

Inhaltsverzeichnis

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

Erster Teil

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

Zweiter Teil

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

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

Dritter Teil

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

B. Formelle Anforderungen an die Auflösung des Aufsichtsrats	102
I. Auflösung des Aufsichtsrats durch Auflösungsbeschluss	103
II. Auflösung des Aufsichtsrats durch Eintritt einer auflösenden Bedingung?	104
III. Auflösung des Aufsichtsrats durch Auflösung der Gesellschaft?	105
C. Formelle Anforderungen an Regelungen zur abweichenden Ausgestaltung des Aufsichtsrats	105
D. Die Folgen formeller Fehler	106
I. Die Folgen der Errichtung ohne satzungsrechtliche Grundlage	107
1. Anfechtbarkeit des Beschlusses wegen Verstoßes gegen Gesetz und Gesellschaftsvertrag	108
2. Einordnung als fehlerhafte Satzungsänderung sowie Einschränkung durch die Figur der sog. Satzungsdurchbrechung?	109
a) Voraussetzungen der Satzungsdurchbrechung	109
b) Rechtsfolgen der Einordnung als Satzungsdurchbrechung	112
c) Kritik an der Figur der sog. Satzungsdurchbrechung	114
3. Unwirksamkeit des Errichtungsbeschlusses aufgrund der bezweckten organisationsändernden Wirkung?	117
4. Statthafte Klageart zur Geltendmachung der Unwirksamkeit	120
5. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Errichtung eines Aufsichtsrats ohne satzungsrechtliche Grundlage?	121
a) Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die fehlerhafte Aufsichtsratserrichtung	121
b) Ausnahme von der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft aufgrund fehlender Handelsregistereintragung	127
II. Die Folgen des Verstoßes gegen ein in der Satzung eingeräumtes Sonderrecht auf Errichtung	129
1. Statthafte Klageart bei Verstoß des Errichtungsbeschlusses gegen ein Sonderrecht	129
2. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Errichtung unter Verstoß gegen ein Sonderrecht?	130
III. Die Folgen formeller Fehler bei der Ausgestaltung des Aufsichtsrats	131
1. Mögliche Fallgestaltungen formeller Fehler bei der Ausgestaltung	131
2. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die fehlerhafte Ausgestaltung des Aufsichtsrats und die fehlerhafte Aufsichtsratsbestellung?	134

Vierter Teil

Materielle Schranken der Dispositionsfreiheit 135

A. Die Funktion dispositiven Rechts	135
---	-----

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

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

Fünfter Teil

Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Aufsichtsrats: Grenzen der Wahlfreiheit	206
A. Mindestkompetenzen des fakultativen Aufsichtsrats	207
I. Die Überwachungskompetenz	207
1. Inhaltliche Mindestausgestaltung der Überwachungskompetenz	214
a) Zwingende Pflicht zur Überwachung – oder ist ein Überwachungsrecht ausreichend?	214
b) Zwingende Zuweisung der ausschließlichen Überwachungskompetenz? ...	214
c) Die Reichweite der Überwachungskompetenz: institutionelles oder funktio- nales Verständnis?	215
d) Der notwendige Stellenwert der Überwachungskompetenz innerhalb der Kompetenzen des Aufsichtsrats – zugleich zu den Grenzen der Übertragung von Geschäftsführungskompetenzen	217
2. Die einzelnen Mindestüberwachungskompetenzen	219
3. Informationsrechte und Berichtspflichten	221
II. Die Einräumung von Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Aufsichtsrats ...	224
III. Die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung	228
IV. Die Prüfung des Jahresabschlusses	229
V. Die Vertretungskompetenz	230

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

bb) Reaktionen der Literatur	293
cc) Kritik an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Doberlug-Urteil	294
(1) Folgerungen aus der Gesetzgebungsgeschichte	295
(2) Berechtigte Erwartung des Rechtsverkehrs?	297
(3) Ausschluss der Ersatzpflicht wegen fehlender Insolvenzantrags- pflicht der Aufsichtsratsmitglieder?	301
(4) Ausschluss wegen Unbilligkeit der Ersatzpflicht?	302
b) Ersatzpflicht bei Verstößen gegen §§ 30, 33, 43a, 64 S. 3 GmbHG	302
c) Anwendbarkeit des Gläubigerverfolgungsrechts aus § 93 Abs. 5 AktG? ...	304

Sechster Teil

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

306	
A. Formale oder funktionale Bestimmung der Aufsichtsratseigenschaft?	306
I. Formale Abgrenzung nach der Bezeichnung des Organs?	307
II. Funktionale Abgrenzung nach der Ausgestaltung des Organs?	309
III. Schlussfolgerungen aus der Differenzierung nach Wahl- und Dispositionsfreiheit: Die Unterscheidung zwischen Eröffnung des Anwendungsbereichs und Gestal- tungsspielraum innerhalb des Anwendungsbereichs	310
B. Folgen der fehlerhaften Bezeichnung des Organs	314
I. Folgen der fehlerhaften Bezeichnung bei Errichtung des Zusatzorgans im Rahmen der Gründung und bei nachträglicher Errichtung	314
II. Fehlerhafte Anwendung der Publizitätsvorschriften	316
1. Zwangsweise Durchsetzung der zutreffenden Anwendung der Publizitätsvor- schriften	317
2. Haftung infolge der fehlerhaften Anwendung der Publizitätsvorschriften	318
a) Haftung nach Rechtsscheingesichtspunkten	318
b) (Vor-)vertragliche und deliktische Haftung	322
C. Ausgestaltung des Aufsichtsrats außerhalb des durch § 52 Abs. 1 GmbHG gewährten Dispositionsspielraums	324
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	327
Literaturverzeichnis	335
Stichwortverzeichnis	362