

SONDERDRUCK AUS

Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von

Robert Fischer †
Reinhard Goerdeler
Marcus Lutter
Herbert Wiedemann

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich

Die **ZGR** – gegründet 1972 – ist die notwendige Zeitschrift für Theorie und Praxis des Gesellschaftsrechts. Ihr besonderes Anliegen ist die Information über neuere Entwicklungen des Unternehmensrechts sowie die Diskussion von Fragen, die Theorie und Praxis dieses Rechtsgebiets in gleicher Weise beschäftigen. Dabei wird stets der Tatsache Rechnung getragen, daß Recht und Praxis der Unternehmen in immer stärkerem Maße auch von internationalen Fragen betroffen werden. Diesen Aufgaben stellt sich die Zeitschrift mit großem Nachdruck. Ferner wird regelmäßig über die neuere Rechtsprechung des BFH und des BGH berichtet, wichtige Entscheidungen werden einzeln von Spezialisten besprochen. Bibliographien zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht verschaffen einen Überblick über die erschienene neuere Literatur.

de Gruyter 1986

Der Beirat zwischen Verbandssouveränität und Mitbestimmung – Zu den Schranken der Beiratsverfassung in der GmbH –

von

Professor DR. GUNTHER TEUBNER, Bremen/Florenz

Inhaltsübersicht

- I. Fragestellung
- II. Die mißverständene Verbandssouveränität
- III. Kompetenzkonflikte in der mitbestimmten GmbH

I. Fragestellung

Beiräte¹ – auch Aktivitätsausschüsse, Verwaltungsräte, Gesellschafterausschüsse genannt – zählen gemeinhin zu den eher harmlosen Erscheinungen im Recht der GmbH. Sofern sie nur der Unternehmensberatung dienen oder der Pflege der public relations, werfen sie kaum Rechtsprobleme auf. Brisant wird es erst, wenn zwei Bedingungen zusammentreffen, wenn der Beirat mit gesellschaftsfremden Personen besetzt ist und wenn er in seinen Kompetenzen mit dem obligatorischen Aufsichtsrat in der GmbH kollidiert. Dann treten drastische Verschiebungen im Kompetenzgefüge der GmbH auf, die als „Bedrohung der Verbandssouveränität“ einerseits, als „Umgehung der Mitbestimmung“ andererseits die Rechtsdogmatik alarmieren.

Die Gefahren der „Fremdsteuerung“ werden in der einen Argumentationslinie betont². Ein Beirat, der mit Nicht-Gesellschaftern besetzt ist, werde bei weitreichenden Kompetenzen zum Einfallstor außergesellschaftlicher oder gar gesellschaftswidriger Einflüsse. „Verbandssouveränität“ als Rechtsgrundsatz beschränke die Zulässigkeit solcher fremdbestimmter Beiräte.

Die andere Argumentationslinie betrifft das Kompetenzgefüge der mitbestimmten GmbH. Es sei eine Umgehung der Mitbestimmung, wenn ein mit

¹ Dazu monographisch HÖLTERS, Der Beirat der GmbH und GmbH & Co. KG, 1979; VOORMANN, Die Stellung des Beirats im Gesellschaftsrecht, 1981; MAULBETSCH, Beirat und Treuhand in der Publikumpersonengesellschaft, 1984.

² Besonders pointiert WIEDEMANN, FS Schilling, 1973, S. 105 ff; VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 126 ff; mit Abweichungen in der Begründung NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 104 ff, 273, 289 ff; TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 189 ff.

weitreichenden Kompetenzen ausgestatteter Beirat als konkurrierender Aufsichtsrat ohne Mitbestimmung installiert werde oder allgemein die Kontrollfunktionen des obligatorischen Aufsichtsrats schwäche. Entsprechend sei die Bildung von Beiräten unzulässig, in denen die Kontrolle der Geschäftsführung über zwingende Aufsichtsratskompetenzen hinweg übernommen werden soll³.

Beide Argumentationslinien laufen zusammen, wenn die Kumulation von Fremdsteuerung und Kompetenzverschiebung in solchen Beiratsverfassungen beanstandet wird, „bei denen Anlagegesellschafter ohne eigenes unternehmenspolitisches Engagement an den Institutionen des mitbestimmten Aufsichtsrats und der von diesem bestellten Geschäftsführung vorbei Beiräte oder Verwaltungsräte mit externen Managern als mitbestimmungsfreie ‚Obergeschäftsführung‘ etabliert und die gesellschaftsrechtlich verantwortlichen, nach außen zur Vertretung des Unternehmens befugten Geschäftsführer zu Befehlsempfängern degradieren“⁴. Oder wenn die Übertragung von Kompetenzen der Gesellschafterversammlung auf Gesellschafterbeiräte im allgemeinen zwar als erlaubt gilt, die Besetzung eines solchen Beirats mit Nicht-Gesellschaftern hingegen für unzulässig erklärt wird⁵.

Ich möchte gegenüber solchen Verbotslösungen die These vertreten, daß sie dem legitimen Unternehmensinteresse nicht ausreichend gerecht werden, Beiräte als Instrumente der „Außenpolitik“ des Unternehmens auch in der mitbestimmten GmbH einzusetzen. Es sind nicht mehr nur die schon klassischen Motive im Personengesellschaftsrecht, die Sphären von Unternehmen und Familie stärker zu trennen und personalistische Strukturen korporativ zu verfestigen⁶. Heute tritt zunehmend das Motiv in den Vordergrund, die Beziehungen auf den verschiedenen Unternehmensmärkten nicht nur vertraglich, sondern zusätzlich organisatorisch durch Einbindung relevanter Vertragspartner in die Unternehmensorganisation zu gestalten⁷. Die angemessene gesellschaftsrechtliche Reaktion auf eine solche Unternehmenspolitik muß heißen: *nicht das Verbot von Beiratslösungen, die mit Grundsätzen der Verbandssouveränität oder der Mitbestimmung kollidieren, sondern ihre strikte Einbindung in die Unternehmensverfassung.*

3 SÄCKER, Anpassung von Satzungen und Geschäftsordnungen an das Mitbestimmungsgesetz 1976, 1977, S.33; DERS., BB 1977, 846; SCHOLZ/K. SCHMIDT, Komm. z. GmbHG, 6. Aufl., 1978/83, §45 Rdn. 3.

4 SÄCKER, BB 1977, 846; vgl. auch HOMMELHOFF, ZGR 1978, 119, 153.

5 HANAU/ULMER, Komm. z. MitbestG, 1981, §25 Anm. 13.

6 Zu den vielfältigen Motiven der Beiratsbildung OSTROWSKI, DB 1965, 1569 ff; RUTENFRANZ, NJW 1965, 238 ff; VEITH, Der Beirat im Familienunternehmen, 1967; OETKER, Die Wachstumssicherung von Familienunternehmen, 1969; U. H. SCHNEIDER, DB 1973, 953 ff; VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 5 ff; STEINMANN/MÜLLER/KLAUS, Die Rolle des Beirats bei der Führung von Mittelbetrieben, 1982.

7 Aufschlußreich SCHREYÖGG, Die AG 1983, 278 ff, dessen Überlegungen zwar dem Aufsichtsrat der AG gelten, deren Übertragung auf GmbH-Beiräte aber naheliegt.

Damit ist jedoch nicht einer „instrumentalistischen“ Position das Wort geredet, die weitgehend Beiratsverfassungen in der GmbH für unbedenklich, ja für förderungswürdig hält und nur in Extremfällen, etwa bei einer Übertragung von Grundlagenentscheidungen auf den Beirat oder bei einem völligen „Leerlaufen“ der Aufsichtsratskompetenzen, korrigieren will⁸. Verbandssouveränität und Mitbestimmung setzen in der Tat der Beiratsverfassung Grenzen, die nicht durch Hinweis auf die Organisationsautonomie überspielt werden können. Nur sollte man nicht – wie *Mertens* zu Recht beanstandet – mit dem Verbot von Beiräten reagieren, sondern mit ihrer präzisen organisationsrechtlichen Einpassung in das Kompetenzgefüge und mit ihrer strikten Einbindung in die Verantwortlichkeits- und Haftungsordnung. Die Grenzlinie sollte entsprechend nicht bei externer/ interner Mitgliedschaft im Beirat verlaufen, sondern bei Intensität und Qualität der Entscheidungskompetenzen.

II. Die mißverstandene Verbandssouveränität

Die Versuche, die Beiratsfrage in der mitbestimmten GmbH dadurch zu lösen, daß man Nicht-Gesellschaftern die Mitgliedschaft im Beirat verwehrt, geht letztlich auf Vorstellungen der Verbandssouveränität zurück. *Wiedemanns* einflußreiche These, das Rechtsprinzip der Verbandssouveränität verbiete dominanten Außeneinfluß in Beiräten⁹, hat zwar viel an Plausibilität für sich. Sie bedarf aber an entscheidender Stelle der Korrektur.

Sie besagt, daß das Schicksal eines Verbandes grundsätzlich nicht von außenstehenden Personen abhängen darf, da sie nicht die gleichen Interessen verfolgen wie die Gesellschafter selbst und deshalb ihre Rechtsausübung nicht ausreichend beschränkt und kontrolliert werden kann. Der Selbstschutzzweck, der sich im Personengesellschaftsrecht etwa im Grundsatz der Selbstorganschaft oder der Kernbereichslehre, niedergeschlagen hat, setze der Organisationsautonomie auch hinsichtlich des Dritteinflusses in Beiräten eine deutliche, wenn auch variable Schranke. *Voormann* hat diesen Gedanken weitergeführt und als Entscheidungskriterium die „Intention (sic!) der Bestellung“ vorgeschlagen¹⁰. Die Zulässigkeit fremdbestimmter Beiräte soll sich im Ernst danach richten, ob die Berufung in den Beirat auf Betreiben der Gesellschaft oder auf Betreiben eines Dritten erfolgte.

Nun ist Verbandssouveränität durchaus ein grundlegendes Prinzip des privaten Organisationsrechts. Die Konstitution des Verbandes als einheitliches Hand-

8 Dezidiert MERTENS, FS Stimpel, 1985, S. 417 ff, 420, 428.

9 WIEDEMANN, FS Schilling, 1973, S. 105 ff; DERS., FS Westermann, 1974, S. 585, 595; DERS., Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 233, 371.

10 VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 136 f.

lungszentrum bedingt notwendig dessen Entscheidungssouveränität¹¹. Die tragende Begründung ergibt sich – wie *Wiedemann* zu Recht feststellt – aus zwei Gesichtspunkten, (1) dem des Selbstschutzes: der Verband darf sich nicht durch Entscheidungsdelegation an außenstehende Dritte des Interessenschutzes begeben; (2) dem des Abschichtungseffektes: entsprechend der Zentralisation des Vermögens im Sondervermögen muß die Organisation in der unabhängigen Entscheidungszuständigkeit vereinheitlicht sein¹². Mit einer solchen Verbandssouveränität nicht vereinbar ist es, Dritten, die nicht im Kompetenzgefüge und im Verantwortlichkeits- und Haftungszusammenhang des Verbandes eingebunden sind, Dispositionsbefugnisse über das Unternehmen zu gewähren. Das Prinzip der Verbandssouveränität ist also einzusetzen zur Lösung des Problems, ob Entscheidungsrechte für Dritte aufgrund der Satzung oder nur aufgrund schuldvertraglicher Vereinbarung begründet werden können. Es legt die Antwort nahe, daß dies aufgrund der Satzung nur durch die Begründung organ-schaftlicher Befugnisse geht, wobei dann alles darauf ankommt, eine sachgemäße Begrenzung des Organbegriffs zu finden. Es dürfte etwa nicht angängig sein, das Problem einfach terminologisch zu lösen, indem man ohne strukturelle, auf die Zugehörigkeit des berechtigten Dritten zu einem Gesellschaftsorgan abstellende Gründe, den Dritten ohne weiteres zum „Organ“ erklärt (siehe die berühmteberühmte Kreation eines mit einem Entsendungsrecht ausgestatteten Dritten zum „Kreationsorgan“)¹³. In der Sache wird es darauf ankommen, die Anforderungen an die innerorganisatorische Einbindung des „Organs“ so hochzuschrauben, daß der „Abschichtungseffekt“, der die Verbandssouveränität in diesem Sinne begründet, erhalten bleibt.

Ob die so verstandene Verbandssouveränität jedoch Dritteinfluß in Beiräten ausschließt, muß bezweifelt werden. Hier offenbart sich ein Kategorienfehler in der Konstruktion, der darin besteht, daß die organisationsbezogene Kategorie der Verbandssouveränität auf die individuenbezogene Kategorie der Gesellschafterinteressen gestützt wird. Ausschlaggebend sei der „Interessengleichlauf“¹⁴ der Gesellschafter, der ex definitione bei Nicht-Gesellschaftern im Beirat ausgeschlossen sei. Diese Reduktion der Souveränität des Verbandes auf die Parallelität von Individualinteressen wird aber der prinzipiellen Sphärentrennung von Organisation und Mitgliedern nicht gerecht.

Daß man das Unternehmensinteresse nicht mit der Summe der Individualinteressen der Gesellschafter gleichsetzen kann, sondern ein eigenständiges Organisationsinteresse anerkennen muß, soll hier nicht erneut dargestellt werden¹⁵. Wenn dies richtig ist, wenn also ein eigenständiges Organisationsinteresse von

11 Vgl. etwa FLUME, *Personengesellschaft*, 1977, S. 207 ff.

12 WIEDEMANN, FS Schilling, 1973, S. 114.

13 Zur ganzen Problematik ULMER, FS Werner, 1984, S. 911 ff, besonders S. 917.

14 WIEDEMANN, FS Schilling, 1973, S. 111.

15 Dazu ausführlich TEUBNER, ZHR 149 (1985), 470 ff.

Rechts wegen anerkannt ist, dann kann die Verbandssouveränität nur auf den Interessenschutz der Organisation und nicht auf den der Mitglieder gestützt werden. Ebenso muß aber auch der Bezugspunkt der Verbandssouveränität der Verband als solcher sein. Dann kann man nicht die Verbandssouveränität auf den Gleichlauf von individuellen Interessen der Gesellschafter stützen, wie es *Wiedemann* tut. Eine solche Sichtweise vermischt Mitgliedersphäre und Organisations-sphäre in einer Weise, die schon *Savigny* als den „Hauptirrtum“ kennzeichnete, der „die Totalität der gegenwärtigen Mitglieder mit der Corporation selbst identifiziert und daher mit einer unbedingten Gewalt über deren Rechte ausrüstet“¹⁶. Die Vermischung von Gesellschaftersphäre und Verbandssphäre in einem weitverstandenen Begriff der Verbandssouveränität suggeriert fälschlich, daß drei Problemkreise nach einem einheitlichen Kriterium („Gleichlauf der Gesellschafterinteressen“) entschieden werden könnten. Die folgenden drei Problemkreise müssen aber nicht nur analytisch, sondern auch nach ihren rechtlichen Wertungsgesichtspunkten getrennt werden:

(1) Können Dritten, die nicht in das Kompetenzgefüge der Organisation eingebunden sind, Entscheidungsrechte über die Organisation gewährt werden? Auf diese schon oben angesprochene Frage sollte der Begriff der Verbandssouveränität im strikten Sinne als gesellschaftsrechtliches Strukturprinzip begrenzt bleiben und nicht mit inneren Kompetenzverteilungsproblemen vermischt werden. Er bezieht sich auf die Entscheidungshoheit der Organisation und nicht auf Entscheidungsbefugnisse der Gesellschaftsorgane oder der Gesellschafter als Mitglieder.

(2) Eine davon strikt zu trennende Frage ist die organisationsinterne Verteilung der Kompetenzen, insbesondere, auf welche Organe intern die Organisationsautonomie verteilt ist. Dazu gehört insbesondere auch die Unterfrage, welches Organ die Befugnis besitzt, zusätzliche Organe einzurichten, deren Mitglieder zu berufen und wieder abzuberufen. Dies alles ist eine Frage der positivrechtlichen Zuordnung und für verschiedene Verbandsformen (Verein, AG, GmbH) unterschiedlich zu beantworten. Hier sind etwa durch die AG-Reform 1937 oder die Mitbestimmungsgesetze Verschiebungen in der internen Verteilung von Organisationsautonomie aufgetreten.

(3) Wiederum andere Entscheidungskriterien sind anzuwenden, wenn es um die Frage geht, welche persönlichen Eigenschaften Organmitglieder haben müssen, insbesondere ob ihre Gesellschaftereigenschaft Voraussetzung für Organmitgliedschaft ist („Selbst- oder Fremddorganschaft“).

Wenn man diese Problemkreise nicht ausreichend trennt, sondern einheitlich dem Pauschalurteil der Verbandssouveränität unterwirft¹⁷, dann wird man einem

16 SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, S. 347.

17 Auch die Argumentation von PRIESTER, FS Werner, 1984, S. 657 ff, leidet darunter, daß sie die drei angesprochenen Fragen nicht ausreichend trennt. Differenzierter hingegen ULMER, FS Werner, 1984, S. 911 ff.

Phänomen nicht gerecht, das man als „Umweltkooptation“ des Unternehmens bezeichnen kann¹⁸. Die organisationsrechtliche Einbindung von Unternehmensbeiträgen durch Nicht-Gesellschafter wird dann von vornherein mit dem Stigma des Fremden („Fremdorganschaft“!) belastet, das man als Ausnahmeerscheinung vielleicht dulden, jedoch im Prinzip mit Mißtrauen behandeln muß. Man konzentriert sich dann nur noch auf das Problem des Fremdeinflusses und des Machtmißbrauches und versperrt sich eine angemessene rechtliche Behandlung der Tatsache, daß sich hier das Unternehmen auf eine andere als die traditionelle Weise Umweltressourcen erschließt.

Traditionell kennt man für Ressourceneinbringung nur die Alternative Vertrag oder Organisation. Ressourcen werden entweder durch gesellschaftsrechtliche Organisation zusammengelegt oder durch Vertrag auf das Unternehmen übertragen. Entsprechend trennt man zwischen Gesellschaftern als den „Mitgliedern“ und außenstehenden Vertragspartnern, den „Dritten“. Daß es daneben eine andere, gesellschaftsrechtlich relevante Form der Ressourcenerschließung gibt, wird nicht recht wahrgenommen oder eben nur als Gefährdungsproblem bewußt¹⁹. Die Beteiligung von Nicht-Gesellschaftern in Beiräten ist aber nur ein Teil des allgemeineren Phänomens, daß Ressourcen von Nicht-Gesellschaftern dadurch in das Unternehmen eingebracht werden, daß sie durch organschaftliche Stellung in die innere Ordnung eingebunden werden. Die prinzipielle Freigabe von Fremdorganschaft in den Kapitalgesellschaften und die ständige Aushöhlung der Selbstorganschaft in den Personengesellschaften ist ja nicht nur Ausdruck einer bedauerlichen und rechtlich strikt zu kontrollierenden Trennung von Eigentum und Disposition, sondern zugleich die Erschließung von Leistungsbeiträgen des Managements für das Unternehmen, die gesellschaftsrechtlich durch organschaftliche Stellung auf das Unternehmensinteresse verpflichtet und in das Verantwortungsgefüge eingebunden werden²⁰. Ähnlich muß man die Berufung von Nicht-Gesellschaftern in den Aufsichtsrat der Kapitalgesellschaften sehen²¹. Auch hier Kooptation von Umwelt durch Einbindung in das interne Kompetenzgefüge. Nicht anders ist die institutionalisierte Aufsichtsratsmitbestimmung

18 Dazu SCHREYÖGG, Die AG 1983, 278 ff.

19 Vgl. etwa die Behandlung der Fremdorganschaft in Kapitalgesellschaften bei WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, aaO (Fn. 9), S. 344 ff.

20 Dazu REINHARDT, Gesellschaftsrecht, 1973, Rz. 173 ff.; H. P. WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, 1970, S. 148 ff, 328 ff, 443 ff; NITSCHKE, aaO (Fn. 2), S. 213 ff, 252 ff; FEIGHMANN, aaO (Fn. 2), S. 116 ff; DELLMANN, FS Hengeler, 1972, S. 64 ff; REUTER, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, S. 178 ff; JOHN, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 271 ff. Vgl. dazu auch die Beiträge von WEDDERBURN, MASHAW und COLEMAN, in: Hopt/Teubner (Hrsg.), Corporate Governance and Directors' Liabilities, 1985, S. 3 ff, 55 ff, 69 ff.

21 Dazu etwa SCHOLZ/U. H. SCHNEIDER, Komm. z. GmbHG, 6. Aufl., 1978/83, § 52 Rdn. 351 ff.

zu werten. Das Argument, hier werde dem Unternehmen Fremdbestimmung von Gesetzeswegen aufoktroiert²², ist deswegen systematisch falsch, weil es in seiner Fixierung auf das gesellschaftsrechtlich vermittelte Eigentum nicht sehen will, daß es neben Vertrag und Organisation noch die organschaftliche Erschließung von Unternehmensressourcen gibt, deren gesellschaftsrechtliche Konstitutionalisierung Aufsichtsratsmitbestimmung ist.

Die Besetzung von Beiräten mit Nicht-Gesellschaftern gehört in diesen Zusammenhang. Mit diesem Instrument der Unternehmenspolitik werden Personen und Ressourcen aus der Umwelt kooptiert. Kooptation hat einen typischen Doppelcharakter. Sie bedeutet einerseits eine stärkere Umweltkontrolle durch die Organisation, andererseits eine stärkere Umweltabhängigkeit der Organisation. Eine differenzierende rechtliche Behandlung, je nachdem welcher Aspekt überwiegt – wie es Voormann vorgeschlagen hat –, erscheint unrealistisch und nicht praktikabel. Soll man die rechtliche Zulässigkeit von den jeweiligen Machtverhältnissen abhängig machen? Über Beiratslösungen werden Vertragspartnern, denen der Vertragsmechanismus als Kontrollmittel nicht genügt, in die „corporate governance“ integriert²³. Das bedeutet, daß sie an der Formulierung der Unternehmenspolitik, ja an der Definition des Unternehmensinteresses teilnehmen, daß sie aber zugleich in die Verfassung der „corporate governance“ eingebunden werden. Man hat diesen Mechanismus als einen „Geniestreich moderner Sozialordnungen“²⁴ bezeichnet: das Ausnutzen eines Loyalitätskonfliktes in der Person von kooptierten Außenseitern zur Abstimmung von System und Umwelt.

„Organizationally bound property rights“²⁵ – diese Formel zeigt die Richtung an, in der Lösungen der „Beiratsfrage“ gesucht werden müssen. Einerseits: Dispositionsbefugnisse über die Organisation dürfen nicht Dritten überlassen werden, sondern müssen organisationsgebunden bleiben. Andererseits: Beirats-handlungen sind nicht Fremdhandlungen, sondern sind Teil des organisierten Handlungssystems. Sofern sie als „organizationally bound property rights“ in die Verbandsverfassung eingebunden sind, sind weitreichende Kompetenzen für einen mit Nicht-Gesellschaftern besetzten Beirat keine Verletzung des Prinzips der Verbandsouveränität, sondern umgekehrt geradezu dessen Ausdruck.

Das so verstandene Prinzip der Verbandsouveränität gestattet also eine Einbeziehung von Nicht-Gesellschaftern in Beiräte, zieht ihr auch bei weitrei-

22 So aber ausdrücklich BADURA/RITTNER/RÜTHERS, Mitbestimmungsgesetz und Grundgesetz, 1977, S. 30 ff. Dagegen zu Recht FLUME, Die Juristische Person, 1983, S. 53 f.

23 Vgl. WILLIAMSON, Corporate Governance; DERS., Economic Institutions of Capitalism, 1985, S. 298 ff.

24 LUTTER, FS Coing, 1982, S. 576.

25 KRAUSE, From Old to New Monism, in: Daintith/Teubner (Hrsg.), Contract and Organization, S. 219 ff.

chenden Konsequenzen keine Verbots Grenzen²⁶. Es erlaubt andererseits aber auch keine Beliebigkeit der Ausgestaltung, sondern verlangt ihre strikte Einbindung in die Organisationsverfassung. Diese Einbindung hat vielfältige Rechtsaspekte, deren wichtigster die Einpassung in das Kompetenzgefüge des Verbandes ist.

Einbindung bedeutet in erster Hinsicht, daß der Beirat als vollwertiges Gesellschaftsorgan mit Bindung an das Verbandsinteresse auszugestaltet ist²⁷. Die Entscheidung, ob ein solches Gesellschaftsorgan Beirat geschaffen wird, steht zur Disposition der Gesellschaft, die nähere Ausgestaltung des Beirats aber ist rechtlich gebunden²⁸. Diese rechtliche Bindung bezieht sich auf die Modalitäten der Einsetzung wie der Auflösung und Abberufung, besonders aber auf die Einbindung in das innere Kompetenzgefüge und auf Verantwortlichkeit und Haftung.

Rechtliche Bindungen ergeben sich schon für die Einrichtung des Beirats. Hier gelten die Regeln für die Errichtung, Auflösung eines Gesellschaftsorgans und für die Bestellung von Organwaltern²⁹. Als Gesellschaftsorgan braucht der Beirat eine Grundlage in der Satzung³⁰. Beiräten auf schuldrechtlicher Grundlage können keine Organkompetenzen übertragen werden³¹. Nicht-Gesellschaftern als Beiratsmitgliedern werden keine Entscheidungsrechte ad personam eingeräumt³². Sie besitzen Entscheidungsbefugnisse nur als Organwalter mit allen Pflichtbindungen, die sich aus einer solchen Stellung ergeben.

26 BGHZ 10, 44, 50; HUECK, JZ 1960, 490; MÖHRING, Jb 1966/67, 123 ff; BÄLZ, ZGR 1980, 69 f; HÖLTERS, DB 1980, 2225 ff; H. WESTERMANN, Handbuch der Personengesellschaft, Bd. 1, 3. Aufl., 1967 ff, Rz. 153; FLUME, aaO (Fn. 11), S. 235 ff.

27 Hier wird die Abgrenzung zu Beiräten auf bloß schuldrechtlicher Grundlage einerseits, zu Beiräten als Gruppenorgan, die nicht auf das Unternehmensinteresse, sondern auf das Gruppeninteresse ausgerichtet sind, andererseits, wichtig. Vgl. etwa VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 55 ff, 69 ff; HÖLTERS, aaO (Fn. 1), S. 5 ff; MAULBETSCH, aaO (Fn. 1), S. 50 ff.

28 So dezidiert MAULBETSCH, aaO (Fn. 1), S. 50 und passim. Vgl. auch HÜFFER, ZGR 1980, 320 ff. In Nuancen anders FLUME, aaO (Fn. 11), S. 235 ff, der die Einbeziehung Dritter für weitgehend zulässig hält, zum Ausgleich aber die „jederzeitige“ Lösungsmöglichkeit fordert. So auch RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, 1983, S. 255. M.E. ist die erste Nuance der zweiten vorzuziehen, da der Beirat, wenn er einmal geschaffen ist, als vollwertiges Unternehmensorgan anzusehen ist, der nicht bloß „von Gnaden“ der Gesellschafterversammlung lebt. Deshalb sollte man nicht „jederzeitige“ Lösungsmöglichkeit zulassen, sondern wie üblich Abberufung „aus wichtigem Grunde“. Kontrollen über den Beirat im Verbandsinteresse müssen auf anderen Wegen eingerichtet werden.

29 Ausführlich VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 149 ff.

30 HÖLTERS, aaO (Fn. 1), S. 10 f; SCHOLZ/PRIESTER, Komm. z. GmbHG, 6. Aufl., 1978/83, § 53 Rdn. 92; VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 57 f.

31 MAULBETSCH, aaO (Fn. 1), S. 54 f.

32 Vgl. ULMER, FS Werner, 1984, S. 911 ff.

Eigentlich einschneidende rechtliche Bindungen bestehen auf der Kompetenzebene. Beiräte sind in dem Sinne zu „konstitutionalisieren“, daß sie sich dem Kompetenzgefüge der Gesellschaft einpassen müssen. Dies ist in der mitbestimmten GmbH besonders schwierig, da sie die Kompetenzkonflikte zwischen Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat mit einer zusätzlichen Problemdimension belasten.

III. Kompetenzkonflikte in der mitbestimmten GmbH

Konsequenz der bisherigen Überlegungen ist, daß die Lösung des Ausgangsproblems – Beirat in mitbestimmter GmbH – nicht über das Verbot der Besetzung mit Nicht-Gesellschaftern gefunden werden kann. Durch die Mitbestimmung und die Einführung des obligatorischen Aufsichtsrats ist das legitime Interesse der Unternehmung an Umweltkooptation durch externe Beiratslösungen und die Interessen von außenstehenden Vertragspartnern, über Beiräte an der corporate governance beteiligt zu werden, nicht tangiert. Diese Interessenslage besteht bei Mitbestimmung fort. Um so mehr Aufmerksamkeit muß dann aber der Kompetenzfrage gewidmet werden. Wenn der Beirat ein vollwertiges Unternehmensorgan ist, welche Beteiligungs- und Entscheidungsrechte können ihm – gleichgültig ob mit oder ohne externe Beiratsmitglieder – eingeräumt werden, ohne daß das prekäre Kompetenzgefüge zwischen Gesellschafterversammlung, Geschäftsführung und obligatorischem Aufsichtsrat in seinen zwingenden Elementen gestört wird³³? Wenn, wie die bisherigen Ausführungen ergeben, die Zulässigkeitsgrenze nicht sinnvoll zwischen Gesellschaftern und Nicht-Gesellschaftern als Beiratsmitglieder gezogen werden kann, wie sind dann die Grenzen der Kompetenzen des Beirats zu ziehen?

Es liegt nahe, die zulässigen Beiratskompetenzen „derivativ“ danach zu bestimmen, welche Kompetenzen die Gesellschafterversammlung im Verhältnis zu den anderen Organen hat. Entsprechend wurde es als zulässig erachtet, daß

33 Wegen der Rechtsformspezifität der Mitbestimmung und der hohen Satzungsautonomie in der GmbH kann die Parallele zur relativ eindeutigen Rechtslage in der AG, in der Beiräte nur eine sehr untergeordnete Rolle spielen können, nicht gezogen werden. Dazu BAUMBACH/HUECK, Komm. z. AktG, 13. Aufl., 1968, Rdn. 8 vor § 76; KONOW, DB 1966, 332 f; MERTENS, Kölner Komm. z. AktG, Rdn. 21 vor § 76; GESSLER, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Komm. z. AktG, 1974, § 111 Rdn. 94; HOMMELHOFF/TIMM, Die AG 1976, 330; IMMENGA, ZGR 1977, 249 ff, 266 f; LIPPERT, JuS 1978, 90 ff. Im übrigen konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf den nach dem MitbestG 1976 obligatorischen Aufsichtsrat, ohne auf die Frage einzugehen, ob die folgenden Grundsätze in den anderen Fällen des obligatorischen Aufsichtsrats (andere Mitbestimmungsgesetze; Investmentgesellschaften; gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaften) modifiziert werden müssen.

die mitbestimmte GmbH die der Gesellschafterversammlung verbliebenen Rechte in Geschäftsführungsfragen (Weisungs-, Informations- und Überwachungsbefugnis) auf einen Beirat delegiert³⁴. In dieser Sicht sind die Befugnisse eines Beirats davon abhängig, ob die Mitbestimmung die herkömmliche Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung, insbesondere das Weisungsrecht verändert hat. Je nachdem, ob man von der Weitergeltung des unbeschränkten Weisungsrechts ausgeht oder seinen ersatzlosen Wegfall annimmt oder aber vernünftig das Weisungsrecht in bestimmten Hinsichten beschränkt³⁵, würde der Beirat unbeschränkt Geschäftsführungsfunktionen wahrnehmen können oder davon ausgeschlossen sein oder nur zu einem gewissen Umfang wahrnehmen können.

Eine solche Argumentation übersieht aber das faktische und rechtliche Eigengewicht, das einem institutionalisierten Beirat als solchem gegenüber der Gesellschafterversammlung zukommt. Wenn dies Gremium geschaffen wird, um die auch in der mitbestimmten GmbH der Gesellschafterversammlung verbliebenen weitreichenden Kontroll- und Weisungsbefugnisse wahrzunehmen, dann ist damit ein schlagkräftiges Instrument der Unternehmenspolitik geschaffen, das als solches das Kompetenzgefüge drastisch verändert. Solche Institutionen haben ein Eigengewicht, das es ausschließt, ihre Kompetenzgrenzen streng parallel zu denen der Gesellschafterversammlung zu behandeln. Man sollte nicht vergessen, daß in der Aktiengesellschaft Vorstand und Aufsichtsrat zunächst nichts anderes als bloße „Gesellschafterausschüsse“ waren. Es ist eine Sache, wenn die Gesellschafterversammlung die Geschäftsführungsbefugnisse wahrnimmt, die ihr nach der Einführung des obligatorischen Aufsichtsrats verblieben sind. Es ist eine andere Sache, wenn sie diese Befugnisse von einem neugeschaffenen Entscheidungsgremium wahrnehmen läßt, das sich eigendynamisch zu einem Neben-Aufsichtsrat oder zu einer „Obergeschäftsführung“ entwickeln kann³⁶. Dies Eigengewicht wird sogar implizit von den Autoren anerkannt, die zwar Beiratsverfassungen größtmögliche Freizügigkeit einräumen wollen, die sich aber doch gezwungen sehen, die Betrauung mit Geschäftsführungsaufgaben im engeren

34 So MERTENS, FS Stimpel, 1985, S. 429 bis zur Grenze des Leerlaufens der Aufsichtsratskompetenzen; HACHENBURG/SCHILLING, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1979, § 52 Rdn. 12, 80; ZÖLLNER, in: Baumbach/Hueck, Komm. z. GmbHG, 14. Aufl., 1985, § 52 Rdn. 183; HANAU/ULMER, aaO (Fn. 5), allerdings mit der Beschränkung auf Gesellschafter, da durch die Anwendung auf Nicht-Gesellschafter die Personalkompetenz des obligatorischen Aufsichtsrats beeinträchtigt werde. Vgl. auch zur derivativen Kompetenz des Beirats HÖLTERS, BB 1975, 797, 799; DERS., GmbH-Rdsch. 1980, 50; HOFMANN, GmbH-Rdsch. 1976, 183.

35 Zum Streitstand eingehend mit Nachweisen RAISER, Komm. z. MitbestG, 2. Aufl., 1984, § 25 Rdn. 79 ff. Das „obiter dictum“ in BGHZ 89, 48, 57 geht vom „Verbleiben“ des Weisungsrechts aus, läßt aber etwaige Einschränkungen offen.

36 SÄCKER, aaO (Fn. 3); HOMMELHOFF, ZGR 1978, 119 ff.

Sinne – insoweit inkonsequent – auszuschließen³⁷. Denn nach ihrem Ansatz müßte die der Gesellschafterversammlung verbliebene Kompetenzfülle auch insoweit voll übertragen werden können.

Juristisch kommt diese Eigenständigkeit des Beirats gegenüber der Gesellschafterversammlung dadurch zum Ausdruck, daß der Beirat als echtes Unternehmensorgan konzipiert wird. Entsprechend müssen seine Kompetenzgrenzen im Verhältnis zu den anderen Unternehmensorganen auch eigenständig aus der Sicht des Beirats bestimmt werden und nicht als bloßes Derivat der Befugnisse der Gesellschafterversammlung. Im Ergebnis sollte man also die Frage, welche Kompetenzen ein Beirat in der mitbestimmten GmbH legitimerweise wahrnehmen darf, abkoppeln von der Frage, welche Geschäftsführungs- und Kontrollkompetenzen der Gesellschafterversammlung verblieben sind.

Sucht man die Frage nun mit Hilfe der von der Rechtsprechung entwickelten Auslegungsgrundsätze zum Mitbestimmungsgesetz zu beantworten, so muß man zunächst konstatieren, daß nach der Rechtsprechungsreihe des BGH³⁸ die Fronten der Auseinandersetzung verschoben sind. Die entscheidenden Passagen lauten:

„... soweit sich Rechtsgedanken oder ‚Wertungen‘ nicht in bestimmten Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes niedergeschlagen haben, lassen sie sich grundsätzlich weder positiv noch negativ (im Sinne eines Normierungsverbots) zur Beurteilung von Sachverhalten heranziehen, die dieses Gesetz ... unregelt gelassen hat und die darum im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten für freie Gestaltung nach dem Ermessen und den Bedürfnissen der einzelnen Gesellschafter offenstehen. Ein ganz anderer Gesichtspunkt ist der, daß solche Gestaltungen nicht dazu herhalten dürfen, zwingendes Mitbestimmungsrecht nach dessen Sinn und Zweck zu unterlaufen oder zu umgehen.“³⁹

Die Frontenverschiebung besteht darin, daß der BGH die Auslegungsfragen nicht als Problem des Vorrangs von Satzungsautonomie oder von Mitbestimmung formuliert, sondern als Problem der Gesetzesumgehung. Freilich sind dies Nuancen, aber eben wichtige Nuancen. Es werden nicht Prioritäten von Wertungen generell festgelegt („Vorrang“), sondern es werden in teleologischer

37 HÖLTERS, aaO (Fn. 1), S. 26; VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 68, 92. Konsequenterweise dürften sie nur die Personalkompetenz des Aufsichtsrats selbst als unantastbaren Kernbereich ansehen (so in der Tendenz MERTENS, FS Stimpel, 1985, S. 425 ff, der allerdings offen läßt, ob ein „Leerlaufen“ des Aufsichtsrats noch bei anderen Gestaltungen vorliegt). Wenn Geschäftsführungsbefugnisse des Beirats die Personalhoheit des Aufsichtsrats leerlaufen lassen, dann gilt das in gleicher Weise für Geschäftsführungsbefugnisse der Gesellschafterversammlung. Entweder müßte man dann diese in teleologischer Interpretation des § 25 MitbestG reduzieren oder aber die Kompetenzen des Beirats unabhängig von denen der Gesellschafterversammlung zu denen des Aufsichtsrats abgrenzen. Tendenzen in der zweiten Richtung bei VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 92 f.

38 BGHZ 83, 106 – Siemens; BGHZ 83, 144 – Dynamit Nobel; BGHZ 83, 151 – Bilfinger & Berger; BGHZ 89, 48 – Reemtsma.

39 BGHZ 83, 144, 148/149.

Auslegung des Mitbestimmungsgesetzes Wertungen und Normen punktuell in Beziehung gesetzt („Umgehung“). Implizit hat die Rechtsprechung damit zugleich den beiden Maximalpositionen eine Absage erteilt. Weder kann das Mitbestimmungsrecht als rein formales Verfahrensrecht angesehen werden, wie es die Minimierungsthese formuliert⁴⁰, sondern ist in seiner Reichweite nach inhaltlichen Wertungen, nämlich nach „Sinn und Zweck“ der einzelnen Mitbestimmungsnormen festzulegen. Noch können die Wertungen der Mitbestimmung prinzipiell eine extensive Auslegung mitbestimmungsrechtlicher Normen erzwingen, wie es der Maximierungsthese entspricht⁴¹. Interessanterweise bestehen aber auch Unterschiede zur Harmonisierungsthese⁴². Denn diese legt im Konflikt zwischen Satzungsautonomie und Mitbestimmung eine Vielzahl von harmonisierenden Alternativen vor, unter denen sie nach einer Abwägung konkurrierender Wert- und Zweckgesichtspunkte eine „praktisch konkordante“ Lösung auswählt⁴³. Gegenüber einem solchen offenen Abwägungsverfahren zieht sich der BGH auf eine Position zurück, die nach dem einen Kriterium entscheidet, ob eine gesellschaftsrechtliche Gestaltung den Zweck der einschlägigen Mitbestimmungsnorm „unterläuft“.

Auf unsere Problematik umgesetzt würde die entscheidende Frage dann lauten: Wo liegen die Grenzen der Kompetenzen eines GmbH-Beirats, deren Überschreitung bedeuten würde, die durch zwingendes Mitbestimmungsrecht festgelegten Kompetenzen des obligatorischen Aufsichtsrats „nach dessen Sinn und Zweck zu unterlaufen oder zu umgehen“⁴⁴? Diese Fragestellung schließt Extremlösungen nach beiden Seiten aus. Weder ist es möglich, einen Beirat pauschal mit der Begründung zu verbieten, er sei neben dem gesetzlich obligatorischen Aufsichtsorgan nicht mehr zulässig⁴⁵. Noch ist es möglich, ihm mit

40 MARTENS, ZHR 138 (1974), 179 ff; DERS., Die AG 1976, 113 ff; DERS., ZHR 148 (1984), 183 ff; MERTENS, Die AG 1977, 306 ff; DERS., Die AG 1981, 113 ff; CANARIS, DB-Beilage Nr. 14/1981, 1 ff; RITTNER, AcP 183 (1983), 295 ff; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, aaO (Fn. 9), S. 610 ff; zur Ablehnung der Minimierungsthese bereits BGHZ 83, 110.

41 NAEENDRUP, ArbuR 1977, 225 ff; DERS., in: Fabricius (Hrsg.), Gemeinschaftskomm. z. MitbestG, 1976 ff, § 25; NAGEL, BB 1979, 1799; REICH/LEWERENZ, ArbuR 1976, 263 ff.

42 BALLERSTEDT, ZGR 1977, 133 ff; RAISER, aaO (Fn. 35); REUTER, AcP 179 (1979), 509 ff; DERS., ZfA 1982, 461 ff; SÄCKER, ZHR 148 (1984), 153 ff; STEINDORFF, ZHR 141 (1977), 452 ff; TEUBNER, ZHR 149 (1985), 486 ff; ULMER, Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Strukturen von AG und GmbH, 1979; ZÖLLNER, aaO (Fn. 34), § 52 GmbHG Rdn. 170.

43 ULMER, aaO (Fn. 42), im Anschluß an die verfassungsrechtliche Methodendiskussion.

44 BGHZ 83, 144, 149. Vgl. die parallele Fragestellung in BGHZ 89, 48, 53 f zur Anstellungskompetenz in der GmbH.

45 In der doppelten Kontrollmöglichkeit von Aufsichtsrat und Beirat wird eine Behinderung der Funktion des Aufsichtsrats gesehen, KREIFELS, GmbH-Rdsch. 1955, 178; BERGMANN, NJW 1953, 81.

Hinweis auf die Organisationsautonomie weitgehende Geschäftsführungsbefugnisse einzuräumen⁴⁶. Vielmehr legt die Fragestellung schon eine Differenzierung nach Mitwirkungsbefugnissen nahe, die sich danach richtet, ob die Qualität der Mitwirkung geeignet ist, die Aufsichtsratsbefugnisse zu unterlaufen.

Im Prinzip sollte die Grenze zwischen zulässigen Aufsichtsfunktionen und nicht mehr zulässigen Entscheidungsfunktionen in Geschäftsführungsfragen gezogen werden. Zulässige Beiratskompetenzen sind Kontrollrechte, Informationsrechte und Anhörungsrechte, nicht mehr zulässig sind Entscheidungsrechte in Geschäftsführungsfragen, die entweder die Zustimmungsrechte des Aufsichtsrats oder seine Personalhoheit bei der Geschäftsführerauswahl unterlaufen. Die Unterscheidung rechtfertigt sich daraus, daß die Konkurrenz von Mitwirkungsbefugnissen sich je nach ihrer Qualität unterschiedlich auf die zwingend zugewiesenen Entscheidungsbefugnisse des Aufsichtsrats auswirken. Bei Kontroll- und Aufsichtsbefugnissen führen konkurrierende Befugnisse nicht zu ihrer Beeinträchtigung, hingegen können Personalauswahl und Zustimmungsrechte durch konkurrierende Entscheidungsbefugnisse effektiv unterlaufen werden.

Im Prinzip konfliktieren bereits *Aufsichts- und Kontrollbefugnisse* eines Beirats mit den Kompetenzen des obligatorischen Aufsichtsrats. Doch liegt es durchaus im Unternehmensinteresse, parallele Kontrollen von verschiedenen unabhängigen Organen unter verschiedenen Gesichtspunkten zuzulassen⁴⁷. Wenn also durch die Einführung eines Beirats die Kontrolltätigkeit des obligatorischen Aufsichtsrats nicht eingeschränkt wird, sind gegen dessen Aufsichts-, Informations- und Kontrollkompetenzen mitbestimmungsrechtlich keine Einwände zu

46 HÖLTERS, aaO (Fn. 1), S. 24 ff; MERTENS, FS Stimpel, 1985, S. 428 f. Allerdings sehen sich beide Autoren letztlich gezwungen, auch über die Personalhoheit des Aufsichtsrats hinaus Kernbereiche geschützter Aufsichtsratskompetenzen anzunehmen. HÖLTERS, aaO (Fn. 1), S. 26, spricht etwas ungenau davon, daß die Möglichkeit, dem Beirat sämtliche Geschäftsführungsaufgaben zu übertragen, in der mitbestimmten GmbH „beschränkt“ sei. MERTENS, FS Stimpel, 1985, S. 428 f, spricht sich für eine weitgehende Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen auf den Beirat aus; den dabei entstehenden Problemen des „Leerlaufens“ seiner Kompetenzen könne der Aufsichtsrat selbst durch Erweiterung der Zustimmungsvorbehalte begegnen. Mertens scheint aber letztlich (mittelbar über zustimmendes Zitat) selbständige Weisungen des Beirats an die Geschäftsführung unter Ausschluß der Gesellschafterversammlung für unzulässig zu halten.

47 Insoweit ist also den Autoren zuzustimmen, die den Konkurrenzgesichtspunkt positiv hervorheben, HACHENBURG/SCHILLING, aaO (Fn. 34), § 52 GmbHG Rdn. 30; HOFFMANN/LEHMANN/WEINMANN, Komm. z. MitbestG, 1978, § 30 Rdn. 29, § 33 Rdn. 31; SCHOLZ/PRIESTER, aaO (Fn. 30), § 52 GmbHG Rdn. 40; MERTENS, FS Stimpel, 1985, S. 428 f. Mit Recht betonen diese Autoren, daß man die Frage nicht davon abhängig machen sollte, ob Nicht-Gesellschafter im Beirat vertreten sind. Zu Unrecht aber gehen sie davon aus, daß auch die Betrauung mit echten Entscheidungsbefugnissen der Geschäftsführung die Stellung des obligatorischen Aufsichtsrats nicht wesentlich beeinträchtigt.

erheben. Vielmehr legen die unter dem Gesichtspunkt der Verbandssouveränität angesprochenen Argumente der Umweltkooptation es nahe, hier auch die Möglichkeit zu eröffnen, in dieses Kontrollgremium auch gesellschaftsexterne Mitglieder zu berufen⁴⁸.

Auf der anderen Seite werden offensichtlich die Kompetenzen des obligatorischen Aufsichtsrats unterlaufen, wenn der Beirat mit *Entscheidungsaufgaben der laufenden Geschäftsführung* betraut wird. Das wird selbst von „beiratsfreundlichen“ Autoren anerkannt, die in einer solchen Situation anerkennen, daß die Personalhoheit des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung auszuwählen, „leerläuft“⁴⁹.

Schwieriger zu entscheiden sind die Mittellagen: Kann der Beirat *Weisungsrechte* ausüben oder bestimmte Geschäftsführungsentscheidungen an seine *Zustimmung* binden? Sie sind deshalb schwierig, weil es sich um Befugnisse gegenüber der Geschäftsführung und nicht unmittelbar um Befugnisse der Geschäftsführung selbst handelt und daher das Argument der Personalhoheit des Aufsichtsrats nicht greift. Entsprechend wird auch argumentiert, daß es sich hier nur um eine unschädliche Konkurrenz von Entscheidungsrechten des Beirats mit Zustimmungrechten des Aufsichtsrats handelt⁵⁰. Oder man differenziert zwischen unzulässigen Einzelweisungen und zulässigen Generalweisungen⁵¹. Oder man schließt zwar Weisungsrechte des Beirats aus, läßt aber Zustimmungsvorbehalte des Beirats zu, da damit die Kompetenz der Geschäftsführung nur verlagert werde⁵².

Ausschlaggebend dürfte jedoch in allen Fällen (Einzelweisung, Generalweisung, Zustimmungsvorbehalt) das Argument aus § 111 Abs. 4 Satz 3, 4 AktG sein. Wenn die Anwendung dieser Norm zur Wirkung hat, daß sich im Konfliktfall nicht der Aufsichtsrat durchsetzen kann, sondern daß der Rekurs

48 Die positiven Funktionen externer Kontrollmöglichkeiten werden von den Autoren unterschätzt, die Nicht-Gesellschafter generell vom Beirat einer mitbestimmten GmbH fernhalten, dem Beirat aber weitgehende Befugnisse zugestehen, statt umgekehrt Kompetenzen auf Kontrollfunktionen zu begrenzen, dann aber auch Dritteinfluß zuzulassen, etwa HANAU/ULMER, aaO (Fn. 5), weniger deutlich SÄCKER, aaO (Fn. 3 und 4); SCHOLZ/K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3); HOMMELHOFF, ZGR 1978, 119 ff, die die Kombination von weitgehenden Entscheidungsbefugnissen und Dritteinfluß beanstanden.

49 HÖLTERS, aaO (Fn. 1), S. 24; vielleicht auch MERTENS, FS Stimpel, 1985, S. 428 ff.

50 HÖLTERS, aaO (Fn. 1), S. 24, verweist auf die Möglichkeit, daß bei funktionaler Betrachtung der Aufsichtsrat in solchen Fällen die Möglichkeit habe, seine Kontrollrechte auch über Beiratsmaßnahmen auszuüben. Am realen Kompetenzgefüge ändert dies aber letztlich nichts, da sämtliche Beiratsmaßnahmen über die Kontrolle der Geschäftsführung kontrolliert werden können.

51 VOORMANN, aaO (Fn. 1), S. 92.

52 U. H. SCHNEIDER, BB 1973, 1469; SCHOLZ/U. H. SCHNEIDER, aaO (Fn. 21), § 52 GmbHG Rdn. 40.

zur Gesellschafterversammlung, die dann mit Dreiviertelmehrheit entscheidet, offensteht⁵³, dann wird die Konkurrenz des von der Gesellschafterversammlung ernannten Beirats zur Dominanz, die die Entscheidungsbefugnisse des Aufsichtsrats unterläuft. Weisungskompetenzen und Zustimmungrechte eines Beirats kombiniert mit der Rekursmöglichkeit des § 11 Abs. 4 Satz 3, 4 AktG verändern die Qualität des Zustimmungrechts des Aufsichtsrats in einer Weise, daß von einer zweckwidrigen Umgehung mitbestimmungsrechtlicher Normen gesprochen werden muß.

Ergebnis: Die Lösung der „Beiratsfrage“ in der mitbestimmten GmbH kann also nicht darin liegen, daß man zwar dem Beirat weitgehende Kompetenzen zugesteht, zum Ausgleich aber die Mitgliedschaft von externen Beiräten verbietet. Vielmehr steht auch in der mitbestimmten GmbH die Mitgliedschaft für externe Beiräte offen; die zwingenden Befugnisse des obligatorischen Aufsichtsrats machen es aber notwendig, daß ein Beirat, gleichgültig ob mit Gesellschaftern oder Nicht-Gesellschaftern besetzt, auf Aufsichtsfunktionen beschränkt bleibt und nicht mit Entscheidungsfunktionen der Geschäftsführung ebensowenig mit Weisungs- und Zustimmungrechten betraut werden darf.

53 Vgl. BGHZ 89, 48, 57; HOMMELHOFF, ZGR 1978, 153; SÄCKER, DB 1977, 1849; RAISER, aaO (Fn. 35), § 25 MitbestG Rdn. 81; HACHENBURG/SCHILLING, aaO (Fn. 34), § 52 GmbHG Rdn. 11; MERTENS, ZGR 1977, 270, 282. A. A. nämlich Nichtanwendung des § 111 Abs. 4 Satz 4 ZÖLLNER, ZGR 1977, 327 f; SCHOLZ/U. H. SCHNEIDER, aaO (Fn. 21), § 52 GmbHG Rdn. 80.