

KORAY ÇAVUŞOĞLU

Der Verwaltungsrat in der GmbH

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
139*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

139



Koray Çavuşođlu

Der Verwaltungsrat in der GmbH

Mohr Siebeck

Koray Çavuşoğlu, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften in München; 2018 Erstes Staatsexamen; Rechtsreferendariat am Oberlandesgericht München; 2020 Zweites Staatsexamen; 2025 Promotion an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2023 Rechtsanwalt in München, Legal Counsel in München.
orcid.org/0009-0001-1150-8681

Diss., Ludwig-Maximilians-Universität, 2025

ISBN 978-3-16-200126-9 / eISBN 978-3-16-200127-6

DOI 10.1628/978-3-16-200127-6

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480

(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Aileme

Vorwort

Diese Arbeit wurde im April 2025 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Oktober 2025.

Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Professor Dr. Rüdiger Veil. Ihn kennzeichnet eine außergewöhnlich interessierte, offene und zugewandte Art, mit der er am Lehrstuhl eine hervorragende Stimmung schuf. Diese von wissenschaftlicher Freiheit und einem starken Miteinander geprägte Atmosphäre bot mir den idealen Rahmen, um mich fachlich wie persönlich gänzlich zu entfalten. Dass ich meinen langen Bildungsweg unter diesen Bedingungen mit dieser Arbeit krönend abschließen durfte, erfüllt mich mit großer Dankbarkeit.

Zu besonderem Dank bin ich zudem Professor Dr. Hartmut Wicke, LL.M., verpflichtet. Er hat die Zweitbegutachtung der Arbeit übernommen und mir als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Notariat wertvolle Einblicke in die Praxis ermöglicht, die diese Arbeit bereichert haben. Darüber hinaus danke ich Professor Dr. Mathias Habersack für die Übernahme des Beisitzes in der mündlichen Prüfung sowie den Professoren Dr. Jörn Axel Kämmerer und Dr. Dr. h. c. mult. Karsten Schmidt für die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Mein Dank gilt zudem dem Munich Center for Capital Markets Law (MuCCML) für die Auszeichnung dieser Arbeit mit dem Preis zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2026.

Die Promotionszeit am Lehrstuhl wird mir stets als ungemein bereichernde Zeit in Erinnerung bleiben. Ich hatte das Glück, meine Doktorarbeit im Kreis wundervoller Menschen zu fertigen, die mich fachlich inspiriert, sportlich herausgefordert und persönlich geprägt haben. Mein Dank gilt daher Dr. Cornelius Baumann, Dr. Azur Coulmas, Tristan Denis, Dr. Tobias Gump, M.Sc. (LSE), Dr. Nils Meyer-Eller sowie Marc Wiesner, LL.M. (Yale) für diese besondere Zeit und die zahlreichen Tischtennisrunden. Ein besonderer Dank gebührt Dr. Tobias Gump, M.Sc. (LSE), der das Entstehen dieser Arbeit in unzähligen Gesprächen begleitet und durch hilfreiche Denkanstöße geprägt hat.

Der größte Dank gebührt schließlich meiner Familie, allen voran meinen Eltern Nesrin und Kadir Çavuşoğlu. Ihr bedingungsloser Rückhalt und ihre

stetige Ermutigung haben mich durch alle Lebenslagen getragen. Ohne sie wäre mein Weg so nicht möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, März 2026

Koray Çavuşoğlu

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Einführung	1
Kapitel I: Vergleich des monistischen mit dem dualistischen System	7
§ 1 <i>Rechtlicher Vergleich</i>	8
A. Organstruktur	9
B. Kompetenzen	9
C. Zusammensetzung und interne Organisation	12
D. Fazit	13
§ 2 <i>Ökonomischer Vergleich</i>	13
A. Informationsasymmetrien	14
B. Interessenkonflikte	18
C. Fazit	20
Kapitel II: Grundlagen zur rechtsökonomischen Gestaltung der Binnenorganisation	21
§ 1 <i>Entscheidungskriterien für eine effiziente Ausgestaltung der Unternehmensverfassung</i>	22
A. Kostenvergleich als Gestaltungskriterium	22
B. Interne Kosten der Organisation als juristisch handhabbares Kriterium	39
C. Die internen Kosten der Organisation in der kautelarjuristischen Methode	42
§ 2 <i>Rechtstatsächliche Typisierung</i>	50
A. Potenzielle Erscheinungsformen	53
B. Die kapitalistische GmbH	54

Kapitel III: Erforderlichkeit und Geeignetheit des Verwaltungsrats	61
§ 1 <i>Die internen Kosten der Organisation</i>	61
A. Entscheidungskosten	61
B. Agenturkosten	73
C. Fazit	80
§ 2 <i>Erforderlichkeit</i>	80
A. Entscheidungskosten	80
B. Agenturkosten	81
C. Fazit	97
§ 3 <i>Geeignetheit</i>	98
A. Ursachenbetrachtung	98
B. Folgenbetrachtung	99
C. Lösungsmechanismen	107
 Kapitel IV: Verortung des Verwaltungsrats im GmbHG	 119
§ 1 <i>Der Anwendungsbereich des § 52 GmbHG</i>	120
A. Methodische Vorüberlegungen	121
B. Die Überwachungsaufgabe als Begriffsmerkmal	124
C. Das Geschäftsführungsverbot als Begriffsmerkmal	125
D. Fazit	153
§ 2 <i>Einordnung des Verwaltungsrats in den Anwendungsbereich des § 52 GmbHG</i>	154
 Kapitel V: Der Verwaltungsrat unter analoger Anwendung des SE-Rechts	 155
§ 1 <i>Grundlagen zur analogen Anwendbarkeit des SE-Rechts</i>	156
A. Lücke in Satzung und Gesetz	156
B. Analogiefähigkeit des SE-Rechts und Auslegungskriterien	166
C. Vergleichbare Interessenlage	171
§ 2 <i>Rechte und Pflichten</i>	191
A. Geschäftsführung	192
B. Überwachung	206
C. Weitere Rechte und Pflichten	210

§ 3 <i>Organhaftung</i>	263
A. Rechtsgrundlage	265
B. Geltendmachung von Ersatzansprüchen	266
§ 4 <i>Binnenrecht</i>	275
A. Persönliche Voraussetzungen	275
B. Besetzung der Ausschüsse	284
C. Beschlussfassung	286
D. Fazit	291
§ 5 <i>Publizität</i>	291
A. Richtlinienkonforme Auslegung	291
B. Analoge Anwendung der §§ 43, 46 SEAG	293
C. Analoge Anwendung der §§ 35a, 52 Abs. 3 GmbHG	293
 Schluss	 295
 Anhang	 315
 Literaturverzeichnis	 317
Sachverzeichnis	353

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einführung	1
Kapitel I: Vergleich des monistischen mit dem dualistischen System	7
§ 1 <i>Rechtlicher Vergleich</i>	8
A. Organstruktur	9
B. Kompetenzen	9
C. Zusammensetzung und interne Organisation	12
D. Fazit	13
§ 2 <i>Ökonomischer Vergleich</i>	13
A. Informationsasymmetrien	14
I. Aufsichtsratsmodell	14
II. Verwaltungsratsmodell	16
B. Interessenkonflikte	18
I. Aufsichtsratsmodell	18
II. Verwaltungsratsmodell	19
C. Fazit	20
Kapitel II: Grundlagen zur rechtsökonomischen Gestaltung der Binnenorganisation	21
§ 1 <i>Entscheidungskriterien für eine effiziente Ausgestaltung der Unternehmensverfassung</i>	22
A. Kostenvergleich als Gestaltungskriterium	22
I. Interne Kosten der Organisation	22
II. Determinanten der internen Kosten der Organisation	23
1. Agenturkosten	23
a) Entstehung einer Principal-Agent-Beziehung	24

b) Merkmale einer Principal-Agent-Beziehung	25
c) Agenturkosten	26
d) Wesentliche Principal-Agent-Beziehungen im Gesellschaftsrecht	28
2. Entscheidungskosten	29
a) Determinanten der Entscheidungskosten	29
b) Kosten kollektiven Handelns (<i>costs of collective decision making</i>)	31
aa) Informationsdefizite und -asymmetrien	33
(1) Rationale Apathie	33
(2) Trittbrettfahrerproblem	35
(3) Relevanz der Größe des Geschäftsanteils	36
bb) Interessenkonflikte	37
3. Zusammenhang zwischen Agentur- und Entscheidungskosten	38
B. Interne Kosten der Organisation als juristisch handhabbares Kriterium	39
I. Agenturkosten	39
1. Informationsasymmetrien	39
2. Interessenkonflikte	39
II. Entscheidungskosten	40
1. Informationszugang	41
2. Spezifisches Fachwissen (<i>specific knowledge</i>)	41
3. Kollektive Handlungsprobleme	41
4. Entscheidungsverfahren	42
C. Die internen Kosten der Organisation in der kautelarjuristischen Methode	42
I. Berücksichtigungsfähigkeit – zwischen Parteilichkeit und Neutralität	42
II. Implementierung in die kautelarjuristische Methode	46
1. Das Sachziel einer effizienten Binnenverfassung	46
2. Ermittlung künftiger Störquellen	47
3. Analyse des Regelungsbedürfnisses	49
4. Überprüfung der konkreten Gestaltungslösung	49
§ 2 <i>Rechtstatsächliche Typisierung</i>	50
A. Potenzielle Erscheinungsformen	53
B. Die kapitalistische GmbH	54
I. Rahmenbedingungen	55
II. Akteure der Gesellschaft	55
1. Gesellschafterstruktur	55
2. Geschäftsführung	58
III. Fazit	59

Kapitel III: Erforderlichkeit und Geeignetheit des Verwaltungsrats	61
§ 1 <i>Die internen Kosten der Organisation</i>	61
A. Entscheidungskosten	61
I. Entscheidungskosten der Geschäftsführung	62
II. Entscheidungskosten auf Gesellschafterebene	62
1. Kollektive Handlungsprobleme der Gesellschafter	64
a) Die kapitalistische GmbH mit Kleingesellschaftern	65
aa) Informationsasymmetrien	65
bb) Interessenkonflikte	69
b) Die kapitalistische GmbH mit Groß- und Kleingesellschaftern	69
aa) Informationsasymmetrien	69
bb) Interessenkonflikte	71
cc) Koordinationsaufwand	71
2. Verfahren	72
3. Zwischenergebnis	73
B. Agenturkosten	73
I. Informationsasymmetrien	74
II. Interessenkonflikte	74
1. Anstrengungsniveau	75
2. Risikopräferenzen	76
3. Jahresabschluss und Gewinnverwendung	78
4. Persönliche Bereicherung	79
C. Fazit	80
§ 2 <i>Erforderlichkeit</i>	80
A. Entscheidungskosten	80
B. Agenturkosten	81
I. Informationsasymmetrien	81
1. Informationsrechte	81
a) Rechte der Gesellschaftergesamtheit (insb. Sonderprüfung)	81
b) Individueller Informationsanspruch	82
2. Bewertung der Informationsrechte	82
3. Fazit	83
II. Interessenkonflikte	83
1. Haftungsträchtige Organpflichten	84
a) Sorgfaltspflicht	84
b) Treuepflicht	86
c) Kontrollkompetenzen der Gesellschafter	87
aa) Geltendmachung von Ersatzansprüchen	88
bb) Abberufung	89

cc) Verweigerung der Entlastung	90
d) Verhaltenssteuernde Wirkung von haftungsträchtigen Organpflichten	90
aa) Organpflichten als Governance-Instrument	90
bb) Analyse der verhaltenssteuernden Wirkung	91
e) Fazit	94
2. Weitere Kontrollkompetenzen der Gesellschafter	94
a) Feststellung des Jahresabschlusses	94
b) Weisungsrecht	95
c) Zwischenergebnis	97
C. Fazit	97
§ 3 <i>Geeignetheit</i>	98
A. Ursachenbetrachtung	98
B. Folgebetrachtung	99
I. Motive zur Bildung eines Verwaltungsrats	99
II. Internen Kosten der Organisation	103
1. Informationsasymmetrien respektive Entscheidungskosten im Verwaltungsrat	103
2. Interessenkonflikte	105
C. Lösungsmechanismen	107
I. Einbindung unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder	108
1. Unabhängigkeitskriterien	109
2. Anzahl der unabhängigen Mitglieder	110
3. Bestellung und Abberufung unabhängiger Mitglieder	111
4. Informationsasymmetrien und Anreizprobleme der unabhängigen Mitglieder	112
a) Informationsansprüche zur Überwindung von Informationsasymmetrien	112
b) Anreizsysteme für unabhängige Mitglieder	113
5. Zwischenergebnis	114
II. Ausschussbildung	114
III. Trennung der Doppelrolle und Etablierung eines <i>Lead Independent Director</i>	116
IV. Fazit	117
Kapitel IV: Verortung des Verwaltungsrats im GmbHG	119
§ 1 <i>Der Anwendungsbereich des § 52 GmbHG</i>	120
A. Methodische Vorüberlegungen	121
B. Die Überwachungsaufgabe als Begriffsmerkmal	124
C. Das Geschäftsführungsverbot als Begriffsmerkmal	125
I. Stand der Literatur	125

II. Das Geschäftsführungsverbot in der Gesetzessystematik des § 52 Abs. 1 GmbHG	129
1. Zustimmungsvorbehalte	130
a) Der gesetzliche Zustimmungsvorbehalt als Ausdruck des Geschäftsführungsverbots	130
b) Der Zustimmungsvorbehalt im Lichte von Verwaltungsratskompetenzen	131
2. Informationsrechte	131
a) Gesetzliche Informationsrechte als Ausdruck des Geschäftsführungsverbots	131
aa) Berichterstattungsanspruch (geschäftsführungsabhängige Information)	131
bb) Einsichtnahme- und Prüfungsrecht (geschäftsführungsunabhängige Information)	132
b) Informationsrechte im Lichte von Verwaltungsratskompetenzen	133
3. Vertretung der Gesellschaft	134
a) Gesetzliche Vertretungsregelungen als Ausdruck des Geschäftsführungsverbots	134
b) Vertretungsregelung im Lichte der Verwaltungsratskompetenzen	135
4. Regelungen zum Jahresabschluss	136
a) Gesetzliche Regelungen zum Jahresabschluss als Ausdruck des Geschäftsführungsverbots	136
b) Regelungen zum Jahresabschluss im Lichte von Verwaltungsratskompetenzen	137
5. Fazit	138
III. Rechtsformübergreifender systematischer Vergleich	138
1. Aktiengesellschaft	139
2. Dualistische SE und dualistische SCE	139
3. Kommanditgesellschaft auf Aktien	141
a) Gesetzliche Verweisungstechnik	141
b) Die Ausgestaltung des Aufsichtsrats in der KGaA	143
4. Genossenschaft	147
5. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	151
6. Obligatorische Aufsichtsräte der GmbH	152
a) Mitbestimmte Aufsichtsräte	152
b) Aufsichtsrat nach KAGB	152
7. Fazit	153
D. Fazit	153
 <i>§ 2 Einordnung des Verwaltungsrats in den Anwendungsbereich des § 52 GmbHG</i>	
	154

Kapitel V: Der Verwaltungsrat unter analoger Anwendung des SE-Rechts	155
§ 1 Grundlagen zur analogen Anwendbarkeit des SE-Rechts	156
A. Lücke in Satzung und Gesetz	156
I. Satzungslücke	157
1. Lücke	158
2. Planwidrigkeit	159
3. Verhältnis zwischen ergänzender Vertragsauslegung und dispositiven Vorschriften	160
II. Gesetzeslücke	162
1. Subjektive Auslegung	163
2. Objektive Auslegung	164
B. Analogiefähigkeit des SE-Rechts und Auslegungskriterien	166
I. Analogiefähigkeit der SE-VO	166
II. Analogiefähigkeit des SEAG	168
III. Auslegungskriterien des SEAG im Rahmen der Analogie	168
C. Vergleichbare Interessenlage	171
I. Wesentliche Vergleichsmerkmale der Binnenorganisation	171
1. Organstruktur und Stellung der Gesellschaftsorgane	171
2. Leitbild und rechtstatsächliche Erscheinungsform	172
II. Merkmale der zu vergleichenden Sachverhalte	174
1. Merkmale der SE mit Verwaltungsrat	174
a) Organstruktur	174
b) Stellung der Gesellschaftsorgane	175
aa) Stellung des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren	175
bb) Prinzipien der Kompetenzverteilung	175
cc) Stellung der Hauptversammlung	176
c) Gesetzliches Leitbild der SE	177
2. Merkmale der GmbH mit Verwaltungsrat	180
a) Organstruktur	180
b) Stellung der Gesellschaftsorgane	180
aa) Verdrängende oder konkurrierende Kompetenzübertragung	180
bb) Wille zur Errichtung eines Verwaltungsrats nach monistischem Vorbild	182
cc) Stellung der Gesellschafterversammlung	183
dd) Stellung der Geschäftsführung	187
ee) Stellung des Verwaltungsrats	188
c) Realtypus: kapitalistische GmbH	189
III. Vergleichbare Interessenlage im engeren Sinne	189

1. Übereinstimmende Merkmale	189
a) Organstruktur	189
b) Stellung der Geschäftsführungsorgane	189
2. Nicht übereinstimmende Merkmale	190
a) Stellung der Gesellschafterorgane	190
b) Leitbild und Realtypus	190
3. Teleologische Vergleichbarkeit	190
IV. Fazit	191
§ 2 Rechte und Pflichten	191
A. Geschäftsführung	192
I. Abgrenzung der Geschäftsführungsbefugnisse	192
1. Leitungskompetenz	193
a) Planungs- und Steuerungsverantwortung	193
b) Organisationsverantwortung	194
aa) Nachgelagerte Führungsebenen	194
bb) Bestellung und Abberufung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten	195
cc) Informationsverantwortung	196
c) Finanzverantwortung	196
2. Außergewöhnliche Geschäfte	197
3. Fazit	198
II. Delegation von Geschäftsführungsaufgaben	198
1. Zulässigkeit der Delegation dem Grunde nach	199
2. Materielle Zulässigkeitsschranken	200
3. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen	202
a) Klare und eindeutige Aufgabenteilung	203
b) Einstimmigkeit	204
c) Ordnungsgemäße Auswahl	205
d) Schriftform	205
e) Fazit	206
B. Überwachung	206
I. Reichweite und Maßstab	207
II. Gegenstand	208
III. Eingriffspflicht	209
C. Weitere Rechte und Pflichten	210
I. Weisungsrecht	210
1. Dogmatische Grundlage	210
2. Reichweite	212
a) Kein weisungsfreier Bereich	212
b) Keine Ausnahme durch das Vier-Augen-Prinzip und gesetzlich zwingende Aufgaben	212

c) Ausnahme: Kernbereich an Geschäftsführungsbefugnissen?	214
3. Rechtswidrige Weisungen	215
4. Wirtschaftlich nachteilige Weisungen	215
II. Vertretung der Gesellschaft	216
III. Personalkompetenz	217
IV. Informationsordnung	219
1. Berichte an den Verwaltungsrat	220
a) Berichtspflicht der Geschäftsführer	220
b) Berichterstattungsanspruch auf Verlangen des Verwaltungsrats	223
c) Individuelle Informationsrechte der Verwaltungsratsmitglieder	223
2. Einsichts- und Prüfungsrecht (geschäftsführungsunabhängige Information)	225
3. Ergebnis	226
V. Einberufung der Gesellschafterversammlung	226
1. Generelle Einberufungskompetenz	227
2. Fallgruppen von Einberufungspflichten	229
a) Durch Gesetz und Satzung bestimmte Fälle	230
b) Ausdrücklich bestimmte Fälle	230
c) Wohl der Gesellschaft	232
d) Verlust der Hälfte des Grundkapitals	234
VI. Pflichten und Haftung im Kontext der Krise	237
1. Pflichten vor der Krise	237
a) Spezialgesetzliche Pflichten	237
aa) Früherkennungs- und Überwachungssystem (§ 22 Abs. 3 S. 2 SEAG analog)	237
bb) Überwachungspflicht bestandsgefährdender Entwicklungen (§ 1 Abs. 1 S. 1 StaRUG)	238
cc) Kontroll- und Risikomanagementsystem (§ 22 Abs. 3 S. 3 SEAG analog)	239
dd) Zwischenergebnis	240
b) Allgemeine Sorgfaltspflicht	240
aa) Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen	240
bb) Kontroll-, Risikomanagement- und Compliance-System	241
cc) Zwischenergebnis	242
c) Zusammenwirken der Pflichten beider Organe	242
2. Pflichten in der Krise	243
3. Pflichten bei Insolvenzreife	244
a) Insolvenzantragsrecht und -pflicht	244
b) Zahlungsverbot	245
c) Pflichten des Verwaltungsrats	246

d) Zustimmungsvorbehalt bei Insolvenzanträgen?	247
4. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife	248
VII. Rechnungslegung	253
1. Führung von Handelsbüchern	253
2. Jahresabschluss	253
a) Aufstellungspflicht	253
b) Pflicht zum Gewinnverwendungsvorschlag	254
c) Erteilung des Prüfauftrags an den Abschlussprüfer	256
d) Vorlagepflicht	257
e) Prüfungspflicht	257
f) Feststellungskompetenz	258
aa) Zuständigkeit des Verwaltungsrats	258
bb) Begrenzte Befugnis zur Bildung von Gewinnrücklagen	262
§ 3 Organhaftung	263
A. Rechtsgrundlage	265
B. Geltendmachung von Ersatzansprüchen	266
I. Befugnis zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen	267
1. Gesellschafterzuständigkeit	267
2. Verwaltungsratszuständigkeit	269
3. Konkurrierende Gesellschafterzuständigkeit	270
a) Geltendmachung von Ersatzansprüchen	270
b) Prozessvertretung	271
II. Gesellschafterklage (<i>actio pro socio</i>)	271
1. Dogmatische Herleitung der Gesellschafterklage	272
a) Keine analoge Anwendbarkeit des § 148 AktG und § 715b BGB	272
b) <i>Actio pro socio</i> kraft Gewohnheitsrecht	272
2. Anwendungsbereich	273
3. Fazit	275
§ 4 Binnenrecht	275
A. Persönliche Voraussetzungen	275
I. Inkompatibilität	275
II. Mehrheitliche Besetzung mit nicht geschäftsführenden Mitgliedern	277
III. Unabhängigkeitskriterien	278
1. Unabhängigkeitskriterien gem. § 27 SEAG analog	279
a) § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SEAG analog	279
b) § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SEAG analog	280
2. Unabhängigkeitskriterien gem. § 18 Abs. 3 S. 2 KAGB analog	281
3. Fazit	283

B. Besetzung der Ausschüsse	284
I. Organisationsautonomie	284
II. Related-Party-Ausschüsse	285
III. Beschließende Ausschüsse	285
C. Beschlussfassung	286
I. Beschlussmehrheit	286
II. Interessenkonflikte bei der Beschlussfassung	288
1. Relevante Interessenkonflikte	288
2. Rechtsfolgen	289
a) Offenlegungspflicht	289
b) Stimmverbote	289
aa) Rechtsgrundlage	289
bb) Zusätzliche Stimme des Vorsitzenden?	290
c) Ausschluss von der Beratung	290
III. Fazit	291
D. Fazit	291
§ 5 <i>Publizität</i>	291
A. Richtlinienkonforme Auslegung	291
B. Analoge Anwendung der §§ 43, 46 SEAG	293
C. Analoge Anwendung der §§ 35a, 52 Abs. 3 GmbHG	293
Schluss	295
Anhang	315
Literaturverzeichnis	317
Sachverzeichnis	353

Einführung

Das deutsche Gesellschaftsrecht erfreut sich seit über 20 Jahren an der *Societas Europaea* (SE) als Rechtsform. Eine zentrale Errungenschaft liegt in dem Wahlrecht der Gründer zwischen dem dualistischen und dem monistischen System.¹ Nach dem dualistischen System wird das Unternehmen durch ein Geschäftsführungs- und ein Kontrollorgan verwaltet. Im monistischen System übernimmt hingegen der Verwaltungsrat beide Funktionen. Lehnte der nationale Gesetzgeber noch mit dem AktG von 1965 die Einführung des monistischen Systems in der Aktiengesellschaft ab,² war er nunmehr angehalten, Vorschriften für ein monistisches System zu erlassen.³ Diesem Regelungsauftrag kam der Gesetzgeber mit dem SEAG nach. Besonders für mittelständische Unternehmen und Familienunternehmen wird das monistische System als attraktiv eingestuft.⁴ Das deckt sich mit der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers, die SE auch für kleinere und mittlere Unternehmen als alternative Rechtsform zu gestalten.⁵ Bei Lichte besehen eignet sich die SE als Rechtsform aber nicht uneingeschränkt für kleinere und mittlere Unternehmen. Das lässt sich insbesondere mit den Anforderungen an die Gründung und der Satzungsstrenge begründen.⁶ Kleine und mittelständische Unternehmen bedienen sich daher nach wie vor der GmbH als Rechtsform. Neben der erleichterten Gründung wartet die GmbH insbesondere durch ihre weitreichende Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis auf. Das ermöglicht es, die Binnenorganisation der Gesellschaft an die Bedürfnisse des Unternehmens maßgeschneidert anzupassen.⁷ Ein beliebtes Mittel der Praxis ist die Bildung eines fakultativen Organs. Die genaue Ausgestaltung der fakultativen Organe ist gesetzlich nicht vorgegeben und alleine der Satzung überlassen. Lediglich für den fakultativen Aufsichtsrat sieht § 52 GmbHG einen Regelungsrahmen vor. Mit Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats nähert sich die Organisationsverfassung der GmbH dem dualisti-

¹ *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502 (521 f.): „größte Innovationsleistung“.

² Begr. RegE, in: Kropff (Hrsg.), Aktiengesetz, 1965, S. 95.

³ Art. 43 Abs. 4 SE-VO; s. auch für die Europäische Genossenschaft Art. 42 Abs. 4 VO (EG) 1435/2003 (SCE-VO).

⁴ S. nur m. w. N. *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (33).

⁵ ErwG. 13 S. 2 SE-VO.

⁶ Eingehend zum Leitbild der SE Kapitel V § 1 C.II.1.c), S. 177 ff.

⁷ S. etwa rechtsvergleichend zu den Vorteilen der Gestaltungsfreiheit bei geschlossenen Gesellschaften *Fleischer* ZHR 2015, 404 (416 ff.).

schen System der Aktiengesellschaft an. Regelungen, die die gesetzliche Organisationsverfassung an das monistische System der SE annähern, sieht das GmbHG hingegen nicht vor. Es bleibt also der Kautelarjurisprudenz überlassen, entsprechende Regelungen in der Satzung zu verankern. Eine Möglichkeit liegt in der Bildung eines Verwaltungsrats als fakultatives Organ.⁸

Der Verwaltungsrat⁹ der GmbH war bereits Gegenstand einer rechtswissenschaftlichen Diskussion. Das Schrifttum beschäftigt sich im Wesentlichen mit Zulässigkeitsfragen.¹⁰ Bedenken werden hinsichtlich der Übertragbarkeit gewisser Kompetenzen geäußert.¹¹ Zudem steht die Literatur der personellen Überschneidung von geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mitgliedern mit Blick auf die Inkompatibilitätsvorschrift des § 105 AktG kritisch gegenüber.¹² Daraus wird deutlich, dass der Verwaltungsrat der GmbH ohne nähere Begründung oftmals mit dem fakultativen Aufsichtsrat gleichgesetzt wird.¹³ Indes berücksichtigt der derzeitige Forschungsstand die Vergleichbarkeit des Verwaltungsrats der GmbH mit dem Verwaltungsrat der monistischen SE noch unzureichend.¹⁴ Unter Berücksichtigung dieser Nähe zum Verwaltungsrat der monistischen SE erscheinen die derzeit diskutierten dogmatischen Probleme in einem anderen Lichte. Zudem lassen sich hieraus auch weitergehende Erkenntnisse erzielen, die in der Literatur bislang unbeachtet geblieben sind. Vor diesem Hintergrund sind folgende zentrale Forschungsfragen näher zu konkretisieren:

Zunächst ist der Frage nachzugehen, *wie sich das Aufsichtsratsmodell (dualistisches System) vom Verwaltungsratsmodell (monistisches System) aus rechtlicher und ökonomischer Sicht unterscheidet*. Die Unterschiede und Gemeinsamkeiten

⁸ Eine denkbare Alternative wäre es, das Geschäftsführungsorgan der GmbH entsprechend auszugestalten, s. dahingehende Erwägungen bei Loges, ZIP 1997, 437 (438 ff.).

⁹ In der Literatur ist auch die Bezeichnung *Board* oder geschäftsleitender Beirat geläufig, s. Nachweise bei Einführung, Fn. 10. Aufgrund der Nähe zum gesetzlich geregelten Verwaltungsrat der SE ist aber der Bezeichnung „Verwaltungsrat“ vorzugswürdig.

¹⁰ Loges, ZIP 1997, 437 (440 ff.); Vollmer, WiB 1995, 578 (578 ff.); A. H. Meyer, GmbHR 2022, 400 (passim); Blecourt, Zusatzgremien in der GmbH, 2022, S. 170 ff.; Turner, DB 1996, 1609 (passim); Spindler/Kepper, DStR 2005, 1775 (1778); Spindler, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2023, § 52 Rn. 836; Wälzholz, DStR 2003, 511 (512 ff.); vgl. auch Voormann, Beirat im GesR, 2. Aufl. 1990, S. 20 ff., 78 f.; Großfeld/Brondics, AG 1987, 293 (298); Scheel, Beirat mittelständische Unternehmen, 2023, S. 45.

¹¹ Stv. Vollmer, WiB 1995, 578 (578 ff.).

¹² S. Nachweise bei Kapitel V, § 4 A. I, S. 275, Fn. 749.

¹³ S. nur Spindler/Kepper, DStR 2005, 1775 (1778); wohl auch Loges, ZIP 1997, 437 (441); A. H. Meyer, GmbHR 2022, 400 (402); Seyfarth, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2024, § 52 Rn. 219; anders aber Blecourt, Zusatzgremien in der GmbH, 2022, S. 170 ff.; wohl auch Spindler, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2023, § 52 Rn. 836.

¹⁴ S. aber erste Ansätze bei Blecourt, Zusatzgremien in der GmbH, 2022, S. 170 ff.; ferner der Befund bei Fuhrmann, in: Centrale für GmbH (Hrsg), GmbH-Hdb., 192. Lieferung, 3/2025, 9. Abschnitt, Rn. 1976: „Der unternehmensleitende Beirat entspricht seinem Leitbild nach dem Verwaltungsrat bei der SE [...]“

beider Organisationsmodelle wurden in der rechtsvergleichenden aktienrechtlichen Diskussion bereits hinlänglich herausgearbeitet.¹⁵ Die Beantwortung dieser Frage ist aufgrund der angesprochenen Tendenz in der Literatur, den Verwaltungsrat mit dem Aufsichtsrat gleichzusetzen, für die vorliegende Untersuchung dennoch von herausragender Bedeutung. Das Kapitel dient dementsprechend als Grundlagenteil und darf als Schlüssel für das Verständnis der Folgekapitel gesehen werden. Insbesondere ist hierauf im Zusammenhang mit dem Einsatz des Verwaltungsrats als Gestaltungsinstrument zurückzugreifen. Darüber hinaus ist er aber auch für die rechtliche Abgrenzung des Verwaltungsrats vom fakultativen Aufsichtsrat in der GmbH von Bedeutung. Die Gegenüberstellung ist als abstrakter, rechtlicher und ökonomischer Vergleich zweier Organisationssysteme zu verstehen. Die Besonderheiten des GmbH-Rechts werden an dieser Stelle dementsprechend noch nicht berücksichtigt. Angesichts der Fülle an der bereits bestehenden Literatur beschränkt sich die Untersuchung auf die wesentlichen Aspekte.

Ausgehend von dem Umstand, dass es sich bei dem Verwaltungsrat der GmbH um ein fakultatives Organ handelt, liegt es nahe, die Einsatzmöglichkeiten des Verwaltungsrats der GmbH als Gestaltungsinstrument zu untersuchen. Die Bildung des Verwaltungsrats ist als kautelarjuristisches Instrument nur dann relevant, wenn die Regelkompetenzverteilung nicht bereits eine passende Lösung für die Gesellschafter bietet. Deshalb fragt sich, ob überhaupt ein *Bedürfnis* nach einem Verwaltungsrat besteht. In der Literatur finden sich bereits Überlegungen hierzu. Insbesondere wurde auf die angeblich erhöhte Effizienz des Verwaltungsratsystems, die Gewohnheit ausländischer Investoren mit traditionell monistischem System oder auf den Verwaltungsrat als Einsatzmöglichkeit für Nachfolgeregelung in Familiengesellschaften hingewiesen.¹⁶ Der Forschungsstand berücksichtigt aber die Funktion des Verwaltungsrats als Geschäftsführungsorgan einerseits und die Besonderheiten der Regelkompetenzverteilung in der GmbH andererseits nur unzureichend. Auch in der Praxis

¹⁵ Die Untersuchungen legen den Fokus auf börsennotierte Gesellschaften; vgl. zum Ganzen etwa *Böckli*, in: Hommelhoff/Hopt u. a. (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 255 ff.; *Hopt*, ZGR 2019, 507 (515 ff.); *Hopt/M. Roth*, in: GroßkommAktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 89 ff.; *Hopt/Leyens*, in: Afsharipour et al (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, 2021, S. 116 ff.; *S. Fischer*, Monistische Unternehmensverfassung, 2010, S. 21 ff.; *Leyens*, RabelsZ 2003, 57 (57 ff.); *Leyens*, Information d. Aufsichtsrats, 2006, S. 51 ff.; *P. L. Davies/Hopt*, Am. J. Comp. L. 2013, 301 (310 ff.); *Ventoruzzo/Conac u. a.*, Comparative corporate law, 2015, S. 249 ff.; *Hansmann/R. Kraakman*, Geo. L. J. 2000, 439 (439 ff.); *Du Plessis*, in: Afsharipour et al (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, 2021, S. 144 ff.; *C. Teichmann*, Binnenmarkt-konformes GesR, 2006, S. 530 ff. mit jeweils weiteren Nachweisen; s. auch die Beschreibungen des Verwaltungsrats im GmbH-Recht *Spindler*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2023, § 52 Rn. 835; *Loges*, ZIP 1997, 437 (437 f.).

¹⁶ *A. H. Meyer*, GmbHR 2022, 400 (401); *Loges*, ZIP 1997, 437 (437); *Spindler*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2023, § 52 Rn. 835; *Scheel*, Beirat mittelständische Unternehmen, 2023, S. 45 f.

wird das Bedürfnis nach einem Verwaltungsrat unterschiedlich beurteilt, wie eine eigens vorgenommene Befragung von Vertretern aus der Praxis illustriert.¹⁷ Zum Teil wird ein solches Bedürfnis gänzlich verneint. Andere Stimmen aus der Praxis verweisen auf ein dahingehendes Bedürfnis von Konzernen, auf Venture-Capital-, Private-Equity-Anlagegesellschaften oder größere Familienunternehmen. In vielen Fällen wurde die Frage auch unbeantwortet gelassen. Die Praxisrelevanz des Verwaltungsrats der GmbH steht aber außer Zweifel. Das zeigt eine rechtstatsächliche Untersuchung. In 9% der untersuchten Fälle wurde dem „fakultativen Aufsichtsrat“ das Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung und vereinzelt sogar die Bestimmung der Grundlinien der Geschäftspolitik übertragen.¹⁸ Vor diesem Hintergrund soll eine Antwort auf die Frage gesucht werden, *ob der Verwaltungsrat für die GmbH erforderlich und geeignet ist*. Zur Beantwortung dieser Frage soll auf die kautelarjuristische Methode zurückgegriffen werden. Diese insgesamt von der Methodenlehre vernachlässigte Disziplin soll um die rechtsökonomische Perspektive ergänzt werden. Vergleichbare methodologische Ansätze finden sich in der Literatur bislang nicht,¹⁹ sodass insofern auch die Methodenergänzung als Erkenntnisfortschritt dieser Arbeit hervorgehoben werden darf. Die Ergänzung ermöglicht die Ausrichtung der Binnenorganisation nach Effizienzgesichtspunkten. In diesem Zusammenhang können Governance-Probleme der Gesellschaft mit einem methodisch abgesicherten und nachvollziehbaren Verfahren aufgedeckt werden. Das betrifft sowohl die Governance-Probleme *vor* der Bildung eines Verwaltungsrats als auch *nach* Bildung eines Verwaltungsrats. Gerade der zweite Punkt ist von Bedeutung. Denn aus den Gesprächen mit der Praxis ist oftmals kein hinreichendes Bewusstsein für Governance-Probleme, die mit der Bildung eines Verwaltungsrats einhergehen können, erkennbar geworden.

Für die rechtliche Beurteilung des Verwaltungsrats der GmbH ist zunächst die Beantwortung der Frage, *welche Vorschriften des GmbHG auf den Verwaltungsrat der GmbH Anwendung finden*, aus mehreren Gründen von herausragender Bedeutung. Zum einen kann sich aus den anwendbaren Vorschriften das dispositive und zwingende Recht des Verwaltungsrats ergeben. Eine kautelarjuristische Gestaltung hat sich an diesen Vorschriften zu orientieren und zu messen. Zum anderen lässt die Klärung dieser Frage den derzeitigen Forschungsstand in einem anderen Lichte erscheinen. Die Diskussion um die Frage, ob § 105 AktG auf den Verwaltungsrat der GmbH zwingend anzuwenden ist, ist

¹⁷ Im Rahmen dieser Arbeit wurde ein halbstrukturiertes Interview mit Vertretern aus der Praxis geführt, s. Fragebogen im Anhang. Die Befragten sind auf die Beratung geschlossener Gesellschaften spezialisiert. Auf die anonymisierten Ergebnisse wird im Laufe der Arbeit unter Hinweis auf den Fragebogen rekurriert.

¹⁸ *Lieder/M. A. Becker u. a.*, GmbHR 2022, 233 (240, 242).

¹⁹ Für analytische Zwecke die ökonomische Analyse heranziehend aber *Moes*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2024, S. 13.

nur eine Folgefrage des anwendbaren Rechts.²⁰ Ferner soll durch diesen Ansatz der Verwaltungsrat vom fakultativen Aufsichtsrat rechtssicher abgegrenzt werden. Über die Abgrenzung besteht weder in der Literatur noch in der Praxis Einigkeit. Bisweilen wird sogar die Möglichkeit einer Abgrenzung gänzlich in Zweifel gezogen.

Sollten sich keine unmittelbar anwendbaren Vorschriften für den Verwaltungsrat der GmbH aus dem GmbHG ergeben, dann fragt sich, *ob womöglich Vorschriften des SE-Rechts analog auf den Verwaltungsrat der GmbH anzuwenden sind*. Ein Rückgriff auf das SE-Recht liegt nahe, wenn man davon ausgeht, dass der Verwaltungsrat der GmbH mit dem Verwaltungsrat der SE vergleichbar ist. Auch aus diesen womöglich analog anzuwendenden Vorschriften des SE-Rechts könnten sich dispositive und zwingende Vorschriften für den Verwaltungsrat der GmbH ergeben. Die Untersuchung dieser Forschungsfrage hat deshalb eine große Bedeutung für die praktische Rechtsanwendung. Das verdeutlicht eine Paralleldiskussion zu Beiräten und Aufsichtsräten in der Publikums-KG. Der BGH begründete dort in mehreren Entscheidungen zum Schutze von Anlegern haftungsträchtige Pflichten des Beirats einer Publikums-KG, obgleich eine ausdrückliche Regelung in der Satzung oder im Gesetz fehlte.²¹ Ob sich die Betroffenen ihrer haftungsträchtigen Pflichten bewusst waren, darf wohl bezweifelt werden. Die Untersuchung dieser Forschungsfrage soll deshalb zu größerer Rechtssicherheit führen. Vertreter aus der Praxis äußerten insbesondere Bedenken hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Verwaltungsratsmitglieder und deren Haftung. Aus diesem Grund soll sich die Untersuchung mitunter auf diesen Themenkreis konzentrieren. Von Interesse ist aber aufgrund der Governance-Probleme des Verwaltungsrats der GmbH auch das Binnenrecht des Verwaltungsrats und zum Schutz des Rechtsverkehrs die Publizität.

²⁰ So bereits *Blecourt*, Zusatzgremien in der GmbH, 2022, S. 170 ff.

²¹ BGH, Urt. v. 4.7.1977 – II ZR 150/75 – BGHZ 69, 207; BGH, Urt. v. 7.3.1983 – II ZR 11/82 – BGHZ 87, 84; BGH, Urt. v. 7.11.1977 – II ZR 43/76 – NJW 1978, 425; BGH, Urt. v. 22.10.1979 – II ZR 151/77 – BeckRS 1979, 30373412; aus der Literatur *Hüffer*, ZGR 1980, 320 (passim); *Kraft*, in: FS Fischer, 1979, S. 321 ff.

Kapitel I

Vergleich des monistischen mit dem dualistischen System

Den Gesellschaftern einer GmbH stehen bei der Wahl eines geeigneten Leitungssystems unterschiedliche Organisationsmodelle zur Verfügung. Rechtsvergleichend sind zur Verwaltung von Kapitalgesellschaften vor allem zwei Organisationsmodelle vorherrschend. Auf der einen Seite das monistische System mit dem Verwaltungsrat („Verwaltungsratsmodell“) und auf der anderen Seite das dualistische System mit Vorstand und Aufsichtsrat („Aufsichtsratsmodell“).¹ Beide Modelle stehen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion jeweils für eine bestimmte Ausgestaltung und Kompetenzverteilung eines Leitungssystems. Die folgende Untersuchung setzt sich mit der Frage auseinander, *wie sich das Aufsichtsratsmodell (dualistisches System) vom Verwaltungsratsmodell (monistisches System) aus rechtlicher und ökonomischer Sicht unterscheidet*. Den Ausführungen ist voranzustellen, dass es sich um eine abstrakte rechtliche und ökonomische Gegenüberstellung handelt, die die Besonderheiten des GmbH-Rechts nicht berücksichtigt. Das Anliegen dieses Kapitels ist es vielmehr, das Verständnis für die Funktionsweise beider Organisationsmodelle zu schärfen. Dies ermöglicht insbesondere eine bessere Beurteilung des Einsatzfeldes des Verwaltungsrats der GmbH als Gestaltungsinstrument. Darüber hinaus dient das bessere Verständnis der Funktionsweise beider Organisationsmodelle einer sachgerechteren rechtlichen Beurteilung des Verwaltungsrats der GmbH. Das Kapitel fungiert dementsprechend als Grundlagenteil für die Folgekapitel.

Die Untersuchung engt den Blick auf das deutsche Aufsichtsratsmodell der AG ein. In der rechtsvergleichenden Diskussion gilt es nämlich als Idealbeispiel für das dualistische Leitungssystem.² Das zweigliedrige Organisationsmodell findet sich gleichwohl nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Rechtsordnungen.³ Das monistische Leitungssystem ist hingegen bei einer rechtsvergleichenden Betrachtung das insgesamt geläufigere Modell.⁴ Auch für die deutsche Rechtsordnung ist das monistische System aber nicht gänzlich

¹ Vgl. nur C. Teichmann, Binnenmarktkonformes GesR, 2006, S. 530; S. Fischer, Monistische Unternehmensverfassung, 2010, S. 1.

² Statt aller Du Plessis, in: Afsharipour et al (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, 2021, S. 144.

³ Vgl. Hopt, in: Hopt et al. (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, 1998, S. 228 („Germany, Switzerland, Austria, Netherlands, and the Scandinavian countries“); Jungmann, ECFR 2006, 426 (427).

⁴ Vgl. Schiessl, ZHR 2003, 235 (236 f.): Großbritannien, USA, Dänemark, Griechenland,

fremd. Rechtshistorisch war das Verwaltungsratsmodell vor dem AktG von 1937 das bevorzugte Leitungssystem in der deutschen Aktiengesellschaft.⁵ Doch auch *de lege lata* verfügt die deutsche Rechtsordnung mit der monistischen SE über eine Gesellschaftsform mit einem monistischen Organisationsystem. Die folgende Untersuchung konzentriert sich aufgrund der Nähe des Verwaltungsrats der GmbH zum Verwaltungsrat der SE auf die monistische SE. Soweit erforderlich, werden die rechtsvergleichenden Besonderheiten der monistischen SE jedoch hervorgehoben.⁶

§ 1 Rechtlicher Vergleich

Der rechtliche Vergleich beider Organisationsmodelle war bereits Gegenstand einer eingehenden rechtsvergleichenden Untersuchung.⁷ Im Folgenden konzentriert sich die Untersuchung deshalb auf die wesentlichen Aspekte.

Irland, Italien, Luxemburg, Spanien, Schweden, Schweiz; *Ventoruzzo/Conac u. a.*, *Comparative corporate law*, 2015, S. 249 f.

⁵ Vgl. zur Entwicklungsgeschichte des deutschen Aufsichtsratsmodells eingehend *Wietbölder*, *Interessen und Organisation der AG*, 1961, S. 270 ff.; *Lieder*, *Aufsichtsrat im Wandel der Zeit*, 2006, S. 39 ff.; ferner *Lutter*, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel*, 2007, S. 392 ff.; *C. Teichmann*, *Binnenmarktkonformes GesR*, 2006, S. 545 ff.; *Hopt*, *ZGR* 2019, 507 (508 ff.); *Raiser/Veil*, *Kapitalgesellschaften*, 6. Aufl. 2015, § 13 Rn. 8 ff.; *Schiessl*, *ZHR* 2003, 235 (237 ff.); *Thiessen*, *AG* 2013, 573 (574 ff.); *Bahrenfuss*, *Entstehung des AktG*, 2001, S. 653 ff.

⁶ S. im Übrigen die rechtsvergleichenden Darstellungen monistischer Unternehmensverfassungen; eine umfassende Darstellung des *Boards of Directors* und der Binnenverfassung der U.S. *Corporation* findet sich bei *Merkt*, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 324 ff.; vgl. auch *Leyens*, *RabelsZ* 2003, 57 (69 ff.); *Müller-Leibenger*, *Innenhaftung Verwaltungsrat*, 2017, S. 45 ff.; *Hein*, *RIW* 2002, 501 (501 ff.); *Buxbaum*, in: *Feddersen/Hommelhoff u. a.* (Hrsg.), *Optimierung der Unternehmensführung*, 1996, S. 65 ff.; aus der U.S.-amerikanischen Literatur insbesondere *Gevurtz*, *Corporation law*, 2. Aufl. 2010, S. 179 ff.; *W. T. Allen/R. Kraakman u. a.*, *Law of Business Organization*, S. 111 ff.; *Clark*, *Corporate Law*, 12. Aufl. 1986, S. 93 ff.; *Bainbridge*, in: *Gordon/Ringe* (Hrsg.), *Oxford handbook of corporate law and governance*, 2018, S. 275 ff.; zur englischen *Company Leyens*, *Information d. Aufsichtsrats*, 2006, S. 51 ff. insbesondere mit einer intensiven Auseinandersetzung des damaligen *combined code* (heute: UK Corporate Governance Code); *C. Teichmann*, *Binnenmarktkonformes GesR*, 2006, S. 560 ff.; *P. Davies*, *ZGR* 2001, 268 (268 ff.); *Siems/Müller-Leibenger*, in: *KK-AktG*, 4. Aufl. 2021, Vorb. Art. 43 SE-VO Rn. 6 ff.; *Boettcher*, *Kompetenzen in der monistischen SE*, 2009, S. 54 ff.; vgl. nur aus der englischsprachigen Literatur *P. L. Davies*, in: *Davies/Hopt u. a.* (Hrsg.), *Corporate Boards*, 2013, S. 713 ff.; *P. L. Davies/Worthington*, *Company Law*, 2016, Rn. 14–1 ff.; noch zum alten Recht *Hopt/Leyens*, *ECFR* 2004, 135 (149 ff.); zum Schweizer Aktienrecht *Forstmoser*, *ZGR* 2003 (688 ff.); *Boettcher*, *Kompetenzen in der monistischen SE*, 2009, S. 71 ff.; vgl. auch *S. Fischer*, *Monistische Unternehmensverfassung*, 2010, S. 32 f.; *Siems/Müller-Leibenger*, in: *KK-AktG*, 4. Aufl. 2021, Vorb. Art. 43 SE-VO Rn. 17 f.; *Büren/Stoffel u. a.*, *Grundriss des AktR*, 2011, S. 150 ff.

⁷ S. hierzu bereits *Hopt/M. Roth*, in: *GroßkommAktG*, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 89 ff.; *C. Teichmann*, *Binnenmarktkonformes GesR*, 2006, S. 565 ff.; *Böckli*, in: *Hommelhoff/Hopt u. a.* (Hrsg.), *Hdb. Corporate Governance*, 2. Aufl. 2009, S. 269 ff.; *Hopt*, *ZGR* 2019, 507

A. Organstruktur

Das Aufsichtsratsmodell besteht zwingend aus zwei Organen:⁸ dem Vorstand und dem Aufsichtsrat (*institutioneller Trennungsgrundsatz*).⁹ Demgegenüber kann das monistische System aus einem (unitarischer Typus) oder zwei Organen (dualistischer Typus) bestehen.¹⁰ Das Leitungssystem der monistischen SE verfügt neben dem Verwaltungsrat mit den geschäftsführenden Direktoren zwingend über ein weiteres Geschäftsführungsorgan und ist dementsprechend dem dualistischen Typus zuzuordnen.¹¹ Das ist im Vergleich zum angloamerikanischen Rechtskreis untypisch, verfügt doch etwa die *Corporation* aus den USA und die *Company* aus dem Vereinigten Königreich nur über ein Geschäftsführungsorgan. Das *Board* größerer Unternehmen delegiert zwar in diesen Jurisdiktionen regelmäßig die laufende Geschäftsführung an sog. *officer* oder *manager*. Diese bilden aber nach dem hierzulande üblichen Begriffsverständnis keine Organe, da sie nur qua Vertretungsrecht in die Organisationsverfassung eingebunden werden¹² und keine Entsprechung im Gesetz oder in der Satzung der Gesellschaften finden. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gruppe der *manager* oder *officer* ein eigenständiges Gremium bilden.¹³

B. Kompetenzen

Ein Vergleich der Kompetenzen von Verwaltungsrat und Aufsichtsrat zeigt, dass der Verwaltungsrat über weitreichendere Kompetenzen verfügt. Der Verwaltungsrat hat nach § 22 Abs. 1 SEAG die Gesellschaft zu leiten und die Grundlinien ihrer Tätigkeit zu bestimmen.¹⁴ Unter dem Leitungsbegriff ist le-

(516 ff.); S. Fischer, Monistische Unternehmensverfassung, 2010, S. 59 ff.; P. Davies, ZGR 2001, 268 (282 ff.); P. L. Davies/Hopt, Am. J. Comp. L. 2013, 301 (310 ff.).

⁸ S. zum Vergleich der Organstrukturen bereits Du Plessis, in: Afsharipour et al (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, 2021, S. 145 ff.

⁹ Vgl. nur allg. zum Trennungsgrundsatz C. Teichmann, Binnenmarktkonformes GesR, 2006, S. 575.

¹⁰ S. zu dieser Typisierung Baums, in: GS Gruson, 2009, S. 7 ff.

¹¹ S. zur Organeigenschaft der geschäftsführenden Direktoren C. Teichmann, in: L/H/T, SE-Kommentar, 3. Aufl. 2025, § 40 SEAG Rn. 10 m. w. N.; H.-C. Ihrig, ZGR 2008, 809 (810). Die zwingende Existenz der geschäftsführenden Direktoren ergibt sich letztlich aus der Formulierung des Gesetzes in § 40 Abs. 1 S. 1 SEAG; statt aller Eberspächer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1. Februar 2024, Art. 43 SE-VO Rn. 5; C. Teichmann, in: L/H/T, SE-Kommentar, 3. Aufl. 2025, § 40 SEAG Rn. 2 m. w. N. zur Kritik in Fn. 2; kritisch etwa Kämmerer/Veil, ZIP 2005, 369 (370): „unechte monistische SE“; S. Fischer, Monistische Unternehmensverfassung, 2010, S. 138 ff.; ferner Hoffmann-Becking, ZGR 2004, 355 (369) m. w. N.

¹² Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, S. 351.

¹³ So spricht etwa P. Davies, ZGR 2001, 268 (283) von einem „management board“; vgl. auch S. Fischer, Monistische Unternehmensverfassung, 2010, S. 64; P. L. Davies/Hopt, Am. J. Comp. L. 2013, 301 (311).

¹⁴ § 22 Abs. 1 SEAG; zu den Hintergründen dieser Formulierung Begr. RegE, BT-Drucks. 15/3405, S. 36; ferner Neye/C. Teichmann, AG 2003, 169 (177).

diglich ein übergeordneter Teil der Geschäftsführung zu verstehen.¹⁵ Die laufende Geschäftsführung obliegt hingegen den geschäftsführenden Direktoren.¹⁶ Das Schrifttum kommt bei der monistischen SE jedoch mit einer verordnungskonformen Auslegung der Bestimmungen des SEAG zu dem Ergebnis, dass der Verwaltungsrat für die gesamte Geschäftsführung verantwortlich ist.¹⁷ Nach Art. 43 Abs. 1 S. 1 SE-VO hat der Verwaltungsrat ohne Einschränkungen die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Es handelt sich demnach bei der Zuweisung der laufenden Geschäftsführung an die geschäftsführenden Direktoren um eine (gesetzliche) Delegation.¹⁸ Das ist rechtsvergleichend untypisch, wird doch die Bestellung von geschäftsführenden Direktoren und die Delegation der laufenden Geschäftsführung der Organisationsautonomie des Verwaltungsrats überlassen.¹⁹ Das monistische System ist anders als beim Aufsichtsratsmodell nicht auf ein zusätzliches Geschäftsführungsorgan angewiesen,²⁰ weil der Verwaltungsrat selbst alle Geschäfte der Gesellschaft als originär berechtigtes Organ führen kann. Der Gesetzgeber begründet diese Besonderheit damit, dass die monistische SE mit dem AktG kompatibel sein muss, da viele aktienrechtliche Vorschriften auch für die monistische SE gelten.²¹ Damit soll ein Stückweit die funktionelle Trennung und das Vier-Augen-Prinzip auch für die monistische SE Geltung erlangen.²²

Der Verwaltungsrat kann sich trotz der (gesetzlichen) Delegation von Aufgaben seiner Verantwortung für die gesamte Geschäftsführung nicht entledigen. Die Pflicht zur Geschäftsführung wandelt sich in eine Überwachungspflicht und bleibt somit Teil der Geschäftsführung.²³ *Teichmann* spricht in diesem Zusammenhang treffend von einer Vollzugskontrolle.²⁴ Aufgrund einer weitreichenden Delegation von Geschäftsführungsaufgaben nimmt der Verwaltungsrat bei größeren Unternehmen rechtsvergleichend schwerpunktmäßig Überwachungsaufgaben wahr.²⁵ Die Delegation von Geschäftsführungsaufgaben kann deshalb als wesentlicher Grund angesehen werden, dass der Verwaltungsrat sich

¹⁵ S. nur *Verse*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 4. Aufl. 2025, § 22 SEAG Rn. 5.

¹⁶ § 40 Abs. 2 S. 1 SEAG.

¹⁷ Vgl. *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG, 6. Aufl. 2025, Art. 43 SE-VO Rn. 78, 88; *C. Teichmann*, in: L/H/T, SE-Kommentar, 3. Aufl. 2025, § 22 SEAG Rn. 14; *Schwarz*, SE-Kommentar, 2006, Art. 43 Rn. 9; *Verse*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 4. Aufl. 2025, Art. 43 SE-VO Rn. 5.

¹⁸ *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG, 6. Aufl. 2025, Art. 43 SE-VO Rn. 78.

¹⁹ Vgl. *S. Fischer*, Monistische Unternehmensverfassung, 2010, S. 140.

²⁰ *S. Fischer*, Monistische Unternehmensverfassung, 2010, S. 35; *H.-C. Ibrig/J. Wagner*, BB 2003, 969 (975).

²¹ Vgl. nur zum anzuwendenden Recht Art. 9 SE-VO.

²² Begr. RegE, BT-Drucks. 15/3405, S. 39.

²³ Vgl. *C. Teichmann*, Binnenmarktkonformes GesR, 2006, S. 573; *Krmeta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl. 2005, S. 248.

²⁴ *C. Teichmann*, Binnenmarktkonformes GesR, 2006, S. 572.

²⁵ *P. Davies*, ZGR 2001, 268 (283).

Sachverzeichnis

- Actio pro socio 271 ff.
Agenturkosten *siehe* Principal-Agent-Theorie
Analogie
– Abgrenzung zur ergänzenden Auslegung 160 ff.
– Analogiefähigkeit der SE-VO 166 ff.
– Analogiefähigkeit des SEAG 168
– Doppellücke 156 ff.
– Gesetzeslücke 162 ff.
– Leitbild 171 ff., *siehe auch* Leitbild
– Satzungslücke 157 ff.
– Vergleichbare Interessenlage 171 ff.
Aufsichtsrat, fakultativer
– Abgrenzung zum Verwaltungsrat der GmbH 154
– Definition 124 ff.
– Informationsrechte 131 ff.
– Jahresabschluss 136 f.
– Überwachungsaufgabe 124
– Vertretungsbefugnis 134 f.
– Zustimmungsvorbehalt 130
Aufsichtsratsmodell
– Abgrenzung zum Verwaltungsratsmodell 7 ff.
– funktioneller Trennungsgrundsatz 11
– Informationsasymmetrien 14 ff.
– institutioneller Trennungsgrundsatz 9
– Interessenkonflikte 18 f.
– Kompetenzen 11
– Organstruktur 9
– personeller Trennungsgrundsatz 12
– Trennungsgrundsatz 13
– Zusammensetzung und interne Organisation 12
Beirat 5, 165
Dispositives Recht 61, 81, 119, 121 ff., 129, 138, 153, 158, 160 ff., 191
Dualistisches System *siehe* Aufsichtsratsmodell
Entscheidungskosten 29 ff.
– cost of delay 31
– general knowledge 30
– Informationsbeschaffung 29 f.
– Informationsverarbeitung 30 f.
– Informationsverwendung 30 f.
– kapitalistische GmbH 61 ff.
– kollektive Handlungsprobleme *siehe* kollektive Handlungsprobleme
– Lösungsmechanismen in der GmbH 80 f.
– specific knowledge 30
– Unsicherheiten 29
Ergänzenden Vertragsauslegung 119, 156 ff., 160 ff.
Fakultative Organe 120, 126, 131, 133, 153 f., 163 ff., 239
Gesamtverantwortung 16, 133 f., 194, 199, 201 ff., 207, 210, 219, 224 ff., 307
Geschäftsführer
– gesetzliche Anreizmechanismen 83 ff.
– Sorgfaltspflicht 84 ff.
– Treuepflicht 86 f.
Geschäftsführungsverbot
– Aktiengesellschaft 139
– dualistische SE und dualistische SCE 139 ff.
– fakultativer Aufsichtsrat der GmbH 125 ff.
– Genossenschaft 147 ff.
– KAGB 152 f.
– KGaA 141 ff.

- obligatorischer Aufsichtsrat der GmbH 152
- VVaG 151 f.
- Gesellschafterversammlung
 - Entscheidungskosten *siehe* Kollektive Handlungsprobleme
 - Kontrollkompetenzen 87 ff.
 - Leitungskompetenzen 64
 - oberstes Organ der Gesellschaft 64, 183, 186 f., 190, 261, 267, 298, 306
- Gestaltungsfreiheit 21, 51, 119, 123, 154, 163 f., 180, 297

- Haftung
 - Geltendmachung 88 f., 267 ff.
 - Geschäftsführer 84, 88
 - Verwaltungsrat *siehe* Verwaltungsrat in der GmbH

- Informationsasymmetrien 14 ff.
 - Aufsichtsrat 14 ff.
 - Gesellschafterversammlung 33 ff.
 - Kapitalistische GmbH 65 ff., 69 ff., 74
 - unabhängige nicht geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder 112
 - Verwaltungsrat 16 ff.
 - Verwaltungsrat der kapitalistischen GmbH 103 ff.
- Informationsrechte
 - Gesellschafter 81 f.
 - Verwaltungsratsmitglieder
- Interessenkonflikte 18 ff.
 - Aufsichtsrat 18 f.
 - Ausschüsse 114 ff.
 - Gesellschafterversammlung 37 f.
 - gesetzliche Anreizmechanismen in der GmbH 84 ff.
 - gesetzliche Lösungsmechanismen für den Verwaltungsrat der GmbH
 - kapitalistische GmbH 69, 71, 74 ff.
 - kautelarjuristische Lösungsmechanismen für den Verwaltungsrat der GmbH
 - Lead Independent Director 116 f.
 - Lösungsmechanismen für den Verwaltungsrat 19 f.
 - Trennung der Rolle CEO und Verwaltungsratsvorsitzender 116 ff.

- unabhängige nicht geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder 108 ff.
- Verwaltungsrat 19 f.
- Verwaltungsrat der kapitalistischen GmbH 105 ff.
- Interne Kosten der Organisation 22 ff.
 - Agenturkosten 23 ff.
 - Berücksichtigungsfähigkeit in der kautelarjuristischen Methode 42 ff.
 - Effizienz 23
 - Entscheidungskosten *siehe* Entscheidungskosten, kollektive Handlungsprobleme
 - Homo Oeconomicus 23 ff., 32, 37
 - Implementierung in die kautelarjuristische Methode 46 ff.
 - juristisch handhabbare Kriterien 39 ff.
 - kapitalistische GmbH 61 ff.
 - Lösungsmechanismen in der GmbH 80 ff.
 - Shareholder-Value-Ansatz 21
 - Stewardship-Theorie 23
 - unvollständiger Vertrag 25, 40
 - Ziel der Gestaltung 23
 - Zusammenhang zwischen Agentur- und Entscheidungskosten 38

- Kapitalistische GmbH
 - interne Kosten der Organisation 61 ff.
 - Phänotypische Erscheinungsform 54 ff.
- Kautelarjuristische Methode 42 ff.
- Kleingesellschafter 55 ff.
- Kollegialorgane 199, 287, 306
- Kollektive Handlungsprobleme 31 ff.
 - (un)diversifizierter Gesellschafter 34 f., 38, 65 f., 69, 71, 76 f.
 - Effiziente Entscheidungen 32
 - free-rider-problem *siehe* Trittbrettfahrerproblem
 - Gesellschafterkonflikte 37
 - Gesellschafterversammlung 32
 - Informationsdefizite und -asymmetrien 33 ff.
 - Interessenkonflikte 37 ff.
 - kapitalistische GmbH 64 ff.
 - Koordinations- und Einigungskosten 37

- methodischer Individualismus 32
- rationale Apathie 33 ff.
- Relevanz der Größe des Geschäftsanteils 36 f.
- Trittbrettfahrerproblem 35 f.
- Kompetenzübertragung 180 ff.

- Leitbild 14, 171 ff., 177 ff., 190, 195 ff., 255, 259 f., 278

- Monistisches System *siehe* Verwaltungsratsmodell

- Ökonomische Analyse
 - Effizienz 23
 - Entscheidungskosten *siehe* Entscheidungskosten
 - Homo Oeconomicus 23, 26, 32, 37
 - Kaldor/Hicks-Kriterium 23
 - methodischer Individualismus 32
 - Principal-Agent-Theorie *siehe* Principal-Agent-Theorie
 - Shareholder-Value-Ansatz 21
 - Stewardship-Theorie 23
 - unvollständiger Vertrag 25, 40

- Principal-Agent-Theorie 23 ff.
 - Agenturkosten 26 ff.
 - Beziehung 24 ff.
 - Beziehungen im Gesellschaftsrecht 28
 - Informationsasymmetrien 25 f.
 - Interessenkonflikte 25 f.
 - Kapitalistische GmbH 73 ff.
 - Lösungsmechanismen in der GmbH 81 ff.
 - unvollständiger Vertrag 25

- Rechtsökonomische Gestaltung der Binnenorganisation *siehe* interne Kosten der Organisation
- Regelungsquelle 119, 120, 155, 163

- Selbstorganisationsrecht 199, 200, 284
- Stewardship-Theorie 23

- Trennungsgrundsatz 9, 11 ff., 18, 102, 121, 129, 139, 146 f., 150, 164, 214
- Verbandssouveränität 185, 218, 298
- Verwaltungsrat der GmbH
 - Abgrenzung zum fakultativen Aufsichtsrat 154
 - Ausschuss 284 ff.
 - außergewöhnliche Geschäfte 197 f.
 - Beschlussfassung 286 ff.
 - Delegationsbefugnis 199 ff.
 - Delegationsbefugnis, formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen 202 ff.
 - Delegationsbefugnis, materielle Zulässigkeitschranken 200 ff.
 - Einberufungsbefugnis der Gesellschafterversammlung 226 ff.
 - Eingriffspflicht 209 ff.
 - Geschäftsführungskompetenz 192 ff.
 - Haftung bei Zahlungsverbot 248 ff.
 - Informationsrechte 219 ff.
 - Inkompatibilitätsverbot, kein 275 ff.
 - Jahresabschluss Feststellungskompetenz 258 ff.
 - Besetzung mit nicht geschäftsführenden Mitgliedern 277 f.
 - Organhaftung 263 ff.
 - Personalkompetenz 217 ff.
 - Pflichten bei Insolvenzreife 244 ff.
 - Pflichten in der Krise 243 f.
 - Pflichten vor der Krise 237 ff.
 - Publizität 291 ff.
 - Rechnungslegung 253 ff.
 - Stimmverbote 289 f.
 - Trennungsgrundsatz 214
 - Überwachungskompetenz 206 ff.
 - unabhängige nicht geschäftsführende Mitglieder 278 ff.
 - Vertretungsbefugnis 216
 - Weisungsrecht 210 ff.
 - Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen 267 ff.
- Verwaltungsratsmodell
 - Abgrenzung zum Aufsichtsratsmodell 7 ff.
 - funktioneller Vereinigungsgrundsatz 11
 - Informationsasymmetrien 16 ff.
 - Interessenkonflikte 19 f.
 - Kompetenzen 9 ff.
 - Organstruktur 9

- personeller Vereinigungsgrundsatz 12
- Verantwortung für die gesamte Geschäftsführung 10, 192 ff.
- Vereinigungsgrundsatz 13
- Zusammensetzung und interne Organisation 12f.
- Vier-Augen-Prinzip 10, 175 f., 212, 213, 253, 263, 307