

Familienunternehmen im Fokus von Wirtschaft und Wissenschaft

Festschrift für M. Binz zum 65. Geburtstag

von
Prof. Dr. Götz Freudenberg

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67109 8

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

3. Feststellungsinteresse aus einem Rechtsverhältnis des Beiratsmitglieds zur Gesellschaft

a) Rechtsverhältnis zur Gesellschaft

Als weiterer Anknüpfungspunkt für ein Feststellungsinteresse eines Beiratsmitglieds eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG am Bestehen oder Nichtbestehen von Beiratsbeschlüssen kommt ein Rechtsverhältnis zur Gesellschaft in Betracht.

Die Frage, ob ein solches Rechtsverhältnis besteht, entzündet sich regelmäßig an der Frage, ob und gegebenenfalls auf welcher Grundlage Mitglieder des Beirats einer GmbH & Co. KG für eine schuldhafte Verletzung ihrer Pflichten einzustehen haben. Als Anknüpfungspunkt für eine Verpflichtung zum Schadensersatz kommt eine schuldhafte Verletzung vertraglicher Pflichten³⁶ oder eine Schadensersatzverpflichtung in entsprechender Anwendung („Analogie“) der §§ 116, 93 AktG.³⁷

Ungeachtet der rechtlichen Grundlage einer möglichen Haftung besteht zunächst Einigkeit darüber, dass einem Mitglied des Beirats, und zwar gleichgültig, ob es zugleich Gesellschafter der Gesellschaft ist oder nicht, die Privilegien des § 708 BGB nicht zu Gute kommen.³⁸ Der subjektive Sorgfaltsmaßstab des § 708 BGB der sogenannten Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten kann nur der Gesellschafter und nur in dieser Eigenschaft für sich in Anspruch nehmen. Selbst wenn das Mitglied des Beirats zugleich Gesellschafter ist, handelte es sich bei einem Verstoß gegen Pflichten aus dem Amt als Beiratsmitglied nicht zugleich um eine Pflichtverletzung als Gesellschafter. Deshalb kann ein Beiratsmitglied, das zugleich Gesellschafter ist, sich nicht auf die Privilegien des sich aus § 708 BGB ergebenden Sorgfaltsmaßstabes berufen, wenn es gegen seine Amtspflichten verstößt. Die Differenzierung der Haftungsgrundlagen nach der Haftung wegen Vertragspflichtverletzung, typischerweise aus den § 280 iVm § 276 BGB, oder einer Haftung in entsprechender Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 93, 116 AktG, die die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft betreffen, hat in der Praxis im Wesentlichen Auswirkungen für Fragen der Darlegungs- und Beweislast sowie des Sorgfaltsmaßstabes.

Auch wenn in der Literatur gelegentlich vertreten wird, der Bundesgerichtshof leite die Haftung eines Beiratsmitglieds aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 116, 93 AktG ab,³⁹ spricht die Lektüre der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs für die Annahme, dass der Bundesgerichtshof ein Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Beiratsmitglied annimmt, auf dessen Grundlage das Beiratsmitglied von der Gesellschaft für Fehlverhalten in Anspruch genommen werden kann.⁴⁰ Auch vertritt der Bundesgerichtshof, entgegen gele-

³⁶ Rinze, NJW 1992, 2790; und – das wird leider oft übersehen – BGHZ 69, 207, 208.

³⁷ Neumann/Böhme, DB 2007, 844 mwN; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 10 Rn. 37 ff.; Reichert, in Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 18 Rn. 111–113; Mussaeus, in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Tuhns, Handbuch GmbH & Co. KG, 20. Aufl. 2009, § 4 Rn. 206 f.

³⁸ Statt vieler Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 10 Rn. 36.

³⁹ Neumann/Böhme, DB 2007, 844 ff., 845.

⁴⁰ BGHZ 69, 207.

gentlich vertretener Meinung, nicht die Auffassung, die Haftung ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 116, 93 AktG. Der Bundesgerichtshof entnimmt diesen Bestimmungen lediglich den Sorgfaltsmaßstab sowie die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, die bei der Prüfung der Frage anzuwenden ist, ob sich ein Beiratsmitglied bei seiner Tätigkeit schadensersatzpflichtig gemacht hat oder nicht. Rechtsgrund der Haftung ist aber ein „Rechtsverhältnis“, mithin Schuldverhältnis im Sinne des § 241 BGB, zwischen der Gesellschaft und dem Mitglied des Beirats.⁴¹ Der Wortlaut der Entscheidungsgründe dazu ist recht eindeutig:

„Nach dem Gesellschaftsvertrag handelt es sich bei dem Verwaltungsrat um ein (von der Gesellschafterversammlung gewähltes) Gesellschaftsorgan der Kommanditgesellschaft. Seine Mitglieder stehen in einem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft selbst mit der Folge, dass jedes der Klägerin gegenüber verpflichtet ist, für die Erfüllung der übernommenen Aufgaben einzustehen. (...)“⁴²

Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei diesem Rechtsverhältnis um einen Dienstvertrag, einen Auftrag, eine (entgeltliche) Geschäftsbesorgung oder ein Schuldverhältnis „*sui generis*“ handelt.

Wenn die Gesellschaft diejenige ist, die die Beiratsvergütung ausweislich des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft oder kraft Gesellschafterbeschlusses den Mitgliedern des Beirats bezahlt, darf angenommen werden, dass die Gesellschaft auch diejenige ist, die von den Beiratsmitgliedern selbst die Einhaltung der durch Annahme der Wahl übernommene Verpflichtung, die Pflichten eines Beiratsmitglieds ordnungsgemäß auszuführen, einfordern und bei Verletzung Schadensersatz verlangen darf. Dies spricht für das Bestehen eines Schuldverhältnisses im Sinne von § 241 BGB zwischen Beiratsmitglied und Gesellschaft.

Bei typischer Ausgestaltung des fakultativen Beirats in der Weise, dass der Beirat auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage die Geschäftsführung zu überwachen sowie Geschäftsführung und Gesellschafter zu beraten hat, der Gesellschaftsvertrag außerdem eine Vergütung der Tätigkeit der Beiratsmitglieder vorsieht, die die Gesellschaft ausweislich des Gesellschaftsvertrages zu bezahlen hat, besteht zwischen der Gesellschaft und dem Beiratsmitglied ein Schuldverhältnis im Sinne von § 241 BGB; regelmäßig wird es sich dabei entweder um einen Dienstvertrag, eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, einen Auftrag oder ein Schuldverhältnis *sui generis* handeln. Schriftform ist für ein solches Schuldverhältnis nicht erforderlich; bei Familienunternehmen außerdem unüblich.

b) Feststellungsinteresse aus diesem Rechtsverhältnis

Ob das Beiratsmitglied auf der Grundlage dieses Schuldverhältnisses, gleichgültig, ob es sich dabei um einen Dienstvertrag, eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, einen Auftrag oder ein Schuldverhältnis *sui generis* handelt, berechtigt ist, ein rechtliches Interesse daran abzuleiten, dass die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages mit Blick auf Beschlüsse des Beirats eingehalten werden, ist wiederum eine

⁴¹ BGHZ 69, 207.

⁴² BGHZ 69, 207, 208.

Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrages. In erster Linie wird man dem Beiratsmitglied auf der Grundlage des Schuldverhältnisses mit der Gesellschaft das Recht zubilligen dürfen und müssen, dass es von der Gesellschaft die im Gesellschaftsvertrag oder durch die Gesellschafterversammlung festgesetzte Vergütung einzufordern berechtigt ist. Außerdem wird das Beiratsmitglied üblicherweise Anspruch darauf haben, dass ihm Aufwendungen für Reisen erstattet werden.

Nicht ersichtlich ist allerdings, aus welchem Grund das Beiratsmitglied auf der Grundlage eines solchen Schuldverhältnisses zur Gesellschaft berechtigt sein soll, zu fordern, dass Beiratsbeschlüsse rechtmäßig und wirksam sind, anderenfalls gerichtlich festgestellt zu erhalten, dass ein solcher Beiratsbeschluss nicht besteht, oder, für den Fall, dass der Beirat einen Beschlussertrag zu Unrecht abgelehnt hat, dass ein Beschluss im Sinne eines Rechtsverhältnisses besteht. Ein solcher Anspruch auf rechtmäßige Beschlussfassung auf der Grundlage eines Schuldverhältnisses zur Gesellschaft könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn jedes einzelne Beiratsmitglied im Sinne einer Garantie dafür einzustehen hätte, dass der Beirat ausschließlich rechtmäßige Beschlüsse fasst. Eine solche Garantie für einen bestimmten Erfolg, nämlich die Rechtmäßigkeit von Beschlüssen des Beirats, dürfte vom nach den §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermittelnden, rechtsgeschäftlichen Willen der Vertragspartner des Schuldverhältnisses zwischen Gesellschaft und Beiratsmitglied grundsätzlich nicht abzuleiten sein. Die Auslegung wird typischerweise ergeben, dass sich das Beiratsmitglied gegenüber der Gesellschaft durch Annahme seines Amtes verpflichtet, sein Amt als Mitglied des Beirats im Unternehmensinteresse in der Weise auszuüben, dass es sorgfältig berät und abstimmt und dabei seinerseits weder gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, noch gegen andere Rechtssätze verstößt.

Aus dem Schuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Beiratsmitglied kann das Beiratsmitglied deshalb kein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung im Sinne von § 256 ZPO daran ableiten, durch Urteil festgestellt zu erhalten, dass ein Beiratsbeschluss besteht oder nicht besteht.

4. Rechtsverhältnis zu einem Gesellschafter oder zu einer Gruppe von Gesellschaftern

Als weiterer Anknüpfungspunkt für ein Feststellungsinteresse eines Beiratsmitglieds eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG am Bestehen oder Nichtbestehen von Beiratsbeschlüssen kommt ein Rechtsverhältnis des Beiratsmitglieds zu einem Gesellschafter in Betracht, der das Beiratsmitglied in den Beirat der GmbH & Co. KG entsandt hat, um dort die Interessen des Gesellschafters zu vertreten.⁴³

Wenn dieses Beiratsmitglied allein die Aufgabe hat, die Interessen des ihn in den Beirat entsandt habenden Gesellschafters im Beirat zu vertreten, wird die Frage virulent, ob ein solches Beiratsmitglied bei schuldhaftem, die Gesellschaft schädigendem Fehlverhalten von der Gesellschaft auf Schadensersatz, nicht auf –

⁴³ Entsprechendes gilt, wenn das Beiratsmitglied die Interessen einer Gesellschaftergruppe im Beirat zu vertreten hat, die sich möglicherweise auf der Grundlage eines Poolvertrages gebildet hat.

nicht bestehender – vertraglicher Grundlage zur Gesellschaft, sondern auf der Grundlage entsprechender Anwendung der §§ 116, 93 AktG in Anspruch genommen werden kann. Ein solches Haftungsrisiko könnte ein Feststellungsinteresse des entsandten Beiratsmitglieds am Bestehen oder Nichtbestehen eines Beiratsbeschlusses begründen. Ob ein solches Haftungsrisiko eines von einem Gesellschafter oder einer Gesellschaftergruppe entsandten Beiratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft auf der Grundlage einer entsprechenden Anwendung der §§ 116, 93 AktG besteht, ist höchstrichterlich nicht entschieden. Würde diese Frage zur Entscheidung gestellt, müsste eine solche Klage abgewiesen werden. Denn eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen der §§ 116, 93 AktG als Anspruchsgrundlage (nicht Sorgfaltsmaßstab oder Regelung der Darlegungs- und Beweislast) setzte eine Interessenlage voraus, die mit der Haftung eines Aufsichtsratsmitglieds in einer Aktiengesellschaft vergleichbar ist. Als zusätzliche Voraussetzung müsste eine planwidrige Regelungslücke bestehen, die es gebietet, die §§ 116, 93 AktG im Wege einer Analogie entsprechend anzuwenden. Gerade daran fehlt es. Denn ein schuldhaftes, zum Schaden der Gesellschaft führendes Verhalten des Emissärs hat der Gesellschafter, der ihn entsandt hat, im Rechtssinne zu vertreten. Der Gesellschafter haftet aus schuldhafter Verletzung des Gesellschaftsvertrages durch seinen Erfüllungsgehilfen in Anwendung der Bestimmungen der § 280 BGB iVm § 278 BGB. Der Gesellschafter wird in diesem Fall auf der Grundlage des zwischen ihm und dem entsandten Beiratsmitglied bestehenden Schuldverhältnisses – regelmäßig wird es sich dabei um eine entgeltliche Geschäftsbesorgung handeln – regressieren können.

Von einer planwidrigen Regelungslücke, die es mangels vertraglicher Anspruchsgrundlagen gebieten könnte, ein solches Beiratsmitglied gegenüber der Gesellschaft auf der Grundlage einer entsprechenden Anwendung von §§ 116, 93 AktG haften zu lassen, kann deshalb keine Rede sein.

Weil ein solches Beiratsmitglied Haftungsrisiken aus schuldhaftem Fehlverhalten nur gegenüber seinem Auftraggeber hat, kann daraus kein Interesse an alsbaldiger Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses gegenüber der Gesellschaft, anderen Mitgliedern des Beirats oder dem Beirat selbst geltend gemacht werden. Denn ein Feststellungsinteresse muss gerade gegenüber demjenigen Bestehen, gegenüber dem es geltend gemacht wird.

5. Entsprechende Anwendung der Grundsätze der Geltendmachung von Beschlussmängeln eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft durch Mitglieder des Aufsichtsrats auf Beschlussmängel eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG durch Mitglieder des Beirats

a) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.4.1997

Mit einer Entscheidung vom 21.4.1997 hat der Bundesgerichtshof sich auch mit der Frage beschäftigt, ob das Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft ein Rechtsschutzinteresse daran hat, die Nichtigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen auf dem Klageweg feststellen zu lassen.⁴⁴

⁴⁴ BGHZ 135, 244; vgl. auch BGHZ 83, 144, 146; BGHZ 124, 111, 115.

Ausgangspunkt war dabei die Ansicht der Revisionsbeklagten, ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses wegen eines Inhaltsmangels habe ein Aufsichtsratsmitglied allenfalls dann, wenn seine organschaftlichen Mitwirkungsrechte verletzt, jedenfalls verkürzt würden oder der Aufsichtsrat es ablehne, einem Beschluss der Hauptversammlung nachzukommen.

In der Begründung seiner Entscheidung ließ der Bundesgerichtshof dahin gestellt, ob sich das Rechtsschutzinteresse bereits aus dem persönlichen Interesse eines Aufsichtsratsmitglieds einer Aktiengesellschaft ergibt, sich von einem Beschluss dieses Organs zu distanzieren und möglichen Regressansprüchen nach § 116 AktG wegen der Mitwirkung an rechtswidrigem Organhandeln vorzubeugen.⁴⁵ In diesem Zusammenhang weist der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung zurecht darauf hin, dass die Regressgefahr ein rechtliches Interesse bei Lichte besehen nicht begründen könne. Eine solche lasse sich ohne weiteres durch die Dokumentation des Abstimmungsverhaltens abwehren. Stimme ein Aufsichtsratsmitglied gegen einen Beschluss des Aufsichtsrats, den es für rechtswidrig halte, oder für den Beschluss des Aufsichtsrats, den es für zwingend geboten halte, könne eine Verpflichtung dieses Aufsichtsratsmitglieds zum Schadensersatz nicht entstehen.⁴⁶

Das Feststellungsinteresse folge, so die Meinung des Bundesgerichtshofs zur Aktiengesellschaft, aber „aus der Organstellung der Aufsichtsratsmitglieder und ihrer sich daraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der von ihnen gefassten Beschlüsse“.⁴⁷

Wäre diese Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs zum rechtlichen Interesse an alsbaldiger Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Aufsichtsratsmitglieds zutreffend und könnten diese Grundsätze auf die Rechtsform der GmbH & Co. KG und einen dort gebildeten fakultativen Beirat übertragen werden, könnte sich daraus das Feststellungsinteresse eines Beiratsmitglieds ergeben, durch Urteil das Bestehen oder Nichtbestehen von Beiratsbeschlüssen festgestellt zu erhalten.

b) Stellungnahme zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.4.1997

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist rechtsdogmatisch nicht plausibel begründet; unausgesprochen liegt dieser Entscheidung vermutlich das Ziel zugrunde, effektiven Rechtsschutz auch für den Fall fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse zu gewährleisten.

Die Begründung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.4.1997 ist widersprüchlich: Der zutreffende Rechtssatz des Bundesgerichtshofs, nach dem Aufsichtsratsmitglieder das Risiko, in Regress genommen zu werden, durch ihr Abstimmungsverhalten eliminieren könnten, steht in Widerspruch zu dem ebenfalls in dieser Entscheidung behaupteten Rechtssatz, dass sich das Feststellungsinter-

⁴⁵ BGHZ 135, 244, 248; vgl. auch Bork, ZIP 1991, 137, 146; Stodolkowitz, ZHR 154 (1990), 1, 18.

⁴⁶ BGHZ 135, 244, 248; Löwe, in Mehrbrey Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 53 Rn. 46; Reichert, in Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 18 Rn. 116; Mutter, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 86.

⁴⁷ BGHZ 135, 244, 248; BGHZ 122, 342, 350.

resse „aus der Organstellung der Aufsichtsratsmitglieder und ihrer sich daraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung [der Aufsichtsratsmitglieder] für die Rechtmäßigkeit der von ihnen gefassten Beschlüsse“ ergebe. Denn der Begriff der „Verantwortung“ impliziert grundsätzlich die Haftung des Verantwortlichen für den Fall eines schuldhaften Fehlverhaltens. „Verantwortung“ in dem vom Bundesgerichtshof gebrauchten Sinne, kann also nur dann plausibel zu einem rechtlichen Interesse an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Aufsichtsratsbeschlüssen führen, wenn dadurch zugleich als zwangsläufige Folge der „Verantwortung“ das Risiko einer Haftung verbunden ist. Das aber ist nach zutreffender Meinung des Bundesgerichtshofs ja aber gerade nicht der Fall, wenn das Aufsichtsratsmitglied gegen einen rechtswidrigen Beschluss des Aufsichtsrates oder für einen rechtlich gebotenen Beschluss des Aufsichtsrates stimmt (vgl. IV.5.a). Deshalb kann jedenfalls auch die „Verantwortung“ als Vorstufe eines Risikos, in Haftung genommen zu werden, kein geeigneter Anknüpfungspunkt für ein Rechtsschutzinteresse eines Aufsichtsratsmitglieds sein.

Eine Kontrollüberlegung bestätigt dieses Ergebnis: Aufsichtsratsmitglieder haben gerade nicht dafür einzustehen, dass die Beschlüsse des Aufsichtsrats in jedem Fall wirksam und rechtmäßig sind. Aufsichtsratsmitglieder sind gerade nicht verpflichtet, im Sinne einer Einstandsverpflichtung für das Eintreten eines bestimmten Erfolgs und ungeachtet ihres eigenen Abstimmungsverhaltens dafür zu sorgen, dass das Gremium Aufsichtsrat in jedem Fall rechtmäßige Beschlüsse fasst. Völlig zurecht weist der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung vom 21.4.1997 darauf hin, dass ein Aufsichtsratsmitglied bei rechtmäßigem Abstimmungsverhalten Haftung nicht befürchten müsse, wenn er es unterlässt, einen Aufsichtsratsbeschluss mit einer Klage anzugreifen. Daraus folgt zugleich, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht für die rechtmäßige Beschlussfassung als solche „verantwortlich“ sind, sondern jedes Aufsichtsratsmitglied für sich nur für eigenes Verschulden bei Beratung oder Abstimmung einzustehen hat. Daran ändert die durch die §§ 116, 93 AktG angeordnete gesamtschuldnerische Haftung nichts. Denn diese löst das Prinzip des Erfordernisses eines individuellen Verschuldens jedes in Anspruch genommenen Aufsichtsratsmitglieds nicht auf. Solange aber der Gesetzgeber im formenstrengen Aktiengesetz keine Verpflichtung für das einzelne Aufsichtsratsmitglied implementiert, Beschlussmängel auf dem Rechtsweg geltend zu machen, kann aus dem Blickwinkel der als Vorstufe einer Haftung den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern nicht zugewiesene Verantwortung für rechtmäßige Aufsichtsratsbeschlüsse⁴⁸ über die Rechtmäßigkeit des eigenen Beratungs- und Abstimmungsverhaltens hinaus auch kein rechtliches Interesse des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds an alsbaldiger Feststellung des Nichtbestehens oder Bestehens eines Beiratsbeschlusses abgeleitet werden.

Bei Lichte besehen hat der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung mit der dogmatischen Brechstange gearbeitet, um jedem Aufsichtsratsmitglied zu ermöglichen, Mängel von Aufsichtsratsbeschlüssen durch Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO geltend machen zu können. Unausgesprochen dürfte dabei

⁴⁸ Im Sinne einer Garantiehafung für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs, nämlich eines rechtmäßigen und wirksamen Aufsichtsratsbeschlusses.

die Überlegung federführend gewesen sein, eine effektive gerichtliche Kontrolle von Aufsichtsratsbeschlüssen nicht dadurch zu vereiteln, dass den Aufsichtsratsmitgliedern ein eigenes rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung von Mängeln eines Aufsichtsratsbeschlusses nicht zugebilligt wird. Unausgesprochen blieb dieser Gedanke, weil reine Zweckmäßigkeits- und Effektivitätsüberlegungen mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Rechtsprechung bei der Rechtsfortbildung Grenzen setzt, gerade im positivistisch durchkomponierten und formenstrengen Aktienrecht nicht durchweg mit Beifall belohnt wird.

c) Übertragbarkeit dieser Überlegungen der Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft auf die Unternehmensverfassung einer GmbH & Co. KG

Die Überlegungen, mit denen der Bundesgerichtshof das Rechtsschutzinteresse eines Aufsichtsratsmitglieds an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Aufsichtsratsbeschlusses begründet, könnten auf eine GmbH & Co. KG in ihrer Eigenschaft als Personenhandelsgesellschaft und einen dort gebildeten fakultativen Beirat und die Mitglieder desselben nur dann übertragen werden, wenn eine planwidrige Regelungslücke besteht, wenn die Verhältnisse vergleichbar sind, die sich daraus ergebende Interessenlage ähnlich oder identisch ist und die entsprechende Anwendung dieser Überlegungen geboten ist, um eine anderenfalls bestehende Regelungslücke zu vermeiden.

An einer Vergleichbarkeit der Verhältnisse fehlt es schon deshalb, weil zwischen einer Aktiengesellschaft als körperschaftlich verfasster Kapitalgesellschaft und einer mitgliedschaftlich verfassten Personenhandelsgesellschaft, auch wenn diese aufgrund der Stellung der Komplementär-GmbH innerhalb der Unternehmensverfassung der GmbH & Co. KG gelegentlich als kapitalistisch bezeichnet wird, fundamentale Unterschiede bestehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich nicht um eine Publikums-Kommanditgesellschaft handelt, in der sich Anleger zum Erwerb von Schiffen oder Ähnlichem und Beteiligungen daran zusammenschließen.

Im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft und seinen Mitgliedern gibt es für die Tätigkeit eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG keine gesetzliche Grundlage. Infolgedessen ist der fakultative Beirat einer GmbH & Co. KG im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft auch kein „Organ“.⁴⁹ Seine Existenz verdankt der Beirat allein den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zwischen den mitgliedschaftsrechtlich ausgestalteten Vereinbarungen der Gesellschafter. Der Gesellschaftsvertrag rechtfertigt die Existenz des fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG, bestimmt dessen Aufgaben, dessen Rechte, dessen Pflichten, aber auch Aufgaben, Rechte und Pflichten der Mitglieder des Beirats. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG bildet aber zugleich die Grenze dessen, was der Beirat und seine Mitglieder zu fordern berechtigt sind. Gestützt auf den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Privatautonomie bestimmen die Gesellschafter einvernehmlich, was der Beirat ihrer Gesellschaft und dessen Mitglieder dürfen oder gerade nicht dürfen. Das Beiratsmitglied über-

⁴⁹ Löwe, in Mehrbrey, Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 53 Rn. 3 iVm Fn. 6.

nimmt mit der Annahme seines Amtes grundsätzlich die Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Aufgaben und Pflichten eines Beiratsmitglieds der Gesellschaft gegen Zahlung der typischerweise durch die Gesellschafterversammlung festgesetzten Vergütung durch die Gesellschaft zu erfüllen. Ansprüche und Rechte können Beiratsmitglieder aus dem Gesellschaftsvertrag nur dann für sich ableiten, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich und im Sinne eines „echten“ Vertrages zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB), beispielsweise auf Zahlung einer Vergütung, von den Gesellschaftern einvernehmlich bestimmt ist. Unmittelbar, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende Rechte und Ansprüche kann das Beiratsmitglied, das nicht zugleich Gesellschafter ist, nicht haben, weil es nicht Vertragspartner ist.

Aber auch die Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds in der Unternehmensverfassung einer Aktiengesellschaft ist mit der Stellung eines Mitglieds eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG nicht vergleichbar.

Aus § 41 Abs. 1 AktG folgt, dass eine Aktiengesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister nicht besteht. Die Eintragung ist für die Existenz der Aktiengesellschaft konstitutiv. Das für die Eintragung zuständige Gericht prüft gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 AktG, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Ist dies nicht der Fall, hat das Gericht die Eintragung gemäß § 38 Abs. 1 S. 2 AktG abzulehnen. Unerlässliche Voraussetzung für die Errichtung einer Aktiengesellschaft als Vor-AG ist gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 AktG die Bestellung des ersten Aufsichtsrats. Zur ordnungsgemäßen Errichtung einer Aktiengesellschaft gehört außerdem gemäß § 33 Abs. 1 AktG die Prüfung des Hergangs der Gründung durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats.⁵⁰ Kurz um: Ohne Aufsichtsratsmitglieder kein Aufsichtsrat, ohne Aufsichtsrat keine Aktiengesellschaft.⁵¹

Nach § 98 Abs. 2 Nr. 2 AktG kann jedes Aufsichtsratsmitglied beim Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, gerichtliche Entscheidung darüber beantragen, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist. Nach § 90 Abs. 3 S. 2 AktG kann jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrats Bericht an den Aufsichtsrat verlangen. Nach § 90 Abs. 5 AktG hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, von den Berichten des Vorstands Kenntnis zu nehmen. Soweit Berichte in Textform erstattet worden sind, sind die Berichte auch jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen zu übermitteln, soweit der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat (§ 90 Abs. 5 S. 2 AktG). Nach § 170 Abs. 3 AktG hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, von den Vorlagen des Vorstands zu Jahresabschluss und Lagebericht sowie dem Prüfungsbericht der Abschlussprüfer Kenntnis zu nehmen. Die Vorlagen und Prüfungsberichte sind nach § 170 Abs. 3 S. 2 AktG jedem Aufsichtsratsmitglied oder, soweit der Aufsichtsrat dies beschlossen hat, den Mitgliedern eines Ausschusses zu übermitteln.

Nach § 110 Abs. 1 AktG ist jedes Aufsichtsratsmitglied berechtigt, unter Angabe des Zwecks und der Gründe zu verlangen, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats unverzüglich den Aufsichtsrat einberuft. Für den Fall, dass dem Verlangen nicht

⁵⁰ Statt vieler Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 30 Rn. 1.

⁵¹ Aus diesem Grund ist der fakultative Beirat einer GmbH & Co. KG im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nicht „Organ“.