

Thomas Gergen

Der fakultative Aufsichtsrat einer zu Forschungszwecken gegründeten GmbH

I. Hinführung zum Thema

Ausgründungen aus den Hochschulen¹, um wissenschaftliche Tätigkeiten zu vertiefen sowie zu vermarkten, siedeln zwischen Wissenschaftsfreiheit² und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen. Themen wie Beteiligung der Hochschulen an Gesellschaften³ oder der Hochschullehrer als Unternehmer⁴ sind in OdW bereits thematisiert worden. Eine GmbH mit der Beteiligung von Bund und Ländern sowie privaten Teilhabern, die oftmals, falls sie zahlreich und mit geringen Prozentsätzen am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt sind, die Gesellschafterversammlung „zersplittern“, benötigen zwar keinen Aufsichtsrat wegen ihrer reinen Forschungsorientierung (Umkehrschluss aus § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 a) Var. 6 DrittelbG⁵), d.h. wenn es sich um ein Unternehmen handelt, welches unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlichen Bestimmungen dient. Wurde ein Aufsichtsrat indessen freiwillig ins Leben gerufen, sind mithin die Arbeitnehmer u.a. nicht vertreten, so kann es dazu kommen, dass ein fakultativer Aufsichtsrat wenig handlungsfähig ist, sobald die Gesellschafteranzahl hoch und unübersehbar wird.

Welche Lösungen bieten sich an, um den „stakeholdern“ Ehre und Titel „Aufsichtsrat“ angedeihen zu lassen, ohne die ureigenen Funktionen dieses zwar nur fakultativen, aber in praxi wichtigen Organs einzuschränken?

II. Großer Aufsichtsrat

1. Obligatorischer versus fakultativer AR

Aus dem Umkehrschluss in § 52 Abs. 1 GmbHG, ergibt sich, dass eine GmbH nicht grundsätzlich einen (obligatorischen) Aufsichtsrat (AR) einrichten muss. Eine Ver-

pflichtung zur Bildung kann indes aus der Mitarbeiteranzahl resultieren.

§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG ordnet den obligatorischen AR bei mehr als 500 Mitarbeitern an mit der Folge, dass der AR zwingend zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen muss, m.a.W. hinsichtlich eines Drittels bestimmen die Arbeitnehmer die Mitglieder des AR, wobei keine Besonderheiten gelten im Hinblick auf die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder, d.h. mindestens 3 sowie Höchstzahl gem. § 95 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG. Zu beachten sind jedoch die Ausnahmetatbestände nach § 1 Abs. 2 DrittelbG, in Sonderheit Nr. 2 a) Var. 6 DrittelbG, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, welches unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlichen Bestimmungen dient.

Wissenschaftliche Tätigkeit ist der nach Inhalt und Form ernsthafte Versuch zur Ermittlung der Wahrheit. Sie ist nach Aufgabenstellung und anzuwendender Arbeitsmethode darauf angelegt, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern oder zu erweitern.⁶ Es spielt hierbei keine entscheidende Rolle, ob gleichzeitig mit der Verfolgung geistig-ideeller Vorstellungen auch ein Gewinnstreben verbunden ist. Es ist nach der h.M. des BAG unerheblich, ob es sich um grundlagen- oder anwendungsorientierte Forschung handelt. Eine an die angewandte Forschung anknüpfende Weiterentwicklung gehört insoweit ebenfalls zur Wissenschaft. Hingegen liegt gerade nicht wissenschaftliche Bestimmung in diesem Sinne vor, falls es sich um die bloße Anwendung erreichter wissenschaftlicher Erkenntnisse ohne eigenes Streben nach neuen Erkenntnissen dreht. Solange bereits bekannte wissenschaftliche Methoden bei ihrer Anwendung nach Inhalt und Form ernsthaft und planmäßig im Sinne der Ermittlung der

1 Georg Sandberger, Hochschulrechtsreform in Permanenz. Zur Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts seit der Jahrtausendwende, OdW 1 (2022), 1-22 (2, 10).

2 So jüngst die praktisch wichtigen Vorteile und Interessen hinsichtlich der Daten: Daniel Becker, Die Wissenschaftsprivilegierung in der DS-GVO, OdW 2 (2022), 103-114 sowie für das Immaterialgüterrecht Linda Kuschel, Urheberrecht und Forschungsdaten, OdW 1 (2020), 43-52, hier 49-51 und Bernhard Ulrici, Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden OdW 2 (2018), 129-158.

3 So bereits Ilse-Dore Gräf, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, OdW 4 (2014), 241-246 sowie Dennis Hillemann / Tanja Wittig, Die EU-beihilferechtliche Trennungsrechnung in

der Wissenschaft – Überblick und aktuelle Rechtsfragen, OdW 2 (2019), 169-178.

4 Georg Sandberger, Hochschulgovernance statt Unternehmerischer Hochschule? Zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrats, OdW 3 (2019), 137-150.

5 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz - DrittelbG) vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974).

6 BAG 9. Dezember 2015 - 7 AZR 117/14 - Rn. 30; 29. April 2015 - 7 AZR 519/13 - Rn. 21 mwN; 1. Juni 2011 - 7 AZR 827/09 - Rn. 35, BAGE 138, 91; 19. März 2008 - 7 AZR 1100/06 - Rn. 33, BAGE 126, 211.

Wahrheit weiterentwickelt werden, handelt es sich immer noch um eine wissenschaftliche Betätigung.⁷ Der bloße Einsatz wissenschaftlicher Methoden reicht dagegen nach der Rechtsprechung des BAG nicht aus, um für ein Unternehmen Tendenzschutz zu begründen,⁸ ergo ein „Tendenzbetrieb“ i.S.d. § 118 BetrVG. Bei einem Public-Private-Partnership liegt zwar eine Sonderstellung in der Forschungslandschaft vor. Sobald die öffentliche Hand dafür Sorge trägt, dass gemeinwohlorientierte Ziele beachtet werden, schwenkt die Betrachtung wieder um zur Gemeinwohlorientierung. Dafür streitet oftmals die Nähe zu den Hochschulen und die Mitwirkung der Studierenden und Professorenschaft an Forschungsprojekten. Dabei reicht das Spektrum von öffentlich geförderten Forschungsvorhaben mit Grundlagencharakter bis hin zum Industrieprojekt mit einer konkreten Anwendung. Gegen das Vorliegen eines Tendenzbetriebes i.S.v § 118 Abs. 1 BetrVG und § 6 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 MitbestG spricht auch nicht, wenn mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt sind. In diesem Fall greift ebenfalls die Ausnahmeregelung für Unternehmen mit unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlicher Bestimmung (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 Var. 6 MitbestG), welche die jeweilige Forschungs-GmbH von der Pflicht zur Bildung eines obligatorischen AR zu befreien vermag.

Aus dem Gesellschaftsvertrag (Satzung) resultiert indes, ob ein AR eingerichtet werden soll. Beim fakultativen AR steht es den Gesellschaftern frei, dessen Kompetenzen, mit Ausnahme der zwingenden Überwachungsaufgabe, in der Satzung festzulegen, wobei die Kompetenz für Grundsatzentscheidungen weiterhin bei der Gesellschafterversammlung zu liegen hat.

2. Ausgangslage

In der Ausgangslage ist die Größe des AR mit manchmal mehr als 40 oder 50 Mitgliedern (auch wenn der ein oder andere Teilhaber darauf verzichtet, Vertreter in den AR zu entsenden) oftmals problematisch, weil sie eine effiziente Arbeit des Gremiums lähmt. Im Hinblick auf Aufnahme weiterer Gesellschafter kann diese Lage sogar an Schwierigkeit zunehmen. Das Dilemma besteht also darin, dass wesentliche Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse beim, wenn auch fakultativen AR ruhen, gleichwohl in den AR-Sitzungen regelmäßig nicht alle Themen abschließend erörtert werden können. Es finden obendrein jährlich oftmals lediglich zwei, allenfalls vier AR-Sitzungen statt. Eine Erhöhung der Anzahl mildert das Problem, die Aufgabenfülle zu bewältigen, löst es aber nicht, weil das Gremium zahlen-

mäßig zu umfangreich ist. Ein aus der Mitte des AR heraus gebildeter Ausschuss – mitunter Geschäftsführender AR genannt, was begrifflich wegen „Geschäftsführung“ zu Verwechslungen führen kann - zur Erledigung des „Tagesgeschäfts“ vermag nur in Ausnahmefällen abschließend zu entscheiden, stehen doch grundsätzlich Geschäfte und Maßnahmen des Geschäftsführenden Ausschusses (GA) unter dem Vorbehalt des AR. Eine Reorganisation der Zusammenarbeit bedarf daher in solchen Konstellationen der gründlichen Rechtsanalyse.

III. Idee der Verkleinerung

1. Grundkonzeption

Der AR wird verkleinert, die Anzahl der von den Gesellschaftern entsandten AR-Mitglieder reduziert. Es gibt je ein Entsenderecht für die öffentlich-rechtlichen Einheiten (also Hochschulen) sowie die gleiche Anzahl Vertreter der Industrie-Gesellschafter. Die Vertreter der Industrie-Gesellschafter werden von der Gesellschafterversammlung (GV) auf eine bestimmte Anzahl von Jahren gewählt. Versetzte Amtsperioden, um sicherzustellen, dass zu jedem Zeitpunkt eingearbeitete Mitglieder im AR vertreten sind, bieten sich idealerweise an. Der GA bleibt und wird ergänzt durch ein neues Gesellschaftergremium, in das alle Gesellschafter Vertreter entsenden und das sich vordringlich mit inhaltlichen bzw. wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen beschäftigt („Innovations- und Technologiekreis“). Die Zuständigkeit für die wissenschaftliche Strategie und strukturelle Entwicklung verbleibt beim AR. An Sitzungstagen tagen sowohl der AR vorwiegend zu den Themen Geschäftsverlauf / Organisation / Entwicklung und der Innovations- und Technologiekreis zu inhaltlichen und wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen.

2. Anwendbarkeit des FüPoG II

a) Inhalt des FüPoG II und seine Auswirkungen auf Forschungs-GmbHs

Klärungsbedürftigkeit besteht hinsichtlich der Anwendung des FüPoG II, das ausgeschrieben lautet: Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, welches am 12. August 2021 in Kraft getreten ist. Das FüPoG II sieht nicht nur erstmals eine gesetzliche Mindestbeteiligung von Frauen und Männern in großen Vorstandsgremien vor, sondern führt auch eine Begrün-

⁷ BAG Beschluss vom 21. Juni 1989 - 7 ABR 58/87, NZA 1990, 402 (404).

⁸ BAG Beschluss vom 21. Juli 1998 - 1 ABR 2/98, Leitsatz 4.

dungspflicht für die Festlegung der Zielgröße Null ein⁹. Bei einer Forschungs-GmbH bleibt das FüPoG II wohl in den meisten Fällen außen vor, außer der Bund verfügt über eine Mehrheitsbeteiligung, worüber der Beteiligungsbericht des Bundes Auskunft erteilt¹⁰. §§ 77a Abs. 3 GmbHG, 96 Abs. 2 AktG, Art. 10 Abs. 3 FüPoG II führen dann zur Geltung des FüPoG II auch für einen fakultativen AR einer Forschungs-GmbH.

Schon das am 1. Mai 2015 in Kraft getretene „Erste Führungspositionen-Gesetz“ (FüPoG) verfolgte den Zweck, den Anteil von Frauen an Führungspositionen vornehmlich in der Privatwirtschaft zu steigern, indem die fixe Quote für Aufsichtsräte börsennotierter und zugleich paritätisch mitbestimmter Unternehmen eingeführt wurde (für die AG § 96 Abs. 2 AktG, für die GmbH § 52 Abs. 2 GmbHG). Für die Leitungsebene und den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsleitung börsennotierter oder mitbestimmter Unternehmen gab es noch keine fixe Quote, sondern lediglich die Pflicht zur Festlegung von Zielgrößen (sog. flexible Quote; vgl. für die AG §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG und für die GmbH § 36 GmbHG).

Besteht der Vorstand einer börsennotierten AG, die dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt (= 2001 Mitarbeiter und mehr), aus mehr als drei Personen, so muss künftig mindestens eine Frau und mindestens ein Mann Mitglied des Vorstands sein. Eine Bestellung eines Vorstandsmitglieds unter Verstoß gegen dieses Beteiligungsgebot ist nichtig (§ 76 Abs. 3a AktG). Nach der Übergangsvorschrift im Einführungsgesetz zum AktG ist das Beteiligungsgebot aus § 76 Abs. 3a AktG seit dem 1. August 2022 bei der Bestellung einzelner oder mehrerer Vorstandsmitglieder einzuhalten. Bestehende Mandate können bis zu ihrem vorgesehenen Ende wahrgenommen werden (§ 261 EGAktG).

Der Vorstand einer börsennotierten oder mitbestimmten AG muss für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands Zielgrößen festlegen (§ 76 Abs. 4 Satz 1 AktG). In der Praxis üblich waren und sind Prozentangaben. Diese Vorgabe wird durch das FüPoG II konkretisiert und verschärft: Künftig müssen die Zielgrößen den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 76 Abs. 4 Satz 2 AktG).

Legt der Vorstand für den Frauenanteil auf einer der Führungsebenen die Zielgröße Null fest, plant er mithin für den folgenden Festlegungszeitraum keine Frau auf

den beiden unteren Führungsebenen ein, so muss er nunmehr diesen Beschluss klar und verständlich begründen (§ 76 Abs. 4 Satz 3 AktG). Die Zielgröße Null bleibt also nach wie vor zulässig. Gesetzgeberisches Ziel ist es jedoch, den Frauenanteil in Führungspositionen durch die Begründungspflicht¹¹ zu erhöhen.

Der AR einer AG, die börsennotiert ist oder der Mitbestimmung unterliegt, legt für den Frauenanteil im AR und im Vorstand Zielgrößen fest (§ 111 Abs. 5 Satz 1 AktG): Die Zielgrößen müssen die für den AR und den Vorstand jeweils angestrebte Anzahl der Frauen und den angestrebten Frauenanteil am jeweiligen Gesamtgremium beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 111 Abs. 5 Satz 2 AktG). Legt der AR für den AR oder den Vorstand die Zielgröße Null fest, so hat er diesen Beschluss klar und verständlich zu begründen (§ 111 Abs. 5 Satz 3 AktG). Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 111 Abs. 5 Satz 4 AktG). Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent, so dürfen die Zielgrößen den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten. Gleichzeitig sind Fristen zur Erreichung der Zielgrößen festzulegen. Die Fristen dürfen jeweils nicht länger als fünf Jahre lauten. Wenn für den AR bereits das Mindestanteilsgebot nach § 96 Abs. 2 oder 3 gilt, sind die Festlegungen nur für den Vorstand vorzunehmen. Gilt für den Vorstand das Beteiligungsgebot nach § 76 Abs. 3a, entfällt auch die Pflicht zur Zielgrößensetzung für den Vorstand (§ 111 Abs. 5 Satz 5 bis 9 AktG).

Die Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH müssen für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer Zielgrößen festlegen. § 36 Satz 1 GmbHG wurde durch das FüPoG II – analog zu § 76 Abs. 4 Satz 2 AktG – um folgenden Satz 2 ergänzt: „Die Zielgrößen müssen den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen.“ Somit gilt das zur AG Ausgeführte. Legen die Geschäftsführer für den Frauenanteil auf einer der Führungsebenen die Zielgröße Null fest, so haben sie – analog zu § 76 Abs. 4 Satz 3 AktG – diesen Beschluss klar und verständlich zu begründen. Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 36 Satz 4 GmbHG).

Ist nach dem DrittelbG ein AR zu bestellen, so legt die Gesellschafterversammlung für den Frauenanteil im AR und unter den Geschäftsführern Zielgrößen fest, es

⁹ Gesetz vom 7. August 2021 (BGBl I 2021 S. 3311).

¹⁰ Löwisch/Joher, Relevanz des FüPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen, OdW 2022,

147-154, hier S. 148.

¹¹ Siehe im Detail die Erwägungen in § 76 Abs. 4 Satz 4 AktG.

sei denn, sie hat dem AR diese Aufgabe übertragen (§ 52 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Ist nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ein AR zu bestellen, so legt dieser für den Frauenanteil im AR und unter den Geschäftsführern Zielgrößen fest (§ 52 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Die Zielgrößen müssen den angestrebten Frauenanteil am jeweiligen Gesamtgremium beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 52 Abs. 2 Satz 3 GmbHG).

Wird für den AR oder unter den Geschäftsführern die Zielgröße Null festgelegt, so ist dieser Beschluss klar und verständlich zu begründen. Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 52 Abs. 2 Satz 4 und 5 GmbHG). Hinsichtlich der Anforderungen an die Begründung gilt das zu § 76 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG Ausgeführte entsprechend.

Bei einer Forschungs-GmbH bleibt das FöPoG II nur dann außen vor, wenn der Bund keine Mehrheitsbeteiligung hält resp. die Länder, die über §§ 393 a Abs. 3 AktG und § 77a Abs. 4 GmbHG entsprechende Regeln beschließen können¹².

b) Fakultativer AR als wesentliches Gremium gemäß BGremBG

AR und ggf. der aus ihm bestimmte geschäftsführende Ausschuss (GA) stellen u.U. ein wesentliches Gremium gemäß Bundesgremienbesetzungsgesetz dar¹³. So führen §§ 77a Abs. 3 GmbHG, 96 Abs. 2 AktG, Art. 10 Abs. 3 FöPoG II auch zur Geltung für einen fakultativen AR bzw. den GA.

Wesentliche Gremien sind nach § 3 Nr. 2 BGremBG solche, bei denen die Bundesregierung als Gesamtheit die Mitgliedschaft mindestens eines Mitglieds zu beschließen oder zur Kenntnis zu nehmen hat, sowie solche, die wegen ihrer besonderen tatsächlichen, wissenschaftlichen oder zukunftsrelevanten Bedeutung von den in § 3 Nr. 3 näher genannten Institutionen des Bundes (Bundesregierung, Bundeskanzleramt, Bundesministerien, Bundesbeauftragte, bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts ohne Recht auf Selbstverwaltung) bestimmt worden sind. Vom Bund zu bestimmen sind nach § 3 Nr. 4 Mitglieder, welche die Institutionen des Bundes einzeln oder gemeinsam in ein Aufsichtsgremium oder in ein wesentliches Gremium unmittelbar und rechtsverbindlich wählen, berufen, ent-

senden oder für ein solches Gremium vorschlagen können.

Nach § 4 Abs. Satz 1 BGremBG sollen in jedem Aufsichtsgremium mit mindestens zwei vom Bund zu bestimmenden Mitgliedern unter diesen Frauen und Männer zu gleichen Teilen vertreten sein. Steht dem Bund eine ungerade Zahl von Sitzen zu, darf das Ungleichgewicht zwischen Frauen und Männern nur einen Sitz betragen. Dies gilt für Neuwahlen, Berufungen und Entsendungen, wobei bestehende Mandate bis zu ihrem Ende wahrgenommen werden können (Abs. 2).

Nach Abs. 3 des durch Art. 10 FöPoG II in das GmbHG eingefügten neuen § 77a gilt § 96 Abs. 2 AktG entsprechend auch für die Zusammensetzung des AR einer GmbH mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes unabhängig von einer Geltung des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes oder des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes.

AGs und GmbHs, auch wenn für sie nicht eines der in § 393 a AktG oder § 77a GmbHG genannten Mitbestimmungsgesetze, sondern nur das DrittelbG gilt, unterfallen nunmehr nach richtiger Ansicht grundsätzlich der Regelung des § 96 Abs. 2 AktG¹⁴.

Die Mehrheitsbeteiligung des Bundes genügt obendrein als Anwendungsvoraussetzung für das FöPoG II, ohne Differenzierung nach der Arbeitnehmerzahl. Auf die Arbeitnehmerzahl kommt es nur in dem in § 393 a Abs. 1 Nr. 3 AktG und § 77 a Abs. 1 Nr. 3 GmbHG geregelten Ausnahmefall einer mittelbaren Beteiligung des Bundes an. Denn das FöPoG II soll zurecht überall dort Anwendung finden, wo dem Bund Regelungsbefugnisse zukommen, eine geschlechtergerechte Aufteilung der AR-Sitze zu erreichen. Für das Gewicht dieses Ziels spielt die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer keine Rolle. Dass Aufsichtsräte in nicht mitbestimmten GmbHs ihre Basis allein im Gesellschaftsvertrag haben, ändert daran nichts.

Zwar führt die für einen solchen AR maßgebende Verweisungsvorschrift des § 52 Abs. 1 GmbHG den § 96 Abs. 2 AktG nicht auf. Doch ist dieser Verweis in der in das GmbHG eingefügten zwingenden Bestimmung des § 77a Abs. 3 GmbHG enthalten. Ungereimt wäre es, könnte sich der Bund in Gesellschaften, an denen er mit Mehrheit beteiligt ist, dem von ihm aufgestellten Mindestanteilsgebot durch eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag entziehen¹⁵.

12 *Löwisch/Jocher*, Relevanz des FöPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen, *OdW* 2022, 147-154, hier S. 152-153.

13 Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien (Bundesgremienbesetzungsgesetz - BGremBG), Gesetz

vom 24. April 2015 (BGBl I S. 642).

14 *Löwisch/Jocher*, *OdW* 2022, 151; dagegen: *Alexander Stöhr*, Die Auswirkungen des FöPoG II auf das GmbHG: Eine kritische Bestandsaufnahme, *ZIP* 2021, 2267 (2271).

15 *Löwisch/Jocher*, *OdW* 2022, 151.

Der Tendenzcharakter von Forschungseinrichtungen bietet angesichts des Ziels der geschlechtergerechten Aufteilung der AR-Sitze keinen Grund, die direkte oder entsprechende Anwendung von § 96 Abs. 2 AktG auszuschließen, so dass sich auch die Aufsichtsräte von Bundesdominierten Forschungseinrichtungen, die als GmbH organisiert sind, zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzen müssen.

Fraglich bleibt noch, ob eine Mehrheitsbeteiligung von Bund und Ländern zu berücksichtigen ist, wenn auch die Länder sich für gleiche Regeln entschieden haben. Dagegen spricht zunächst der Wortlaut, der nur vom Bund ausgeht. Allerdings verkennt man den Sinn und Zweck der Vorschrift, die von staatlicher Beteiligung ausgeht, wozu in der Bundesrepublik auch die in der Forschung beteiligten Bundesländer zählen; daher sind auch sie in die Beteiligung einzubeziehen, zumindest in fiktiver Berechnung einer Mehrheit des Bundes. Dafür spricht auch, dass die Länder wegen des föderalen Gefüges wiederum Teil des Bundes sind.

Reine Forschungs-GmbHs ohne Mehrheitsbeteiligung des Bundes (sowie der Länder bei Bund-Länder-Beteiligung) bleiben im Ergebnis von der Anwendung des FÜPoG II ausgespart. Liegt Mehrheitsbeteiligung im weiteren Sinne vor, können indes der Mitbestimmungsaspekt und der Tendenzcharakter keine Rolle mehr spielen.

3. Schwierigkeiten der Verkleinerung

Sicherlich kann der AR verkleinert werden, was allerdings Grenzen aufweist: Zunächst das Entsenderecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften (z.B. Bundesländer, Kommunen, Bund) sowie Universitäten und andere Forschungsinstitute mit öffentlicher Beteiligung. Industrie-Gesellschafter möchten obendrein bald die Visitenkarte „AR“ nicht aufgeben, bald nicht immer an den Sitzungen teilnehmen, auch wenn sie Vertreter auswechseln dürfen. Die Idee, der Begrenzung auf eine Amtsperiode oder der Einführung versetzter Amtsperioden schafft auf den ersten Blick Abhilfe, denn dadurch kann sichergestellt werden, dass zu jedem Zeitpunkt eingearbeitete Mitglieder im AR vertreten sind. Sie wird allerdings vielfach abgelehnt, da der Verlust des direkten Kontakts zu einzelnen Gesellschaftern oder sogar Austritte aus dem Kreis der Gesellschafter zu befürchten sind, weil das Engagement der Gesellschafter oft allein an den Vertretern im AR hängt. Die Idee der Verkleinerung birgt die Gefahr, dass sich immer dieselben Gesell-

schafter im verkleinerten AR engagieren und um eine Mitarbeit bewerben. Eine Verkleinerung des AR kann die Rolle der GV stärken und ihr neues Handlungsbewusstsein geben. Eine Rotation der AR-Mitglieder nach einem vorgegebenen Schema ist u.U. eine Option und bedarf einer sehr feingliedrigen Regelung. Wahlen dagegen sind eine echte Alternative, verursachen allerdings wiederum Regelungs- und Organisationsaufwand (Geschäftsordnungen) und „Stress“ durch Wahlkämpfe und ggf. Absprachen anlässlich der Wahlen; dieses Hindernis kann gegen die Verkleinerung ins Feld geführt werden. Nicht zu unterschätzen ist schließlich, dass der AR „in pleno“ ein informelles Netzwerk der Mitglieder bildet, was gerade in Nach- oder Zwischen-Pandemiezeiten hochgeschätzt wird.

Ein starkes gesellschaftsrechtliches Argument gegen die Verkleinerung bildet die Wahrung der vollumfänglichen Entsenderechte der Gesellschafter. Auch wenn es keine Verkürzung von Amtsperioden der Aufsichtsräte gibt, führt die Absenkung der AR-Sitze zum Ausblenden von Wissensmitteilung und Aufsichtspotenzial sowie zu Repräsentationsverschiebungen. Geht man davon aus, dass alle Gesellschafter durch eine künftige und nicht retroaktive Verkleinerung gleichermaßen betroffen sind, bleibt eine Benachteiligung einzelner außen vor. Blickt man indes nicht allein auf den Prozentsatz der Stammkapitaleinlage, sondern auf das wirtschaftliche Stimmgewicht und das Nähepotenzial der einzelnen Teilhaber, existieren gleichwohl Unterschiede, die etwa gerade im Ausland ansässige Gesellschafter benachteiligen. Bei einigen Stammkapitalhaltern, selbst wenn sie gleiche %-Anteile an der Forschungs-GmbH halten, existieren auch Unterschiede in der Größe und der Wirtschafts- und Finanzmacht, ja auch im Entsendepotenzial von AR-Mitgliedern. Nicht zuletzt verschieben sich Gewichte zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Seite. Da Benachteiligungen¹⁶ nicht ausgeschlossen werden können und schwerlich erwartbar ist, dass eine Einstimmigkeit oder gar Allstimmigkeit zustande kommt, bietet eine Verkleinerung keine geeignete Lösung.

Eine solche ist leichter, wenn man eine Benachteiligung einzelner nicht annimmt und eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Rahmen einer Änderung des Gesellschaftsvertrages anstrebt. So sieht es die überwiegende Ansicht in der Literatur: Vergrößerung oder hier Verringerung der Zahl der AR-Mitglieder kann eine Statusfrage sein, die allerdings nur im Statusverfahren nach § 91 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG eine Rolle spielt. Da auch kein Grundkapital verkleinert wird, ist die Verringerung eine

16 Uwe H. Schneider, in: Scholz, GmbH-Gesetz-Kommentar, 12. Aufl. 2021, § 52, Rn. 220.

„Satzungsänderung, welche die neue Zahl vorsieht.“¹⁷ Beim fakultativen AR ist der Gesellschaftsvertrag prioritär, der für die Änderung eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit voraussetzt.¹⁸

Für die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit (qualifizierte Mehrheit) genügt es, wenn genau $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen für einen Antrag abgegeben werden. Der Geschäftsanteil, der in der Lage ist, die qualifizierte Mehrheit zu verhindern, bildet eine sogenannte Sperrminorität. Die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit ist gesetzlich vorgesehen für Änderungen des Gesellschaftsvertrags (§ 53 Abs. 2) sowie die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Letzteres ist das stärkste Argument dafür, dass eine Verringerung der AR-Mandate keine Allstimmigkeit voraussetzen muss, denn die Auflösung einer gesamten Gesellschaft wiegt stärker als eine bloße Verringerung der Anzahl ihrer AR-Mandate. Auch wenn damit sicherlich eine wenn auch geringfügige Benachteiligung einiger in Kauf genommen werden muss zugunsten einer besseren Operabilität und Arbeitsweise des Gremiums, ist eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit die zurecht ausreichende Mehrheitsgrundlage dieser Entscheidung.

Die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit bei Satzungsänderungen sieht die Satzung vielfach folgendermaßen vor: Enthaltungen zählen dabei nicht mit, weil das Merkmal „abgegeben“ voraussetzt, dass eine Stimme nur abgibt, wer entweder mit „Ja“ oder „Nein“ stimmt, nicht hingegen mit Enthaltung (siehe jeweilige Satzung i.V.m. § 47 GmbHG).

4. Optionen zur Behebung

Welche Optionen können vorgebracht werden? Es bieten sich nachstehende an:

- alphabetisch oder chronologisch determinierte Mitglieder aus AR
- Schaffung einer Dynamik via Amtszeit von einem Jahr, was vier Amtsjahren entspricht; dabei ein ÖR (=Vertreter der öffentlichen Hand) und jeweils nicht mehr als zehn – bei Zuwächsen mehr; bei mehr als z.B. 50 AR-Mitgliedern bedarf es der Einrichtung einer fünften Amtszeit
- Der Sitz im GA ist abtretbar an jeweils Nichtvertretere, also keine Doppelvertretung möglich

- Vorsitz oder stellvertretender Vorsitz fallen den ÖR zu, jeweils aber nicht in Personalunion zu Vorsitz und stellvertretendem Vorsitz des AR

5. Kritik

Auch diese Optionslösungen erfordern die Wahl der AR-Mitglieder durch Juristen und Controller der Gesellschafterversammlung (GV), die daran vermutlich nicht interessiert sind. Potenzielle Kandidaten (z.B. bereits aktuell bestellte AR-Mitglieder) müssen davon überzeugt werden, sich für den verkleinerten AR zu bewerben und schlimmstenfalls eine Ablehnung zu akzeptieren. Wahlen müssen organisiert, Absprachen getroffen werden. Bloße Amtsperioden haben den Vorteil des Zugpferdcharakters, können aber die Freiwilligkeit der Wahlen torpedieren. Die Gesellschafter entsenden Mitglieder in bis zu vier Gremien (GV, AR, Innovations- und Technologiekreis und ggf. Personalausschuss). Dies erfordert einen hohen Ressourcen- und Abstimmungsbedarf bei den Gesellschaftern. Der Innovations- und Technologiekreis dient typischerweise nur zur Information der Gesellschafter, trifft jedoch keine Entscheidungen und ist deshalb wenig attraktiv für die entsandten Mitglieder. Zu überlegen wäre zumindest ein Vorschlagsrecht in bestimmten Themenfeldern für den AR.

Statt neue Gremien einzuführen, ist es vorteilhaft den vorhandenen AR in seiner Gänze zu erhalten und ihm die Kern-Überwachungsaufgaben zu belassen, andererseits dem GA das operative sowie vor- wie nachbereitende Geschäft zuzuweisen.

IV. Einführung eines starken GA

1. Bildung von Unter-Ausschüssen

Eine Verlagerung der operationellen Tätigkeit in einen dafür eingerichteten Ausschuss des AR¹⁹ ermöglicht, dass der AR seinen Umfang und seine Tagungsfrequenz behält. Nur solche Aufgaben sind davon ausgenommen, welche in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fallen und die diese auf den AR delegiert hat. Dieser Unter-Ausschuss ist somit eine Teilmenge des AR, dessen Vorsitzender einschließlich der Stellvertreter ideali-

17 Spindler, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, München 2019, 3. Aufl., § 52, Rn. 89 (Vergrößerung) und hier einschlägig die Verkleinerung des AR, Rn. 91.

18 So gleichfalls Nießen, in: Kommentierung des GmbHG, 5. Aufl.

2021, § 52, Rn. 34.

19 Es können auch andere Ausschüsse ins Leben gerufen werden, wie ein expliziter Forschungs-, Wissenschafts- oder ein Technik-ausschuss.

ter auch die des Ausschusses sind, um Synergieeffekte zu nutzen. Bei einer Forschungs-GmbH mit fakultativem AR obliegt die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführung allein der Gesellschafterversammlung. Diese Kompetenz kann nur durch eine ausdrückliche gesellschaftsvertragliche Regelung auf den AR übertragen werden, was aber ggf. via Satzungsänderung eingerichtet werden kann.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Arbeit in den Ausschüssen stets eine intensive und zeitaufwendige Koordination erfordert, die auch bei der Personenidentität der Vorsitzenden nicht auf Null zurückgefahren werden kann. Da der Austausch effektiv und durchgehend organisiert werden muss, besteht bei Vernachlässigung die Gefahr, dass das strategische Handeln im Sinne des Gesamtunternehmens aus dem Blick gerät und in den AR-Sitzungen nachgearbeitet werden muss, was wiederum den erhofften Effizienzgewinn schmälert. Des Weiteren birgt die Bildung von Ausschüssen den Hang zum Aktionismus, um ihre Einrichtung zu rechtfertigen. Schließlich ist kontinuierliche Arbeit in den Ausschüssen durch Ab- und Neuberufungen von AR-Mitgliedern stärker gefährdet als die Arbeit des AR selbst.

2. Kompetenzverlagerungen in den GA

Der AR behält seine Kernaufgaben. Anders gesagt: Zuständigkeiten und Entscheidungskompetenzen werden vom (großen) AR in den (kleineren) GA verlagert, um die Forschungs-Gesellschaft im operativen Geschäft effizienter zu unterstützen, zu überwachen und zu kontrollieren, so vor allem Beschlussfassungen über alle Zustimmungsvorbehalte, was in der Satzung explizit figuriert.

Es ist möglich, die Mitglieder des GA aus dem Kreis der AR-Mitglieder auf Zeit wählen zu lassen oder ein rotierendes System einzuführen. Zu beachten ist stets, dass alle öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die Entsenderecht besitzen, angemessen sowie eine gleich oder zumindest ähnlich große Anzahl Industriegesellschafter vertreten sind. Der GA kümmert sich schwerpunktmäßig um wirtschaftliche und organisatorische Aspekte der GmbH-Führung, der AR hingegen schwerpunktmäßig um die Themen wissenschaftliche Ausrichtung / Technologie / Strategie / Forschungsfelder. Diese Themen nehmen in den AR-Sitzungen verstärkt Raum ein, während der GA über die wirtschaftlichen Aspekte und Entscheidungen rapportiert. Die Anzahl und der Turnus der AR-Sitzungen können eine Mindestzahl umfassen. Zur Vorbereitung der AR-Sitzungen findet im engen zeitli-

chen Abstand regelmäßig eine GA-Sitzung statt. Bei Bedarf werden zusätzliche GA-Sitzungen terminiert. AR-Sitzungen finden im Wechsel an den unterschiedlichen Standorten der GmbH statt und werden um eine Präsentation des jeweiligen Standorts mit Forschungsschwerpunkten und Expertengesprächen ergänzt.

3. Bewertung

Was ist davon zu halten? Der AR bleibt als Gremium erhalten, alle Gesellschafter behalten ihren Sitz. Die gesellschaftsrechtliche Funktion des AR verlagert sich weitgehend in den GA, was die Gestaltungsfreiheit bei einem fakultativen AR der GmbH anbietet. Die negativen Folgen der Verkleinerung des AR werden vermieden, ebenso der hohe Aufwand zur Organisation und Koordination der Arbeit in mehreren AR-Ausschüssen und der damit verbundene zeitliche Mehraufwand der AR-Mitglieder sowie die Unwägbarkeiten von Ab- und Neuberufungen. Obendrein können sich engagierte AR-Mitglieder um die Mitarbeit im GA bewerben und sich wählen lassen, weniger engagierte sich entsprechend zurücknehmen, ohne die Kernaufsichtsfunktionen zu verlieren, die dem AR verbleiben.

Mittels Übertragung von Kompetenzen an den GA wird schließlich ein handlungsfähiges Gremium geschaffen, das die Arbeit der Geschäftsführung effizient unterstützen kann, ohne die AR-Mitglieder über Gebühr in Anspruch zu nehmen oder den Kontakt zu einzelnen Gesellschaftern zu gefährden. Die Freiheit, neue Ausschüsse des AR einzuberufen, kann dergestalt genutzt werden, dass ein neues Gesellschaftergremium geschaffen wird, in das alle Gesellschafter Vertreter entsenden und das sich vordringlich mit inhaltlichen / wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen beschäftigt („Innovations- bzw. Technologiekreis“). Die Zuständigkeit für die wissenschaftliche Strategie und strukturelle Entwicklung verbleibt indes beim AR. Sitzungstage dürfen gebündelt werden: der AR vorwiegend zu den Themen Geschäftsverlauf / Organisation / Entwicklung und der Innovations- und Technologiekreis zu inhaltlichen und wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen.

V. Grundlagen von Entscheidungen zu Strukturänderungen und für die künftige Auslegung einzelner Bestimmungen

1. Ausweitung der Kompetenz des GA

Der Aufsichtsrat der Forschungs-GmbH ist und bleibt ein fakultativer AR mit Kernaufgaben, die Pflichten und

Rechte resp. Kompetenzen, zugleich verkörpern. Dabei sind Bestimmungen des AktG explizit ausgenommen, was im Allgemeinen in der Geschäftsordnung (GO) des AR figuriert. Zwingende Bestimmungen bleiben per Verweis von § 52 GmbHG jedoch anwendbar.

Der AR ist zwar fakultativ, doch seine Einrichtung bezeugt, dass er als solcher die entsprechenden Aufgaben erfüllen muss, m.a.W. er wäre sonst nicht ins Leben gerufen oder in diesem Umfang erhalten geblieben.

Die Besonderheit liegt möglicherweise darin, dass der als bedeutend angesehene AR annähernd dieselbe Mitgliederzahl aufweist wie die GV, sodass die repräsentative Funktion des AR außen vorbleibt. Der wichtigste Ausschuss, der „Geschäftsführende Ausschuss“ (GA), sollte bald und in Zukunft diese Aufsichtsfunktion zentral wahrnehmen.

Dies spricht für eine Ausdehnung der Kompetenzen des GA, der damit zum eigentlichen AR geworden ist oder es noch wird. Ist von der GV gewollt, ein Maximum an übertragbaren Kompetenzen auf den GA zu übertragen, ohne die Kernaufgaben des AR aufzugeben (siehe vielfach im Gesellschaftsvertrag), dann sollte dies umgesetzt werden. Gleichzeitig ist mit Blick auf die Geschäftsführung zu beachten, dass GA und Geschäftsführung wegen ihrer ähnlichen Namensführung („geschäftsführend“ resp. „Geschäftsführung“) jeweils ihre Aufgaben unterscheidbar ausfüllen. „Geschäftsführend“ beim GA meint die Aufgaben des AR und eben nicht die Geschäftsführung im Sinne der Gesamt-GmbH, die einzig und allein der Geschäftsführung zugewiesen bleiben.

2. GV

Die Bestellung der AR-Mitglieder (§ 100 sowie § 101 Abs. 1 S. 1 AktG) sowie deren Abberufung (§ 103 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG) braucht eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit.

Nach Kenntnisnahme des Berichts des GA zum Jahresabschluss stellt die GV den Jahresabschluss ohne Bindung an die von der Geschäftsführung aufgestellte Fassung oder das Votum des GA in eigener Verantwortung fest (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Das Verlangen von Beschlussvorschlägen gegenüber AR und GA resultiert aus § 124 Abs. 3 AktG.

Die GV hält stets die Befugnis zur Satzungsänderung, Auflösung der Gesellschaft oder zur Umwandlung; dabei handelt es sich um nicht nachgiebiges Satzungsrecht.

Wichtig zu erwähnen bleibt, dass die Zustimmung der GV bei einem zustimmungspflichtigen Geschäft zur

Überwindung der Verweigerung des GA mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der GV beizutragen vermag, d.h. die GV kann diese Rechte, die sie abgetreten hat, erneut und ohne Begründung an sich ziehen.

3. Genaue Regelung der Vertretung und Begleitung von Gesellschaftern in der GV

Gemäß § 48 Abs. 1 GmbHG fassen die Gesellschafter ihre Beschlüsse in Gesellschafterversammlungen. Träger des Stimmrechts sind die Gesellschafter (die Gesellschaftereigenschaft richtet sich nach § 16 Abs. 1 GmbHG). Mangels abweichender Satzungsbestimmungen können sie sich vertreten lassen. Die Gesellschafter dürfen es sich mithin offenhalten, an der GV selbst teilzunehmen oder auch noch kurzfristig einen Vertreter zu schicken, da keine höchstpersönliche Vertretung der Gesellschaft angeordnet ist (§ 47 Abs. 3 GmbHG). Die Vollmacht ist jedoch darzutun und zu beweisen, d.h. Vorlagepflicht der schriftlichen Vollmacht (§ 167 Abs. 2 BGB und § 126 BGB i.V.m. mit der jeweiligen GO-Vorschrift). Beim Stimmrecht ist daher oftmals von Bevollmächtigten die Rede.

Die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen üben deren Stimmrecht aus, bei Personengesellschaften die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Pfandrecht und Nießbrauch lassen das Stimmrecht des Gesellschafters unberührt. Bei Treuhand steht das Stimmrecht dem Treuhänder zu. Nur auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage ist eine kombinierte Beschlussfassung zulässig; Bei dieser geben nicht alle Gesellschafter ihre Stimmen innerhalb der Versammlung ab; vielmehr wird einzelnen Gesellschaftern gestattet, ihre Stimme vor oder nach der Versammlung abzugeben. Selbst bei Einverständnis aller Gesellschafter soll nach BGH mangels Gesellschaftsvertragsregelung eine solche Beschlussfassung nichtig sein. Etwas anderes gilt bei audiovisueller Zuschaltung von Gesellschaftern zur Versammlung; diese ist bei Zustimmung der anderen Gesellschafter ohne besondere statutarische Ermächtigung zulässig. Die Gesellschafter haben ferner nach verbreiteter Auffassung grundsätzlich keinen Anspruch auf Zulassung eines Beraters oder eines Beistands; dieser Ansicht²⁰ ist jedenfalls dann nicht zu folgen, wenn die Teilnahme an der Versammlung für den Gesellschafter von besonderer Bedeutung ist, etwa weil schwerwiegende Entscheidungen zu fällen oder Missstände aufzuarbeiten sind. Finden sich dazu weder in der Satzung noch in der GO der GV Vorgaben, sollte dies entsprechend thematisiert werden.

20 Siehe Übersicht und Details bei *Heidel*, in: *Haufe-Kommentar GmbH-Gesetz*, 2020, Rz. 160.

Dies gilt gleichfalls für die Punkte Versammlungsleitung und Begleitung von Gesellschaftern.

Das Gesetz enthält für Durchführung und Leitung der Versammlung keine ausdrücklichen Regeln. Ihr Ablauf muss ordnungsgemäße Beratung und Beschlussfassung mit dem Ziel der Ermittlung des Mehrheitswillens unter Wahrung der Teilnahmerechte sämtlicher Gesellschafter garantieren. Zweckmäßig ist, einen Vorsitzenden (Versammlungsleiter) zu bestimmen und eine Niederschrift/Protokoll anzufertigen. Bestellt werden kann auch ein Nichtgesellschafter²¹.

Die Beschlussfassung wird generell durch eine förmliche Niederschrift dokumentiert. Das Protokoll ist (anders als nach §§ 241 Nr. 2, 130 AktG) für die Wirksamkeit der Beschlüsse grundsätzlich nicht konstitutiv, sondern dient auch bei Satzungsregelung i.d.R. Beweis Zwecken. Beurkundungszwang besteht insbesondere bei Satzungsänderung sowie bei Beschlüssen nach dem UmwG²².

Beschlüsse bedürfen nach § 47 Abs. 1 GmbHG der Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen. Im Grundsatz zählen nur Ja- und Nein-Stimmen, nicht aber Enthaltungen. Bei Stimmgleichheit ist ein Antrag abgelehnt. Der Gesellschaftsvertrag kann höhere Mehrheiten und sonstige Erfordernisse wie z.B. Zustimmung eines Gesellschafters oder Stichentscheid bei Stimmgleichheit vorsehen. Er kann der Minderheit das Recht einräumen, bestimmte Maßnahmen durchzusetzen, z.B. Sonderprüfung oder Überwachung der Geschäftsführung. Wegen der Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsvertrags nach § 45 Abs. 2 GmbHG sind auch sonst andere Regeln möglich – z.B. Stichentscheid bei Stimmgleichheit durch einen oder einzelne Gesellschafter, durch Losen, Dritte oder ein Schiedsgericht.

Manche Beschlüsse sind mehrheitsfest, sie verlangen die Zustimmung eines jeden Gesellschafters, damit sie wirksam werden (z.B. nachträgliche Einführung von Vinkulierung, Schiedsklauseln oder Auferlegung zusätzlicher Leistungen). Das Gesetz sieht – nicht zwingend – vor, dass sich das Stimmrecht nach der Höhe des Geschäftsanteils richtet. Jeder Euro gewährt dann eine Stimme (§ 47 Abs. 2 GmbHG).

4. Grundsätzliche Aufgaben des AR

Überwachung der Geschäftsführung in ihrer Gesamtheit als auch ihrer einzelnen Mitglieder (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 1 AktG) bleibt unangetastet die

oberste Mission des AR, der ohne Unterlass die Entscheidungsträger kritisch begleiten soll.

An den AR müssen die Berichte des Vorstands (vgl. § 90 AktG) gerichtet werden, die über folgende Themen sprechen:

- beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, v. a. Finanz-, Investitions- und Personalplanung (einmal jährlich)
- den Gang der Geschäfte, insbesondere Lage der Gesellschaft (halbjährlich)
- Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können (anlassbezogen)

Des Weiteren stehen in der Satzung der Forschungs-GmbH die Bestellung/Auswahl und Entlassung der Geschäftsführung, sowie alle Personalfragen bzgl. CEO und CFO aufgelistet (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 84 AktG). Erwähnenswert sollte die Beratung der Geschäftsführung allgemein und mittel- wie langfristig sein, d.h. „strategische Frühaufklärung“ bzgl. sich anbahnender Veränderungen im Marktumfeld.

Ferner sind aufzulisten das Fertigen von Berichten der AR-Mitglieder sowie in diesem Kontext die Verschwiegenheitspflicht der Berichtsempfänger (§§ 394, 395 AktG). Sodann kommt es dem AR zu, den Jahresabschluss zu prüfen (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 170, 171 AktG).

Die Beauftragung resp. Bestellung des Abschlussprüfers (in vielen Fällen allein die GV), möglich auch durch AR-Vorsitzenden²³, Festlegung der Prüfungsschwerpunkte sowie Genehmigung der Ergebnisse der Gespräche mit Abschlussprüfer durch GA (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG) bilden gleichfalls grundsätzliche Aufgaben des AR, der schließlich das Recht zur Einberufung der GV ausüben darf.

5. Delegieren von Aufgaben des AR an den GA

Aufgaben, die der AR an den GA abtreten kann, gegenüber der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 2 S. 2 AktG) sind nachstehende:

- Prüfung der laufenden Kassenführung und des Rechnungswesens
- Regelmäßige und umfängliche Berichterstattung (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 90 Abs. 3 und 4, 5 S. 1 und 2 AktG) der Geschäftsführung an den GA –

21 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 16.

22 Uwe H. Schneider, in: Scholz, GmbH-Gesetz-Kommentar, § 52, Rn. 441.

23 Beauftragung des Abschlussprüfers, wenn der Gesellschaftsver-

trag nicht etwas anderes vorschreibt (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 318 Abs. 1 Satz 4 HGB), auch durch GA möglich, aber umstritten, hier auch ausgeschlossen – daher nicht anzuraten.

sofern dies Gesamt-GA bzw. Mitglieder verlangen: Überwachung abgeschlossener und laufender Vorgänge

- Präventive Überwachung beabsichtigter Vorhaben der Geschäftsführung unter den Gesichtspunkten der Ordnungs- und Rechtmäßigkeit sowie der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit
- Beratung des GA mit der Geschäftsführung über deren Geschäftspolitik in ständigem Diskussionsprozess
- Auskunft und Einsichtnahme in wesentliche Unterlagen gegenüber der Geschäftsführung grundsätzlich bei Unternehmensstrategien, Unternehmensorganisation, Marktpositionierung, Personalstruktur, Vertriebssysteme, Controlling aber auch im Rechnungswesen.

Darüber hinaus sollte noch verankert sein:

- Kurzfristige und alltagskonkrete Beratung der Geschäftsführung in gesellschaftsrechtlicher wie technologischer Sicht („Kleiner Innovations- und Technologiekreis“): Einbezug von Wissen, Meinungen und Einschätzungen von Experten in einer Phase unternehmerischer Herausforderungen für die Geschäftsführung im Wege eines permanenten und regelmäßig tagenden Aufsichtsgremiums

Der GA darf laufende Anstellungsverträge, außer CEO / CFO (diese: AR), aushandeln und zeichnen, vollziehen und beenden.

Gespräche mit dem Abschlussprüfer darf der GA führen, während dem AR allein die Genehmigung der Ergebnisse der Gespräche mit Abschlussprüfer durch GA obliegt. Der AR muss in solchen abschließenden Fragen stets die Schlussautorität besitzen.

Dem GA fällt schließlich die Vorprüfung des Jahresabschlusses (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 170, 171 AktG) und Vorlage an AR zu. Dabei geht es um die Überprüfung des Zahlenwerks als Rechenschaftsbericht über das abgelaufene Geschäftsjahr hinsichtlich seiner Übereinstimmung mit Gesetz und Gesellschaftsvertrag.

Um den Bericht an die GV über Erkenntnisse aus der Prüfung des Abschlusses sowie um dieser eine ausreichende Informationsgrundlage für die Bilanzfeststellung zu vermitteln, kümmert sich der GA. Obendrein besitzt der GA die Befugnis, dem AR die Einberufung der Gesellschafterversammlung vorzuschlagen.

6. Grundsätzliches Weisungs- und Direktionsrecht des GA

Fraglich ist, ob GA ein grundsätzliches Weisungs- und Direktionsrecht innehat. Dieses Recht überträgt für Ausnahmefälle eine Satzung an den GA, was sich z. B. wie folgt in Satzungen wiederfindet:

Der Geschäftsführende Ausschuss hat die Aufgabe, bei Entscheidungssituationen zwischen den Aufsichtsratssitzungen zu beraten und der Geschäftsführung Vorgaben oder Zustimmungen für nicht bis zur nächsten Aufsichtsratssitzung aufschiebbare Entscheidungen zu geben.

Lösbar ist die Schwierigkeit, in dem das Merkmal „nicht aufschiebbare Entscheidungen“ weit ausgelegt wird. Bei Unklarheiten in Gesellschaftsvertrag oder Geschäftsordnungen gilt im Zweifel eine Aufgabe an den GA als vom AR wirksam abgetreten. Maxime ist dabei die größtmögliche Entlastung des AR und das damit verbundene weitestgehende Mandat an den GA.

7. Zustimmungsvorbehalt für den AR im Gesellschaftsvertrag

„Zustimmungsvorbehalte (...) sind das Instrument vorbeugender Kontrolle des Aufsichtsrats, Maßnahmen der Geschäftsleitung, die möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht werden können, von vornherein zu unterbinden. Die Aufsichtsratsmitglieder trifft eine – ggfs. neben die Haftung der geschäftsführenden Organe tretende – Schadensersatzpflicht, wenn sie die Zustimmung zu einem Geschäft erteilen, die sie bei pflichtgemäßem Handeln hätten verweigern müssen.“²⁴

Erteilung oder Versagung der Zustimmung lautet in diesem Kontext die Entscheidungsfrage. Der GA kann nur „in besonderen und dringenden Fällen“ über zustimmungspflichtige Geschäfte aus der Satzung entscheiden. So heißt es beispielsweise in der GO des AR: *Der Geschäftsführende Ausschuss kann in besonderen oder dringenden Fällen anstelle des Aufsichtsrats über die nach § X des Gesellschaftsvertrages zustimmungspflichtigen Maßnahmen der Geschäftsführung entscheiden.*

Daher sollte es eine Änderung der GO für den AR geben, dergestalt, dass kein Zustimmungsvorbehalt mehr durch den AR, sondern generell durch den GA erfolgen darf, der faktisch die Rolle des AR übernimmt.

24 BGH II ZR 243/05 vom 11.12.2006. Siehe etwa <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2006&Seite=5&nr=38660&pos=176&anz=3113> [02.08.2022].

cht=bgh&Art=en&Datum=2006&Seite=5&nr=38660&pos=176&anz=3113 [02.08.2022].

Der AR hat gleichwohl das Recht, gegenüber der Geschäftsführung weitere Zustimmungsvorbehalte anzuordnen und daher nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, welche Vorgänge einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden sollen (Gesellschaftsvertrag X sowie § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Es liegt nämlich im pflichtgemäßen Ermessen des AR, auszuwählen, welche (bedeutsamen) Geschäfte dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen. Grundsätzlich sollten alle Geschäfte von grundlegender Bedeutung im „Zustimmungskatalog“ erfasst sein.

Die weiteren explizit benannten Zustimmungsvorbehalte werden an den GA abgegeben. Der AR hat kein Veto gegen die Geschäftsführung, sondern nur die Geschäftsführung selbst. Vor Erteilung seiner Zustimmung hat der GA das Begehren der Geschäftsführung zu prüfen. Eine Zustimmung ohne vorherige Prüfung stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, die im Schadensfall zur Haftung führen kann²⁵.

Hat der GA bei einem Zustimmungsvorbehalt gegenüber der Geschäftsführung seine Zustimmung verweigert, kann die GV dessen ablehnende Entscheidung durch Beschluss überwinden (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 4 AktG). Folgende Formulierung resultiert aus dem Gesagten:

Der Geschäftsführende Ausschuss kann anstelle des Aufsichtsrats über die nach § X des Gesellschaftsvertrages zustimmungspflichtigen Maßnahmen der Geschäftsführung entscheiden.

Hat der Geschäftsführende Ausschuss bei einem Zustimmungsvorbehalt gegenüber der Geschäftsführung seine Zustimmung verweigert, kann die GV dessen ablehnende Entscheidung durch Beschluss ersetzen. Die Zustimmungsersetzung erfordert eine ¾-Mehrheit.

VI. Fazit

Folgende Schlussfolgerung und Handlungsempfehlungen rühren aus unserer Durchsicht:

(1) Der fakultative AR einer Forschungs-GmbH muss handlungs- und zukunfts-fähig aufgestellt sein. Bei mehrheitlicher Bundes- bzw. Länderbeteiligung ist neuer-

dings das FÜPoG II beachtungspflichtig. Entsenden die Gesellschafter Mitglieder in drei oder gar mehr Gremien (GV, AR, Innovations- und Technologiekreis und sogar ggf. Personalausschuss), erfordert dies einen hohen Ressourcen- und zeitraubenden Abstimmungsbedarf bei den Gesellschaftern und der Gesellschaft. Ein Innovations- und Technologiekreis etwa dient vielfach lediglich der Information der Gesellschafter, trifft jedoch keine Entscheidungen und ist deshalb wenig attraktiv für die entsandten Mitglieder.

(2) Statt neue Gremien einzuführen, ist es vorteilhaft, den vorhandenen AR in seiner Gänze zu erhalten und ihm die Kernaufgaben der Überwachung und Beratung zu belassen, andererseits dem GA das operative sowie vor- wie nachbereitende Geschäft zuzuweisen.

(3) Bei einem sehr praxisstarken GA ist eine Sitzung des AR pro Jahr ausreichend, damit die Mindestaufgaben beim fakultativen AR verbleiben, d.h. Überwachung und Beratung der Geschäftsführer zugleich, also nicht nur Beratung. Indes wachsen die Grenzen: Unzulässig ist die Übertragung solcher Aufgaben auf den AR oder sonstige Organe, wie etwa Beiräte, die zwingend der Gesellschafterversammlung oder den Geschäftsführern vorbehalten sind. Dazu gehört die Befugnis zur Satzungsänderung. Möglich ist jedoch ein Zustimmungsvorbehalt.

(4) Ferner ist unzulässig die Übertragung der Zuständigkeit für Strukturänderungen, insbesondere die alleinige Entscheidung über Unternehmensverträge. Beim Beteiligungserwerb ist nach dem Umfang der Beteiligung zu unterscheiden. Die Übertragung der organ-schaftlichen Vertretungsmacht der Geschäftsführer, die Übertragung der Zuständigkeit für die Geschäftsführung, soweit Außenhaftung droht, und die Wahrnehmung bestimmter öffentlich-rechtlicher Pflichten verbleiben zwingend beim AR.

(5) Der AR ist weder unmittelbar zur Geschäftsführung befugt, noch ist er berechtigt, den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen oder unternehmensleitende Entscheidungen durchzusetzen, da der AR nie zweites Geschäftsführungsorgan (dualistisches System) und der Geschäftsführer nicht gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied

25 BGH II ZR 243/05 vom 11.12.2006, Fn. 15 sowie NZG 2007, 187: „Der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH, dem die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Geschäftsführung nach § 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG vorbehalten ist (...), verletzt seine zur Haftung führenden organschaftlichen Pflichten nicht

erst dann, wenn er die Geschäftsführung an von seiner Zustimmung nicht gedeckten Zahlungen nicht hindert, sondern bereits dann, wenn er ohne gebotene Information und darauf aufbauender Chancen- und Risikoabschätzung seine Zustimmung zu nachteiligen Geschäften erteilt.“

sein darf. Wohl aber kann und soll der AR bestimmte Maßnahmen bei den Geschäftsführern anregen. Dies gilt gleichermaßen für den GA, der sich zum permanent operierenden kleinen AR aufschwingen kann, um die Aufsichtsräte zu entlasten.

Der Autor ist hauptamtlicher Professor für Vergleichendes und Internationales Zivil- und Wirtschaftsrecht mit Immaterialgüterrecht am Institut de l'Économie Supérieure, ISEC Université in Luxemburg, dort auch Direktor des ISEC-Forschungsbereiches Geistiges Eigentum: Grundlagen und Anwendungen. Ferner ist er Bereichsleiter und Professor für Geistiges Eigentum am DISC der TU Kaiserslautern. Als Mitglied zahlreicher Kommissionen berät Gergen in hochschulrechtlichen Fragen in Luxemburg und Deutschland. Kontakt via E-Post: thomas.gergen@isec.lu