

Der GmbH-Aufsichtsrat – ein Überblick



Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin

Viele GmbHs verfügen über einen Aufsichtsrat. Nach welchen Regeln dieser operiert, ist indes nicht ganz einfach zu sagen, denn das Recht des Aufsichtsrats ist nicht im GmbH-Gesetz (GmbHG), sondern im Aktiengesetz (AktG) geregelt, und nicht all diese Regeln finden auf den GmbH-Aufsichtsrat Anwendung. Welche dies sind, richtet sich u.a. danach, ob die Gesellschaft der Mitbestimmung unterliegt. Für GmbHs, an denen der Bund beteiligt ist, spielt zudem der Public Corporate Governance Kodex (PCGK) eine wichtige Rolle. Der Beitrag gibt Mitgliedern von GmbH-Aufsichtsräten eine Orientierungshilfe, um sich im Regelungsdickicht zurechtzufinden.

I. Warum hat die GmbH einen Aufsichtsrat?

Die erste Frage, die sich jedes Mitglied eines GmbH-Aufsichtsrats zu stellen hat, lautet, warum die Gesellschaft überhaupt über einen Aufsichtsrat verfügt, denn das GmbHG sieht einen solchen nicht zwingend vor. Ein Grund dafür kann die Zahl der von der GmbH (oder der von ihr kontrollierten Gesellschaften) beschäftigten Arbeitnehmer sein. Liegt diese über 500, findet das sog. Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) Anwendung. Danach muss die GmbH einen Aufsichtsrat bilden.¹ Entsprechendes gilt, wenn die Zahl der Arbeitnehmer 2.000 überschreitet. Dann gilt statt des DrittelbG das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG), das ebenfalls die Bildung eines Aufsichtsrats vorschreibt.²

Wenn die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer dauerhaft unter 501 liegt, ist die Einrichtung eines Aufsichtsrats bei der GmbH freiwillig, d.h. in das Belieben der Gesellschafter gestellt. Entscheiden sich diese für die Einrichtung eines Aufsichtsrats, muss das in

der Satzung niedergelegt werden. Ein ohne satzungsmäßige Grundlage eingerichteter „Aufsichtsrat“ mag sich so nennen, ist aber kein Aufsichtsrat im juristischen Sinne. Für die Entscheidung, einen Aufsichtsrat einzurichten, ist unter den Gesellschaftern keine Einstimmigkeit erforderlich, es genügt eine 3/4-Mehrheit, soweit die Satzung nichts Strengeres vorschreibt.³

Für GmbHs, bei denen der Bund Mehrheitsgesellschafter ist, sind – losgelöst von der Arbeitnehmerzahl – die „Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung des Bundes“ zu beachten.⁴ Danach „soll“ in der Satzung ein Überwachungsorgan vorgesehen werden.⁵ Unternehmen mit maßgeblicher Bundesbeteiligung verfügen daher in aller Regel über einen Aufsichtsrat, d.h. auch dann, wenn die Arbeitnehmerzahl nicht über 500 liegt.

II. Das Recht des GmbH-Aufsichtsrats

Hat man die einschlägige Rechtsgrundlage für die Bildung eines Auf-

³ Vgl. § 53 Abs. 2 GmbHG.

⁴ Abzurufen auf der Internetseite des Bundesfinanzministeriums (www.bundesfinanzministerium.de). Für Gesellschaften mit Länder- oder Kommunalbeteiligung gelten z.T. ähnliche Grundsätze, auf die hier aus Raumgründen nicht eingegangen werden kann. Zum Weisungsrecht der öffentlichen Hand s. Fn. 34.

⁵ Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung des Bundes, Teil B, Rn. 13.

INHALT

I. Warum hat die GmbH einen Aufsichtsrat?

II. Das Recht des GmbH-Aufsichtsrats

1. Der Aufsichtsrat nach MitbestG

2. Der Aufsichtsrat nach DrittelbG

3. Der freiwillige Aufsichtsrat

4. Die GmbH mit Bundesbeteiligung

5. Sonderkonstellationen

6. Abweichungen in Satzung und Geschäftsordnung

III. Fazit

Keywords

GmbH; GmbH-Aufsichtsrat; Mitbestimmung; Personalkompetenz; Public Corporate Governance Kodex

Normen

§§ 84, 85, 90, 101, 105, 107–112, 113ff., 124, 172, AktG; § 1 DrittelbG; §§ 37, 46, 52, 53 GmbHG; §§ 264d, 324, HGB; §§ 6, 25, 27, 28, 29, 31, 33 MitbestG; §18 KAGB; § 25d KWG; § 8 VAG

sichtsrats identifiziert, ergibt sich aus dieser, welche Normen des AktG auf den Aufsichtsrat Anwendung finden. Die Gesetze arbeiten dabei mit einer Verweisungstechnik, die dem Leser den Überblick nicht leicht macht. Die folgende Darstellung zeigt die entscheidenden Unterschiede auf.

¹ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG.

² Vgl. § 6 Abs. 1 MitbestG. Mangels praktischer Bedeutung ausgeklammert bleibt hier das Montan-Mitbestimmungsgesetz, das bei mehr als 1.000 Arbeitnehmern die Einrichtung eines Aufsichtsrats verlangt und als speziellere Regelung dem MitbestG vorgeht (vgl. § 1 Abs. 2 MitbestG).

1. Der Aufsichtsrat nach MitbestG

Relativ klar ist die Rechtslage, wenn der Aufsichtsrat nach dem MitbestG (= mehr als 2.000 Arbeitnehmer) zu bilden ist. Die Vorschriften des MitbestG verweisen nahezu vollständig auf die einschlägigen Paragraphen des AktG.⁶ Bildung und Zusammensetzung, innere Ordnung, Beschlussfassung sowie Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats folgen deshalb weitgehend dem aktienrechtlichen Muster. Wie bei der AG hat der Aufsichtsrat nicht nur die Aufgabe, die Geschäftsleitung zu überwachen, sondern ihm steht auch die Personalkompetenz zu, d.h. er entscheidet über Bestellung, Abberufung und Vergütung der Geschäftsführer.⁷

Unterschiede zum AG-Aufsichtsrat ergeben sich in wenigen Punkten. Sie folgen zum Teil daraus, dass einzelne Normen des AktG von der Verweisung ausgeklammert sind. So darf (und muss) der Aufsichtsrat zwar, wie bei der AG, grundsätzlich an der Versammlung der Gesellschafter teilnehmen, er ist aber nicht verpflichtet, zu den Tagesordnungspunkten Beschlussvorschläge zu unterbreiten (anders für die AG nach § 124 Abs. 3 AktG). Auch kann er keine Geschäftsordnung für die Geschäftsführer erlassen⁸ und wirkt nicht an der Feststellung des Jahresabschlusses mit.⁹ Die Geschäftsführung muss den Aufsichtsrat auch nicht turnusgemäß nach § 90 Abs. 1 und 2 AktG unterrichten. Zugunsten des Aufsichtsrats kann die Satzung allerdings Abweichendes vorsehen.

Weitere Besonderheiten folgen aus Spezialnormen des MitbestG, die dem Umstand Rechnung tragen, dass der Aufsichtsrat zur Hälfte aus Arbeitneh-

mervertretern besteht. So ist der Aufsichtsrat immer nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte seiner Mitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt. Ferner hat der Aufsichtsratsvorsitzende bei Stimmgleichheit ein doppeltes Stimmrecht.¹⁰ Und schließlich bedarf sowohl die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden als auch die Bestellung bzw. Abberufung von Geschäftsführern einer 2/3-Mehrheit.¹¹ Wird diese nicht erreicht, findet ein 2. Wahlgang statt, bei dem dann die einfache Mehrheit genügt.¹²

Insgesamt ist der Aufsichtsrat der paritätisch mitbestimmten GmbH dem AG-Aufsichtsrat also weitgehend angenähert. Dennoch ist seine Stellung eine schwächere. Neben den bereits erwähnten Unterschieden kommt zum Tragen, dass die Gesellschafter ihr Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung behalten.¹³ Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats verliert dadurch an Gewicht,¹⁴ weil die Gesellschafter eine Zustimmungsverweigerung stets durch Weisung überspielen können. Dafür genügt – anders als in der AG¹⁵ – die einfache Mehrheit.¹⁶ Das Recht, neue Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite zu nominieren, liegt, anders als bei der AG, nicht beim Aufsichtsrat, sondern bei den Gesellschaftern.¹⁷

Die Gesellschafter bleiben neben dem Aufsichtsrat zur Überwachung der Geschäftsführung befugt.¹⁸ Sie sind es, die letztlich darüber entscheiden, ob ein Schadensersatzanspruch der GmbH gegen die Geschäftsführer geltend gemacht wird.¹⁹ Die sog. ARAG/Garmenbeck-Doktrin des

BGH, wonach Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsleiter im Regelfall geltend gemacht werden müssen,²⁰ gilt hier nicht.²¹ Die Aufgabe des Aufsichtsrats beschränkt sich in diesem Fall darauf, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen zu prüfen, die Gesellschafter entsprechend zu informieren und die GmbH in einem etwaigen Prozess gegen die Geschäftsführer zu vertreten.²²

2. Der Aufsichtsrat nach DrittelbG

Für den Aufsichtsrat der drittelbeteiligten GmbH (also mit mehr als 500, aber nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmern) gelten im Ausgangspunkt dieselben Regeln wie für den paritätisch mitbestimmten. Auch hier verweist das Gesetz umfassend auf die einschlägigen Vorschriften des AktG.²³ Die diesbezüglichen Unterschiede sind marginal: Die Beschränkung der Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder²⁴ gilt für den paritätisch besetzten Aufsichtsrat, nicht hingegen für den drittelbeteiligten. Bei den Schranken des Entsendungsrechts²⁵ verhält es sich umgekehrt. Wie bei der paritätisch mitbestimmten GmbH behalten die Gesellschafter hier ihr umfassendes Weisungsrecht (s.o. II.1.).

Der entscheidende Unterschied zum AR nach MitbestG besteht darin, dass dem drittelbeteiligten Aufsichtsrat keine Personalkompetenz zufällt. Bestellung, Abberufung und Vergütung der Geschäftsführer obliegen weiterhin der Gesellschafterversammlung.²⁶ Die Satzung darf diese Aufgabe aber auf ein anderes Gremium, z.B. den Aufsichtsrat, übertragen. Die Zahl der Geschäftsführer kann frei bestimmt werden, während bei der paritätisch mitbestimmten Gesellschaft aufgrund des zwingend vorgeschrie-

10 Siehe hierzu § 28 und § 29 Abs. 2 MitbestG.

11 Vgl. §§ 27 Abs. 1, 31 Abs. 2 u. 5 MitbestG.

12 Vgl. §§ 27 Abs. 2, 31 Abs. 3 u. 4 MitbestG.

13 Vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG.

14 Vgl. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

15 Vgl. § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG.

16 H.M., s. Lutter/Krieger/Verse, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 1120.

17 Vgl. § 124 Abs. 3 AktG.

18 Vgl. § 46 Nr. 6 GmbHG.

19 Vgl. § 46 Nr. 8 GmbHG; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 46 Rn. 38 u. 59; zweifelnd Bayer, in: Luttmann/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 46 Rn. 35.

20 BGHZ 135, 244 (ARAG/Garmenbeck).

21 Krieger, VGR 1 (1999), 111, 117 ff.; Kleindiek, FS v. Westphalen, 2010, 387 ff.

22 Vgl. § 112 AktG.

23 Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG.

24 Vgl. § 115 AktG.

25 Vgl. § 101 Abs. 2 AktG.

26 Vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG.

6 Vgl. § 6 Abs. 2 MitbestG und § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG.

7 Vgl. § 111 AktG sowie § 31 Abs. 1 MitbestG i.V.m. §§ 84, 85 AktG.

8 H.M., s. Ulmer/Habersack in: Ulmer/Habersack/Henssler, MitbestR, 3. Aufl. 2013, § 30 Rn. 30; a.A. Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, Rn. 1143 f.

9 Vgl. § 172 AktG.

benen Arbeitsdirektors²⁷ mindestens zwei Geschäftsführer vorhanden sein müssen.²⁸

Anders als das MitbestG enthält das DrittelG keine Spezialregelungen zur inneren Ordnung und Beschlussfassung. Insoweit bleibt es bei den einschlägigen Regelungen des AktG.²⁹ Die Anforderungen an die Beschlussfähigkeit können danach herabgeschraubt, Entscheidungen grundsätzlich mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen werden. Ein Zweitstimmrecht des Vorsitzenden besteht nicht.

3. Der freiwillige Aufsichtsrat

Hat die GmbH weniger als 501 Arbeitnehmer, ist die Einrichtung eines Aufsichtsrats fakultativ. Sieht die Satzung einen Aufsichtsrat vor, kommt § 52 Abs. 1 GmbHG zur Anwendung, der auf die einschlägigen Normen des AktG verweist. Gegenüber den Verweisungsnormen der Mitbestimmungsgesetze bestehen zwei bedeutsame Unterschiede: Zum einen werden deutlich weniger Normen des Aktiengesetzes in Bezug genommen, zum anderen kommen auch diese nur zum Zuge, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt.

Die Gesellschafter haben es damit weitgehend in der Hand, welche Befugnisse sie „ihrem“ Aufsichtsrat geben und wie sie sein Verfahren gestalten wollen. Der fakultative Aufsichtsrat ist ein Instrument der Gesellschafter, das allein dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet ist und nicht die Belange sonstiger Stakeholder, namentlich nicht der Gläubiger oder der Allgemeinheit, berücksichtigen muss.³⁰ Entsprechend limitiert ist die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder, die insbesondere nicht die im Insolvenzfall virulent werdende Haftung für verbotene Zahlungen an Gesellschafter oder Gläubiger er-

fasst.³¹ Durch Satzung oder Vertrag kann die Haftung noch weiter reduziert werden.

Unabdingbar auch beim fakultativen Aufsichtsrat ist das Verbot, gleichzeitig der Geschäftsführung und dem Aufsichtsrat anzugehören.³² Ferner muss dem Aufsichtsrat ein Mindestmaß an Kontrollbefugnissen bleiben, damit beim Publikum kein falscher Eindruck erweckt wird.³³ Wer diese Fesseln nicht mag, darf das Gremium nicht „Aufsichtsrat“ nennen, sondern muss es „Beirat“ o.ä. taufen. Ob das (ungeschriebene) Recht der weisungsfreien Amtsausübung durch die Satzung eingeschränkt werden kann, ist ungeklärt. Das BVerwG hat dies für den Fall einer kommunalen GmbH bejaht.³⁴ Die gesellschaftsrechtliche Literatur sieht das überwiegend anders.³⁵ Der BGH hat sich zu der Frage bislang nicht geäußert.

Trifft die Satzung keine abweichende Regelung, bleibt es bei dem Verweis in § 52 GmbHG. Anwendbar sind danach insbesondere die aktienrechtlichen Regeln über die Einberufung des Aufsichtsrats, seine Aufgaben und seine Vergütung.³⁶ Mit den oben genannten Einschränkungen gelten auch die Regeln über die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder.³⁷ Nicht automatisch anwendbar sind dagegen die Regeln über die innere Ordnung und die Beschlussfassung.³⁸ Hier muss die Satzung oder die Geschäftsordnung Vorgaben treffen. Rechte und Pflichten des einzelnen Mitglieds sind dagegen im Grundsatz dieselben wie beim gesetzlich zu bildenden Aufsichtsrat.

4. Die GmbH mit Bundesbeteiligung

Auch für GmbHs mit Bundesbeteiligung ist zunächst zu prüfen, ob diese

mehr als 500 oder 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen und daher einem der genannten Mitbestimmungsregime unterliegen. Ist das der Fall, muss ein Aufsichtsrat eingerichtet werden, für den die oben (1. und 2.) dargestellten Regeln gelten. Andernfalls ist der Aufsichtsrat ein freiwilliger i.S.v. § 52 GmbHG, und es gelten die unter 3. dargestellten Grundsätze.

In allen Fällen kommt zusätzlich der „Public Corporate Governance Kodex des Bundes“ (PCGK) zur Anwendung, der Bestandteil der eingangs erwähnten „Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes“ ist.³⁹ Dieser hat zwar keine Gesetzeskraft, doch sind die Bundesunternehmen gehalten, sich zu seiner Einhaltung zu bekennen, und tun dies in der Regel auch. Inhaltlich ist der PCGK dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) nachempfunden, welcher auf GmbHs mangels Börsennotierung keine Anwendung findet.

Im Interesse guter Unternehmensführung unterwirft der PCGK den Aufsichtsrat weitergehenden Anforderungen, als sie nach den allgemeinen Regeln bestehen. Folgende Besonderheiten verdienen Hervorhebung: Der Aufsichtsrat sollte nicht nur auf Nachfrage, sondern turnusmäßig von der Geschäftsleitung unterrichtet werden.⁴⁰ Die Geschäftsordnung der Geschäftsleitung sollte vom Aufsichtsrat genehmigt werden.⁴¹ Der Aufsichtsrat soll sich eine Altersgrenze geben und sich regelmäßig einer Effizienzprüfung unterziehen.⁴² Entscheidungskompetenzen sollten nicht auf Ausschüsse übertragen werden.⁴³ Dem Aufsichtsrat sollten nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder der Geschäftsleitung angehören.⁴⁴ Interessenkonflikte sind offenzulegen.⁴⁵ Beratungsverträge zwischen

27 Vgl. § 33 MitbestG.

28 H.M., vgl. Raiser/Veil, MitbestG, 5. Aufl. 2009, § 33 Rn. 6; a.A. Henssler in: Ulmer/Habersack/Henssler, a.a.O. (Fn. 8), § 33 Rn. 2a.

29 Vgl. §§ 107–110 AktG.

30 BGHZ 187, 60 Rn. 26 (Doberlug).

31 BGHZ 187, 60 (Doberlug).

32 Vgl. § 105 AktG; h.M., s. Lutter/Krieger/Verse, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 1191.

33 Lutter/Krieger/Verse, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 1205.

34 Vgl. BVerwG GmbHR 2011, 1205.

35 Vgl. nur Lutter/Krieger/Verse, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 1214.

36 Siehe dazu §§ 110–113 AktG.

37 Vgl. § 116 AktG.

38 Vgl. §§ 107–109 AktG.

39 S.o., Fn. 4.

40 Vgl. Ziff. 3.1.3 PCGK.

41 Vgl. Ziff. 4.2.2 PCGK.

42 Vgl. Ziff. 5.2.2 und 5.1.1 PCGK.

43 Vgl. Ziff. 5.1.8 PCGK.

44 Vgl. Ziff. 5.2.1 PCGK.

45 Vgl. Ziff. 4.1 PCGK.

Aufsichtsratsmitgliedern und dem Unternehmen sind unerwünscht.⁴⁶

Während die vorgenannten Empfehlungen auf jeden GmbH-Aufsichtsrat passen, hängt die Bedeutung anderer davon ab, um welche Form von Aufsichtsrat es sich handelt. So ist die Mahnung, dem Aufsichtsrat keine Weisungsbefugnisse gegenüber der Geschäftsführung einzuräumen,⁴⁷ auf den fakultativen Aufsichtsrat zugeschnitten, weil eine derartige Befugnis beim mitbestimmten Aufsichtsrat theoretisch zulässig, praktisch aber unüblich ist. Umgekehrt passen die Einschränkungen der Vergütungs- und Bestellungsfreiheit⁴⁸ nur dort, wo der GmbH-Aufsichtsrat eine Personalkompetenz hat, was nach dem Gesetz nur im Anwendungsbereich des MitbestG der Fall ist.

Insgesamt ist die Rechtslage bei der GmbH mit Bundesbeteiligung kompliziert, weil stets mehrere Regelwerke nebeneinander zu beachten sind. Jedoch kann von den Empfehlungen des PCGK abgewichen werden, wenn dies öffentlich und nachvollziehbar begründet wird.⁴⁹

5. Sonderkonstellationen

Für bestimmte Branchen und Finanzierungsformen gibt es Sonderregeln, die hier kurz erwähnt werden sollen. So schreibt das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) einen Aufsichtsrat auch dann vor, wenn das Kapitalanlageunternehmen von einer GmbH betrieben wird, die ansonsten keinen Aufsichtsrat zu bilden hat.⁵⁰ Sonderregeln für die Besetzung und Organisation von Aufsichtsräten enthalten das Bank- und das Versicherungsaufsichtsrecht. Letzteres kann hier vernachlässigt werden, da das Versicherungsgeschäft nicht in der Rechtsform der GmbH betrieben werden darf.⁵¹ Die bankaufsichtsrechtlichen Anforderun-

gen, etwa zur Qualifikation oder zur Ausschussbildung, sind im Detail in § 25d KWG normiert.

Hinzuweisen ist schließlich auf die kapitalmarktorientierte GmbH, also eine GmbH i.S.d. § 264d HGB.⁵² Hat diese entweder gar keinen Aufsichtsrat oder keinen Aufsichtsrat, der die Anforderungen des § 107 Abs. 3 Satz 2 u. 3 AktG erfüllt, muss sie einen entsprechend qualifizierten Prüfungsausschuss einrichten.⁵³

6. Abweichungen in Satzung und Geschäftsordnung

Zur Pflichtlektüre eines jeden Aufsichtsratsmitglieds gehören die untergesetzlichen Regelwerke der Gesellschaft, namentlich die Satzung, die Geschäftsordnungen von Aufsichtsrat und Geschäftsleitung (soweit vorhanden) sowie etwaige zusätzliche Regelwerke. Zum Teil wiederholen diese nur die gesetzlichen Bestimmungen, zum Teil gehen sie darüber hinaus oder wandeln das gesetzliche Muster ab. Bei den mitbestimmten Gesellschaften ist das nur in eingeschränktem Maße möglich, weil die Mitbestimmungsgesetze im Kern zwingend sind.

Unzulässig wäre etwa eine Regelung, welche die Vergütungskompetenz bei der paritätisch mitbestimmten GmbH vom Aufsichtsrat auf die Gesellschafterversammlung verlagert.⁵⁴ Als zulässig werden dagegen Vergütungsrichtlinien angesehen, solange damit nicht die personelle Auswahlfreiheit des Aufsichtsrats beeinträchtigt wird.⁵⁵ Stets zulässig ist eine sog. Informationsordnung, mit der der Aufsichtsrat die Berichterstattung an ihn durch die Geschäftsleitung präzisiert. Ihr Erlass empfiehlt sich gerade für den GmbH-Aufsichtsrat, bei dem die turnusmäßige Unterrichtungspflicht nicht gilt (s.o.).⁵⁶

Größere Freiheit besteht beim fakultativen Aufsichtsrat, dem weitgehend nach Belieben zusätzliche Kompetenzen gegeben oder genommen werden können (s.o., II.3.). Insbesondere kann ihm die Befugnis zum Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung übertragen werden. Auch haftungsrechtlich kann er wesentlich günstiger gestellt werden als der Pflichtaufsichtsrat (s.o.).

III. Fazit

Im Kern gelten für den Aufsichtsrat einer AG und GmbH dieselben Spielregeln. Im Detail weichen diese jedoch voneinander ab. Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH sollten sich daher Gewissheit darüber verschaffen, auf welcher Grundlage ihr Aufsichtsrat eingerichtet worden ist. Handelt es sich um einen Pflichtaufsichtsrat nach den Mitbestimmungsgesetzen, sind deren zwingende Verweisungen auf das Aktienrecht zu beachten. Der maßgebliche Unterschied zwischen dem Aufsichtsrat nach MitbestG und demjenigen nach DrittelbG besteht dabei darin, dass dem Aufsichtsrat nur im ersten Fall die Personalkompetenz zusteht. Handelt es sich um einen freiwilligen (fakultativen) Aufsichtsrat, so gilt § 52 GmbHG. Dieser verweist ebenfalls auf das AktG, nimmt jedoch auf weniger Normen als die Mitbestimmungsgesetze Bezug. Personalkompetenzen hat der fakultative Aufsichtsrat nicht, doch kann die Satzung seine Befugnisse fast nach Belieben einschränken oder erweitern. In jedem Fall ist dem Aufsichtsratsmitglied die sorgfältige Lektüre der untergesetzlichen Regelwerke (Satzung, Geschäftsordnungen) anzuraten. Aufsichtsratsmitglieder von Unternehmen mit Bundesbeteiligung sollten zudem mit dem PCGK vertraut sein.

46 Vgl. Ziff. 5.4.2 PCGK.

47 Vgl. Anm. zu Ziff. 4.1.1 PCGK.

48 Vgl. Ziff. 4.3 u. 5.1.2 PCGK.

49 Vgl. Ziff. 1.4 PCGK.

50 Vgl. § 18 Abs. 2 Satz 1 KAGB.

51 Vgl. § 8 Abs. 2 VAG.

52 Vgl. § 264d HGB.

53 Vgl. § 324 HGB.

54 Vgl. BGHZ 89, 48, 52 ff.

55 Lutter/Krieger/Verse, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 1135.

56 Vgl. § 90 Abs. 1 und 2 AktG; Lutter/Krieger/Verse, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 1123.