



BGH schafft Klarheit zur flexiblen Einsetzung von Aufsichts- und Beiräten aufgrund von Öffnungsklauseln in der Satzung

Worum geht es?

Aufsichts- und Beiräte als zusätzliche („freiwillige“) GmbH-Organe haben Hochkonjunktur. Sie erfreuen sich gleichermaßen großer Beliebtheit, angefangen bei mittelständischen Familien- bis hin zu Venture Capital-finanzierten GmbHs. Das Einsatzfeld ist breit. Nur relativ selten wird ein Aufsichts- oder Beirat als bloßes Überwachungsorgan eingesetzt. Vielmehr werden ihm meist umfangreiche Befugnisse übertragen, etwa zur Bestellung/Abberufung von Geschäftsführern, zur Erteilung von Weisungen oder aber auch zur Verabschiedung des Jahresbudgets; gleichermaßen beliebt ist die Begründung von Zustimmungspflichten – bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung bedürfen dann einer Billigung durch den Aufsichts- oder Beirat. Überdies sind Aufsichts- oder Beiräte zunehmend im Rahmen der Investor-Relations-Arbeit bedeutsam, zumindest dann, wenn diesen zugestanden wird, neben den Geschäftsführern mit Investoren zu kommunizieren. Noch deutlich darüber hinausgehend kann ein Beirat auch zum faktischen Geschäftsführungsorgan ausgestaltet und damit eine Annäherung an ein Board-System erzielt werden, sodass Geschäftsführern nur noch die Rolle eines bloßen Exekutivorgans verbleibt.

Die Einsetzung eines (freiwilligen) Aufsichtsrats als Gesellschaftsorgan einer GmbH bedarf

einer Satzungsgrundlage. Selbiges gilt für die Errichtung eines Beirates, sofern diesem Organkompetenzen eingeräumt werden, vor allem in Form von Überwachungs- und Weisungsbefugnissen. Über die Einsetzung eines Aufsichts- oder Beirats wird häufig jedoch noch nicht im Gründungsstadium verbindlich entschieden. Auch die spätere Einsetzung ist möglich, verlangt aber eine Satzungsänderung (und damit: Dreiviertelmehrheitsbeschluss, Beurkundung sowie zwingende Handelsregistereintragung).

Das Gleiche gilt, wenn einem schon bei Gründung eingesetzten Aufsichts- oder Beirat später weitere Kompetenzen übertragen werden sollen. Um dieses Procedere zu verschlanken und flexibel reagieren zu können, haben sich sog. Öffnungsklauseln in der Praxis bewährt. Eine Öffnungsklausel ist eine Satzungsregelung, die es den Gesellschaftern erlaubt, mit einfacher Mehrheit von der Satzung abzuweichen oder einen Zustand zu schaffen, der ohne Öffnungsklausel zwingend einer Satzungsänderung bedürfte.

Öffnungsklauseln sind daher auch und gerade zweckmäßig, um durch einfachen Mehrheitsbeschluss einen Aufsichts- oder Beirat einzusetzen. Diesen beliebten Gestaltungsweg hatte das Kammergericht in Berlin indes einstweilen versperrt (KG NZG 2018, 660). Trotz Öffnungsklausel sollte danach der mit einfachem Beschluss

errichtete Aufsichts- oder Beirat eine (dauerhafte) Satzungsdurchbrechung bewirken, seine so erfolgte Einsetzung daher unwirksam sein. Dies hat zu großer Verunsicherung in der Praxis geführt. Nicht nur musste vom Gebrauch solcher Öffnungsklauseln in diesen Fällen abgeraten werden. Mehr noch: Es stellte sich die schwierige Frage, wie mit den unwirksam bestellten Aufsichts- oder Beiräten und ihren zwischenzeitlich ergriffenen Rechtshandlungen umgegangen werden sollte.

Wie hat der BGH entschieden?

Die nunmehrige Entscheidung des BGH (v. 2.7.2019 – II ZR 406/17) lässt die Praxis aufatmen. Völlig zu Recht hält er die Einsetzung eines Aufsichtsrats auf der Grundlage einer Öffnungsklausel für wirksam, und zwar bereits durch (i) einfachen, (ii) nicht zu beurkundenden und (iii) nicht im Handelsregister zu verlautbarenden Mehrheitsbeschluss. Denn: Obwohl mit der Einsetzung des Aufsichtsrats ein schwerwiegender Struktureingriff einhergeht, haben die Gesellschafter diesem bereits im Kern mit der Schaffung der entsprechenden Öffnungsklausel vorweg zugestimmt. Die Ausnutzung der Öffnungsklausel schafft überdies keinen satzungswidrigen Zustand, sondern stellt gerade jenen Zustand her, den die Öffnungsklausel als Option billigt (aber nicht erzwingt).

Was folgt daraus für die Praxis?

Von Öffnungsklauseln in Bezug auf die Einsetzung von Aufsichts- und Beiräten kann und sollte – je nach Einzelfall – (wieder) Gebrauch gemacht werden. Allerdings sind Gestaltungsgrenzen zu beachten, die auch der BGH betont.

FLEXIBLE EINSETZUNG VON AUF SICHTS- UND BEIRÄTEN MIT HILFE VON ÖFFNUNGSKLAUSELN IN DER SATZUNG

So sind selbstverständlich die maßgeblichen Entscheidungen bereits in der Öffnungsklausel vorzuzeichnen. Lediglich das „Ob“ der Ausnutzung der Öffnungsklausel und Detailfragen des „Wie“ dürfen der späteren Beschlussfassung oder einer Geschäftsordnung des Aufsichts- oder Beirats vorbehalten bleiben. Die Einzelheiten sind noch unklar. Gesichert ist aber jedenfalls, dass zumindest die wesentlichen Aufgaben des Aufsichts- oder Beirats in der Öffnungsklausel genannt sein müssen (Beratungs-, Kontroll- und/oder Überwachungsfunktion? Kompetenzverlagerung auf den Aufsichts- oder Beirat? Falls ja: Welche Kompetenzen sollen verlagert werden dürfen?)

Die mangelnde Notwendigkeit, die Einsetzung eines Aufsichts- oder Beirats als Satzungsänderung zum Handelsregister anzumelden, kann für den Rechtsverkehr zu Unsicherheiten führen. Dies gilt gerade dann, wenn dem Aufsichts- oder Beirat weitreichende Kompetenzen eingeräumt werden. Diese Unsicherheiten nimmt der BGH ausdrücklich in Kauf und verweist darauf, dass bei der Einsetzung des Aufsichtsrats eine Liste der Aufsichtsratsmitglieder zum Handelsregister einzureichen ist und zudem ein etwaiger Aufsichtsratsvorsitzender auf den Geschäftsbriefen genannt werden muss. Für den reinen Beirat gelten diese Transparenzfordernisse nicht.

Die Grenzen zwischen Beirat- und Aufsichtsrat sind allerdings nicht trennscharf. Oftmals wird ein als Beirat bezeichnetes Organ tatsächlich als Aufsichtsrat einzustufen sein; dies ist schon dann der Fall, wenn diesem ein Mindestmaß an unentziehbaren Kontrollrechten eingeräumt wird. Verhält es sich so, muss auch eine „Beirats“-Liste dem Handelsregister übermittelt werden, überdies müsste ein „Beirats“-Vorsitzender auf den Geschäftsbriefen angeführt werden.

Selbstverständlich bleibt es zulässig, einen Beirat auch auf rein schuldrechtlicher Grundlage (über Beraterverträge) oder durch einfachen Beschluss ohne Öffnungsklausel einzusetzen. Einem solchen Beirat kann aber nur eine beratende Funktion zukommen. Soll – wie meist – eine „stärkerer“ Beirat geschaffen werden, bedarf es einer Satzungsregelung, zumindest in Form einer hinreichend konkretisierten Öffnungsklausel. Werden diese organisationsrechtlichen Grundsätze nicht beachtet, kann ein vermeintlich „starker“ Beirat nur „schwache“ Wirkung entfalten. Die „beratende Stimme“ der Beiratsmitglieder kann dann etwa durch die Gesellschafter oder anderen Organe schlicht übergangen werden. ■