

Markus Gortan

**Die Stellung des stellvertretenden
Aufsichtsratsmitglieds**

*Dargestellt unter besonderer Berücksichtigung
fakultativer Aufsichtsräte*

Verlag Dr. Kovac

**Hamburg
2019**

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Der fakultative Aufsichtsrat in der GmbH	5
I. Anwendbares Recht	5
1. Verweis des § 52 Abs. 1 GmbHG auf das Aktiengesetz	5
2. Entstehungsgeschichte	5
3. Lückenfüllung	6
4. Abdingbarkeit des § 52 Abs. 1 und 4 GmbHG	6
II. Organstellung in der Gesellschaft	6
1. Allgemein	6
2. Gesellschafterbeschluss	7
3. Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats	7
a) Der fakultative Aufsichtsrat als Kontrollorgan	7
aa) Abgrenzung zu sonstigen Gremien	7
bb) Der fakultative Aufsichtsrat unter anderem Namen	8
b) Die Kontrolltätigkeit	9
aa) Wesentliche Maßnahmen der Geschäftsführung	9
bb) Nachträgliche und präventive Überwachung	10
(1) Nachträgliche Überwachung	10
(2) Präventive Überwachung	10
cc) Maßstäbe der Überwachung	11
dd) Kontrollinstrumente	11
ee) Einsichts- und Prüfrecht	12
c) Maßnahmen bei Verstößen	12
d) Vertretung der GmbH gegenüber den Geschäftsführern	13
e) Keine Organhaftung	13
f) Bedeutung für die Stellvertretung	13
III. Das Aufsichtsratsmitglied	14

1. Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats	14
2. Bestellung durch Wahl und Entsendung	15
a) Bestellung	15
aa) Bestellung durch Wahl	15
bb) Bestellung durch Entsendung	17
cc) Folgen für die Stellvertretung	17
(1) „Unechte“ Stellvertretung	18
(2) „Echte“ Stellvertretung i.S.d. § 164 BGB	18
b) Amtszeit und Abberufung	18
aa) Allgemein	18
bb) Bedeutung für die Stellvertretung	19
(1) Unechte Stellvertretung	19
(2) Echte Stellvertretung i.S.d. § 164 BGB	19
3. Sitzungen und Beschlüsse des Aufsichtsrats	19
a) Sitzungen	19
aa) Unter Anwesenden	19
bb) Unter Abwesenden	20
b) Teilnahmerecht	21
c) Beschlüsse	21
d) Beschlussfähigkeit	21
e) Bedeutung für die Stellvertretung	22
aa) Unechte Stellvertretung	22
bb) Echte Stellvertretung	22
4. Bekanntmachungspflicht	22
a) Allgemein	22
b) Bedeutung für stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder	23
aa) Echte Stellvertretung	23
bb) Unechte Stellvertretung	23
5. Rechtsstellung des Aufsichtsratsmitglieds zur Gesellschaft	23

a) Korporationsverhältnis mit der Aktiengesellschaft	23
b) Satzungsfreiheit bei der GmbH	25
c) Besonderheiten bei der Entsendung	25
d) Bedeutung für das stellvertretende Aufsichtsratsmitglied	26
aa) Echte Stellvertretung	26
bb) Unechte Stellvertretung	26
6. Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern	26
a) Allgemeine Rechte und Pflichten	26
b) Verschwiegenheitspflicht	27
c) Informationspflicht	27
d) Bedeutung für stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder	28
aa) Echte Stellvertretung	28
bb) Unechte Stellvertretung	28
e) Haftung und Sorgfaltsmaßstab	29
aa) Allgemein	29
bb) Individueller Sorgfaltsmaßstab	29
cc) Folgen für stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder	30
(1) Echte Stellvertretung	30
(2) Unechte Stellvertretung	31
C. Stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder	33
I. Das Ersatzmitglied	33
1. Allgemein	33
2. Gleichzeitige Bestellung	34
3. Rechtsgeschäfte bei Bestellung	34
4. Eintritt bei dauerhaftem Ausscheiden	35
5. Rechtsstellung zur Gesellschaft	35
II. Historie stellvertretender Aufsichtsratsmitglieder und ihr Verbot in der Aktiengesellschaft	36
1. Rechtslage im Aktiengesetz von 1937	36

a) Bedürfnis für eine Vertretung verinderter Mitglieder	36
b) Stellvertretung durch bereits formale Aufsichtsratsmitglieder	37
2. Einführung des Stellvertreterverbots mit dem Aktiengesetz von 1965....	39
a) Verbot der vorübergehenden Stellvertretung	39
b) Schaffung von Stimmbotschaft und Ersatzmitgliedschaft	40
3. Die Rückkehr des Stellvertreters im Amt (unechte Stellvertretung)	41
a) Rückkehr durch verbreitete Satzungsformulierungen	41
b) Rechtsstellung stellvertretender Aufsichtsratsmitglieder	42
aa) Vergleich zu anderen Stellvertreterformen	42
(1) Rechtsstellung von Ersatzmitgliedern	42
(2) Keine Stellvertretung i.S.d. § 164 BGB	43
(3) Rechtsstellung von Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern	45
(a) Allgemein	45
(b) Historische Systematik zwischen stellvertretenden Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern	46
(c) Unterschiedliche Funktionen	47
(d) Kongruenz zwischen stellvertretenden Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern	48
(4) Stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder in Österreich	49
(a) Stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder i.S.d. des deutschen Aktienrechts von 1937	49
(b) Stimmbotschaft und Stellvertretung durch andere Aufsichtsratsmitglieder	49
(5) Stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder in der Schweiz	50
(a) Allgemein	50
(b) Zulässigkeit von Suppleanten	50
(c) Verbot der Stellvertretung	52
bb) Befugnisse bei Eintritt des Vertretungsfalls	52
(1) Wechsel zum ordentlichen Mitglied	52

(2) Prüfung der Geeignetheit	52
(3) Verantwortung wie ein ordentliches Mitglied	53
(4) Rechtsstellung des ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds	53
cc) Befugnisse außerhalb des Vertretungsfalls	54
(1) Offene Haftungsfragen bei der Rückkehr auf die „Ersatzbank" ...	55
(2) Einbeziehung in die Höchstzahl	55
(3) Teilnahme- und Informationsrecht	56
(4) Amtszeit	57
(5) Stimmrecht nur im Vertretungsfall?	57
(6) Angemessene Vergütung	58
dd) Besondere Bedeutung für den fakultativen Aufsichtsrat i.S.d.	
§ 52 Abs. 1 GmbHG	58
(1) Das höchstpersönliche Mandat des unechten Stellvertreters	58
(2) Anmeldung im Handelsregister	58
ee) Stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder in der Genossenschaft	59
ff) Stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder in der AöR	60
c) Nichtigkeit von Bestellungen und Aufsichtsratsbeschlüssen	61
cc) Unwirksame Bestellung	62
(1) Nichtigkeit wegen überbesetztem Aufsichtsrat, § 250 Abs. 1 Nr. 3 AktG	62
(2) Nichtigkeit wegen unzulässiger Mandatsanhäufung, §§ 250 Abs. 1 Nr. 4, 100 Abs. 2 S. 1 AktG	63
(3) Nichtigkeit wegen paritätischer Falschbesetzung in der Genossenschaft, §§ 250 Abs. 1 Nr. 5, 96 Abs. 2 AktG analog	64
dd) Folgen der Nichtigkeit	64
(1) Grundsätzlich nur Anfechtbarkeit	65
(2) Ausnahmsweise Nichtigkeit	66
(3) Fehlerbehaftete Aufsichtsratsbeschlüsse	67
(a) Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit	67

(b) Lehre vom fehlerhaften Organ	68
(c) Ausnahmen von der Lehre vom fehlerhaften Organ	69
(d) Nichtigkeit wegen Ladungsfehlern stellvertretender Aufsichtsratsmitglieder, §§ 241, 121 Abs. 4 AktG analog	70
4. Ergebnis	70
D. Weitere Formen der Stellvertretung in Österreich und in der Schweiz	75
I. Österreich	75
II. Schweiz	75
1. Zulässigkeit der Stellvertretung	76
a) Befürworter	76
b) Stellungnahme	76
2. Voraussetzungen und Rechtsunsicherheiten der Stellvertretung	77
a) Voraussetzungen	77
b) Ablehnung wegen Rechtsunsicherheiten	78
E. Die Stellvertretung in fakultativen Aufsichtsräten in Deutschland i.S.d. §164 BGB	81
I. Kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft	81
1. Gebot der höchstpersönlichen Amtswahrnehmung	82
2. Aufgabenwahrnehmung durch Dritte	82
a) Allgemeines Verbot der Aufgabenübertragung	83
b) Vertretungsverbot des Aufsichtsrats im Fall des § 112 AktG	83
c) Verbot der Aufgabenübertragung des Aufsichtsrats auf einzelne Mitglieder	84
d) Zwischenergebnis	84
e) Vorbereitungshandlungen durch Dritte	84
aa) Ansicht des BGH	85
bb) Ansicht von Lutter/Krieger	85
e) Bedeutung für die Stellvertretung	87
aa) Allgemein	87

bb) Zulässigkeit der Stellvertretung bei Verbleib der Willensbildung beim zu vertretenden Aufsichtsratsmitglied (Stimmbotschaft)	87
f) Verschwiegenheitspflicht	88
aa) Ansicht des BGH	88
bb) Stellungnahme	88
cc) Bedeutung für stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder	89
3. Weisungsunabhängigkeit des Aufsichtsrats	90
a) Weisungsverbot in der Aktiengesellschaft	91
b) Generelle Weisungsfreiheit in der GmbH und ausdrückliche Weisungsbindung im Gesellschaftsvertrag	92
c) Generelle Weisungsbindung und Weisungsrecht kraft Auslegung	93
d) Folgen des Weisungsrechts	94
aa) Kein „Aufsichtsrat“ im Rechtsverkehr	95
bb) Weiterhin „Aufsichtsrat“ im Rechtsverkehr	95
(1) Besonderheit der Ein-Personen-GmbH	96
(2) Beurteilung nach dem Umfang der Weisungsbefugnisse	97
e) Stellungnahme	97
f) Auswirkung für die Stellvertretung	100
aa) Zulässige Formen der Weisung	100
(1) Gesellschaftsfremder Dritter	101
(2) Vertretung durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied	101
(3) Rechtsunsicherheiten	101
bb) Unzulässigkeit der Weisung im Praxismodell	102
4. Verstoß der Stellvertretung gegen die höchstpersönliche Aufgabenwahrnehmung	103
a) Bei Aufsichtsratsmitgliedern mit höchstpersönlichem Mandat	103
b) Ausnahme bei sonstigen Aufsichtsräten	103
II. Abgabe einer eigenen Willenserklärung	103
1. Stimmbotschaft	104

2. Abgabe einer eigenen Willenserklärung	104
III. In fremden Namen	104
IV. Mit Vertretungsmacht	104
1. EinzelVollmacht bei jeder Vertretung	105
2. Keine Mischform aus Substitution und Stellvertretung i.S.d. § 164BGB	105
3. Ablehnung aufgrund von generellen Rechtsunsicherheiten	107
4. Ergebnis	108
F. Schlusswort	109