p> <p><b>II. Voraussetzungen der Teilung</b></p> <p>1. Konzeption . . . . . 4</p> <p>2. Gesellschaftererklärung zur Teilung . . . . . 5</p>	<p>3. Gesellschafterbeschluss . . . . . 7</p> <p>4. Inhaltliche Vorgaben . . . . . 9</p> <p>5. Änderung der Gesellschafterliste 10</p> <p>6. Statutarische Regelungen . . . . 11</p> <p><b>III. Inkrafttreten der Gesetzesaufhebung</b> . . . . . 14</p>
--	--

**Schrifttum:** *Förl*, Die neue Teilbarkeit von Geschäftsanteilen – einfach (und) gut?, RNotZ 2008, 409; *Fröhlich*, GmbH-Teilung von Geschäftsanteilen. Wesentliche Erleichterungen durch das MoMiG, GmbH-StB 2009, 83; *Mayer, D.*, Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, DNotZ 2008, 403.

<sup>1</sup> Vgl. *Rodewald*, GmbHR 2009, 196, 199; *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131.  
<sup>2</sup> *Rodewald*, GmbHR 2009, 196, 199.

Nicht nur die Masselosigkeit, sondern auch die Überschuldung muss behoben werden.

Voraussetzung der Rückumwandlung einer aufgelösten Personengesellschaft in eine werbend tätige Personengesellschaft ist grundsätzlich ein *Vertrag oder Beschluss aller Gesellschafter*. Unternehmensfortführung in allseitigem Einverständnis kann stillschweigende Fortführungsvereinbarung sein mit der Folge, dass die bestehende Gesellschaft („das Unternehmen“) nach wie vor aus den Altverbindlichkeiten schuldet<sup>1</sup>. Hiervon zu unterscheiden ist die Abrede, dass nur einer der Gesellschafter (auf Grund Liquidation) das Unternehmen fortsetzen soll<sup>2</sup>. An Stelle einer allseitigen Fortsetzungsvereinbarung genügt ein *Mehrheitsbeschluss* (Anh. § 45 Rdnr. 23), wenn sich seine Zulässigkeit mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt (§ 60 Rdnr. 120)<sup>3</sup>. Die Zulassung eines Mehrheitsbeschlusses bei der GmbH & Co. KG hängt von der Wahrung des *Bestimmtheitsgrundsatzes* ab (Anh. § 45 Rdnr. 24). Bei einer *Publikums-KG* werden aber, wenn Mehrheitsbeschlüsse allgemein zugelassen sind, geringere Anforderungen gestellt als bei sonstigen Personengesellschaften (Anh. § 45 Rdnr. 24 ff.). Der überstimmte Gesellschafter kann dann ggf. seine Beteiligung an der fortzusetzenden Gesellschaft aus wichtigem Grund kündigen.

183

Die Fortsetzung der KG setzt voraus, dass sie noch einen hierfür geeigneten *Komplementär* hat. Eine GmbH in der Insolvenz ist aber nicht taugliche Komplementärin einer werbend fortzusetzenden KG. Die GmbH dürfte entweder überhaupt nicht insolvent sein (ein bei der typischen GmbH & Co. theoretischer Fall, den es z.B. geben mag, wenn eine Konzernmutter Komplementär-GmbH ist), oder sie muss ihrerseits fortgesetzt werden (Rdnr. 134 ff.). Anderenfalls müsste für einen neuen Komplementär gesorgt werden (unpraktisch)<sup>4</sup>.

184

## § 64

### Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

**Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.**

1 RGZ 28, 134.

2 KG, JW 1929, 2157 mit Anm. *Goldschmit*.

3 Zustimmend *Lüke*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, § 10 Rdnr. 215.

4 S. auch *Lüke*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, § 10 Rdnr. 215.



Text i.d.F. des Gesetzes vom 25. 3. 1930; geändert durch Gesetz vom 15. 5. 1986 (BGBl. I 1986, 721) und durch EGInsO vom 5. 10. 1994 (BGBl. I 1994, 2911); Abs. 1 aufgehoben, früherer Abs. 2 jetzt einziger Text und Satz 3 eingefügt durch MoMiG vom 23. 10. 2008 (BGBl. I 2008, 2026).

### Inhaltsübersicht

<b>I. Systematik</b>		6. Zurechnung . . . . .	43
1. Geschichte der Bestimmung . . .	1	7. Verschulden und Exkulpation . .	46
2. Das Recht der GmbH & Co. KG . . . . .	4	<b>III. Rechtsfolgen</b>	
3. Normzweck und Normstruktur . . . . .	6	1. Der Grundlagenstreit: Erstattungspflicht oder Schadensersatz? . . . . .	49
4. Bedeutung des „Zahlungsverbots“ . . . . .	8	2. Rechtsprechung und herrschende Meinung: schlichte Erstattung und Verfolgungsrecht . . .	53
5. Verständnis der „Erstattungspflicht“ . . . . .	12	3. Gegenstandspunkt . . . . .	56
6. Die Bedeutung des neuen Verbots insolvenzverursachender Zahlungen (§ 64 Satz 3 bzw. § 130a Abs. 1 Satz 3 HGB) . . . . .	15	4. Geltendmachung des Anspruchs . . . . .	58
7. Zur nachfolgenden Kommentierung . . . . .	16	<b>IV. Insolvenzauslösende Zahlungen an Gesellschafter (§ 64 Satz 3 GmbHG, § 130a Abs. 1 Satz 3 HGB)</b>	
<b>II. Der Tatbestand der „verbotenen Zahlungen“ nach § 64 Satz 1 und Satz 2</b>		1. Grundlagen . . . . .	64
1. Der Begriff der „Zahlungen“ . . .	19	2. Der Tatbestand . . . . .	74
2. Unbare Zahlungen (Buchgeldtransfers) . . . . .	25	3. Entlastungsbeweise . . . . .	87
3. Saldierung von Zahlungsvorgängen . . . . .	30	4. Beweislast . . . . .	90
4. Der kritische Zeitpunkt . . . . .	34	5. Rechtsfolgen . . . . .	91
5. Erlaubte Zahlungen (§ 64 Satz 2) . . . . .	38	6. Verhältnis zu anderen Haftungsbestimmungen . . . . .	97
		7. Verhältnis zur Haftung von Zahlungsempfängern, sonstigen Gesellschaftern und Aufsichtsratsmitgliedern . . . . .	100

**Schrifttum** (speziell zu § 64 Satz 3 vgl. vor Rdnr. 64): *Altmeyen*, Insolvenzverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201; *Arends/Möller*, Aktuelle Rechtsprechung zur Geschäftsführerhaftung in Krise und Insolvenz der GmbH, GmbHR 2008, 169; *Berger/Herbst*, Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen: zwischen Scylla und Charybdis. § 266a StGB versus § 64 Abs. 2 GmbHG, BB 2006, 437; *Bitter*, Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für „Zahlungen nach Insolvenzreife“, WM 2001, 666; *Bork*, Zum Beginn des Zahlungsverbots gem. § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG, NZG 2009, 775; *Casper*, Insolvenzverschleppungs- und Insolvenzenverursachungshaftung des Geschäftsführers und der Gesellschafter, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 6.26 ff.; *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellten Mitteln, NZG 2008, 532; *Goette*, Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs. 2 GmbHG, in: FS Gerhard Kreft, 2004, S. 53 = ZInsO 2005, 1;

*Haas*, Die GmbH in der Insolvenz, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2006, § 92; *Haas*, Der Erstattungsanspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG, NZG 2004, 737; *Haas*, Die Berücksichtigung der Insolvenzquote im Rahmen des Haftungsanspruchs nach § 64 Abs. 2 GmbHG, in: FS Gero Fischer, 2008, S. 211; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vor-Insolvenz: Höchsttrichterlich geklärt? Masseerhaltung, Lohnsteuerhaftung und Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, DStR 2007, 2134; *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, 2006; *Poertzgen*, Die Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG de lege ferenda, ZInsO 2006, 561; *Karsten Schmidt*, Verbotene Zahlungen von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten: Insolvenzzrechtliche Brotvermehrung durch Klagen nach § 64 Abs. 2 GmbHG?, ZHR 168 (2004), 637; *Karsten Schmidt*, Übermäßige Geschäftsführerrisiken aus § 64 Abs. 2 GmbHG, § 130a Abs. 3 HGB? Eine Kritik der Praxis zu den Zahlungsverboten bei Insolvenz einer GmbH oder GmbH & Co. KG, ZIP 2005, 2177; *Karsten Schmidt*, Debitorisches Bankkonto und Insolvenzverschleppungshaftung: Ist Geben seliger denn Nehmen?, ZIP 2008, 1401; *Karsten Schmidt*, Gesetzlicher Handlungsbedarf im Insolvenzverschleppungsrecht, ZIP 2009, 1551; *Uwe H. Schneider/Brouwer*, Die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung. Eine Herausforderung für die höchstrichterliche Rechtsprechung, ZIP 2007, 1033; *Schulze-Osterloh*, Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife (§ 64 Abs. 2 GmbHG, §§ 92 Abs. 3, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG), in: FS G. Bezenberger, 2000, S. 415; *Werres*, Kontokorrent und Haftung nach § 64 Abs. 2 GmbHG, ZInsO 2008, 1001; *Wilhelm*, Verbot der Zahlung, aber Strafdrohung bei Nichtzahlung gegen den Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH?, ZIP 2007, 1781.

## I. Systematik

### 1. Geschichte der Bestimmung

a) § 64 hat eine **wechselvolle Geschichte**. Diese ist **von bleibender Bedeutung** für die Auswertung der nach dem MoMiG und nach altem, jedoch teilweise nur redaktionell überholtem Recht ergangenen Rechtsprechung. Der gegenwärtige § 64 galt von 1892 bis zum **31. 10. 2008<sup>1</sup> als § 64 Abs. 2**, jedoch ohne den gegenwärtigen § 64 Satz 3. **§ 64 a.F.** hatte vor dem Inkrafttreten des MoMiG folgenden Wortlaut:

(1) Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig, so haben die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Dies gilt sinngemäß, wenn sich eine Überschuldung der Gesellschaft ergibt.

(2) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

Die Bestimmung befasste sich also in einem Atemzug mit dem Tatbestand der „Insolvenzantragspflicht“, also dem Insolvenzverschleppungsverbot (§ 64 Abs. 1 a.F.) und mit dem Tatbestand der „verbotenen Zahlungen“ (§ 64 Abs. 2 a.F.). Beide Tatbestände wurden hier in den Voraufgaben **im Sinne einer einheitlichen Haftung für Insolvenzverschleppungsschäden** gedeutet (9. Aufl., Rdnr. 10, 23,

<sup>1</sup> Art. 25 MoMiG.

35, 77), während der **Bundesgerichtshof** schon unter dem vor dem MoMiG geltenden Recht streng zwischen der **Insolvenzantragspflicht** (§ 64 Abs. 1 a.F., jetzt § 15a InsO) und dem **Zahlungsverbot** (§ 64 Abs. 2 a.F., jetzt § 64 n.F.) mit jeweils ganz andersartigen Zivilrechtssanktionen unterschied<sup>1</sup>. Das **MoMiG** hat **beide Tatbestände seit 2008 auch redaktionell getrennt** (dazu sogleich Rdnr. 2). Der **Sinnzusammenhang** ist damit gesetzestechnisch noch stärker verdeckt als vor dem MoMiG<sup>2</sup>. An dem hier vertretenen **Einheitsmodell der Insolvenzverschleppungshaftung** und damit an der **Integration des § 64 (resp. des § 130a HGB) in die Insolvenzverschleppungshaftung** ist gleichwohl festzuhalten (vgl. Rdnr. 10, 14, 51; Anh. § 64 Rdnr. 58 ff.). Allerdings wird es nach dem MoMiG noch schwieriger als zuvor sein, den **Bundesgerichtshof** und die **herrschende Auffassung** von ihrem **Trennungsmodell** abzubringen<sup>3</sup>. Die nachfolgende Kommentierung stellt dies in Rechnung (Rdnr. 16, 52).

- 2 **b) Mit Wirkung vom 1. 11. 2008** (Art. 25 MoMiG) wurden beide Tatbestände gesetzeshedaktionell getrennt (Rdnr. 1): Die „**Insolvenzantragspflicht**“, also das **Insolvenzverschleppungsverbot**, wurde unter **Aufhebung des § 64 Abs. 1 a.F.** durch Art. 1 Nr. 43 Buchst. a MoMiG **rechtsformneutral in die Insolvenzordnung verlegt** (§ 15a InsO, eingeführt durch Art. 9 Nr. 3 MoMiG). Die nunmehr maßgebliche Bestimmung des **§ 15a InsO** wird hier im **Anhang zu § 64** kommentiert. Die Regierungsbegründung<sup>4</sup> des MoMiG geht davon aus, dass die gesellschaftsrechtliche Ansiedelung des vormaligen § 64 Abs. 1 a.F. nur historisch erklärbar, der Sinn und Zweck der Bestimmung dagegen rein insolvenzrechtlicher Art sei. Bezweckt werde nämlich die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens zum Schutz der Alt- und Neugläubiger (vgl. näher zum Normzweck Rdnr. 6, Anh. § 64 Rdnr. 15, 45 ff.). Dagegen verblieb der vormalige Abs. 2 über **verbotene Zahlungen** als Restbestand in § 64 (vgl. Rdnr. 3).
- 3 **c) Der geltende § 64** basiert auf **§ 64 Abs. 2 a.F.** (vgl. Rdnr. 1). Er wurde durch Art. 1 Nr. 43 Buchst. b MoMiG **um** den gegenwärtigen **Satz 3 ergänzt**. Diese Vorschrift verpflichtet die Geschäftsführer zur Erstattung von Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten und auch geführt haben (dazu Rdnr. 64 ff.).

## 2. Das Recht der GmbH & Co. KG

- 4 **a) Für die GmbH & Co. KG** (genauer: für **rechtsfähige Personengesellschaften ohne natürlichen Komplementär**) gelten statt § 64 die **§§ 130a, 177a HGB**. Diese lauten **in der seit dem MoMiG geltenden Fassung** wie folgt:

1 BGHZ 126, 181, 195 ff. = GmbHR 1994, 539, 544 f. = ZIP 1994, 1103, 1108 f.; BGH, GmbHR 2007, 936 = NJW-RR 2007, 1490 = ZIP 2007, 1501; näher zur Entwicklung *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1402 f.

2 Vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1403.

3 In ähnlicher Weise hält *Altmeyen* an dem von ihm vertretenen Einheitsmodell fest, wonach nicht § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB die Grundnorm auch für § 64, sondern § 64 die zivilrechtliche Sanktionsnorm des § 15a InsO ist (*Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 26 ff.).

4 BT-Drucks. 16/6140, S. 55.

**§ 130a Antragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung**

(1) Nachdem bei einer Gesellschaft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat, dürfen die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter und die Liquidatoren für die Gesellschaft keine Zahlungen leisten. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Entsprechendes gilt für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht, wenn zu den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft eine andere offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Wird entgegen § 15a Abs. 1 der Insolvenzordnung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht oder nicht rechtzeitig beantragt oder werden entgegen Absatz 2 Zahlungen geleistet, so sind die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter und die Liquidatoren der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist dabei streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. Die Ersatzpflicht kann durch Vereinbarung mit den Gesellschaftern weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschluss der Gesellschafter beruht. Satz 4 gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird. Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

(3) Diese Vorschriften gelten sinngemäß, wenn die in den Absätzen 1 und 2 genannten organschaftlichen Vertreter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

**§ 177a Angaben auf Geschäftsbriefen: Antragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung**

Die §§ 125a und 130a gelten auch für die Gesellschaft, bei der ein Kommanditist eine natürliche Person ist, § 130a jedoch mit der Maßgabe, dass an Stelle des Absatzes 1 Satz 4 der § 172 Abs. 6 Satz 2 anzuwenden ist. Der in § 125a Abs. 1 Satz 2 für die Gesellschafter vorgeschriebenen Angaben bedarf es nur für die persönlich haftenden Gesellschafter der Gesellschaft.

b) Gesetzesgeschichtlich basiert § 130a HGB auf dem **Ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976** (BGBl. I 1976, 2034). Die mit Wirkung vom 1. 11. 2008 in Kraft getretenen **Änderungen durch das MoMiG vom 23. 10. 2008** (BGBl. I 2008, 2026) entsprechen im Wesentlichen denen des § 64 (dazu Rdnr. 2). Auch in § 130a HGB wurde dessen **Absatz 1 a.F. als Regelung über die „Insolvenzantragspflicht“** aufgehoben (Art. 3 Nr. 12 Buchst. a MoMiG) und in die insolvenzrechtliche Regelung des **§ 15a InsO** aufgenommen (Art. 9 Nr. 3 MoMiG). Die Vorschrift ist im **Anhang zu § 64** kommentiert. Der **aufgehobene § 130a Abs. 1 HGB a.F.** hatte folgenden Wortlaut:

(1) Wird eine Gesellschaft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, zahlungsunfähig oder ergibt sich die Überschuldung der Gesellschaft, so ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen; dies gilt nicht, wenn zu den Ge-

sellschaftern der offenen Handelsgesellschaft eine andere offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Antragspflichtig sind die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter und die Liquidatoren. Der Antrag ist ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft, zu stellen.

(2) ...

(3) ...

(4) ...

Die Neufassung des § 130a Abs. 1–3 HGB (Rdnr. 4) entspricht im Wesentlichen den Absätzen 2–4 des § 130a HGB a.F. Neu ist, wie Satz 3 des § 64, der § 130a Abs. 1 Satz 3 HGB n.F. über Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit führen mussten (dazu Rdnr. 64 ff.).

### 3. Normzweck und Normstruktur

- 6 a) Der allgemeine Normzweck des § 64 (bzw. § 130a HGB) zielt auf Gläubigerschutz<sup>1</sup>. Die Bestimmung dient, nicht anders als § 15a InsO, dem Schutz der Altgläubiger wie der Neugläubiger gegen Insolvenzverschleppungsschäden, die sie durch Schmälerung des Gesellschaftsvermögens, also der potentiellen Insolvenzmasse (§ 35 InsO) erleiden<sup>2</sup>. Einer **Gegenansicht**, wonach das „Zahlungsverbot“ – insofern vergleichbar mit § 43 – die Gläubiger nur mittelbar, unmittelbar dagegen das Gesellschaftsvermögen schützt (Rdnr. 11)<sup>3</sup>, wird hier nicht gefolgt. Sie ist nicht vom Schutzzweck des § 64 (bzw. § 130a HGB) geleitet, sondern von dem Versuch, die in § 64 artikulierten Rechtsfolge (Erstattungsanspruch der Gesellschaft) zu erklären. In der Tat ist aus § 64 und noch deutlicher aus § 130a HGB herzuleiten, dass der Gesellschaft ein Anspruch auf Ersatz des Verschleppungsschadens der Gläubiger Gesamtheit zusteht (Anh. § 64 Rdnr. 65 ff.). Aber **Schutzsubjekte** sind doch nur die Gläubiger<sup>4</sup>. Nach einer weiteren **Gegenansicht** wird durch die gesetzlichen Zahlungsverbote die Gläubigergleichbehandlung gesichert<sup>5</sup>. § 64 bzw. § 130a HGB sei die Sanktion für die Vorwegbefriedigung eines Gläubigers. Doch ist diese Auffassung abzulehnen. Nach ihr müsste die gegen § 64 verstoßende Zahlung ein Sonderfall eines Anfechtungstatbestands sein, und es wäre unbegreiflich, warum nicht der Empfänger der Zahlung, sondern der für die Zahlung verantwortliche Geschäftsführer das Geleistete nach § 64 herausrücken soll<sup>6</sup>. Missverständlich ist deshalb auch die vom BGH ver-

1 BGHZ 143, 184, 186 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184, 185; BGH, GmbHR 2009, 654 = ZIP 2009, 860.

2 Casper, in: Ulmer, Rdnr. 77; Bitter, WM 2001, 666, 670 ff.; im Ergebnis ähnlich auch Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 32.

3 Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, 5. Aufl., Rdnr. 94 ff. (nicht mehr so deutlich in der 6. Aufl., Rdnr. 26); Altmeyen/Wilhelm, NJW 1999, 673, 678; Altmeyen, ZIP 2001, 2201, 2205 f., 2211.

4 Insofern wie hier auch Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 32.

5 Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 78; Schulze-Osterloh, in: FS Bezenberger, 2001, S. 415 ff., 423; Goette, in: FS Kreft, S. 53, 58 f. = ZInsO 2005, 1, 3.

6 So auch Bitter, WM 2001, 666, 669 in Fn. 34; Karsten Schmidt, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.34; dagegen aber Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 78.

wendete Formel, wonach durch das Zahlungsverbot das vorhandene Gesellschaftsvermögen für die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung erhalten werden soll<sup>1</sup>. Das Ziel, die Bevorzugung des Empfängers zu verhindern, ist kein ergänzender Schutzzweck des § 64. Es ist dem Insolvenzverfahren generell immanent. Richtig ist nur, dass die in § 64 Satz 1 angeordnete Liquidation des Gläubigerschadens durch Zahlung in die Insolvenzmasse (Anh. § 64 Rdnr. 65 ff.) sich dieses insolvenzrechtliche Regime der Gläubigergleichbehandlung zunutze macht.

**b) Vom Normzweck zu unterscheiden sind Normansatz und Normstruktur** (also die rechtsdogmatischen Grundlagen des § 64 [bzw. § 130a HGB]). Sie sind **umstritten**. Die Hauptfragen bestehen darin, ob sich hinter § 64 ein von der „Insolvenzantragspflicht“ zu unterscheidendes besonderes „Zahlungsverbot“ verbirgt und ob § 64 (§ 130a HGB) in der Rechtsfolge von einer **Erstattungs-pflicht** (Wortlaut § 64 Satz 1) **oder** vom **Schadensersatz wegen Insolvenzverschleppung** (Wortlaut § 130a Abs. 2 HGB) handelt (Rdnr. 49 ff.).

#### 4. Bedeutung des „Zahlungsverbots“

**a) Herrschende Auffassung:** Die h.M. entnimmt dem § 64 (bzw. § 130a Abs. 1 HGB) **ein von der „Insolvenzantragspflicht“ (§ 15a InsO) zu unterscheidendes „Zahlungsverbot“**<sup>2</sup>. Demgemäß sieht sie die in § 64 geregelte Erstattungspflicht nicht als Bestandteil des Schadensersatzes wegen Insolvenzverschleppung (dazu Rdnr. 51, 56, Anh. § 64 Rdnr. 58 ff.) an, sondern als eine Sanktion, die von § 15a InsO ganz unabhängig ist (Rdnr. 50)<sup>3</sup>.

**b) Gegenansicht:** Fundamental entgegengesetzt ist der **Ansatz, wonach es bei § 64 Satz 1 (bzw. § 130a HGB) um nichts anderes geht als um einen Ausschnitt aus der Insolvenzverschleppungshaftung**. Nach dieser Auffassung enthält § 64 Satz 1 **kein von § 15a InsO unabhängiges Zahlungsverbot**<sup>4</sup>. Wohlgermerkt erklärt auch diese Auffassung die von § 64 Satz 1 (§ 130a Abs. 1 Satz 1 HGB) erfassten Zahlungen nicht etwa für rechtmäßig. Sie leugnet jedoch auf der Verbotsebene die strikte Trennung eines Insolvenzverschleppungsverbots (§ 15a Abs. 1 InsO) und eines Zahlungsverbots (§ 64 Satz 1, § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB). Diese Ansicht wird in zwei Varianten vertreten.

1 BGHZ 143, 184, 186 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184, 185; BGHZ 146, 264, 275 = GmbHR 2001, 190, 193 = NJW 2001, 1280, 1283 = ZIP 2001, 235, 239; BGH, GmbHR 2007, 596, 598 = ZIP 2007, 1006 f.; zust. *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 77; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 4.

2 BGHZ 126, 181, 195 ff. = GmbHR 1994, 539, 544 f. = ZIP 1994, 1103, 1108 f.; BGHZ 146, 264, 278 = GmbHR 2001, 190, 194 = ZIP 2001, 235, 239; *Casper*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 6.26; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 6 f.; *Nerlich*, in: Michalski, Rdnr. 8.

3 BGHZ 146, 264, 278 = GmbHR 2001, 190, 194 = ZIP 2001, 235, 239; *Röhricht*, ZIP 2005, 505, 509; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 78.

4 *Karsten Schmidt*, 9. Aufl., Rdnr. 25 ff., 35 ff.; *Karsten Schmidt*, GmbHR 2000, 1226 f.; *Karsten Schmidt*, ZHR 168 (2004), 637 ff., 654; *Karsten Schmidt*, ZIP 2005, 2177, 2179 ff.; *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666, 670 f.; im Ergebnis ähnlich bei anderer Dogmatik *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201 ff.

- 10 **aa) Satz 1 als Bestandteil des Schadensersatzes bei Insolvenzverschleppung?** Die hier vertretene Auffassung sieht die Grundlage der Haftung im **Insolvenzverschleppungsverbot** (§ 15a Abs. 1 InsO). § 64 Satz 1 (§ 130a Abs. 1 Satz 1 HGB) behandelt einen Ausschnitt der Schadensabwicklungstechnik beim Schadensersatz wegen Insolvenzverschleppung<sup>1</sup>. Die „verbotenen Zahlungen“ sind nichts als Schadensposten bei der Feststellung und Liquidation des Insolvenzverschleppungsschadens. Wenn man von einem besonderen „Zahlungsverbot“ sprechen möchte, dann besteht dieses nur darin, dass der wegen Insolvenzverschleppung Schadensersatzpflichtige den Schaden nicht noch vergrößern darf. Rechtsdogmatisch betrachtet gehört die Rechtsfigur der „verbotenen Zahlungen“ auf die Ebene der haftungsausfüllenden Kausalität bei Insolvenzverschleppung. Ihr Ausgleich soll nicht einzelne Zahlungen rückgängig machen, sondern die Quotenverringerung ausgleichen, die durch Insolvenzverschleppung entstanden ist<sup>2</sup>.
- 11 **bb) Satz 1 als Ausdruck einer Verlustausgleichspflicht der Organe?** Eine von *Altmeppen*<sup>3</sup> angeführte Ansicht koordiniert die Haftungstatbestände wegen Insolvenzverschleppung und „verbotener Zahlung“ auf andere Weise. Sie bestreitet den Schutzgesetzcharakter der „Insolvenzantragspflicht“ (seit dem MoMiG also des § 15a InsO). Der Gläubigerschutz in Fällen der Insolvenzverfahrenverschleppung basiert danach nicht auf § 823 Abs. 2 BGB (zu dieser h.M. vgl. dagegen Anh. § 64 Rdnr. 44), sondern auf dem recht verstandenen § 64 Satz 1 (resp. § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB). Was der Gesetzgeber ungeschickt als Verbot von Zahlungen beschreibe, sei ein allgemeines Verbot der Masseschmälerung durch Insolvenzverschleppung. Der Begriff der verbotenen Zahlungen mutiere in den Begriff des „Gesamtverlusts pro rata temporis“, besser wohl: des periodischen Gesamtverlusts in der Insolvenzverschleppungsphase. Diese Masseschmälerung sei nach § 64, § 130a HGB (bis 2008 nach den Absätzen 2 dieser Bestimmungen) auszugleichen, woraus sich eine **Verlustdeckungspflicht der Organe bei Insolvenzverschleppung** ergebe<sup>4</sup>. Diese Auffassung unterscheidet sich, wenn auch auf anderer dogmatischer Grundlage, nicht weniger von der h.M. als die hier vertretene (Rdnr. 10). Sie führt zu weitgehend ähnlichen Ergebnissen wie die vorliegende Kommentierung, soweit der sich aus Neuverbindlichkeiten und Masseschmälerungen ergebende Verlust der Verschleppungsperiode mit dem Gesamtschaden der Gläubiger (Anh. § 64 Rdnr. 65 ff.) deckungsgleich ist. Aber sie folgert dies ohne Zuhilfenahme des § 823 Abs. 2 BGB allein aus § 64, der

1 Vgl. zusammenfassend *Karsten Schmidt*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.34; ausführlich *Karsten Schmidt*, ZHR 168 (2004), 637, 661 ff.; zust. *Poertzgen*, Organhaftung, S. 226; sympathisierend *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 79.

2 So auch schon *Bitter*, WM 2001, 666, 672 in Fortführung eines Gedankens von *Heidenhain*, LM Nr. 18 zu § 64 GmbHG; die Ersetzung des Tatbestandsmerkmals „Zahlung“ durch „Masseschmälerung“ ist aber nur ein erster Schritt zum Gedanken des bilanziellen Verlusts.

3 Vgl. auch schon *Altmeppen/Wilhelm*, NJW 1999, 673 ff.

4 *Altmeppen*, ZIP 2001, 2201 ff.; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 26 ff.; s. auch *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2009, Rdnr. 495; abl. *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 4; *Wagner*, in: *MünchKomm. BGB*, 5. Aufl. 2009, § 823 BGB Rdnr. 396; *Wagner*, in: *FS Karsten Schmidt*, 2009, S. 1665, 1671.

eine Verlustdeckungshaftung nicht trägt (dagegen Anh. § 64 Rdnr. 55 f.). De lege ferenda kann die Gesetzgebung allerdings bei diesem Modell anknüpfen<sup>1</sup>.

### 5. Verständnis der „Erstattungspflicht“

Mit der Kontroverse über die Normstruktur des sog. „Zahlungsverbots“ gehen **unterschiedliche Vorstellungen über die Rechtsfolgen** einher (vgl. dazu im Einzelnen Rdnr. 49 ff.).

a) Nach der vom **Bundesgerichtshof** angeführten **herrschenden Auffassung** (Rdnr. 8) begründet § 64 bzw. § 130a HGB einen **Anspruch sui generis der Gesellschaft**. Dieser Anspruch hat nach Ansicht des BGH nichts mit der bis 2008 in § 64 Abs. 1 a.F. geregelten, durch die Reform 2008 (MoMiG) in die Insolvenzordnung ausgewanderten „Insolvenzantragspflicht“ und mit dem Schadenersatz wegen Insolvenzverschleppung zu tun<sup>2</sup>. Dieser Anspruch sui generis ist nach der Rechtsprechung **kein Schadenersatzanspruch** und schon gar **kein Anspruch wegen Verletzung des § 15a InsO**. Er richtet sich einfach auf Wiederherstellung des durch die Zahlung verminderten Gesellschaftsvermögens. Kausalitäts- oder Schadensüberlegungen und Massekalkulationen werden nicht angestellt. Für diese Sichtweise spricht der Wortlaut des § 64 Satz 1. Anders lautet allerdings § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB (bis 2008 § 130a Abs. 3 Satz 1 HGB a.F.). Während § 64 vom „Ersatz von (verbotenen) Zahlungen“ spricht, ist nach dieser Bestimmung der Geschäftsführer „zum Ersatz des entstandenen Schadens“ verpflichtet<sup>3</sup>. Der BGH hat aber durch Urteile vom 5. 2. 2007<sup>4</sup> und vom 26. 3. 2007<sup>5</sup> ausdrücklich entschieden, dass auch § 130a Abs. 2 HGB – wie § 64 Satz 1 – im Sinne einer strikten Erstattungspflicht für jede unerlaubte Zahlung zu lesen ist, weil der in § 130a Abs. 2 HGB apostrophierte „Schaden“ schon durch den Abfluss von Mitteln aus dem Gesellschaftsvermögen bewirkt sei<sup>6</sup>. Dem folgt die wohl h.M. (vgl. auch Rdnr. 50)<sup>7</sup>.

b) Die **hier vertretene Auffassung** bezieht § 64 Satz 1 (bzw. § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB) auch bezüglich der Rechtsfolge in die **Insolvenzverschleppungshaftung nach § 15a InsO** (vormals § 64 Abs. 1 a.F. bzw. § 130a Abs. 1 HGB a.F.) ein<sup>8</sup>.

1 Karsten Schmidt, ZIP 2009, 1551, 1554.

2 BGHZ 146, 264, 278 = GmbHR 2001, 190, 194 = NJW 2001, 1280, 1283 = ZIP 2001, 235, 239; BGH, GmbHR 2008, 702 = ZIP 2008, 1026; std. Rspr.; zust. Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 5; Wicke, Rdnr. 19; ausführlich und zustimmend Haas, in: FS Gero Fischer, 2008, S. 209 f.; Goette, in: FS Kreft, 2004, S. 53, 58 f. = ZInsO 2005, 1, 3; Röhrich, ZIP 2005, 505, 509; unstimmt Casper, in: Ulmer, wo das „zweigleisige Modell“ de lege lata befürwortet (§ 64 Rdnr. 7), dann aber die Folge des Zahlungsverbots i.S. eines Schadenersatzes korrigiert wird (§ 64 Rdnr. 82).

3 Ähnlich in Österreich § 25 Abs. 3 Nr. 2 öGmbHG.

4 BGH, GmbHR 2007, 936 = ZIP 2007, 1501.

5 BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006.

6 BGH, GmbHR 2007, 936 = ZIP 2007, 1501; so im Ergebnis auch schon OLG Schleswig, GmbHR 2005, 1625 = ZIP 2005, 2211; eingehende Kritik bei Karsten Schmidt, ZIP 2008, 1401 ff.

7 Vgl. nur Haas, in: FS Gero Fischer, 2008, S. 209 f.

8 Karsten Schmidt, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.34; Karsten Schmidt, 9. Aufl., Rdnr. 25 ff., 35 ff.; in gleicher Rich-



Ihrer Rechtsnatur nach ist die Ersatzleistung **Bestandteil des Schadensersatzes wegen Insolvenzverschleppung** (Rdnr. 51)<sup>1</sup>. Aus dem Verschleppungsverbot (§ 15a InsO) und dem sog. Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1, § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB) ergibt sich ein **einheitlicher Verbots- und Haftungstatbestand des Wrongful Trading mit Schadensersatzfolge** (vgl. Anh. § 64 Rdnr. 2, 15). § 64 (bzw. § 130a Abs. 1 HGB) steht deshalb nicht in einem Gegensatz zu § 15a InsO, sondern die Vorschrift ist Bestandteil der heute über § 823 Abs. 2 BGB konstruierten (Anh. § 64 Rdnr. 44)<sup>2</sup> Schadensersatzhaftung wegen Insolvenzverschleppung. Die Bestimmung des § 64 Satz 1 handelt wie die des § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB vom **Insolvenzverschleppungsschaden**<sup>3</sup>. Die Bestimmung läuft gleichwohl de lege lata nicht leer: § 64 Satz 1 (also der vormalige Absatz 2) enthält eine **Darlegungs- und Beweiserleichterung für den** durch Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen (der Masse) angerichteten **Gesamtgläubigerschaden** (vgl. Rdnr. 51 sowie Anh. § 64 Rdnr. 73). Gleichzeitig weist § 64 (§ 130a Abs. 2 HGB) den Anspruch auf Ersatz des Gesamtgläubigerschadens der Gesellschaft zu. § 64 ist gleichsam ein im materiellen Recht angesiedelter Urvater des § 92 InsO (dazu Anh. § 64 Rdnr. 56), ergänzt durch eine Darlegungs- und Beweiserleichterung<sup>4</sup>. Die Vorschrift bringt zum Ausdruck, dass der durch Schmälerung des Gesellschaftsvermögens entstehende Gesamtgläubigerschaden durch Leistung in das Gesellschaftsvermögen liquidiert werden kann (vgl. Rdnr. 56 ff.; Anh. § 64 Rdnr. 65 ff.)<sup>5</sup>. Indem der Insolvenzverwalter aus § 64 (§ 130a Abs. 2 HGB) gegen den oder die Verantwortlichen vorgeht, liquidiert er den durch die Zahlungen angerichteten mutmaßlichen Gesamtgläubigerschaden. Außerhalb eines Insolvenzverfahrens kann auch ein Liquidator gegen die Verantwortlichen vorgehen oder ein Gläubiger, der den Anspruch gepfändet hat (Rdnr. 59). Die Höhe der Zahlungen begründet die **widerlegliche Vermutung eines entsprechenden Gesamtgläubigerschadens**. Dieser Zusammenhang mit § 15a InsO war bis 2008 aus dem Gesetz klarer abzulesen als heute. Bis damals waren nämlich die Verschleppungsverbote in den Absätzen 1 der § 64, § 130a HGB niedergelegt, die „Zahlungsverbote“ jeweils in den Absätzen 2. Die GmbH-Reform 2008 (MoMiG) hat diese Regelungen redaktionell auseinander gerissen, vermag jedoch deren Sinneinheit nicht zu zerstören.

---

tung schon *Karsten Schmidt*, GmbHR 2000, 1226; *Bitter*, WM 2001, 666, 670 f.; so auch *Poertzgen*, Organhaftung, S. 226; sympathisierend *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 79 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 3 f.; für einen Ausgleich von Masseschmälerungen *Bitter*, WM 2001, 666 ff.

1 In dieser Hinsicht ähnlich *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 32.

2 In dieser Hinsicht a.M. *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201, 2205.

3 *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.34; der Sache nach ähnlich *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 27, 29: Insolvenzverschleppungsverlust.

4 Vgl. *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.42, *Karsten Schmidt*, ZHR 168 (2004), 637, 655.

5 Insofern, jedoch unter Ausschluss des § 823 Abs. 2 BGB, ähnlich *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 32.

## 6. Die Bedeutung des neuen Verbots insolvenzverursachender Zahlungen (§ 64 Satz 3 bzw. § 130a Abs. 1 Satz 3 HGB)

Der neue § 64 Satz 3 (bzw. § 130a Abs. 1 Satz 3 HGB) ist systematisch **mehr als eine bloße Ergänzung** des schon vor dem MoMiG in § 64 bzw. § 130a HGB (jeweils in Abs. 2 a.F.) enthaltenen **Satzes 1** – so aber die h.M.<sup>1</sup> –, sondern wirklich eine **Rechtsnorm sui generis**: ein **echtes Zahlungsverbot**. Es geht nicht um eine Vorverlagerung des angeblich in § 64 Satz 1 enthaltenen Zahlungsverbots<sup>2</sup>, sondern um eine mehr mit §§ 30, 43 Abs. 3 als mit § 64 Satz 1 verbundene Regelung im Vorfeld der Insolvenz (Rdnr. 64 f.). § 64 Satz 3 enthält, anders als § 64 Satz 1, ein Zahlungsverbot (insofern wie § 30), dessen Sanktion die verantwortlichen Geschäftsführer bzw. Liquidatoren und nicht die Gesellschafter trifft (anders als § 31). Wegen der Einzelheiten vgl. Rdnr. 64 ff.

## 7. Zur nachfolgenden Kommentierung

**a) Darstellungsaufgabe:** Die unterschiedlichen Ansichten bringen **erhebliche Unterschiede in den Ergebnissen** zutage. Die nachfolgende Kommentierung stellt **die Rechtsprechung und ihre Ergebnisse** systematisch dar. Sie ermöglicht, solange es bei dieser Rechtsprechung bleibt, eine **praktische Arbeit auf der Basis der vom BGH angeführten herrschenden Meinung**.

**b) Kritische Aufgabe:** Die Kommentierung enthält zugleich **Vorschläge für eine in sich stimmige Neukonzeption der Insolvenverschleppungshaftung**. In der Rechtsprechung laufen die Haftungstatbestände der Insolvenverschleppung (Anh. § 64) und der Zahlungsverbote (§ 64) gleichsam blind nebeneinander her. So, wie vom BGH gehandhabt, kann die Insolvenverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB, §§ 15a, 92 InsO im eröffneten Insolvenzverfahren aber nicht funktionieren (Anh. § 64 Rdnr. 56), und außerhalb des Insolvenzverfahrens funktioniert sie nur theoretisch (Anh. § 64 Rdnr. 62). Durch die Gerichtspraxis zu § 64 (bzw. § 130a HGB), die sich von der Insolvenverschleppungshaftung nahezu vollständig gelöst hat (Rdnr. 50, 53), werden auf der anderen Seite die Insolvenzverwalter auf Kosten der Geschäftsführer oder Liquidatoren im Übermaß entschädigt<sup>3</sup>. Dies sollte sich ändern (vgl. Rdnr. 56 ff.).

**c) Die hier auf Grund zahlreicher Vorarbeiten<sup>4</sup> vorgelegte Neukonzeption** beruht im Wesentlichen auf den folgenden Annahmen: **(1)** Es gibt kein von der „Insol-

1 Casper, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 6.41; Böcker/Poertzgen, WM 2007, 1203; Hölzle, GmbHR 2007, 729, 730 f.; S. Meyer, BB 2008, 1742, 1745; Niesert/Hohler, NZI 2009, 345, 348; Poertzgen, GmbHR 2007, 1258, 1260.

2 So aber Casper, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 6.41; Casper, in: Ulmer, Rdnr. 102; Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, 684; Hölzle, GmbHR 2007, 729, 730.

3 Karsten Schmidt, GmbHR 2008, 449 ff.: es kann keine Rede davon sein, dass die Insolvenverschleppungshaftung wegen Verletzung des § 15a InsO lediglich Schutzlücken, die § 64 offen lässt, füllen soll; so aber Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 2.

4 Vgl. Karsten Schmidt, JZ 1978, 661; Karsten Schmidt, ZHR 146 (2004), 637 ff.; Karsten Schmidt, ZIP 2005, 2179 ff.; Karsten Schmidt, ZIP 2009, 1401 ff.; s. auch bereits Bitter,

venzantragspflicht“ (§ 15a InsO) abtrennbares „Zahlungsverbot“ aus § 64 Satz 1 bzw. § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB (Rdnr. 9). Vielmehr gibt es nur ein **einheitliches Verbot der Insolvenzverschleppung, m.a.W. des Wrongful Trading** (Anh. § 64 Rdnr. 2, 15). Diese Einheitlichkeit des Verbots wird durch die redaktionelle Gestaltung des Gesetzes verdeckt, und zwar seit dem MoMiG (§ 15a InsO, § 64 GmbHG, § 130a HGB) noch mehr als davor (Absätze 1 und 2 des § 64 a.F. und § 130a HGB a.F.). Am Sachzusammenhang ändert dies nichts. (2) Die Haftung für Insolvenzverschleppung (Anh. § 64) umfasst den **Ausgleich des Gesamtgläubigerschadens** (§ 92), umfasst also den sog. **Quotenschaden aller Insolvenzgläubiger, der Neugläubiger wie der Altgläubiger** (Anh. § 64 Rdnr. 45, 58, 63; a.M. BGHZ 138, 211 = GmbHR 1998, 594 = NJW 1998, 2667 = ZIP 1998, 776). Dieser Quotenschaden ist deckungsgleich mit der Geldsumme, um die die Insolvenzmasse aufgefüllt werden muss, um aus der nunmehr zu erwartenden Ist-Quote die bei rechtzeitigem Insolvenzantrag erzielbare Soll-Quote zu erzielen (Anh. § 64 Rdnr. 61, 67)<sup>1</sup>. Mehr als diesen Gesamtgläubigerschaden müssen die Geschäftsführer nicht in die Masse einzahlen (a.M. BGHZ 146, 264, 275 = GmbHR 2001, 190, 193 = NJW 2001, 1280, 1283 = ZIP 2001, 235, 239; BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006). (3) Die durch das „**Zahlungsverbot**“ (§ 64 Satz 1, § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB) erfassten Zahlungen sind **lediglich Schadensposten im Zuge der Insolvenzverschleppungshaftung**. Die nach § 64 bzw. § 130a HGB geschuldete Zahlung ist Bestandteil des Quotenschadensersatzes wegen Insolvenzverschleppung. (4) **Neugläubiger** sind von der Schadensliquidation nach §§ 15a, 92 InsO ebenso wenig ausgeschlossen wie von der Verteilung der nach § 64 (bzw. § 130a HGB) in die Masse eingezahlten Beträge (Anh. § 64 Rdnr. 63, 65 f.; a.M. BGHZ 138, 211 = GmbHR 1998, 594 = NJW 1998, 2667 = ZIP 1998, 776). Nur den durch die **Quotendifferenz** nicht gedeckten **Individualschaden** müssen sie individuell geltend machen (Anh. § 64 Rdnr. 58). (5) Die **Rechtsnatur der Haftung für insolvenzauslösende Zahlungen** nach Satz 3 des § 64 bzw. des § 130a HGB ist **eine vollständig andere** als die nach § 64 Satz 1 (Rdnr. 15).

## II. Der Tatbestand der „verbotenen Zahlungen“ nach § 64 Satz 1 und Satz 2

### 1. Der Begriff der „Zahlungen“

- 19 Der Begriff der „Zahlungen“ ist – ähnlich wie bei § 30 Satz 1 – untechnisch gemeint und weit auszulegen<sup>2</sup>. Gemeint sind **masseschmälernde Vermögensleistungen aus dem Gesellschaftsvermögen**. Es verhält sich mit dem Begriff der

WM 2001, 666, 670 f.; in vielem ähnlich *Poertzgen*, Organhaftung, S. 322 ff.; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 76 ff.; *Poertzgen*, ZInsO 2006, 561, 566 f.; nur de lege ferenda diskussionsbereit *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 4.

1 Im Ergebnis ähnlich die von *Altmeyen* (*Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 27 ff.) angenommene Verlustdeckungspflicht; gleichwohl scharf gegen die hier vertretene Auffassung *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201, 2206 f.

2 BGHZ 126, 181, 194 = NJW 1994, 2220, 2223 = ZIP 1994, 1103, 1108; BGHZ 143, 184, 186 f. = GmbHR 2000, 182, 183 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184, 185; BGH, NJW 2009, 1598 = ZIP 2009, 956; OLG Hamburg, GmbHR 2005, 1497, 1501 = ZIP 2005, 1968, 1971; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 9.

„Zahlungen“ ähnlich wie bei § 30 Satz 1: Der Begriff ist teleologisch im Lichte des Gläubigerschutzes durch Massenerhaltung zu verstehen. Im Einzelnen ist vieles streitig.

**a) Geldleistungen und Nicht-Geldleistungen als „Zahlungen“:** Zahlungen i.S. von § 64 sind zunächst **Geldleistungen aus dem Gesellschaftsvermögen**, sei es als Barzahlungen (Übereignung von Sachgeld), sei es durch Verschaffung von Buchgeld (dazu Rdnr. 25 ff.)<sup>1</sup>. **Nicht-Geldleistungen** können „Zahlungen“ i.S. von § 64 Satz 1 sein<sup>2</sup>, wenn sie im **masseschmälernden Transfer aus dem Gesellschaftsvermögen** bestehen (zu dieser Voraussetzung vgl. Rdnr. 22). Beispielsweise gehören hierher: **Leistungen an Zahlungs statt oder zahlungshalber**<sup>3</sup>. Insbesondere eine **Forderungsabtretung** kann „Zahlung“ i.S. von § 64 Satz 1 sein<sup>4</sup>, ebenso kann jede sonstige Übertragung von Wirtschaftsgütern (Immobilien, Waren, gewerblichen Schutzrechten) eine „Zahlung“ darstellen<sup>5</sup>, nach manchen sogar die Leistung von Diensten (dagegen aber Rdnr. 22)<sup>6</sup>. In diesen Fällen ist allerdings besonders auf die Frage zu achten, ob nicht ein Bargeschäft vorliegt (Rdnr. 31). Eine von der Gesellschaft erklärte **Aufrechnung** (§§ 387, 389 BGB) bzw. ein **Verrechnungsvertrag** kann unter § 64 Satz 1 fallen.

**b) Nicht jede masseschmälernde Rechtshandlung** ist eine „Zahlung“ i.S. von § 64 Satz 1. Das ist allerdings keineswegs selbstverständlich. Wenn man in § 64 Satz 1 ein spezifisches Verbot sehen will (dazu aber Rdnr. 9), dann kann es sich nur um ein **Verbot der Masseschmälerung** handeln (Rdnr. 11)<sup>7</sup>. Die **Masseschmälerung** im Allgemeinen ist aber unabhängig von § 64 Satz 1 bereits von der Insolvenzverschleppungshaftung erfasst, denn sie vergrößert den nach § 15a InsO, § 823 Abs. 2 BGB, § 130a Abs. 2 HGB zu ersetzenden Quotenschaden (Anh. § 64 Rdnr. 81). Aber die **spezifische Funktion des § 64 Satz 1 (bzw. § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB)**, nämlich die Beweiserleichterung bei der haftungsausfüllenden Kausalität (Rdnr. 18) passt nur bei dem vom Gesetz ungenau als „Zahlung“ bezeichneten typischen Sachverlauf. Vermögensschmälerungen, die nicht auf diesem typischen Verlauf beruhen, gehen im allgemeinen Insolvenzverschleppungsschaden (Anh. § 64 Rdnr. 81) auf. Das bedeutet:

**aa) Nur echter Vermögenstransfer** kann unter § 64 Satz 1 fallen. Daran fehlt es, wenn weder Bargeld noch Buchgeld noch ein sonstiges Wirtschaftsgut übertragen wird. **Keine Zahlung** ist deshalb die bloße **Leistung von Diensten** (im Gegensatz zu Werkleistungen)<sup>8</sup> oder eine bloße Unterlassung, nicht einmal die

1 Vgl. statt vieler *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 84.

2 *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 84; *Nerlich*, in: Michalski, Rdnr. 42; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 11.

3 Vgl. auch zur Begebung eines Schecks *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 84.

4 Vgl. *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 84; *Wicke*, Rdnr. 20: Übertragung von Rechten.

5 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 84.

6 So jedenfalls OLG Düsseldorf, GmbHR 1996, 616, 619 = NJW-RR 1996, 1443, 1445; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 84; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; *Wicke*, Rdnr. 20.

7 Vgl. denn auch *Altmeppen*, ZIP 2001, 2201, 2206 ff.; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 77 m.w.N.

8 A.M. OLG Düsseldorf, GmbHR 1996, 616, 619 = NJW-RR 1996, 1443, 1445; *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415, 424; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 84; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7.

Unterlassung eines Erwerbs<sup>1</sup> oder sonst die Nichtgeltendmachung einer Forderung. Auch der **Forderungsverzicht oder Forderungserlass** ist, obwohl in der Phase der Insolvenzverschleppung nicht weniger „verboten“ als die Zahlung (vgl. Rdnr. 10), selbst **keine „Zahlung“**. Er ist nur ein normaler Schadensposten bei der Berechnung des „Gesamtschadensersatzes“ (Anh. § 64 Rdnr. 67), ganz wie die **Nicht-Geltendmachung der Forderung**. Anders verhält es sich nur, wenn der Forderungsverzicht Bestandteil eines Vergleichs oder einer sonstigen Streitbeilegung ist, denn hier wird eine Forderung beglichen. Der **wechselseitige Forderungsverzicht** kann nicht anders behandelt werden als ein Verrechnungsvertrag (zu diesem vgl. Rdnr. 20).

- 23 **bb)** Die **Begründung von Verbindlichkeiten** ist keine „Zahlung“ i.S. von § 64 Satz 1<sup>2</sup>. Zwar wird für Insolvenzverschleppungsschäden gehaftet, und die Pflicht zur Erhaltung der Masse während der Insolvenzverschleppung umfasst selbstverständlich auch das Verbot der Begründung von Verbindlichkeiten<sup>3</sup>. Aber im Lichte von Rdnr. 21 ist eine Gleichstellung mit Zahlungen auszuschließen. Die Begründung von Insolvenzverbindlichkeiten indiziert nicht eine Masseschmälerung in Höhe des Nennwerts der Verbindlichkeit. Auch die **Leistung durch Dritte** fällt **nicht** ohne Weiteres unter § 64 Satz 1<sup>4</sup>, ebenso wenig die Zahlung aus dem Privatvermögen eines Geschäftsführers und/oder Gesellschafters. Nicht der Aufwendungsersatzanspruch des Dritten (§ 670 BGB), sondern erst dessen Erfüllung schmälert die verwertbare Masse. Deshalb stellt die Zahlung eines Dritten eine Zahlung der Gesellschaft i.S. von § 64 Satz 1 dar, wenn der Dritte seinerseits Schuldner der Gesellschaft ist und durch die auf Geheiß des Geschäftsführers bewirkte Zahlung von seiner Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft befreit wird<sup>5</sup>.
- 24 **d)** **Insichgeschäfte ohne Transfercharakter** fallen nicht unter § 64 Satz 1, so z.B. die **Überweisung von Konto zu Konto** innerhalb des Gesellschaftsvermögens (vgl. aber Rdnr. 28)<sup>6</sup>. Dasselbe kann in Fällen der Verwaltungstreuhand bei der **Rückabwicklung einer Treuhand durch Zahlung an den Treugeber** als wirtschaftlich Berechtigten (und im Insolvenzfall Aussonderungsberechtigten) gelten<sup>7</sup>. Die

1 Der Nichtwiderspruch bei der Abbuchung ist eine nur scheinbare Ausnahme; er ist Bestandteil einer unbaren Zahlung.

2 BGHZ 138, 211, 216 f. = GmbHR 1998, 594, 595 = NJW 1998, 2667, 2668 = ZIP 1998, 776, 778; OLG Hamburg, GmbHR 2005, 1497 = ZIP 2005, 1968; Haas, in: Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rdnr. 146; Kallmeyer, in: GmbH-Handbuch, Rdnr. I 4078; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 10; Wicke, Rdnr. 20; a.M. OLG Celle, GmbHR 1997, 901; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 11; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 27 f.; Poertzgen, GmbHR 2007, 1258, 1262; unentschieden Nerlich, in: Michalski, Rdnr. 43.

3 So noch 9. Aufl., Rdnr. 23.

4 Vgl. aber BGH, GmbHR 2003, 664 = NJW 2003, 2316 = ZIP 2003, 1005 für den Fall der Weiterleitung zweckgebundener Zahlungen Dritter an Gesellschaftsgläubiger; kritisch dazu Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 12.

5 In diesem Sinne OLG Schleswig v. 14. 2. 2007 – 9 U 97/06.

6 Dazu Karsten Schmidt, ZIP 2008, 1401, 1407; s. auch Casper, in: Ulmer, Rdnr. 86.

7 Vgl. zur Rechtszuordnung beim Treuhandkonto Karsten Schmidt, in: Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, FS Wiegand, 2005, S. 933 ff.

Überweisung von Gesellschaftsvermögen auf ein für die Gesellschaft selbst geführtes Treuhandkonto ist dagegen nur haftungsfrei, wenn die Valuta wirtschaftlich im Vermögen der Gesellschaft verbleibt und nicht nur ein Rückzahlungsanspruch begründet wird<sup>1</sup>. Anders, wenn die Insolvenzmassen getrennt sind. Die **Durchleitung von Zahlungen zwischen den Gesellschaften eines Konzerns<sup>2</sup> bzw. einer GmbH & Co. KG<sup>3</sup>** kann nach der Rechtsprechung eine verbotene Zahlung sein. Nach einem BGH-Urteil vom 5. 5. 2008<sup>4</sup> verletzt der Geschäftsführer einer GmbH seine Massesicherungspflicht aus § 64 Satz 1 grundsätzlich auch dann, wenn er mit Geldern, die von anderen Konzerngesellschaften auf das Geschäftskonto der GmbH gezahlt worden sind, Schulden dieser Gesellschaften begleicht. Seine Haftung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um die weisungsgemäße Verwendung treuhänderischer Mittel handelt<sup>5</sup>. **Bedenklich** ist ein Urteil vom 31. 3. 2003 über eine umsatz- und gewerbesteuerliche Organschaft<sup>6</sup>. Hier hatte im Rahmen einer umsatz- und gewerbesteuerlichen Organschaft der Geschäftsführer einer Holdinggesellschaft von einer Bau-Tochtergesellschaft eine Gutschrift entgegengenommen und sodann aus dem kreditorischen Bankkonto mittels Scheck die Zahlung an das Finanzamt vorgenommen. Im Saldo war dies ein neutraler, die Gläubiger nicht schädigender Vorgang<sup>7</sup>. Dennoch entschied der BGH<sup>8</sup>: „Der Geschäftsführer einer GmbH verletzt seine Pflicht, das Gesellschaftsvermögen zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller künftigen Insolvenzgläubiger zusammenzuhalten, auch dann, wenn er bei Insolvenzreife der Gesellschaft Mittel von einem Dritten zu dem Zweck erhält, eine bestimmte Schuld zu tilgen, und kurze Zeit später dementsprechend die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger erwirkt.“

## 2. Unbare Zahlungen (Buchgeldtransfers)

Unbare Zahlungen (Buchgeldtransfers) sind mit erfasst. **Voraussetzung** ist, dass die Zahlungen dem Geschäftsführer zuzurechnen, nämlich von ihm veranlasst, mit seinem Wissen und Willen geschehen oder von ihm nicht verhindert worden sind<sup>9</sup>. Daran fehlt es z.B. bei Kontopfändungen<sup>10</sup>. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen kreditorischen und debitorischen Bankkonten. 25

1 Vgl. LG Berlin, GmbHR 2006, 658 = ZIP 2006, 865.

2 Vgl. BGH, GmbHR 2003, 664 = NJW 2003, 2316 = ZIP 2003, 1005; insoweit bestätigend BGH, GmbHR 2008, 813 = NJW 2008, 2504 = ZIP 2008, 1129.

3 OLG Celle, GmbHR 2008, 101 = ZIP 2007, 2210.

4 BGH, GmbHR 2008, 813 = NJW 2008, 2504 = ZIP 2008, 1229.

5 Zust. *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1406; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9; der BGH sieht dies als Fall des Satzes 2; abl. *Dahl/Schmitz*, NZG 2008, 532 ff.

6 BGH, GmbHR 2003, 664 = NJW 2003, 2316 = ZIP 2003, 1005; zust. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 9; mit Recht krit. *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 79.

7 So in der Vorinstanz OLG Brandenburg, GmbHR 2002, 910.

8 BGH, GmbHR 2003, 664 = NJW 2003, 2316 = ZIP 2003, 1005.

9 Exemplarisch BGH, GmbHR 2009, 654 = ZIP 2009, 860; BGH, NJW 2009, 1598 = ZIP 2009, 956.

10 BGH, NJW 2009, 1598 = ZIP 2009, 956.

a) **Kreditorisches Bankkonto**

- 26 Zahlung i.S. von § 64 Satz 1 ist ohne Weiteres die **Banküberweisung von einem kreditorisch geführten Bankkonto** der Gesellschaft auf das eines Gläubigers<sup>1</sup>. Dasselbe gilt für die **Zahlung per Scheck**<sup>2</sup>. Erfasst ist auch die Zahlung aus einem für die Gesellschaft geführten Treuhandkonto<sup>3</sup>. Beim **Lastschriftverfahren** kann die Abbuchung vom Konto der Gesellschaft eine Zahlung i.S. von § 64 Satz 1 sein<sup>4</sup>. Die Geschäftsführer sind also ggf. angehalten, die Abbuchungsermächtigung zu widerrufen. Beim kreditorischen Bankkonto gilt die einfache **Regel**: Lastschrift zu Gunsten eines Dritten ist Zahlung, Gutschrift zugunsten der Gesellschaft ist Inkasso<sup>5</sup>.

b) **Debitorisches Konto**

- 27 Bei einem debitorischen Konto ergeben sich charakteristische **Schwierigkeiten**. Nach der **Rechtsprechung des BGH** kehrt sich die Beurteilung von Vorgängen als Inkasso und als Zahlung um<sup>6</sup>: **Eingänge auf dem debitorischen Konto sind Zahlungen** an die Bank<sup>7</sup>. **Unbare Zahlungen, die zu Lasten des debitorischen Kontos** geleistet werden, fallen dagegen, weil sie „allein zum Nachteil der Bank“ gehen und nur einen Gläubigeraustausch bewirken, nach der Auffassung des BGH grundsätzlich **nicht als „Zahlung“** unter § 64 Satz 1 bzw. § 130a Abs. 1 HGB<sup>8</sup>. In der Literatur wird dieser Standpunkt **teils unterstützt**<sup>9</sup>, **teils bestritten**<sup>10</sup>. Vertreten wird auch eine vermittelnde Ansicht, die beim Inkasso darauf abstellt, ob hierdurch eine nutzbare Kreditlinie erweitert wird<sup>11</sup>. Das OLG Köln hat eine Zahlung vom debitorischen Konto in einem Fall als von § 64 erfasst angesehen, in dem die Kreditlinie der Bank durch Kreditsicherheiten gedeckt war. Dann soll offenbar keine Zahlung „zum Nachteil der Bank“ vorliegen<sup>12</sup>.

1 OLG Celle, GmbHR 1997, 901, 902; *Karsten Schmidt*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Rdnr. 11.38; *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 84; *Wicke*, Rdnr. 20.

2 Vgl. BGH, GmbHR 2003, 1213 = NJW 2003, 2316 = ZIP 2003, 1005; *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 84.

3 OLG Düsseldorf, ZIP 1998, 2101; *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 84.

4 LG Köln, GmbHR 1990, 136 = WM 1990, 411; *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 84.

5 Vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1406: „Nehmen ist seliger denn Geben“.

6 Vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1406 f.: „Geben ist seliger denn Nehmen“.

7 BGHZ 143, 184 = GmbHR 2000, 182 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184; BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006; st. Rspr.

8 BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006; BGH, NJW 2009, 1598, 1599 = ZIP 2009, 956.

9 Vgl. nur *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 84, 87; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 8; *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, Rdnr. 9 a.E. (bezüglich der Zahlungen vom debitorischen Konto); *Wicke*, Rdnr. 20.

10 Vgl. *Karsten Schmidt*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Rdnr. 11.38 ff.; *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 2401 ff.; vgl. bezüglich der Eingänge auf dem Konto kritisch auch *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, Rdnr. 10; *Werres*, ZInsO 2008, 1001, 1003.

11 *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 88.

12 OLG Köln v. 15. 5. 2008 – 18 U 43/06; anders aber *Kallmeyer*, in: *GmbH-Handbuch*, Rdnr. I 4078.

**aa) Im Einzelnen** hat die Rechtsprechung zu folgenden Ergebnissen geführt: 28  
Einzahlungen der Gesellschaft auf ihr debitorisches Konto, bar oder durch Überweisung, fallen unter § 64<sup>1</sup>, ebenso die Einreichung von Kundenschecks zur Gutschrift<sup>2</sup>. Als Zahlungen der Gesellschaft an das Kreditinstitut als Gläubiger gelten aber auch Überweisungen Dritter auf das von der Gesellschaft angegebene Konto<sup>3</sup> sowie die Einzahlung von Geld zu Gunsten dieses Kontos im Lastschriftverfahren<sup>4</sup>. Ein Geschäftsführer, der nicht alsbald jeden Lastschrifteinzug bezüglich des debitorischen Kontos beendet und den Kunden die Zahlung auf dieses Konto untersagt, muss sich die Eingänge als Zahlungen zurechnen lassen<sup>5</sup>. Während Zahlungen, die noch zu Lasten des debitorischen Kontos durchgeführt werden, nach der Rechtsprechung unschädlich sind (Rdnr. 27)<sup>6</sup>, muss also der Geschäftsführer jede Gutschrift auf diesem Konto verhindern<sup>7</sup>, z.B. indem er für Zahlungseingänge ein besonderes, kreditorisches Konto einrichtet<sup>8</sup>. Nicht entschieden wurde bisher die Handhabung von § 64 Satz 1 im Fall eines über und unter Null oszillierenden Kontos<sup>9</sup>. Ebenso wenig hat der BGH schon entschieden, ob ein Kontenausgleich durch Umbuchung vom kreditorischen auf das debitorische Konto zur einfachen oder gar zur doppelten Haftung führt, was schwerlich vertretbar wäre<sup>10</sup>.

**bb) Kritik der Rechtsprechung:** Die Rechtsprechung über Kontobewegungen auf einem debitorischen Bankkonto ist rechtspraktisch und rechtsdogmatisch unbefriedigend und bedarf einer **Korrektur** in den Grundlagen wie in den Details. Sie entspricht weder dem Normzweck des § 64 (bzw. § 130a Abs. 1 HGB) noch der Realität bei Verfügungen über Buchgeld. § 64 spricht von Transferleistungen an Gesellschaftsgläubiger. Der Bundesgerichtshof blickt in Fällen des debitorischen Kontos aber nur noch auf einen Gläubiger: die Bank. Dritte Zahlungsempfänger werden ganz ausgeblendet, Ausgänge vom Konto als irrelevant behandelt. Dagegen werden alle Eingänge auf dem Bankkonto als verbotene und haftungsbegründende Zahlungen aufeinandergeschichtet (eine Einladung für schlüssige Insolvenzverwalterklagen in nicht selten exorbitanter Höhe)<sup>11</sup>. **Richtig**erweise sind **zwei Zahlungsrichtungen** in Betracht zu ziehen: Die **unbare Zahlung an den Zahlungsempfänger** ist ausnahmslos, auch bei debitorischem

1 Vgl. nur OLG Celle, GmbHR 2008, 101 = ZIP 2007, 2210.

2 BGHZ 143, 184 = GmbHR 2000, 182 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184; vgl. schon OLG Hamm, GmbHR 1995, 521 = ZIP 1995, 913.

3 OLG Oldenburg, GmbHR 2004, 1340 = ZIP 2004, 1315; *Wicke*, Rdnr. 20.

4 BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006.

5 BGH, GmbHR 2007, 596, 598 = ZIP 2007, 1006, 1007; OLG Oldenburg, GmbHR 2004, 1340 = ZIP 2004, 1315.

6 BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006.

7 Vgl. nur *Wicke*, Rdnr. 20; *Arends/Möller*, GmbHR 2008, 169, 170 f.

8 So ausdrücklich BGHZ 143, 184, 188 = GmbHR 2000, 182, 183 = NJW 2000, 668, 669 = ZIP 2000, 184, 186; BGH, GmbHR 2007, 596, 598 = ZIP 2007, 1006, 1007; dazu z.B. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 9.

9 Dazu *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1407; *Werres*, ZInsO 2008, 1001, 1007 f.

10 *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1408.

11 Zur Kritik vgl. *Karsten Schmidt*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.38 ff.



Konto, eine Zahlung i.S. von § 64 Satz 1<sup>1</sup>; das Problem und seine Lösung liegt nicht in der Nichtanwendung des Satzes 1, sondern in der Saldierung des Kontokorrents (Rdnr. 32) sowie in dem zuzulassenden Beweis, dass die Zahlung keinen Gesamtgläubigerschaden verursacht hat (Rdnr. 55 f.). **Eingänge auf dem debitorischen Konto** können in der Tat „Zahlungen“ an die Bank i.S. von § 64 Satz 1 sein, jedoch nicht in der Summe aller Gutschriften, sondern nur in der Höhe des sich verringernden Schuldsaldos (dazu Rdnr. 32). **Bei kreditorischem Bankkonto** (Rdnr. 26) tritt das Problem nicht auf.

### 3. Saldierung von Zahlungsvorgängen

- 30 § 64 Satz 1 ist nicht Ausdruck eines von der „Insolvenzantragspflicht“ zu unterscheidenden „Zahlungsverbots“ (so aber die h.M.; vgl. Rdnr. 8), sondern **Ausdruck eines typischen Schadensverlaufs** in Fällen der Insolvenzverschleppung (Rdnr. 10). Deshalb sind **typisch zusammenhängende Einzeltransfers** nicht separat, sondern saldiert zu betrachten.
- 31 **a) Leistung und Gegenleistung** werden schon auf der Tatbestandsebene (nicht erst bei der Schadensfeststellung) saldiert<sup>2</sup>. Das bedeutet: Austauschgeschäfte zu marktgerechten Preisen sind keine „Zahlungen“ i.S. von § 64 Satz 1. Auch ein zeitnahes Hin- und Herzahlen – etwa bei fehlgegangenen Leistungen – sollte saldiert werden. Die vom Bundesgerichtshof vertretene Handhabung im Fall der Bankkonten könnte sonst zu unangemessener Haftung führen<sup>3</sup>.
- 32 **b) In Kontokorrentverhältnissen** kommt es – entgegen dem bisherigen Ansatz des BGH (Rdnr. 27, 28)<sup>4</sup> – nicht auf jede einzelne Lastschrift oder Gutschrift an, sondern auf die Bewegung des Saldos<sup>5</sup>.
- 33 **c) Nicht abzuziehen** ist dagegen die **Insolvenzquote**, die dem Leistungsempfänger im Insolvenzfall zugefallen wäre<sup>6</sup>. Ebenso wenig wird die den Insolvenzgläubigern allgemein zufallende Insolvenzquote auf dieser Ebene berücksichtigt. Dies steht nicht im Widerspruch zu der Berücksichtigung der Ist-Quote bei der Insolvenzscha-densberechnung (Anh. § 64 Rdnr. 61). Bei § 64 Satz 1 geht es um die in Höhe „verbotener Zahlungen“ vermutete Schädigung der Masse (Rdnr. 14, 55 f.). Diese Vermutung ist in Höhe der Zahlung begründet. Ob der Insolvenz-

1 Insofern anders, dem BGH zustimmend, *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 9; wie hier *Werres*, ZInsO 2008, 1001, 1006 f.

2 BGH, GmbHR 1974, 131, 132 = NJW 1974, 1088, 1089; BGH, NJW 2003, 2316, 2317 = ZIP 2003, 1005, 1006; OLG Brandenburg, GmbHR 2002, 910, 911; RGZ 80, 104, 110; OLG Hamburg, MDR 1959, 311; OLG Hamm, GmbHR 1993, 584 = NJW-RR 1993, 1445; *Haas*, in: Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rdnr. 149, 151; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 85; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 13; s. auch *Bitter*, WM 2001, 666, 669; a.M. *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 84; *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415, 425.

3 *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1408.

4 BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006.

5 *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1405 ff.; *Werres*, ZInsO 2008, 1001, 1007.

6 BGHZ 146, 264, 278 f. = GmbHR 2001, 190, 194 = NJW 2001, 1280, 1283 = ZIP 2001, 235, 239; *Poertzgen*, Organhaftung, S. 221; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 15.

verschleppungsschaden geringer ist, ist eine Frage des Gegenbeweises im Einzelfall (Rdnr. 57).

#### 4. Der kritische Zeitpunkt

Die Haftung nach § 64 Satz 1 setzt voraus, dass im Zeitpunkt, in dem die Zahlungen „geleistet“ werden, materielle Insolvenz eingetreten ist<sup>1</sup>. Es kommt auf den **Zeitpunkt des zurechenbaren Verhaltens** an (z.B. Überweisung, Scheckeinreichung, Nicht-Widerruf einer Lastschriftermächtigung), nicht auf den Zeitpunkt der Erfüllungswirkung. Nach § 64 Satz 1 entscheidet der „Eintritt“ der Zahlungsunfähigkeit (Rdnr. 35) oder die „Feststellung“ der Überschuldung (Rdnr. 36). 34

**a) Zahlungsunfähigkeit** ist definiert in § 17 Abs. 2 InsO (dazu Vor § 64 Rdnr. 6 f.). Der objektive Eintritt der Zahlungsunfähigkeit genügt. 35

**b) Der Tatbestand der Überschuldung** ergibt sich aus § 19 Abs. 2 InsO (dazu Vor § 64 Rdnr. 15 f.). Der Tatbestand des § 19 Abs. 2 InsO ist auch für § 64 Satz 1 in der jeweils geltenden Fassung unmittelbar verbindlich<sup>2</sup>. Der Gesetzeswortlaut stellt, wie schon vor dem MoMiG, hinsichtlich der Überschuldung nicht auf deren „Eintritt“, sondern auf deren „Feststellung“ ab. Diese Formulierung geht zurück auf die frühere Rechtslage, die bis 1986<sup>3</sup> für den Überschuldungsbegriff noch auf dessen bilanzielle Feststellung abgestellt hatte<sup>4</sup>. Das Merkmal ist obsolet<sup>5</sup>. Auch bei der Überschuldung genügt also deren objektiver Eintritt. Die „Erkennbarkeit“, auf die BGHZ 143, 184, 185 stattdessen abstellt<sup>6</sup>, sollte als eine Frage des Verschuldens angesehen werden (Rdnr. 46 f.), nicht des objektiven Tatbestands. 36

**c) Keine Dreiwochenfrist:** Die Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO (vor dem MoMiG § 64 Abs. 1) gilt nicht für § 64<sup>7</sup>. Das muss nicht zu sanierungsfeindlichen Ergebnissen führen und steht nicht im Widerspruch zu dem hier vertretenen Zusammenhang mit § 15a InsO (Rdnr. 14). Solange die Dreiwochenfrist für Sanierungsbemühungen genutzt werden darf (Anh. § 64 Rdnr. 32), können Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein (vgl. § 64 Satz 2 und dazu Rdnr. 41)<sup>8</sup>. Dann greift § 64 Satz 1 im Ergebnis nicht ein. 37

1 BGH, GmbHR 2009, 654 = ZIP 2009, 860; Bork, NZG 2009, 775.

2 Vgl. für § 64 Abs. 2 a.F. und für den von 1998 bis 2008 geltenden Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 InsO 1994 BGH, DStR 2006, 2186 mit Anm. Goette = GmbHR 2006, 1334 = ZIP 2006, 2171.

3 Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 18. 5. 1986 (BGBl. I 1086, 721).

4 BGHZ 143, 184, 185 = GmbHR 2000, 182 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184.

5 Vgl. Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 6; Wicke, Rdnr. 20; h.M.

6 Dem folgend Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 7; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 6.

7 BGHZ 143, 184, 188 f. = GmbHR 2000, 182, 184 = NJW 2000, 668, 669 = ZIP 2000, 184, 186: Die Dreiwochenfrist sei von § 64 (Abs. 2. a.F.) „miterfasst“; BGH, NJW 2009, 1598 = ZIP 2009, 860, 861; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 2; Bork, NZG 2009, 775.

8 Vgl. Karsten Schmidt, ZHR 168 (2004), 637, 638; Wicke, Rdnr. 21.

### 5. Erlaubte Zahlungen (§ 64 Satz 2)

- 38 **Ausnahmetatbestand:** § 64 Satz 2 ist **nicht bloß ein** auf das Verschulden begrenzter, mit einer Beweislastregel verknüpfter **Exkulpationstatbestand**, etwa vergleichbar mit § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>1</sup>. Vielmehr nimmt § 64 Satz 2 Zahlungen, die „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind“, schon tatbestandlich von dem Zahlungsverbot aus<sup>2</sup>. Es kann sich hierbei auch um Zahlungen an einen Gesellschafter handeln. Der Ausnahmetatbestand ist im Übrigen eng auszulegen<sup>3</sup>. Die **Darlegungs- und Beweislast** für diesen Tatbestand tragen die Geschäftsführer bzw. Liquidatoren<sup>4</sup>.
- 39 a) Unverboten sind **Zahlungen, die die Masse nicht schmälern**<sup>5</sup>. Das ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht schon daraus, dass § 64 nichts anderes ist als eine Haftung für schuldhaft verursachte Gläubigerschäden (Rdnr. 10) und dass auch Gegenleistungen verrechnet werden (Rdnr. 31).
- 40 b) Unverboten sind **Zahlungen, die kraft Gesetzes geleistet werden müssen**. Der Grundsatz heißt: Zwingende Zahlungsgebote haben Vorrang vor dem allgemeinen Zahlungsverbot<sup>6</sup>. Dies gilt insbesondere für die Erfüllung steuerlicher Pflichten (§ 69 AO)<sup>7</sup>, namentlich für die Abführung von Lohnsteuer<sup>8</sup> sowie für die strafbewehrte Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen (vgl. § 266a StGB)<sup>9</sup>. Mit dieser überzeugenden Lösung ist die Rechtsprechung überholt, die eine Pflichtenkollision ausgelöst hatte, weil der Geschäftsführer nach ihr in diesen Fällen die Wahl hatte, ob er sich nach § 266a StGB strafbar<sup>10</sup> oder nach § 64 bzw. § 130a HGB schadensersatzpflichtig machen wollte. Im Zuge dieser Rechtsprechung hatte der II. Zivilsenat des BGH ausgesprochen, dass die gesellschaftsrechtliche Erstattungspflicht von diesen strikten Zahlungsverboten unberührt bleibe<sup>11</sup>. Das bedeutete, dass der Geschäftsführer durch die strafrechtlich gebote-

1 In dieser Richtung aber der BGH, der in BGHZ 146, 264, 274 f. = GmbHR 2001, 190, 193 = NJW 2001, 1280, 1282 = ZIP 2001, 235, 238 vom „Verschulden nach § 64 Abs. 2 S. 2“ spricht.

2 So schon 9. Aufl., Rdnr. 27; wohl h.M.; vgl. *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 89 ff.

3 *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 19.

4 BGHZ 146, 264, 274 = GmbHR 2001, 190, 193 = ZIP 2001, 235, 238; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 89; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 11.

5 So schon 9. Aufl., Rdnr. 26.

6 Vgl. nur *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 19; *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.46; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 92 vermisst hierfür einen dem Satz 2 gewissermaßen vorgelagerten Tatbestand; ein solcher ist indes nicht erforderlich.

7 Zusammenfassend BGH, GmbHR 2008, 1324 = ZIP 2008, 2220; BGH, GmbHR 2007, 757 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265; OLG Brandenburg v. 16. 1. 2008 – 7 U 108/07.

8 BGH, GmbHR 2008, 813, 814 = NJW 2008, 2504, 2505 = ZIP 2008, 1229, 1230.

9 BGH, GmbHR 2007, 757 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265; bestätigend BGH, GmbHR 2008, 815 = ZIP 2008, 1275; zust. *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 91; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 13; eingehend dazu *Wilhelm*, ZIP 2007, 1781; *Arends/Möller*, GmbHR 2008, 169 ff.; *Streit/Bürk*, DB 2008, 742 ff.; *Heeg*, DStR 2007, 2134 ff.

10 Für Vorrang des § 266a StGB BGH, GmbHR 2004, 122 = NJW 2003, 3787 = ZIP 2003, 2213; BGH, GmbHR 2005, 1419 = NJW 2005, 3650 = ZIP 2005, 1678.

11 BGH, GmbHR 2005, 874 = ZIP 2005, 1026; grundlegend BGHZ 146, 264 = GmbHR 2001, 190 = NJW 2001, 1280 = ZIP 2001, 235; eingehend *Köhler*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 24 Rdnr. 167 ff.

ne Zahlung unweigerlich in die Haftung wegen Verstoßes gegen das gesellschaftsrechtliche „Zahlungsverbot“ geriet<sup>1</sup>. Auflösen konnte der Geschäftsführer diesen Konflikt zwar, indem er den Insolvenzantrag stellte, aber bei der Bewertung ex post war das keine Hilfe. Die aus diesem Grund unerträgliche Praxis ist überholt<sup>2</sup>. Gesetzlich gebotene Zahlungen sind durch § 64 Satz 2 privilegiert.

c) Unverboten sind **Zahlungen, die zu einem mit § 15a InsO zu vereinbarenden Sanierungsversuch beitragen** oder im Fall späterer Insolvenzverfahrenseröffnung größere **Nachteile von der Masse abwenden**<sup>3</sup>. Das gilt unter strengen Voraussetzungen insbesondere für laufende Aufwendungen wie Löhne, Gehälter, Versicherungsprämien, Mietzahlungen usw., die für die vorübergehende Aufrechterhaltung des Betriebs erforderlich sind<sup>4</sup>. Größere Aufwendungen für eine Sanierung können dagegen nur gerechtfertigt sein, wenn dies durch die Finanzlage gerechtfertigt ist<sup>5</sup>. Ein substanzloses Sanierungskonzept rechtfertigt die Zahlungen nicht<sup>6</sup>.

d) **Zahlungen, die auch im Insolvenzfall als Masseschulden beglichen werden müssten**, können gleichfalls von § 64 Satz 1 ausgenommen sein<sup>7</sup>. Hierfür genügt allerdings nicht, dass sie auch von einem Insolvenzverwalter hätten begründet (§ 55 Abs. 2 Nr. 1) oder durch Erfüllung eines laufenden Vertrags (§ 103 InsO) hätten zu Masseverbindlichkeiten gemacht werden können (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO)<sup>8</sup>. Soweit der Insolvenzverwalter Wahlrechte hat, dürfen Geschäftsführer bzw. Liquidatoren in der Insolvenzverschleppungsphase nicht ihr Geschäftsleiterermessen an die Stelle des insolvenzrechtlich motivierten Verwalterermessens setzen. Aber Leistungen, die bei normalem Lauf der Dinge, insbesondere auch unter vorläufiger Insolvenzverwaltung, masseschmälernd aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt worden wären, sind von Satz 2 erfasst und damit privilegiert<sup>9</sup>. Dies gilt z.B. für Dauerschuldverhältnisse, die auch unter Insolvenzbedingungen fortbestehen (§§ 108 ff., 135 Abs. 3 InsO)<sup>10</sup> sowie für durch Vormerkung (§ 106 InsO) bzw. Eigentumsvorbehalt gesicherte Sachleis-

1 Hierzu ausführlich *Uwe H. Schneider/Brouwer*, ZIP 2007, 1033 ff.; *Berger/Herbst*, BB 2006, 437 ff.

2 *Karsten Schmidt*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.44 ff.

3 BGHZ 146, 264, 275 = GmbHR 2001, 190, 193 = NJW 2001, 1280, 1282 = ZIP 2001, 235, 238; BGH, GmbHR 2008, 142, 143 = NJW-RR 2008, 495, 496; OLG Hamburg, GmbHR 2004, 797; *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 89; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 12; *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, Rdnr. 20; *Karsten Schmidt*, ZHR 168 (2004), 637, 668.

4 OLG Celle, GmbHR 2004, 568 = ZIP 2004, 1210; OLG Celle, GmbHR 2008, 1034; OLG Hamburg, GmbHR 2004, 797; zur Abgrenzung OLG Dresden, GmbHR 2005, 173.

5 BGH, GmbHR 2007, 936 = ZIP 2007, 1501; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 11.

6 OLG Dresden, GmbHR 2005, 173.

7 Weitherzig *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, Rdnr. 21.

8 Die Frage wurde vor allem zu Satz 3 bei Nutzungsüberlassungen nach § 135 Abs. 3 InsO diskutiert.

9 In gleicher Richtung *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, Rdnr. 21; *Casper*, in *Ulmer*, Rdnr. 89.

10 OLG Celle, GmbHR 2004, 568 = ZIP 2004, 1210.

tungen (§§ 106, 107 InsO). Zahlungen wegen ungerechtfertigter Bereicherung (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO) sind dagegen nicht gemäß § 64 Satz 2 privilegiert, selbst wenn es sich im Fall rechtzeitiger Insolvenzeröffnung um Bereicherungen der Masse und damit um Masseschulden gehandelt hätte. Hier hilft nur die Verrechnung bei zeitnaher Hin- und Herleistung (Rdnr. 31).

## 6. Zurechnung

- 43 **a) Die Geschäftsführer bzw. Liquidatoren** (§ 71 Abs. 4) sind erstattungspflichtig. Obwohl § 64 Satz 1 neutral formuliert ist („geleistet werden“), sieht das Gesetz sie als Zahlende an. Dazu ist zu allererst eine **Zurechenbarkeit der Zahlung** erforderlich<sup>1</sup>. Es haftet nur, wer als Geschäftsführer oder Liquidator die Zahlung veranlasst oder geduldet hat (z.B. durch Nicht-Widerruf eines Dauerauftrags oder einer Abbuchungsermächtigung oder durch Gewährenlassen unter Mitgeschäftsführern), also nicht z.B. bei Pfändungsmaßnahmen<sup>2</sup>. Aber **Gesamtverantwortung** (Rdnr. 48) genügt. Faktische Geschäftsführer sind mit erfasst (vgl. Anh. § 64 Rdnr. 22 f.).
- 44 **b) Eine Haftung Dritter** als Teilnehmer nach § 830 BGB kommt **nach h.M. nicht** in Betracht, weil der Anspruch nach § 64 Satz 1 keinen deliktsrechtlichen Inhalt hat<sup>3</sup>. Dem wird hier zwar nicht in der Begründung gefolgt (vgl. Rdnr. 14 zur Einbeziehung des § 64 in die Insolvenverschleppungshaftung), wohl aber im Ergebnis: Die aus § 64 Satz 1 folgende Beweiserleichterung (Rdnr. 14) kommt nur gegenüber den Geschäftsführern als den typischerweise für das Gesellschaftsvermögen Verantwortlichen zum Zuge. Im **Fall der Führungslosigkeit** (§ 35 Satz 2) wird allerdings aus § 15a Abs. 3 Satz 1 zu folgern sein, dass § 64 Satz 1 statt gegen die Geschäftsführer gegen die **Gesellschafter** wirkt<sup>4</sup>.
- 45 **c) Mitglieder eines Aufsichtsrats oder Beirats** können in Insolvenverschleppungsfällen und damit auch bei der Haftung für Zahlungen nach § 52 i.V.m. §§ 116, 92 AktG der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet sein<sup>5</sup>. § 64 Satz 1 (bzw. § 130a Satz 1 HGB) wirkt nicht direkt gegen sie (vgl. auch Rdnr. 102).

## 7. Verschulden und Exkulpation

### a) Verschuldensfordernis

- 46 Die Haftung aus § 64 setzt hinsichtlich aller Merkmale, nicht nur hinsichtlich der Zahlungen (vgl. § 64 Satz 2) ein Verschulden voraus. Fahrlässigkeit

1 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 6, unter Berufung auf BGH, NJW 2009, 1598 = ZIP 2009, 956 f.

2 BGH, NJW 2009, 1598 = ZIP 2009, 956.

3 BGHZ 146, 264, 278 = NJW 2001, 1280, 1283 = ZIP 2001, 235, 239 mit Anm. *Altmep-pen*; BGH, GmbHR 2008, 702, 703 = ZIP 2008, 1026; OLG Celle, GmbHR 2007, 318, 320 = ZIP 2007, 631, 633; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 6.

4 Vgl. auch *Goette*, WPg 2008, 231, 238; *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3254 f.; a.M. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 6.

5 Zur Aufsichtsratshaftung BGH, GmbHR 2009, 654 = ZIP 2009, 860; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 6; *Bork*, NZG 2009, 775.

genügt<sup>1</sup>. **Mindestens fahrlässiges Verhalten** ist auch hinsichtlich der Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung erforderlich (vgl. Rdnr. 36; zur Selbstprüfungspflicht der Gesellschaftsorgane Anh. § 64 Rdnr. 4, 48)<sup>2</sup>. Wer diesbezüglich einen notwendigen Rechtsrat nicht einholt, handelt schuldhaft<sup>3</sup>.

#### b) Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast tragen auch bezüglich des Verschuldens – also nicht nur bezüglich des § 64 Satz 2 – die Geschäftsführer bzw. Liquidatoren<sup>4</sup>. Sie müssen, wenn der objektive Tatbestand des § 64 Satz 1 feststeht, den **Exkulpationsbeweis** antreten (Rdnr. 38).

#### c) Gesamtverantwortung

Das Gesetz geht von einer Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer bzw. Liquidatoren aus<sup>5</sup>. Es haftet nicht nur der Geschäftsführer bzw. Liquidator, der die Zahlung vorgenommen hat, sondern es genügt, dass die Zahlung einem Mitgeschäftsführer (Mitliquidator) zugerechnet wird<sup>6</sup>. Die **Gesamtverantwortung** der Geschäftsführer (vgl. auch § 43 Rdnr. 35) ändert nichts daran, dass es auf **individuelle Zurechenbarkeit** ankommt (Rdnr. 43). Wer darlegen und beweisen kann, dass er weder die Selbstprüfungspflicht in der Krise (Anh. § 64 Rdnr. 4, 48) vernachlässigt noch die in Rede stehende Zahlung vorgenommen oder geduldet oder durch fahrlässige Unkenntnis ermöglicht hat, ist exkulpiert<sup>7</sup>. Dazu gehört aber, dass der Geschäftsführer oder Liquidator seinen Kontroll- und Überwachungspflichten nachgekommen ist<sup>8</sup>.

### III. Rechtsfolgen

#### 1. Der Grundlagenstreit: Erstattungsspflicht oder Schadensersatz?

Die Rechtsfolgen des „Zahlungsverbots“ sind ebenso **umstritten** wie der Tatbestand (vgl. schon Rdnr. 12 ff.). Im Wesentlichen geht es um die Frage: Gibt der Wortlaut § 64 Satz 1 die Rechtsfolge richtig wieder, sind also die Geschäftsführer ohne jede Rücksicht auf den Eintritt eines entsprechenden Insolvenzverschleppungsschadens zum Ersatz in Höhe der Zahlungen verpflichtet (so der BGH und die h.M.)? Oder ist die richtige Rechtsfolge aus § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB abzulesen<sup>9</sup>, wonach die organschaftlichen Vertreter „der Gesellschaft ge-

1 BGHZ 143, 184, 185 = GmbHR 2000, 182 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184; Casper, in: Ulmer, Rdnr. 93; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 14.

2 BGHZ 143, 184, 185 = GmbHR 2000, 182 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184; OLG Celle, GmbHR 2008, 1034, 1035; Casper, in: Ulmer, Rdnr. 93.

3 Vgl. BGH, DStR 2007, 1641.

4 BGHZ 143, 184, 185 = GmbHR 2000, 182 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184.

5 Vgl. Casper, in: Ulmer, Rdnr. 94.

6 OLG München, DB 2008, 457, 459 = GmbHR 2008, 320, 321.

7 OLG München, DB 2008, 457, 459 = GmbHR 2008, 320, 321.

8 Nachweise bei Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 15.

9 Ähnlich in Österreich § 25 Abs. 3 Nr. 2 öGmbHG.

genüber zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens“ verpflichtet sind (so mit rechtsdogmatischen Unterschieden im Ansatz die hier vertretene und die von *Altmeyen* angeführte Ansicht)? Es besteht Einigkeit darüber, dass die in § 64 und § 130a HGB enthaltenen Bestimmungen, so unterschiedlich sie lauten, abgestimmt interpretiert werden müssen<sup>1</sup>. Darauf wurde in diesem Kommentar bereits früher hingearbeitet (9. Aufl., § 64 Rdnr. 35). Aber darauf beschränkt sich der Konsens.

- 50 a) **BGH und h.M.:** Nach dem zu § 64 ergangenen Urteil **BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 = GmbHR 2001, 190** muss der Geschäftsführer Zahlungen, die er verbotswidrig geleistet hat, **ungekürzt** erstatten. Das entspricht nunmehr der ständigen Rechtsprechung. Mit dieser Rechtskonstruktion löst sich der Bundesgerichtshof bewusst von der Kategorie des Schadensersatzes. Der Anspruch geht der Sache nach auf *Wiederbeschaffung von Liquidität* und führt zu einer ungekürzten Verurteilung des Geschäftsführers in Höhe aller unerlaubt geleisteten Zahlungen<sup>2</sup>. Den **Widerspruch zu § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB** hat der BGH **im Sinne eines Vorrangs von § 64 aufgelöst**: Beide Bestimmungen gehen danach allein auf die Erstattung der verbotenen Zahlungen. Zu § 130a Abs. 2 (vor dem MoMiG Abs. 3) Satz 1 HGB heißt es bei BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006<sup>3</sup>: „Der in § 130a Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 HGB geregelte Ersatzanspruch entspricht demjenigen aus § 64 GmbHG und ist auf Erstattung der dem Verbot des § 130a Abs. 1 HGB zuwider geleisteten Zahlungen, nicht dagegen auf Ersatz eines Quotenschadens gerichtet; dieser wird allein durch § 130a Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 HGB erfasst.“ Allerdings will der BGH eine **Bereicherung der Masse** vermeiden. Es muss verhindert werden, dass durch Erstattungen die Masse aus dem Vermögen der Geschäftsführer subventioniert wird. Etwaige Erstattungsansprüche der Masse gegen den befriedigten Gläubiger oder gegen Dritte sind Zug um Zug an den Geschäftsführer abzutreten. Die hypothetische Quote des unerlaubt befriedigten Gläubigers ist nicht von der Leistung des Geschäftsführers abzuziehen, sondern dem Geschäftsführer ist im Urteil vorzubehalten, einen entsprechenden Anspruch gegen die Masse geltend zu machen<sup>4</sup>. In **grundsätzlicher Hinsicht** bedeutet das: (1) Die Sanktionen der Insolvenzverschleppungshaftung (Anh. § 64) und der Zahlungsverbote nach § 64, § 130a HGB sind voneinander verschieden. (2) Die Sanktion des Zahlungsverbots besteht **nicht** im **Schadensersatz** (so § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB), sondern in der **Erstattung aller verbotswidrigen Zahlungen** (so § 64 Satz 1). (3) Einer Bereicherung der Masse durch Erstattungsansprüche nach § 64 Satz 1 wird durch einen Zug-um-Zug-Mechanismus (volle Erstattung gegen Abtretung von Ansprüchen) entgegengewirkt (Rdnr. 55).

1 BGH, GmbHR 2007, 596 = ZIP 2007, 1006; OLG Schleswig, GmbHR 2005, 1615, 1617 = ZIP 2005, 2211, 2213; *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1403.

2 So auch *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415, 425.

3 Die im BGH-Leitsatz angeführten Gesetzesstellen wurden der Rechtslage nach dem MoMiG angepasst; wie der BGH auch schon OLG Schleswig, GmbHR 2005, 1615, 1619 = ZIP 2005, 2211, 2213; *Haas*, NZG 2004, 737, 743.

4 Der Rechtsprechung zustimmend z.B. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 18; *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 35; anders hingegen *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415, 425; *Nerlich*, in: Michalski, Rdnr. 50.

**b) Gegenansicht:** Hier wurde bereits in den Voraufgaben (9. Aufl., Rdnr. 10, 23, 35, 77) ein dem § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB folgendes **Einheits- oder Integrationsmodell** vorgelegt<sup>1</sup>. Grundlage dieses Einheitsmodells ist das bei Rdnr. 6 ff. erläuterte **Normverständnis**, das die Rechtsfolgen der Insolvenzverschleppung und der „verbotenen Zahlungen“ koordiniert (vgl. auch Rdnr. 10). Auf der **Sanktionsseite** gibt nicht der aus dem Jahr 1892 – also vor Einführung des § 823 Abs. 2 BGB – stammende § 64, sondern der von 1976 stammende § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB die Rechtsfolge zutreffend wieder<sup>2</sup>. Die Bestimmung handelt vom **Schadensersatz** bei Insolvenzverschleppung (Rdnr. 14). Zweierlei kommt in der Bestimmung zum Ausdruck: **(1)** Die Sanktion der sog. Zahlungsverbote ist nicht verschieden von der Sanktion der im Anhang zu § 64 erläuterten auf § 15a InsO gestützten **Insolvenzverschleppungshaftung**. **(2)** Die Sanktion zielt auf **Ersatz des Gesamtgläubigerschadens** durch Schadensersatzleistung in das Gesellschaftsvermögen (die Masse). **(3)** Die Wirkung des § 64 Satz 1 innerhalb dieser Schadensliquidation besteht allein in einer **Verkürzung der Darlegungs- und Beweislast**: Wer für die Gesellschaft den Ausgleich des Gesamtgläubigerschadens einfordert, kann dies vorbehaltlich des Gegenbeweises unter Darlegung der verbotenen Zahlungen tun. Eine solche Klage ist schlüssig. Diese durch § 130a Abs. 2 HGB angeordnete Koordinierung von Insolvenzverschleppungshaftung und Erstattung verbotener Zahlungen ergibt auch – anders als die Lösung des BGH – stimmige Ergebnisse (näher Rdnr. 56 ff.).

**c) Zur nachfolgenden Kommentierung:** Die Kommentierung wird die **Auffassung des BGH als gegenwärtige Gerichtspraxis** dokumentieren. Die Maxime von Rdnr. 16 gilt auch hier. Wie bei Rdnr. 17 gilt aber auch: Der BGH-Praxis wird zugleich ein **Gegenmodell** kritisch gegenübergestellt. Die Gerichte sind aufgerufen, ihre Entscheidungspraxis zu ändern. **Der praktische Vorzug der h.M.** besteht allerdings in der Schärfe der Sanktion und in der Einfachheit der Rechtsverfolgung. Die **Bedenklichkeit der h.M.** liegt dagegen in der **Unverhältnismäßigkeit der Sanktion**.

## 2. Rechtsprechung und herrschende Meinung: schlichte Erstattung und Verfolgungsrecht

**a) Der Erstattungsanspruch geht nach der Rechtsprechung** als „Ersatzanspruch eigener Art“<sup>3</sup> auf unverkürzte Rückerstattung jeder einzelnen verbotenen Zahlung unabhängig von der Entstehung eines deckungsgleichen Gesamtgläubigerschadens<sup>4</sup>. Die nach § 64 bzw. nach § 130a Abs. 2 HGB zu leistende Erstattung

1 Vgl. *Karsten Schmidt*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Rdnr. 11.34 ff.; *Karsten Schmidt*, in: *MünchKomm. HGB*, 2. Aufl. 2006, § 130a HGB Rdnr. 44; *Karsten Schmidt*, *ZHR* 168 (2004), 637, 650 ff.; *Karsten Schmidt*, *KTS* 2001, 373, 388; *Karsten Schmidt*, *ZIP* 2005, 2177, 2184 f.; *Karsten Schmidt*, *ZIP* 2008, 1401, 1402; dazu auch *Poertzgen*, *Organhaftung*, S. 226.

2 Insoweit übereinstimmend *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, Rdnr. 27; *Altmeyen*, *ZIP* 2001, 2201, 2206 f.; zur hier vertretenen Ansicht vgl. *Karsten Schmidt*, *ZHR* 169 (2004), 637, 640, 660; *Karsten Schmidt*, *ZIP* 2008, 481, 491; zust. *Poertzgen*, *Organhaftung*, S. 226.

3 *BGHZ* 146, 264, 278 = *ZIP* 2001, 235, 239; zuletzt *BGH*, *ZIP* 2008, 1026 = *DB* 2008, 1202.

4 Vgl. dazu *Goette*, in: *FS Kreft*, 2004, S. 53 ff.; *Goette*, *DStR* 2001, 179.



geht auf Erstattung aller verbotswidrig geleisteten Zahlungen ohne Rücksicht auf die Insolvenzquote der Gläubiger oder auf Schadenshöhe<sup>1</sup>. Die Behauptung des Geschäftsführers, der Insolvenzverschleppungsschaden sei geringer, ist unerheblich, eine entsprechende Beweisführung nicht möglich. Die Summe der hiernach geschuldeten Zahlungen kann den vom Geschäftsführer dem Gesellschaftsvermögen schuldhaft zugefügten Insolvenzverschleppungsschaden leicht um ein Mehrfaches übersteigen<sup>2</sup>. Wer beispielsweise als Geschäftsführer die Tageskasse auf das debitorische Bankkonto einzahlt oder eine mit 50 000 Euro fakturierte Lieferung bezahlt, schädigt nicht ohne Weiteres allein aus diesem Grund die Gesellschaft und schmälert nicht ohne Weiteres die Befriedigungschancen der Gesellschaftsgläubiger in gleicher Höhe. Aber hierauf kommt es nach der Rechtsprechung nicht an.

- 54 **b) Der haftende Geschäftsführer kann nicht einwenden, dass die unerlaubte Zahlung im Wege der Insolvenzanfechtung vom Empfänger zurückverlangt werden könne oder hätte zurückverlangt werden können<sup>3</sup>.** Vielmehr haften Geschäftsführer (Liquidatoren) und Zahlungsempfänger, ohne Gesamtschuldner zu sein, nebeneinander<sup>4</sup>. Dasselbe wird für den Einwand gelten, der Empfänger sei Gesellschafter und nach § 31 zur Rückzahlung verpflichtet. Aus der hier vertretenen Sicht ist allerdings zu ergänzen, dass bei der endgültigen Bemessung des Insolvenzverschleppungsschadens eine Berücksichtigung werthaltiger Ansprüche der Masse nicht ausgeschlossen ist (vgl. Anh. § 64 Rdnr. 67).
- 55 **c) Vorbehalt für ein Verfolgungsrecht:** Auf Grund des Bereicherungsverbots (Rdnr. 50) ist dem Geschäftsführer in dem Urteil vorzubehalten, einen Gegenanspruch, der sich nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte, nach Erstattung an die Masse gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen. Etwa bestehende Erstattungsansprüche der Masse gegen Dritte sind Zug um Zug an den Geschäftsführer abzutreten<sup>5</sup>. Dieser **Vorbehalt hinsichtlich seines Verfolgungsrechts** gegen den Insolvenzverwalter wird seit einem BGH-Urteil vom 11. 7. 2005<sup>6</sup> von Amts wegen in das Zahlungsurteil gegen den Geschäftsführer aufgenommen<sup>7</sup>.

1 BGHZ 146, 264, 278 f. = ZIP 2001, 235, 239; BGH, ZIP 2001, 1501 = WM 2007, 1465, 1466; BGH, ZIP 2007, 1006, 1007 = WM 2007, 973 f.

2 Zusammenfassend *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.35 ff.; nochmals erinnert sei an das vom *Verfasser* gebildete, durchaus realistische Supermarktbeispiel in GmbHR 2007, 1072, 1079; vgl. schon *Karsten Schmidt*, ZIP 2005, 2177, 2181.

3 BGHZ 131, 325 = GmbHR 1996, 221; dazu *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17; eingehend *Paulus*, in: Prütting, Insolvenzrecht 1996, 1997, S. 211 ff.; *Gerd Müller*, ZIP 1996, 1153 ff.; *Uhlenbruck*, WiB 1996, 1641; s. auch OLG Oldenburg, GmbHR 2004, 1014 = ZIP 2005, 317; a.M. *Nerlich*, in: Michalski, § 64 Rdnr. 50.

4 OLG Oldenburg, GmbHR 2004, 1014 = ZIP 2005, 317.

5 *Haas*, in: FS Gero Fischer, 2008, S. 209, 212 ff. begründet dies analog § 144 InsO.

6 BGH, GmbHR 2005, 1187 = ZIP 2005, 1550 unter Klarstellung der Entscheidung BGHZ 146, 264, 279 = GmbHR 2001, 190, 194 = NJW 2001, 1280, 1283 f. = ZIP 2001, 235, 240; OLG Schleswig, GmbHR 2003, 716 = ZIP 2003, 856; GmbHR 2005, 1615 = ZIP 2005, 2211; OLG Oldenburg, GmbHR 2004, 1014 = ZIP 2005, 317.

7 Zust. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 16; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 84; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 96; krit. OLG Hamburg, GmbHR 2007, 1036.

### 3. Gegenstandspunkt

a) Nach der hier vertretenen Ansicht ist § 64 Satz 1 nichts anderes als eine **Spezialregel über den Ersatz des Gesamtgläubigerschadens** durch Zahlung an die Gesellschaft (Rdnr. 14, 51)<sup>1</sup>. Die Zahlung kommt damit allen Gläubigern zugute: den sog. Altgläubigern aus der Zeit vor der Insolvenzverschleppung und den sog. Neugläubigern aus der Verschleppungsphase<sup>2</sup>. Sie trägt damit zur Kompensation des allseitigen Quotenschadens (Anh. § 64 Rdnr. 65 f.) bei. Gleichzeitig erleichtert die Bestimmung der Gesellschaft bzw. ihrem Insolvenzverwalter die schwierige **Darlegung** und ggf. **Beweisführung** hinsichtlich des Insolvenzverschleppungsschadens (Rdnr. 51). Nach § 64 Satz 1 (bzw. § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB) ist eine auf die Rückerstattung der Zahlungen gerichtete Klage deshalb ohne Weiteres schlüssig. Sie ist aber nicht ohne Weiteres in dieser Höhe begründet, weil der Gegenbeweis möglich ist.

b) Der **Gegenbeweis, dass der Gesamtgläubigerschaden** – also die für die Erreichung der „Soll-Quote“ in der Insolvenz erforderliche Zahlung (Anh. § 64 Rdnr. 61, 67) – **geringer ist** als die nach § 64 Satz 1 eingeforderte Summe, ist nach der hier vertretenen Ansicht zulässig<sup>3</sup>. Der Gesamtgläubigerschaden entspricht dem Betrag, um den die Insolvenzmasse zur Herbeiführung der ohne Insolvenzverschleppung erzielbaren Quote erhöht werden muss. Der nach *Altmeppen* zu zahlende Verlustausgleich<sup>4</sup> wird dem i.d.R. entsprechen (Anh. § 64 Rdnr. 63, 67). De lege ferenda ist eine solche Regelung zu empfehlen<sup>5</sup>.

### 4. Geltendmachung des Anspruchs

a) **Gläubigerin ist die Gesellschaft**<sup>6</sup>: Nach Insolvenzverfahrenseröffnung macht der **Insolvenzverwalter** den Anspruch geltend<sup>7</sup>. Grundlage ist im Geltungsbereich des § 64 nicht § 92 InsO (zu dieser Bestimmung vgl. Anh. § 64 Rdnr. 66), sondern § 80 Abs. 1 InsO<sup>8</sup>. Der Anspruch gehört zur Insolvenzmasse (§ 35 InsO). Eine Sondermasse braucht der Insolvenzverwalter nicht zu bilden<sup>9</sup>, denn das Geleistete kommt allen Insolvenzgläubigern zugute.

1 Deutlich noch BGH, NJW 1974, 1089 = KTS 1974, 230 = AG 1974, 359; *Kühn*, NJW 1970, 591; s. auch OLG Hamburg, BB 1959, 208 = MDR 1959, 311 = GmbHR 1959, 111 mit Anm. *Trude*.

2 Mühe hat deshalb BGHZ 138, 211, 218 = NJW 1998, 2667 = ZIP 1998, 776.

3 Vgl. schon 9. Aufl., Rdnr. 35; *Karsten Schmidt*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rdnr. 11.34; heute auch *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 82.

4 *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 27, 31 f.

5 Vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2009, 1551, 1554.

6 *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 7.

7 Beispiele BGHZ 131, 325 = GmbHR 1996, 221; BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184; BGHZ 146, 264 = GmbHR 2001, 190 = NJW 2001, 1280 = ZIP 2001, 235.

8 Vgl. nur *Poertzgen*, Organhaftung, S. 223; *Casper*, in: *Ulmer*, Rdnr. 95.

9 *Poertzgen*, Organhaftung, S. 226.

- 59 **b) Auch außerhalb des Insolvenzverfahrens** ist § 64 Satz 1, anders als § 92 InsO, anwendbar<sup>1</sup>. Der Anspruch kann dann im Namen der Gesellschaft von deren Vertreter (Geschäftsführer oder Liquidator als Nachfolger des Haftungsschuldners) geltend gemacht werden<sup>2</sup>. Der Anspruch ist **pfändbar**<sup>3</sup>. Er kann also – namentlich im Fall einer Insolvenzablehnung mangels Masse (§ 26 InsO) – von einem Gesellschaftsgläubiger gepfändet und diesem nach § 835 ZPO überwiesen werden<sup>4</sup>.
- 60 **c)** Die **Darlegungs- und Beweislast** im Zivilprozess liegt, was die objektive Voraussetzung des § 64 Satz 1 anlangt, bei der Partei, die den Anspruch geltend macht<sup>5</sup>. Vom in Anspruch genommenen Geschäftsführer darzulegen und zu beweisen ist dagegen: der Ausnahmetatbestand der erlaubten Zahlung nach § 64 Satz 2 (vgl. Rdnr. 38), die Exkulpation (Rdnr. 47) sowie die Behauptung, dass der Insolvenzverschleppungsschaden geringer ist als die Summe der unter § 64 Satz 1 fallenden Zahlungen (Rdnr. 57).
- 61 **d) Verzicht und Vergleich: aa) Grundsatz:** Verzicht und Vergleich der Gesellschaft hinsichtlich des Ersatzanspruchs sind, wie aus den entsprechend anwendbaren §§ 43 Abs. 3, 9b Abs. 1 folgt, insoweit unwirksam, als der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (§ 64 Satz 4). Das ergibt sich im Gegensatz zu § 43 im Grunde von selbst, denn es geht zwar um einen Anspruch der Gesellschaft, jedoch um Schadensersatz für die Gläubiger, nicht für die Gesellschaft (vgl. auch Rdnr. 6). Das Vergleichsverbot gilt allerdings nicht, wenn der Vergleich Bestandteil eines Insolvenzplans der Gesellschaft ist oder wenn mit einem seinerseits insolventen Haftungsschuldner ein Vergleich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen wird (§ 9b Abs. 1 Satz 2). Die durch § 64 Satz 4 nur exemplarisch in Bezug genommenen Regeln gelten nicht nur für § 64, sondern für den ganzen Anspruch der Gesellschaft auf Liquidation des Gesamtgläubigerschadens durch Auffüllung des Gesellschaftsvermögens (dazu Anh. § 64 Rdnr. 65 ff.). Sie gelten aber nur für den **Ersatz des Gesamtschadens**, nicht für die Individualschadensansprüche einzelner Gläubiger. Diese können wegen des den Gesamtschaden übersteigenden Individualschadens (Anh. § 64 Rdnr. 68) auf den Ersatz verzichten. Der Schadensersatz wegen Insolvenzverschleppung gebührt dagegen allen Gläubigern. Auch der Insolvenzverwalter darf nicht auf den Anspruch verzichten<sup>6</sup>, es sei denn, alle Gläubiger stimmten zu (ein theoretischer Fall!).
- 62 **bb) Zulässige Vergleiche:** Das Verzichts- und Vergleichsverbot gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur *Abwendung des Insol-*

1 Richtig *Poertzgen*, Organhaftung, S. 220; a.M. BGH, NJW 2001, 304, 305 = ZIP 2000, 1896; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 82; *Nerlich*, in: Michalski, Rdnr. 47.

2 *Poertzgen*, Organhaftung, S. 220 Fn. 31.

3 BGH, NJW 2001, 304, 305 = GmbHR 2000, 1149, 1150 = ZIP 2000, 1896, 1897 f.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17; *Karsten Schmidt*, GmbHR 2000, 1225 ff.

4 BGH, NJW 2001, 304, 305; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 82; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 95.

5 BGHZ 163, 134, 145 = GmbHR 2005, 1117, 1121 = ZIP 2005, 1426, 1430.

6 Ausführlich noch 8. Aufl., Rdnr. 43; a.M. noch *Scholz* in der 5. Aufl., Rdnr. 10.

venzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht (§ 64 Satz 3 i.V.m. § 43 Abs. 3 und § 9b Abs. 1 Satz 2). Auch in einem Insolvenzplan kann die Ersatzpflicht geregelt werden. Zweifelhaft ist, inwieweit darüber hinaus eine *teleologische Reduktion des Vergleichsverbots* akzeptiert werden kann. Richtigerweise muss der Abschluss eines Vergleichs zugelassen werden, wenn er der Haftungsverwirklichung und damit der Auffüllung der Masse objektiv dienlich ist<sup>1</sup>. Allerdings erschwert die hier abgelehnte (Anh. § 64 Rdnr. 56) BGH-Rechtsprechung zum Gesamtschadensausgleich in der Insolvenz (§ 92 InsO) den Abschluss von Vergleichsverträgen durch den Insolvenzverwalter, weil diese nach der Auffassung des BGH nur die Altgläubigerrechte betreffen könnten. Richtigerweise muss der Verwalter allgemein in der Lage sein, sich mit einem in Anspruch genommenen Geschäftsführer über die Höhe des zu zahlenden Schadensersatzes zu vergleichen<sup>2</sup>. Jede andere Lösung würde dazu zwingen, jeden Haftungsfall durch alle Instanzen auszutragen. Hier kann nur eine teleologische Reduktion des Verzichts- und Vergleichsverbots helfen.

**e) Verjährung:** Der Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO verjährt gemäß den entsprechend anwendbaren §§ 64 Satz 4, 43 Abs. 4 **in fünf Jahren**<sup>3</sup>. Die für die Sanktion aus § 64 – diese ist richtigerweise ein Spezialfall der Verschleppungshaftung (Rdnr. 10) – speziell geregelte Verjährung tritt an die Stelle des § 195 BGB, und zwar auch bei den in § 64 nicht erwähnten Fällen der Liquidation von Verschleppungsschäden durch den Insolvenzverwalter (Rdnr. 58) und auch auf den Direktanspruch eines Gläubigers aus § 823 Abs. 2 BGB<sup>4</sup>. In dieser Hinsicht sollte auf den Charakter des schädigenden Verhaltens als Dauerdelikt Rücksicht genommen und ein Verjährungsbeginn erst mit der Beendigung der schuldhaften Verfahrensverschleppung angenommen werden. Auf subjektive Merkmale wie die Kenntnis kommt es nicht an<sup>5</sup>.

#### **IV. Insolvenzauslösende Zahlungen an Gesellschafter (§ 64 Satz 3 GmbHG, § 130a Abs. 1 Satz 3 HGB)**

**Schrifttum:** Böcker/Poertzgen, Kausalität und Verschulden beim künftigen § 64 Satz 3 GmbHG, WM 2007, 1203; Cahn, Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen, Der Konzern 2004, 235; Casper, Insolvenzverschleppungs- und Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers und der Gesellschafter, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Kap. 6, Rdnr. 6.41 ff.; Engert, Solvenzanforderungen als gesetzliche Ausschüttungssperre bei Kapitalgesellschaften, ZHR 170 (2006), 296; Greulich/Bunnemann, Geschäftsführungshaftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-RefE – Solvenztest im deutschen Recht?, NZG 2006, 681; Greulich/Rau, Zur partiellen Insolvenzverursachungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Satz 3 GmbHG-RegE, NZG 2008, 284;

1 Karsten Schmidt, KTS 2001, 378 ff.

2 Karsten Schmidt, KTS 2001, 378, 379.

3 So bereits die 6. Aufl., Rdnr. 38; zust. Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 85; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 89; Casper, in: Ulmer, Rdnr. 144.

4 OLG Saarbrücken, NJW-RR 2000, 180 = (L) NJW 2000, 3795; so auch schon 8. Aufl., Rdnr. 44.

5 Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 23.

*Kleindiek*, Geschäftsführerhaftung nach der GmbH-Reform, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 893; *Knof*, Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG, Teil I, DStR 2007, 1536 und Teil II, DStR 2008, 1580; *Niesert/Hohler*, Die Haftung des Geschäftsführers für die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen und ähnliche Leistungen – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 64 S. 3 GmbHG, NZI 2009, 345; *Karsten Schmidt*, GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer?, GmbHR 2008, 449; *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 11.94 ff.; *Strohn*, Existenzvernichtungshaftung, §§ 30, 31, 43 und § 64 S. 3 GmbHG, ZHR 173 (2009), 589.

### 1. Grundlagen

- 64 a) Die Bestimmung enthält ein **Zahlungsverbot** und sanktioniert dieses durch die **Pflicht zur Erstattung verbotener Zahlungen**. Rechtspolitisch und rechtstechnisch steht § 64 Satz 3 damit in einem Zusammenhang sowohl mit § 30 als auch mit § 64 Satz 1. Im Gegensatz zu § 64 Satz 1 enthält § 64 Satz 3 ein echtes, eigenständiges Zahlungsverbot (Rdnr. 15).
- 65 Die Bestimmung **ergänzt ihrem Normzweck nach § 30 Abs. 1<sup>1</sup>**. Sie beruht auf dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008 (BGBl. I 2008, 2026). Der Gesetzgeber wollte **neben dem** durch Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter (§ 31) sanktionierten, streng bilanziell orientierten **Ausschüttungsverbot (§ 30)** ein **weiteres Zahlungsverbot** implementieren, das nicht auf Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen beschränkt ist<sup>2</sup> und alle Zahlungen an Gesellschafter erfasst, die die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen müssen und tatsächlich auch herbeiführen<sup>3</sup>. Das bei der Neufassung des § 30 verschmälerte Prinzip des Solvenztests hat insofern in § 64 Satz 3 gewissermaßen Asyl gefunden (Rdnr. 71), dies freilich mit Wirkung nicht gegen die Zahlungsempfänger (§ 31), sondern die zahlenden Geschäftsführer (Rdnr. 67). Die Bestimmung **ergänzt auch das Anfechtungsrecht der §§ 129 ff. InsO**, insbesondere des **§ 135 InsO**. Die Gesetzesbegründung weist insofern insbesondere auf Fälle hin, in denen die Anfechtungsregeln versagen, weil „deren zum Teil kurze Fristen abgelaufen sind, der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die entsprechende Kenntnis des Empfängers nicht bewiesen werden können und die Vermutungsregeln namentlich gegenüber nahe stehenden Personen nicht erfüllt sind“<sup>4</sup>. Mit diesen Worten wird aber nur das rechtspolitische Bedürfnis nach der neuen Regelung neben § 30 bzw. §§ 129 ff. InsO unterstrichen, nicht dagegen der Tatbestand des § 64 Satz 3 oder sein genaues Verhältnis zu § 30 bzw. §§ 129 ff. InsO bestimmt. § 64 Satz 3 ist insbesondere **nicht subsidiär gegenüber § 30 bzw. §§ 129 ff. AnfG**. Die Bestimmungen können nebeneinander treten (Rdnr. 70). Schließlich betont die Regierungsbegründung, dass die Haf-

1 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46.

2 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46: „Der Entwurf ergänzt dieses Verbot, indem er auch Zahlungen erfasst, die zwar das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht antasten, die aber die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen müssen und tatsächlich auch herbeiführen.“

3 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46.

4 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46.

tungsbestimmung einen Teilbereich der unter dem Stichwort „existenzgefährdender Eingriff“ zusammengefassten Haftungsfälle (§ 13 Rdnr. 98 ff.) mit erfasst<sup>1</sup>. Hieraus wird mit Recht gefolgert, dass § 64 Satz 3 im Wesentlichen einen **Schutz gegen Ausplünderungen der Gesellschaft** vor ihrem Zusammenbruch **gewährleisten** soll<sup>2</sup>. Dieses rechtspolitische Ziel sollte zu einer kontrollierten Handhabung der Bestimmung anhalten (vgl. auch Rdnr. 71).

**b) Systematisch** wird § 64 Satz 3 als Vorverlagerung des aus § 64 Satz 1 abgelesenen Zahlungsverbots bezeichnet<sup>3</sup>. Rechtspolitisch besteht auch nach der hier vertretenen Ansicht ein Zusammenhang mit der Insolvenzverschleppungshaftung nach § 15a InsO (vgl. zu dieser Anh. § 64 Rdnr. 44 ff.). Es handelt sich insgesamt um **insolvenzbezogene Organpflichten**, allerdings nicht um insolvenzverfahrensrechtliche Institute, sondern um gesellschaftsrechtliche Organpflichten in der insolventen Gesellschaft<sup>4</sup>. Diese Organpflichten wurden im MoMiG durch Einführung des § 64 Satz 3 vor das Stadium der materiellen Insolvenz vorverlegt. Das MoMiG hat die Insolvenzantragspflicht dezidiert insolvenzrechtlich eingeordnet und aus dem § 64 herausgelöst (vgl. oben Rdnr. 2). Die Regierungsbegründung<sup>5</sup> gibt aber auch § 64 Satz 3 „einen starken insolvenzrechtlichen Bezug“. Sie fügt hinzu: „Dies erleichtert es, § 64 als insolvenzrechtliche Norm zu qualifizieren und gemäß Artikel 3 Abs. 1, Artikel 4 Abs. 1 und 2 und Satz 1 der Europäischen Insolvenzordnung (EuInsVO) auch in Insolvenzverfahren über das Vermögen ausländischer Gesellschaften anzuwenden, deren Tätigkeitsmittelpunkt in Deutschland liegt.“ Die **Anwendbarkeit auf Auslandsgesellschaften** ist indes **zu bestreiten**. Das beruht weniger auf systematischen als auf positivrechtlichen Erwägungen. Der Gesetzgeber hat die sog. Zahlungsverbote auch nach dem MoMiG rechtsformspezifisch geregelt (in § 64 für die GmbH; in § 130a Abs. 1 HGB für die Kapitalgesellschaft & Co. KG; in § 92 Abs. 2 AktG für die Aktiengesellschaft). Sie sind ähnlich wie die Ausschüttungsverbote (im Fall der GmbH also § 30) genuines Gesellschaftsrecht. Dies schließt unabhängig von der rechtssystematischen Einordnung eine Anwendung auf Auslandskapitalgesellschaften auch unter Zuhilfenahme der EuInsVO aus.

**c) Normadressaten sind wie bei § 64 Satz 1 die Geschäftsführer unter Einbeziehung etwaiger faktischer Geschäftsführer** (Rdnr. 43). Es liegt ein **an § 64 Satz 1 orientiertes Zahlungsverbot** vor. Hinsichtlich der **Sanktionsrichtung** unterscheidet sich § 64 Satz 3 ebenso von §§ 30, 31 wie von §§ 129 ff. InsO<sup>6</sup>: Zur Erstattung verpflichtet sind nicht die Zahlungsempfänger, sondern die Geschäftsführer (Rdnr. 100). Auch von der in der Gesetzesbegründung gleichfalls in Bezug genommenen Existenzvernichtungshaftung (Rdnr. 65) unterscheidet sich die Er-

1 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46; s. auch *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 103; *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1205; *Niesert/Hohler*, NZI 2009, 345, 348.

2 *Kleindiek*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 893, 904; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 20.

3 Vgl. nur *Kleindiek*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 893, 901.

4 9. Aufl., § 64 Rdnr. 1.

5 RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

6 *Karsten Schmidt*, GmbHHR 2008, 449, 453 f.; *Graulich/Rau*, NZG 2008, 284, 286.

satzpflicht nach § 64 Satz 3 darin, dass **nicht die Gesellschafter, sondern die Geschäftsführer** als Handelnde haften (zur Gesellschafterhaftung vgl. Rdnr. 100 f.). Insofern haben die Existenzvernichtungshaftung und die Geschäftsführerhaftung nach § 64 Satz 3 nichts miteinander zu tun<sup>1</sup>. Auch **Aufsichtsratsmitglieder** sind **nicht** Normadressaten (zu ihrer Haftung vgl. Rdnr. 101).

- 68 **d) Betrachtung ex post und ex ante:** § 64 Satz 3 formuliert einen Anspruch der Gesellschaft gegen die dem Zahlungsverbot zuwiderhandelnden Geschäftsführer. Die **Sichtweise des Gesetzes** ist damit eine **Sichtweise ex post**, und zwar aus der Perspektive der Gesellschaft (nach Insolvenzverfahrenseröffnung: des Insolvenzverwalters) bzw. des über den Erstattungsanspruch entscheidenden Zivilgerichts. Die ungeschriebene Prämisse und zentrale Regelung des § 64 Satz 3 ist indes das **Verbot von Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit führen müssen**. Diese **ex-ante-Betrachtung** zeigt, dass es sich, ähnlich wie bei den Insolvenzantragspflichten um **insolvenzbezogene Organpflichten der Geschäftsführer** handelt (vgl. Rdnr. 66 sowie Anh. § 64 Rdnr. 1, 3). Diese setzen nach § 64 Satz 3 bereits vor der materiellen Insolvenz (Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit) ein.
- 69 **e) Zwingendes Recht:** § 64 Satz 3 ist zwingend. Die Bestimmung kann weder durch Gesellschaftsvertrag noch durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Ein mit § 64 Satz 3 unvereinbarer Gesellschafterbeschluss (Weisungsbeschluss) bindet die Geschäftsführer nicht<sup>2</sup>. Der Beschluss ist damit allerdings nicht ohne Weiteres nichtig, wenn die Auszahlung mit § 64 Satz 3 unvereinbar wäre. Dies ist er nur, wenn der Geschäftsführer zum Ungehorsam gegen § 64 Satz 3 aufgefordert wird (vgl. sinngemäß zu § 30 § 45 Rdnr. 74). In anderen Fällen genügt, dass der Beschluss die Geschäftsführer nicht bindet. Ein Verbotsgesetz i.S. von § 134 BGB ist § 64 Satz 3 nicht (Rdnr. 92). Die verbotene Zahlung ist nicht nichtig und muss nicht schon wegen dieses Verstoßes nach § 812 BGB zurückgezahlt werden.
- 70 **f) Verhältnis zu anderen Vorschriften:** § 64 Satz 3 und § 30 schließen sich nicht aus (Rdnr. 71). Dieselbe Zahlung kann Ansprüche gegen die Empfänger nach § 31 und gegen die Geschäftsführer nach § 64 Satz 3 begründen<sup>3</sup>. Dasselbe gilt im Verhältnis zu §§ 129 ff. InsO (Insolvenzanfechtung gegen den Empfänger) und zu §§ 812 ff. BGB (Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger). Über **Schadensersatzpflichten** vgl. Rdnr. 97 ff.
- 71 **g) Rechtspolitische Bewertung:** Das rechtspolitische Urteil fällt zwiespältig aus<sup>4</sup>. § 64 Satz 3 ist **Bestandteil der durch das MoMiG insgesamt verschärften Geschäftsführerhaftung**<sup>5</sup>. Im Verhältnis zu § 30 dokumentiert die Bestimmung gleichzeitig einen Kompromiss hinsichtlich der beim Kapitalschutz nach § 30

1 Unnötig deshalb die Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46; danach ist Satz 3 „keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung und greift demgemäß der weiteren Rechtsfortbildung nicht vor“.

2 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

3 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46; *Streit/Bürk*, DB 2008, 742, 750.

4 Überblick bei *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 56 ff.

5 *Karsten Schmidt*, GmbHR 2008, 449; *S. Meyer*, BB 2008, 1742.

rechtspolitisch umstrittenen **Alternative „bilanzielles Ausschüttungsverbot versus Solvenztest“** (dazu Nachtrag MoMiG Rdnr. 2 zu § 30 in diesem Band)<sup>1</sup>. Der Gesetzgeber hat es hinsichtlich des **§ 30** beim **Unterbilanztest** belassen (Schutz bezogen auf „das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft“)<sup>2</sup> und stellt **in § 64 Satz 3** auf einen **Solvenztest** ab<sup>3</sup>. Für die Geschäftsführer ergibt sich hieraus ein **kumuliertes Verbot**: Nach § 30 Abs. 1 sind causa societatis vorgenommene Zahlungen an die Gesellschafter verboten, die eine Unterbilanz herbeiführen oder verschärfen; nach § 64 Satz 3 sind insolvenzverursachende Zahlungen an die Gesellschafter verboten. Im Verein halten damit § 30 Abs. 2 und § 64 Satz 3 die Geschäftsführer an, vor jeder Zahlung (vgl. zu diesem Begriff Rdnr. 75) an die Gesellschafter sowohl nach § 30 die Deckung des Stammkapitals als auch nach § 64 Satz 3 die Solvenzprognose zu prüfen (**kumulierter Kapitaldeckungs- und Solvenztest**). Die hiermit verbundene **Stärkung des Gläubigerschutzes** ist im Ansatz rechtspolitisch plausibel<sup>4</sup>. Das Problem liegt beim Ausmaß der Haftung, also bei dem Geschäftsführerrisiko. Nach der Regierungsbegründung ist die Regelung in ihrem Anwendungsbereich eng begrenzt und in ihren Voraussetzungen klar erkennbar und stellt damit keine Überforderung der Geschäftsführer dar<sup>5</sup>. Doch ist dies zweifelhaft, vor allem weil der Gesetzgeber die Geschäftsführer explizit strenger haften lässt als die Zahlungsempfänger (vgl. Rdnr. 65). Vollends problematisch ist, ganz wie bei § 64 Satz 1 (Rdnr. 12 ff.), die undifferenzierte Sanktion gegenüber dem Geschäftsführer: die strenge Erstattungspflicht an Stelle einer Schadensersatzpflicht (dazu Rdnr. 94).

**h) Für die GmbH & Co. KG** (genauer: die Kapitalgesellschaft & Co. KG) gilt **§ 130a Abs. 1 Satz 3 HGB** i.V.m. § 177a HGB (vgl. Rdnr. 4 f.). Die Bestimmung erfasst auch eine Personengesellschaft deutschen Rechts mit einer Auslandskomplementärin. 72

**i) Inkrafttreten:** § 64 Satz 3 ist am **1. 11. 2008** in Kraft getreten (Art. 25 MoMiG). Die Haftungsvorschrift erfasst Zahlungen von diesem Zeitpunkt an. 73

## 2. Der Tatbestand

**a) Die Geschäftsführer** sind nach § 64 Satz 3 verantwortlich. Dies sind, wie bei § 64 Satz 1, die nach §§ 6 Abs. 3 Satz 2, 46 Nr. 5 bestellten Geschäftsführer, aber auch die sog. faktischen Geschäftsführer (vgl. Rdnr. 67). Sind **mehrere Geschäftsführer** vorhanden, so haftet nach § 64 Satz 3 nicht nur derjenige, der die Zahlung selbst vorgenommen oder veranlasst oder durch einen Geschäftsführerbeschluss gedeckt hat. Vielmehr haftet auch ein Geschäftsführer, der es ver- 74

1 Zu diesem Gegensatz vgl. *Engert*, ZHR 170 (2007), 296, 318 ff.; *Karsten Schmidt*, GmbHR 2007, 1 ff.; *Jungmann*, ZGR 2006, 638, 645 ff.; *Kuhner*, ZGR 2005, 753, 777 ff.

2 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

3 *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 103; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 54; *Wicke*, Rdnr. 26; *Kleindiek*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 893, 906; *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 683; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1541 f.; 1580.

4 Von einem „vernichtenden Urteil“ des *Verfassers* (so *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 56) kann insofern nicht die Rede sein; dies trifft eher auf *Altmeyen* selbst zu.

5 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46.



säumt hat, die nach § 64 Satz 3 verbotene Leistung zu verhindern<sup>1</sup>. **Liquidatoren** stehen den Geschäftsführern gleich (vgl. § 71 Rdnr. 4).

- 75 **b) aa) Zahlungen** sind nach § 64 Satz 3 ebenso wie nach § 64 Satz 1 nicht nur Geldleistungen, sondern auch andere **liquiditätsrelevante Leistungen** mit Geldwert (vgl. sinngemäß Rdnr. 19 ff.)<sup>2</sup>. Insbesondere gilt dies für Leistungen, für die die Gesellschaft Liquidität aufwenden muss<sup>3</sup>. Leistungen an Zahlungen statt oder erfüllungshalber können „Zahlungen“ sein<sup>4</sup>, ebenso die Bestellung liquiditätsschmälernder Realsicherheiten (Grundpfandrechte, Sicherungseigentum etc.) zu Gunsten eines Gesellschafters<sup>5</sup>. **Leistungen durch Dritte**, die an den Gesellschafter fließen, fallen unter § 64 Satz 3, wenn sie für Rechnung der Gesellschaft erbracht werden<sup>6</sup>. **Nicht gleichgestellt** ist die bloße **Begründung von Verbindlichkeiten**<sup>7</sup>. Damit ist auch die bloße Übernahme einer Personalsicherheit (Bürgschaft, Garantie) zur Sicherung einer Gesellschafterschuld keine „Zahlung“ i.S. von § 64 Satz 3<sup>8</sup>. Erfasst sein muss dann allerdings die Zahlung der Gesellschaft an den Gläubiger, woraus sich diesem gegenüber ein Leistungsverweigerungsrecht ergibt (vgl. Rdnr. 76).
- 76 **bb) Zahlung durch die Geschäftsführer** liegt vor, wenn die Geschäftsführer die Zahlung selbst vorgenommen haben oder veranlasst oder in zurechenbarer Weise geduldet haben<sup>9</sup>. Die Ausführungen vor Rdnr. 43 gelten sinngemäß. In Entsprechung zur Behandlung der Abbuchungs- und Überweisungsfälle bei § 64 Satz 1 wird man auch den Zugriff eines Gesellschafters auf das Konto der Gesellschaft der Zahlung an ihn gleichzustellen haben, wenn der Geschäftsführer diesen Zugriff – z.B. durch Widerruf der Kontovollmacht gegenüber der Bank – hätte verhindern können, aber nicht verhindert hat.
- 77 **c) aa)** Im Gegensatz zu § 64 Satz 1 setzt § 64 Satz 3 eine **Zahlung an Gesellschafter** voraus, ohne dass es auf die Größe seines Anteils ankäme<sup>10</sup>. Dem steht die **Zahlung an einen Dritten** gleich, die i.S. von § 32a Abs. 3 Satz 1 a.F. (jetzt verkürzt in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) **der Zahlung an einen Gesellschafter** wirtschaftlich **entspricht**<sup>11</sup>. Das gilt insbesondere für Zahlungen an nahe stehende

1 So mit Hinweis auf § 64 Satz 1 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, § 64 Rdnr. 6, 23; vgl. auch BGH, ZIP 2009, 956 f. zu § 130a Abs. 3 HGB a.F.

2 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46; *Wicke*, Rdnr. 27; *Cahn*, Der Konzern 2009, 7, 8 (zu § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG); *Niesert/Hohler*, NZI 2009, 345, 349.

3 BGHZ 143, 184, 186 f. = NJW 2000, 668 (zu § 64 Abs. 2 a.F.); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 24; *Cahn*, Der Konzern 2009, 7, 8 (zu § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG).

4 Vgl. *Knof*, DStR 2007, 1536, 1538.

5 Vgl. *Cahn*, Der Konzern 2009, 7, 10.

6 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 26.

7 Vgl. *Kleindiek*; in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 24; *Wicke*, Rdnr. 27; *Cahn*, Der Konzern 2009, 7, 8 (zu § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG); *Niesert/Hohler*, NZI 2009, 345, 349; *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1204; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1537.

8 Differenzierend *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 105 (nach Risiko der Inanspruchnahme); *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 684; a.M. für § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG *Cahn*, Der Konzern 2009, 7, 9.

9 Vgl. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 6, 23; *Cahn*, Der Konzern 2009, 7, 10.

10 *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 106.

11 Ähnlich *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 106; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 26; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1538.

Personen, Treugeber, Nießbraucher sowie im Konzernverbund<sup>1</sup>. Gleichzustellen ist aber auch jede sonstige **Zahlung an einen Dritten für Rechnung des Gesellschafters**<sup>2</sup>, richtigerweise wohl sogar die Zahlung auf eine Forderung des Gesellschafters an seinen Gläubiger, der diese Forderung gepfändet hat (§§ 829, 835 ZPO)<sup>3</sup>. Der Geschäftsführer kann in diesem Fall das Zahlungsverbot auch dem Pfändungspfandgläubiger entgegenhalten (§ 804 Abs. 2 ZPO, §§ 1275, 404 BGB). Auch die Leistung der Gesellschaft als Bürgin oder Garantin für den Gesellschafter kann unter Satz 3 fallen (Rdnr. 75). **Zweifelhaft** ist, ob es sich wie bei § 30 um eine **Leistung „causa societatis“**, also an den Gesellschafter als solchen, handeln muss, m.a.W. um eine Leistung, die unter der Voraussetzungen des § 30 eine verbotene Ausschüttung wäre<sup>4</sup>. Die Frage ist zu verneinen. § 64 Satz 3 meint jede Zahlung<sup>5</sup>. Zahlungen „causa societatis“ sind einerseits immer erfasst, auch wenn sie nicht dem Gesellschafter selbst zufließen (s. oben). Eine Zahlung „causa societatis“ ist aber für die Anwendung von § 64 Satz 3 nicht erforderlich. Es handelt sich bei § 64 Satz 3 um eine Liquiditätsschutznorm, und diese setzt – anders als die Kapitalschutznorm des § 30 – nicht bei der Schmälerung des Gesellschaftsvermögens durch offene oder verdeckte Ausschüttungen an die Gesellschafter an, sondern bei der Liquiditätsgefährdung durch **jedwede Zahlung an die Gesellschafter**. § 64 Satz 3 nimmt deshalb keine Rücksicht auf das Bedürfnis, noch Austauschgeschäfte mit der Gesellschaft zu tätigen, sofern diese Austauschgeschäfte die Liquidität der Gesellschaft schmälern. Auch **Fälligkeit** der Gesellschafterforderung hindert die Anwendung der Bestimmung nicht<sup>6</sup>. Wäre dies richtig, so liefe § 64 Satz 3 leer<sup>7</sup>. Aus § 64 Satz 3 ergibt sich deshalb ein **Leistungsverweigerungsrecht** (Rdnr. 91).

**bb)** Die **Gesellschaftereigenschaft** muss grundsätzlich im **Zeitpunkt der Zahlung** vorliegen<sup>8</sup>. In Fällen eines vorherigen Ausscheidens wird allerdings häufig noch eine Zahlung an den Empfänger als vormaligen Gesellschafter oder eine Zahlung für Rechnung eines Anteilserwerbers vorliegen (so u.U. in Buy-out-Fällen). Das genügt<sup>9</sup>.

**cc)** Der **Rechtsgrund** der Zahlung ist **ohne Belang**. Es kann sich um eine Zahlung ohne oder mit Rechtsgrund handeln, und der Rechtsgrund kann gesellschaftsrechtlicher oder rein schuldrechtlicher Art sein (vgl. neuerlich Rdnr. 77).

1 Ähnlich *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 106; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 26.

2 Vgl. auch *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 106.

3 Zum hiermit einhergehenden Leistungsverweigerungsrecht vgl. alsbald im Text.

4 So *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 61, 64; für § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG *Cahn*, Der Konzern 2009, 7, 11; krit., jedoch zögernd, *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 25.

5 So auch *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 159 f.

6 *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 160; a.M. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 61.

7 Es würde eine Vereinbarung zwischen der Gesellschaft (Geschäftsführer) und dem Gesellschafter über die Fälligkeit (die sogar konkludent in der Zahlung selbst liegen könnte) ausreichen, um Satz 3 unanwendbar zu machen (hierfür aber expressis verbis *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 63).

8 *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 106 (aber mit bedenklicher Gleichsetzung des Kausalgeschäfts z.Z. der Beteiligung).

9 Ähnlich *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 106.

**Gewinnausschüttungen**, auch wenn nach § 46 Nr. 1 beschlossen, können nach Satz 3 ebenso verboten sein wie **Entgeltzahlungen** für Drittgeschäfte mit Gesellschaftern. Auch **Gehaltszahlungen an einen Gesellschafter-Geschäftsführer** fallen unter § 64 Satz 3<sup>1</sup>. **Zahlungen auf Gesellschafterdarlehen** sind auch dann erfasst, wenn das Darlehen auf Grund des Kleinbeteiligungsprivilegs (§ 39 Abs. 5 InsO = § 32a Abs. 3 Satz 2 a.F.) oder auf Grund des Sanierungsprivilegs (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO = § 32a Abs. 3 Satz 3 a.F.) nicht den Sonderregeln über Gesellschafterdarlehen unterliegt<sup>2</sup>. Zweifelhafte ist, ob dasselbe bei der **Zahlung von Nutzungsentgelt an Gesellschafter gilt**<sup>3</sup>. Aus § 135 Abs. 3 InsO ist grundsätzlich zu folgern, dass die Zahlung von Nutzungsentgelt an Gesellschafter selbst noch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weiterläuft. Zahlungen von Nutzungsentgelt vor der Verfahrenseröffnung sind deshalb, anders als nach der dem MoMiG vorausgegangenen Rechtsprechung (vgl. §§ 32a, b Rdnr. 140 mit Kritik Rdnr. 135) weder nach § 30 Abs. 1 verboten noch wie Leistungen auf Darlehenszinsen nach § 135 InsO anfechtbar (vgl. dazu Nachtrag MoMiG zu §§ 32a/b a.F. Rdnr. 68 in diesem Band). Hierin könnte man einen Wertungskonflikt sehen. Indes gilt § 64 Satz 3 nicht nur, wie § 30 Abs. 1, für Zahlungen *causa societatis* (Rdnr. 79) und auch nicht nur für Zahlungen, die im Insolvenzfall der Anfechtung unterliegen. Das spricht gegen ein aus § 135 Abs. 3 InsO ablesbares generelles Privileg für Nutzungsentgelt. Die Lösung des Konflikts sollte in der Anwendung des § 64 Satz 2 gesehen werden: Wenn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftleiters angenommen werden kann, dass die Ausübung des Nutzungsrechts selbst im Fall der Insolvenzverfahrenseröffnung „für die Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung ist“ (§ 135 Abs. 3 Satz 1 InsO), ist die Zahlung des Nutzungsentgelts auch noch im Vorfeld der Zahlungsunfähigkeit „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ vereinbar (§ 64 Satz 2). Die Zahlung von Nutzungsentgelt an einen Gesellschafter ist also bei einem betriebsnotwendigen Gegenstand haftungsfrei. Diese Lösung setzt allerdings voraus, dass der Ausnahmetatbestand des § 64 Satz 2 im Rahmen von § 64 Satz 3 überhaupt anwendbar ist (dazu Rdnr. 88).

- 80 **c) Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit:** Das Gesetz verbietet Zahlungen, soweit sie zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen (die Vergangenheitsform beruht auf der ex-post-Perspektive des Gesetzeswortlauts; vgl. dazu Rdnr. 68). Im Einzelnen bedeutet dies:
- 81 **aa)** Es muss **Zahlungsunfähigkeit** (§ 17 Abs. 2 InsO) eingetreten sein (zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit vgl. Vor § 64 Rdnr. 6)<sup>4</sup>. Zwar kommt der **Verbotstatbestand** schon vor der Zahlungsunfähigkeit zum Zuge, denn er stellt auf die Eignung der Zahlung zur Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit ab (Rdnr. 68). Aber die in § 64 Satz 3 ex post angeordnete **Ersatzpflicht** als Sanktion kann erst

1 A.M. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Rdnr. 61.

2 So wohl auch *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 106; a.M. für § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG *Cahn*, Der Konzern 2009, 7, 12.

3 Vgl. *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 287, die für die Gegenleistung keine unmittelbare Liquiditätsqualität fordern, sondern auf den in der Folge zu erwartenden Liquiditätszufluss abstellen.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46.

zum Zuge kommen, **wenn die Zahlungsunfähigkeit eingetreten** ist. Eintritt der Überschuldung genügt nicht<sup>1</sup>. Umgekehrt kommt § 64 Satz 3 durchaus zum Zuge, wenn Überschuldung bereits eingetreten war und durch die Zahlung die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt wird (z.B. bei Zahlungen während der Dreiwochenfrist des § 15a). Doch kann hier, wie auch bei bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit, bereits § 64 Satz 1 zum Zuge kommen.

**bb) Nur eine zum Insolvenzantrag berechtigende Zahlungsunfähigkeit** führt zur Haftung. Daran fehlt es nicht nur im Fall bloßer Zahlungsstockung (diese genügt nicht für § 17 Abs. 2 InsO), sondern auch dann, wenn die zunächst eingetretene Zahlungsunfähigkeit vor einer Insolvenzverfahrenseröffnung (§ 27 InsO) bzw. Ablehnung mangels Masse (§ 26 InsO) wieder behoben worden ist<sup>2</sup>. Die Haftung ist aber nicht ausgeschlossen, wenn die Verfahrenseröffnung selbst statt auf § 17 InsO (Zahlungsunfähigkeit) auf § 18 InsO (drohende Zahlungsunfähigkeit) oder § 19 InsO (Überschuldung) gestützt wurde. Der **Eintritt der Zahlungsunfähigkeit** entscheidet. 82

**cc) Kausalität der Zahlung für die Zahlungsunfähigkeit** ist erforderlich. Hieran fehlt es, wenn Zahlungsunfähigkeit im Zahlungszeitpunkt bereits eingetreten war oder wenn sie nicht auf der Zahlung beruhte<sup>3</sup>. Wiederum greift das Verbot schon ex ante auf Grund der Eignung der Zahlung zur Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit (Rdnr. 68) ein. Aber die Ersatzpflicht setzt neben dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit den **Ursachenzusammenhang zwischen Zahlung und Zahlungsunfähigkeit voraus**<sup>4</sup>. Die Zahlung muss nicht die alleinige Ursache sein (kaum je beruht eine Insolvenz auf einer einzigen Ursache)<sup>5</sup>. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass es ohne die Zahlung niemals zur Zahlungsunfähigkeit gekommen wäre. Entscheidend ist, dass die Zahlung nicht hinfortgedacht werden kann, ohne dass die konkrete Zahlungsunfähigkeit zu dem konkreten Zeitpunkt entfiel. **Vorverlegung einer bereits drohenden Zahlungsunfähigkeit** durch die Zahlung kann als Verursachung ausreichen. Eine vom Gesetzgeber nicht gewollte (Rdnr. 65) unverhältnismäßige Ausdehnung der Haftungsbestimmung droht von dieser Kausalitätsbetrachtung nicht. Gegen sie sind die Geschäftsführer durch eine **doppelte Sicherung** geschützt: verboten sind Zahlungen, die (ex ante betrachtet) zur Zahlungsunfähigkeit führen „müssen“ (das Gesetz formuliert post: „mussten“), und auch dann haften die Geschäftsführer nicht, wenn dieser Tatbestand bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters nicht erkennbar war (vgl. Rdnr. 87). 83

**dd) Unmittelbare Kausalität** ist erforderlich. Das bedeutet nicht, dass nicht weitere Umstände hinzutreten können (Rdnr. 83). Noch weniger bedeutet dies, 84

1 So ausdrücklich etwa *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 684; a.M. *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 107; *Casper*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 6.44.

2 Ähnlich *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 110; *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1208.

3 *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 110; *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1208.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 108; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28.

5 Dies ist kein Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens; so aber *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 110 im Anschluss an *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1208.

dass die Zahlungsunfähigkeit bereits im Augenblick der Zahlung eintreten muss<sup>1</sup>. Aber es muss sich in diesem Moment klar abzeichnen, dass die Gesellschaft unter normalem Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeiten nicht mehr wird erfüllen können<sup>2</sup>. In diesem Sinne muss die Zahlung ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen<sup>3</sup>. Diese Erwartung muss im Zeitpunkt der Zahlung feststehen bzw. bei gebotener Sorgfalt feststellbar sein (vgl. zum Solvenzkonzept des § 64 Satz 3 Rdnr. 71)<sup>4</sup>. Haftungsbegründend ist eine Zahlung nur, wenn sie sich in diesem kritischen Zeitpunkt als „Weichenstellung ins Aus“ darstellt<sup>5</sup>. Dass die Zahlung ein Schritt unter vielen hin zum Absturz der Gesellschaft war, genügt nicht für die Haftung<sup>6</sup>. Die Geschäftsführer sind keineswegs verpflichtet, jegliche Zahlungen an Gesellschafter zu ersetzen, die in irgendeiner mittelbaren Weise kausal für eine – möglicherweise erst mit erheblichem zeitlichen Abstand eintretende – Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geworden sind<sup>7</sup>. Ein **naher zeitlicher Zusammenhang** zwischen der Zahlung und dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit kann **Indizwirkung** haben, mehr nicht. Faustformeln etwa im Sinne einer Jahresfrist<sup>8</sup> sind wenig hilfreich<sup>9</sup>.

- 85 **ee) Gegenleistungen** können bei der Feststellung der Kausalität **berücksichtigt** werden<sup>10</sup>. An der **Kausalität** fehlt es vor allem dann, wenn der Gesellschaft durch eine Gegenleistung des Gesellschafters im Ergebnis in gleichem Maße wieder liquide Vermögenswerte zugeführt werden<sup>11</sup>. Dasselbe gilt, wenn die Zahlung an den Gesellschafter einen sonst unvermeidlichen Mittelabfluss an einen Dritten vermeidet (z.B. für Dienstleistungen). Der Zahlungstatbestand wird insofern als Einheit gewürdigt. Die Ersatzpflicht besteht nur in dem Umfang („soweit“), wie der Gesellschaft tatsächlich liquide Vermögensmittel entzogen und nicht z.B. durch eine Gegenleistung des Gesellschafters ausgeglichen worden sind<sup>12</sup>. Zur Kompensation geeignet sind aber **nur liquiditätswirksame Gegenleistungen**. § 64 Satz 3 ist, anders als § 30, eine Liquiditätsschutzvorschrift. Deshalb gilt nicht die für § 30 maßgebliche bilanzielle Betrachtungsweise<sup>13</sup>. Beispielsweise kann der Auszahlung eines Darlehens an einen Gesell-

1 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46 f.; *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 288.

2 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

3 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46.

4 *Wicke*, Rdnr. 29; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 109.

5 Vgl. *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 109; *Casper*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 6.45; im Anschluss an *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 685; *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 288.

6 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28 m.w.N.; a.M. *Hölzle*, GmbH 2007, 729, 731.

7 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

8 Dafür *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 109.

9 Ähnlich wohl *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 29.

10 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 105 (der sogar den Zahlungsbegriff verneinen will); *Stadie*, in: Heybrock, Rdnr. 22; *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 287.

11 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46.

12 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

13 So auch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 27.

schafter nicht die Begründung eines vollwertigen Rückzahlungsanspruchs entgegengesetzt werden. Ebenso wenig wird die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens durch den Fortfall der Rückzahlungsverbindlichkeit kompensiert.

d) Nur eine **aus ex-post-Betrachtung schon ex ante feststehende Kausalität** ist haftungsschädlich („es musste ja so kommen!“). Nur unter diesen Umständen darf ex post angenommen werden, dass die Zahlung **zur Zahlungsunfähigkeit „führen musste“**<sup>1</sup>. Das Merkmal soll deutlich machen, dass nicht jede Leistung erfasst ist, die erst nach Hinzutreten weiterer im Moment der Zahlung noch nicht feststehender Umstände zur Zahlungsunfähigkeit führt<sup>2</sup>. Bloße „Eignung“ zur Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit genügt also nicht<sup>3</sup>. Dagegen genügt es, wenn die Zahlung bei Mitberücksichtigung anderer liquiditätserheblicher Umstände, dann aber unmittelbar (Rdnr. 84), zur Zahlungsunfähigkeit führen „musste“ (vgl. Rdnr. 68). Die Solvenzprognose muss die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit **ex ante überwiegend wahrscheinlich** gemacht haben<sup>4</sup>. Die **Abgrenzung gegenüber dem Entlastungsbeweis** nach dem zweiten Halbsatz von § 64 Satz 3 (Rdnr. 87) ist schwierig<sup>5</sup> und wegen der unterschiedlichen Darlegungs- und Beweislast nicht unbedeutend. Der Unterschied ist nicht in der Sichtweise einer „objektiven“ und „subjektiven“ Betrachtung zu sehen<sup>6</sup>, denn auch die erforderliche Sorgfalt folgt dem objektiven Maßstab: Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmanns“. Der Gegensatz liegt im Vorwurf des Kennenmüssens der maßgeblichen Umstände und der Tatsache, dass die Zahlung nach einem ex post gefällten ex-ante-Urteil (insofern „objektiv“) zur Zahlungsunfähigkeit führen „musste“, es also aus ex-post-Sicht „so kommen musste“ (vgl. neuerlich Rdnr. 83).

### 3. Entlastungsbeweise

a) **Exkulpation nach § 64 Satz 3:** Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht erkennbar war, dass die Zahlung zur Zahlungsunfähigkeit führen musste. Die **Darlegungs- und Beweislast** trifft den bzw. die Geschäftsführer oder Liquidatoren<sup>7</sup>. Da die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit zu den objektiven Bedingungen des Tatbestands gehört, betrifft der Entlastungsbeweis Fälle, in denen der Geschäftsführer diese subjektiv auf Grund besonderer Umstände nicht erkennen konnte<sup>8</sup>. Die Abgrenzung gegenüber dem Merkmal, dass die Zahlung zur

1 So im Ergebnis auch *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 109; *Wicke*, Rdnr. 29; *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1207.

2 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

3 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28.

4 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 28; *Wicke*, Rdnr. 29; *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 685; *Knof*, DStR 1536, 1539 u. 1590, 1591; *Spliedt*, ZIP 2009, 160.

5 Krit. *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 109; *Casper*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 6.45.

6 In diese Richtung aber *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 109; *Casper*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 6.45.

7 *Stadie*, in: Heybrock, Rdnr. 28; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 109; *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585.

8 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

Zahlungsunfähigkeit führen „musste“, kann von Fall zu Fall schwierig sein (Rdnr. 86). Es handelt sich bei der Exkulpation um den Einwand, dass eine unzureichende Sachverhaltskenntnis oder/und Liquiditätsprognose dem Geschäftsführer (Liquidator) nicht zum Vorwurf gereicht. Eine Orientierung an festen Prognosezeiträumen (ein Jahr? Laufendes oder folgendes Geschäftsjahr?)<sup>1</sup> ist unrealistisch. In Hinblick auf die strengen Erfordernisse des § 64 Satz 3 (insbesondere hinsichtlich des „Zur-Zahlungsunfähigkeit-führen-Müssens“) dürfte die Exkulpation in den seltensten Fällen gelingen<sup>2</sup>.

- 88 **b) Entlastung nach § 64 Satz 2?** Zweifelhaft ist, ob § 64 Satz 3 auch den Entlastungsbeweis nach § 64 Satz 2 zulässt. § 64 Satz 3 ist wie eine Rechtsfolgenverweisung formuliert („die gleiche Verpflichtung ...“) und verweist auf § 64 Satz 2 nur bezüglich der Erkennbarkeit der Insolvenzverursachung. Der Wortlaut spricht damit zunächst gegen eine Anwendung des § 64 Satz 2 in dem Sinne, dass erkennbar insolvenzauslösende Zahlungen an Gesellschafter nach § 64 Satz 2 legitimiert, also tatbestandslos sein können (vgl. hierzu Rdnr. 38). Auch die Regierungsbegründung nimmt auf § 64 Satz 2 nur bezüglich der „Tatbestandsmerkmale des Zahlungsverbots“ Bezug, insbesondere bezüglich der „Eignetheit, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen“<sup>3</sup>. Deshalb fragt sich, ob das Gesetz den Entlastungseinwand ausschließt, die einem Gesellschafter zufließende Zahlung sei, trotz ihrer Eignung, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar und deshalb von dem Verbot nicht erfasst. Die **Anwendbarkeit des § 64 Satz 2 ist gleichwohl zu bejahen**. Der Gesetzeswortlaut schließt sie nicht zwingend aus. Hinzu kommt ein Erst-recht-Argument: Auch § 64 Satz 1 schließt nach Eintritt der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit Zahlungen an die Gesellschafter ein. Ausnahmsweise kann also die Zahlung an einen Gesellschafter selbst bei schon eingetretener Zahlungsunfähigkeit nach § 64 Satz 2 gerechtfertigt sein (Rdnr. 38). Die Zahlung vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit kann von diesem Privileg nicht deshalb ausgeschlossen werden, wenn sie zur Zahlungsunfähigkeit führen muss.
- 89 **c) Keine Exkulpation** gibt ein **Gesellschafterbeschluss**. Ist eine Zahlung mit § 64 Satz 3 unvereinbar, so behebt der Beschluss das Zahlungsverbot nicht<sup>4</sup>. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Beschluss aus diesem Grund nichtig sein kann, vgl. Rdnr. 69.

#### 4. Beweislast

- 90 Die Beweislast hinsichtlich der Merkmale des § 64 Satz 3 trägt, wer den Anspruch geltend macht, typischerweise also der Insolvenzverwalter<sup>5</sup>. Nur hinsichtlich der Exkulpation (Rdnr. 87 ff.) trifft die Beweislast den bzw. die Ge-

1 So Casper, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rdnr. 6.47.

2 Vgl. Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 30.

3 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47; allg.M.; vgl. Casper, in: Ulmer, Rdnr. 113; für Beweiserleichterungen Knof, DStR 2007, 1580, 1585.

5 Wicke, Rdnr. 32; Casper, in: Ulmer, Rdnr. 109; Knof, DStR 2007, 1580, 1585.

schäftsführer (Liquidatoren)<sup>1</sup>. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) wird allerdings eine unzulängliche Dokumentation des Cash Flow, der Liquiditätsplanung und etwa erforderlicher Solvenzprognosen als Beweis gegen die Geschäftsführer bzw. Liquidatoren ausschlagen<sup>2</sup>.

## 5. Rechtsfolgen

**a) Leistungsverweigerungsrecht: aa)** Ungeschriebene Rechtsfolge von § 64 Satz 3 91 (ungeschrieben, weil die Norm aus ex-post-Sicht als Anspruchsgrundlage formuliert ist; vgl. Rdnr. 68) ist ein **Leistungsverweigerungsrecht**<sup>3</sup>: Das Zahlungsverbot begründet für den Geschäftsführer eine **Leistungsverweigerungspflicht**, also auch (für die Gesellschaft) ein Leistungsverweigerungsrecht. Abweichende Weisungen der Gesellschafter binden den Geschäftsführer nicht (Rdnr. 69).

**bb)** § 64 Satz 3 ist bezüglich der Zahlung **kein Verbotsgesetz i.S. von § 134 BGB** 92. Eine mit § 64 Satz 3 unvereinbare Leistungs- oder Fälligkeitsvereinbarung ist nicht ohne weiteres nichtig (dies ist ähnlich wie bei § 30). Der Rechtserwerb des Empfängers ist weder ohne weiteres ungültig noch auch nur rechtsgrundlos. Nichtig wäre nur die Vereinbarung oder der Beschluss, sich nicht an § 64 Satz 3 zu halten (vgl. schon Rdnr. 69).

**b) Erstattungspflicht: aa) Herrschende Auffassung:** Die Geschäftsführer sind 93 zum „Ersatz von Zahlungen“ verpflichtet. Die h.M. sieht hierin, wie in § 64 Satz 1 (Rdnr. 13) einen **Anspruch eigener Art**<sup>4</sup>. Nach h.M. bedeutet dies, dass die vom Zahlungsverbot betroffenen Zahlungen ohne Abzug in das Gesellschaftsvermögen (die Insolvenzmasse) zu erstatten sind. Hierfür ist kein Schadensnachweis erforderlich. Die Verpflichtung geht nach der sich an § 64 Satz 1 anlehnenden h.M. nicht auf Schadensersatz, sondern **auf schlichte Rückerstattung**<sup>5</sup>. In Anlehnung an diese Praxis zu § 64 Satz 1 (Rdnr. 50) wird die noch nicht etablierte h.M. auch hier dem Zahlungspflichtigen ein Recht auf Abtretung etwaiger Ansprüche gegen Zahlungsempfänger Zug um Zug gegen die ungekürzte Erstattung zugestehen<sup>6</sup>.

**bb) Eigene Auffassung:** Der herrschenden Auffassung ist zwar nicht im Ansatz, 94 wohl aber **in den praktischen Ergebnissen zu folgen**. In systematischer Hinsicht verdient zwar, wie bei § 64 Satz 1 (Rdnr. 14), eine schadensersatzrechtliche

1 *Stadie*, in: Heybrock, Rdnr. 28; *Casper*, in: Ulmer, Rdnr. 109; *Knof*, DStR 207, 1580, 1858.

2 Vgl. auch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 31; *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 288 f.; *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585.

3 *Stadie*, in: Heybrock, Rdnr. 25; *Hölzle*, GmbHR 2007, 729, 732; *Bormann*, DB 2006, 2616.

4 *Wicke*, Rdnr. 26; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 20; *Knof*, DStR 2007, 1580, 1584 m.w.N. zur entsprechenden Beurteilung durch den BGH zu § 64 Abs. 2 Satz 1 a.F.; ebenso *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 686.

5 *Wicke*, Rdnr. 26; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 20; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1537.

6 Vgl. *Wicke*, Rdnr. 26; *Knof*, DStR 2007, 1580, 1584; *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 686.



Deutung der Haftung den Vorzug. Sie verträgt sich auch mit der Verweisung des § 64 Satz 4 auf § 43 Abs. 3. Während aber die Schadensersatzleistung nach § 64 Satz 1 Bestandteil des Insolvenzverschleppungsschadens ist (Rdnr. 51), bezieht sich die Ersatzleistung nach § 64 Satz 3 nicht auf den ganzen Insolvenzverursachungsschaden. Dieser ist insgesamt allenfalls unter den Voraussetzungen des § 43 zu ersetzen (Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer), während der Verstoß gegen das Zahlungsverbot eine Ersatzpflicht nur in Höhe der Zahlung auslöst. Dies ist, wie bei § 64 Satz 1 (vgl. Rdnr. 56) der der Gesellschaft zuerkannte Mindestschaden der Insolvenzverursachung durch verbotene Zahlungen. Der Einwand, der Insolvenzverursachungsschaden sei insgesamt geringer als die Zahlung, kommt, anders als im Fall des § 64 Satz 1 (dazu Rdnr. 57), nicht in Betracht. Die Verpflichtung der Gesellschaft (des Insolvenzverwalters), ihre Ansprüche gegen den Empfänger (z.B. § 812 BGB, § 31) Zug um Zug abzutreten, folgt aus § 255 BGB.

- 95 **c) Mehrere Verantwortliche** haften als Gesamtschuldner (rechtsähnlich § 43 Abs. 2)<sup>1</sup>. **Dritte** – also Personen, die keine, sei es auch nur faktischen, Geschäftsführer oder Liquidatoren sind – haften nicht, auch nicht als Gehilfen. Die §§ 839, 840 BGB gelten nicht, denn der Anspruch aus § 64 Satz 3 ist wirklich ein Anspruch eigener Art.
- 96 **d) Verzicht, Vergleich und Verjährung:** Es gelten, wie für § 64 Satz 1, die Regeln von § 43 Abs. 3 und 4 einschließlich der Verweisung auf § 9b (vgl. § 64 Satz 4). Auf Rdnr. 61 f. ist zu verweisen.

## 6. Verhältnis zu anderen Haftungsbestimmungen

- 97 **a) § 64 Satz 3 und § 43:** Die Ansprüche können konkurrieren. Eine Verletzung des Zahlungsverbots ist ein Sonderfall des § 43, begrenzt auf den durch die Zahlung herbeigeführten Schaden (arg. § 43 Abs. 2)<sup>2</sup>. Eine Insolvenzverursachungshaftung auf den gesamten Insolvenzschaden allein wegen der insolvenz-begründenden Zahlung lässt sich jedoch auch aus § 43 nicht herleiten.
- 98 **b) § 64 Satz 3 und Insolvenzverschleppungshaftung** (§ 15a InsO, § 823 Abs. 2 BGB). Die Regelungen betreffen **unterschiedliche Schäden**. Eine **kumulative Haftung** kommt zum Zuge, wenn eine durch verbotene Zahlungen an Gesellschafter (Haftung nach § 64 Satz 3) ausgelöste Zahlungsunfähigkeit mit einer Insolvenzverschleppung einhergeht.
- 99 **c) Deliktsansprüche** kommen nach § 826 BGB in Betracht<sup>3</sup>. Nicht zur Anwendung kommt § 823 Abs. 2 BGB, weil das Zahlungsverbot durch § 64 Satz 3 speziell sanktioniert ist. Die bloß fahrlässige Verletzung des § 64 Satz 3 führt deshalb nicht zur Erstattung des gesamten Insolvenzverursachungsschadens der Gesellschaft.

<sup>1</sup> Vgl. sinngemäß Rdnr. 44, 48.

<sup>2</sup> Zum Problem vgl. *Strohn*, ZHR 173 (2009), 589, 590 f.

<sup>3</sup> *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 20.

## 7. Verhältnis zur Haftung von Zahlungsempfängern, sonstigen Gesellschaftern und Aufsichtsratsmitgliedern

- a) Zahlungsempfänger** können unter den Voraussetzungen der §§ 30, 31, evtl. auch des § 812 BGB haftbar sein (dies aber nur bei rechtsgrundlosen Zahlungen). Der Geschäftsführer kann Abtretung dieser Ansprüche (nicht eines Anspruchs aus §§ 129 ff., 143 InsO!) Zug um Zug gegen die nach § 64 Satz 3 geschuldete Erstattung verlangen (vgl. schon Rdnr. 94). Seine Haftung nach § 64 Satz 3 wird durch diese Ansprüche nicht berührt (vgl. sinngemäß Rdnr. 54). 100
- b) Mitgesellschafter** haften nicht nach § 830 BGB neben den Geschäftsführern (der Verstoß gegen § 64 Satz 3 ist keine unerlaubte Handlung i.S. des Deliktsrechts), sondern nur unter den Voraussetzungen des existenzvernichtenden Eingriffs (dazu § 13 Rdnr. 98). 101
- c) Aufsichtsratsmitglieder** haften gleichfalls nicht nach § 64 Satz 3, sondern nur unter den Voraussetzungen der §§ 116, 92 f. AktG i.V.m. § 52 auf Schadensersatz. 102

## Anhang § 64 Insolvenzverschleppung und Insolvenzverschleppungshaftung

### Inhaltsübersicht

<b>I. Generalia</b>		<b>III. Norminhalt</b>	
1. Das Konzept der „Insolvenzantragspflichten“ . . . . .	1	1. Die sog. Insolvenzantragspflicht (das Verschleppungsverbot) . . . . .	29
2. Normative Grundlagen (Neusachverhalte und Altsachverhalte) . . . . .	5	2. Die Dreiwochenfrist . . . . .	32
3. Der Gang der Gesetzgebung . . . . .	9	3. Erfüllung oder Beendigung der Pflicht aus § 15a Abs. 1 InsO . . . . .	35
4. Verhältnis der „Verschleppungsverbote“ zu den „Zahlungsverboten“ nach § 64 GmbHG, §§ 130a, 172a HGB . . . . .	12	<b>IV. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 15a InsO</b>	
<b>II. Geltungsbereich des Insolvenzverschleppungsverbots</b>		1. Strafrechtliche und privatrechtliche Sanktionen . . . . .	41
1. Erfasste Gesellschaften . . . . .	16	2. § 15a Abs. 1 InsO als Schutzgesetz für die Gläubiger i.S. von § 823 Abs. 2 BGB . . . . .	44
2. Geschäftsführer und Liquidatoren als Normadressaten . . . . .	19	3. Verschuldensvoraussetzungen . . . . .	48
3. Gesellschafter als subsidiäre Nebenadressaten (Führungslosigkeit) . . . . .	25	4. Altgläubigerschäden, Neugläubigerschäden und Schutzzweck der Norm . . . . .	49
		5. Entwicklung der Rechtsprechung . . . . .	50