

## 4. Aufsichtsrat in der GmbH

schafterversammlung, mangels eines Verweises auf § 172 AktG aber nicht die Mitwirkung an der Feststellung.

Es ist diskutiert worden, ob der Gesellschaftsvertrag hinsichtlich des Jahresabschlusses etwas anderes vorsehen könnte. Man muss sich hier noch einmal vor Augen führen, dass die Berichtspflicht in der GmbH keine Bring-, sondern Holschuld des Aufsichtsrates ist. Für den Aufsichtsrat ist es dann sicherlich eine ganz wesentliche Einschränkung, wenn er den Jahresabschluss nicht erhält. Bei einer Abbedingung des § 171 AktG entfällt aber auch der in § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG vorgesehene Bericht des Abschlussprüfers im Aufsichtsrat.

Zwischen der Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführer und der Prüfung des Jahresabschlusses besteht ein enger Zusammenhang. Deshalb wird vertreten, dass auch die Prüfung des Jahresabschlusses unverzichtbarer Teil der Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates sei<sup>395</sup>. Bestätigt wird dies auch durch § 42a Abs. 1 Satz 3 GmbHG<sup>396</sup>. Dort heißt es zur Vorlage des Jahresabschlusses an die Gesellschafterversammlung:

*„Hat die Gesellschaft einen Aufsichtsrat, so ist dessen Bericht über das Ergebnis seiner Prüfung ebenfalls unverzüglich vorzulegen.“*

Die Regelungen zum Jahresabschluss dürften also nicht abdingbar sein.

### 4.2.4 Pflichten des Aufsichtsrats

#### 4.2.4.1 Sorgfaltspflicht

§ 52 Abs. 1 GmbHG verweist auf § 116, der auf § 93 AktG weiter verweist. Eingeschränkt wird der Verweis durch die Begrenzung auf die Absätze 1 und 2 – Satz 1 und 2 – des § 93 AktG.

Durch den Verweis auf § 93 Abs. 1 Satz 1 hat der Aufsichtsrat die geschäftlichen Aufgaben wie ein ordentlicher und sorgfältiger Geschäftsleiter wahrzunehmen. Insofern besteht ein sprachlicher Unterschied zur Verpflichtung der Geschäftsführung nach § 43 Abs. 1 GmbHG auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Aufgefangen wird dies dadurch, dass durch den weiteren Verweis auf § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG für den Aufsichtsrat wiederum Bezug genommen wird auf die business judgement rule.

Dabei hat der BGH auch für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes auf die der sog. business judgement rule entsprechenden Grundsätze Rückgriff genommen<sup>397</sup>. Es sind *„alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“* auszuschöpfen. Auf dieser Basis sind *„die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen“* sorgfältig abzuschätzen und ist den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen.

Damit entspricht die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrates wiederum – unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Aufgaben – der der Geschäftsführung.

#### 4.2.4.2 Verschwiegenheitspflicht

##### 4.2.4.2.1 Kein Verweis auf § 394 AktG

§ 52 Abs. 1 GmbHG verweist auf §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG. Auch das Aufsichtsratsmitglied im Aufsichtsrat einer GmbH ist – sowohl durch den Verweis auf § 116 Satz 2 AktG, als auch durch den Verweis auf § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG – verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse Stillschweigen zu bewahren<sup>398</sup>. Was allerdings im § 52

395 Zöllner/Noack in Baumbach 113 zu § 52.

396 Vgl. Großfeld, AG 1987 S. 293 ff., 295.

397 BGH vom 14. 7. 2008 – II ZR 202/07 –.

398 Vgl. Erker/Freund, GmbHR 2001 S. 463 ff.

## 4.2 GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat

GmbHG fehlt, ist ein Verweis auf §§ 394, 395 AktG. Artikel 4 des sog. VorstKoG sollte dies ändern, indem der Verweis auf beide Vorschriften in den § 52 Abs. 1 GmbHG aufgenommen wird. Dieser Gesetzesentwurf ist den politischen Auseinandersetzungen im Bundestag zum Opfer gefallen. Wir können aber gerade deswegen nur dringend anraten, eine entsprechende Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.

### 4.2.4.2.2 Auskunftsanspruch der Kommune

Auch hier ergeben sich aus dem GmbHG weitergehende Fragen für das Verhältnis Aufsichtsratsmitglied zu der Kommune als Gesellschafter. § 51a GmbHG bestimmt:

*„(1) Die Geschäftsführer haben jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten.“*

Zu den Unterlagen, deren Einsicht der Gesellschafter verlangen kann, gehören nach dem Beschluss des BGH vom 6.3.1997<sup>399</sup> auch die Protokolle des Aufsichtsrates. Der BGH be ruft sich auf die weite Auslegung des Begriffes „Schriften“:

*„Die Protokolle des Aufsichtsrates der Antragsgegnerin gehören, . . . , zu den Gegenständen, auf die sich das Informationsrecht der Gesellschafter erstreckt. . . Schriften der Gesellschaft i. S. v. § 51a Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind . . . alle geschriebenen Geschäftsunterlagen . . .“.*

Insofern ist das Aufsichtsratsmitglied zur Verschwiegenheit über die Sitzung verpflichtet, während der Vertreter in der Gesellschafterversammlung über den Auskunftsanspruch Einblick gewinnen kann, allerdings nach Auffassung des BGH dann selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

### 4.2.4.2.3 Öffentliche Aufsichtsratssitzung

Der Gesetzgeber hatte in der sog. zweiten Aktienrechtsnovelle die Möglichkeit der Kommunen vorgesehen, eine öffentliche Aufsichtsratssitzung einzuführen. Die Aktienrechtsnovelle 2011 sah als Entwurf die Einführung eines Satz 4 des § 394 AktG vor, der es den Kommunen ermöglicht hätte, eine öffentliche Aufsichtsratssitzung einzuführen. Diese Absicht hat der Gesetzgeber zwar mittlerweile aufgegeben. Mit diesem Entwurf verbindet sich aber dann die Frage, ob nicht bereits § 52 Abs. 1 GmbHG eine ähnliche Regelung ermöglicht<sup>400</sup>. Wir wollen die gesamte Diskussion hier nicht aufrollen, das wäre ein eigenes Buch, von daher beschränken wir uns hier auf die „Grundstränge“.

Die öffentliche Hand beschließt über die Gebührenerhöhungen, z. B. bei Abwasser oder Abfall in der Regel auf der Basis einer Gebührenkalkulation in öffentlicher Sitzung. Diese Erhöhungen „stellen“ sich der Öffentlichkeit. Dagegen wird z. B. über die Preise für Strom, Gas, Fernwärme oder Trinkwasser, die von Stadtwerken als AG, vor allem aber als GmbH geliefert werden, in nichtöffentlicher Sitzung des Aufsichtsrates beschlossen. Mit der Formenwahl ist also in der Regel ein Verlust an Transparenz verbunden, dessen Ausgleich eingefordert wurde<sup>401</sup>.

399 BGH, Beschl. vom 6.3.1997, ZIP 1997 S. 978; man darf sich insofern nicht von der Bezugnahme auf das Mitbestimmungsgesetz täuschen lassen. Der BGH stellt diesen Grundsatz für den fakultativen Aufsichtsrat auf und führt dann aus, dass sich aus dem Mitbestimmungsgesetz nichts anderes ergibt. Der Leitsatz ist insofern missverständlich.

400 In diese Richtung weist der Erlass des Innenministeriums NRW vom 29.7.2014 zu Weisungsrecht und Unterrichtungspflicht – S. 4.

401 BayVGH vom 8.5.2006 – 4 BV 05.756 –, LG Freiburg vom 8.12.2004 – 10049/04 –, Ziegelmeier, LKV 2005 S. 338 ff. Seibert, Gastkommentar, DB Heft 46/10, der von „maßgeschneiderten Lösungen“ für die Kommunen spricht.

#### 4. Aufsichtsrat in der GmbH

Wer die Entrüstung erlebt hat, die der Entwurf zum AktG in der Praxis ausgelöst hat, weiß, dass er aber gut beraten ist, die Frage zu verneinen<sup>402</sup>. Die Aufsichtsratsmitglieder sollen vertrauensvoll im Vorfeld mit der Geschäftsführung zusammenarbeiten, sich mit der Geschäftsführung beraten. Dies bedingt, dass die Geschäftsführung sich darauf verlassen kann, dass Informationen im Aufsichtsrat bleiben. Die GmbH steht im Zivilrecht in der Regel im Konkurrenzverhältnis zu anderen Anbietern. Würden die Informationen aus der Geschäftsführung im Aufsichtsrat nicht vertraulich behandelt, könnte die Gesellschaft schweren Schaden erleiden.

Wie hoch die Verschwiegenheitspflicht einzuordnen ist, zeigt ein vom VG Berlin entschiedener Fall. Ein Journalist verlangte auf der Grundlage des sog. Informationsfreiheitsgesetzes Einsicht in die Aufsichtsratsprotokolle der Flughafen Berlin-Brandenburg GmbH zum Bau des neuen Flughafens. Das lehnte das VG wegen der Verschwiegenheitspflicht der – von den Ländern – entsandten Aufsichtsratsmitglieder ab und verneinte auch einen Anspruch nach dem Berliner Pressegesetz<sup>403</sup>.

Die Verschwiegenheitspflicht gehört zu den Grundpflichten, die für uns nicht abdingbar sind, und ist dementsprechend auch gemäß § 85 GmbHG strafbewehrt. Mit der Aktienrechtsnovelle 2012 hat der Gesetzgeber seine Absicht aufgegeben, womit das Thema eigentlich „gegessen“ sein sollte.

##### 4.2.4.3 Treuepflicht

Wie allen Mitgliedern in Gesellschaftsorganen obliegt auch dem Mitglied im Aufsichtsrat eine Treuepflicht<sup>404</sup>. Auch für den Aufsichtsrat in der GmbH gilt nach § 52 Abs. 1 GmbHG die Vorschrift des § 111 Abs. 5 AktG. Die Aufsichtsratsmitglieder sind gesellschaftsrechtlich ungebunden. § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW verpflichtet die Kommune, im Gesellschaftsvertrag eine Weisungsgebundenheit der kommunalen Aufsichtsratsmitglieder vorzusehen<sup>405</sup>.

In NRW hat es diesbezüglich ein Gerichtsverfahren gegeben, das letztendlich vom BVerwG entschieden wurde<sup>406</sup>. Bei Stadtwerken stand eine Erhöhung der Erdgas- und Wärmeabgabepreise an. Der Haupt- und Finanzausschuss der betroffenen Stadt erteilte den Aufsichtsratsmitgliedern die Weisung, dieser Erhöhung nicht zuzustimmen<sup>407</sup>. Die Aufsichtsratsmitglieder klagten, um sich im Aufsichtsrat der GmbH nicht dem Vorwurf einer Treuepflichtverletzung ausgesetzt zu sehen.

Nachdem das OVG Münster in seinem Beschl. vom 21.5.2002 seine bis dahin geltende Rechtsprechung bekräftigt und die Aufsichtsratsmitglieder als weisungsfrei bezeichnet

402 Vgl. z. B. Wasse, Der Aufsichtsrat 2011 S. 100 f., Roreger, Der Aufsichtsrat 2011 S. 102 f., Bungert, ZIP 2012 S. 297 ff., 302 – vgl. letztendlich auch Seibert/Böttcher, ZIP 2012 S. 12 ff., 16/17.

403 <http://beck-aktuell.beck.de/news/vg-berlin-keine-akteneinsicht-in-aufsichtsratsprotokolle-zu-verschiebung-des-flughafens-berlin> zu VG Berlin vom 13.11.2003 – 2 K 41.13 –, hier zitiert nach der Pressemitteilung 40/2013 des Verwaltungsgerichts, kritisch in einem obiter dictum zur Parallelvorschrift des BbgPresseG das VG Cottbus, LKV 2013 S. 524 ff., 527, ebenfalls zur Herausgabe von Informationen zum Flughafenbau, die dem Aufsichtsrat vorlagen. Nunmehr entschieden in dem Beschl. des OVG Berlin-Brandenburg vom 1.4.2014 – 12 S 77.13 –, der im Beschwerdeverfahren den Beschluss des VG Berlin bestätigt hat.

404 Zöllner/Noack in Baumbach, 68 zu § 52.

405 Vgl. § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW, § 87 Abs. 3 Nr. 3 GemO RhPf, Art. 93 Abs. 2 Satz 2 BayGO, im Übrigen eine Diskussion, die sich für alle anderen Länder ergibt, die eine Weisung vorsehen, also Hessen § 125 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 3 HGO, Sachsen-Anhalt § 131 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 Satz 5 KVG LSA, § 71 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 5 KV MV, Saarland § 114 Abs. 4, Abs. 1 Satz 2 KSVG, Schleswig-Holstein §§ 104 Abs. 2, 25 Abs. 1 GO.

406 Vgl. BVerwG vom 31.8.2011 – 8 C 16.10 –.

407 Vgl. zum Sachverhalt das erstinstanzliche Urt. des VG Arnberg vom 13.7.2007 – 12 K 3965/06 –.



## 4.2 GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat

hatte<sup>408</sup>, rückte das Gericht bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hiervon teilweise ab<sup>409</sup>. Gleichwohl betonte das Gericht:

*„die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zum Wohl der Gesellschaft begrenzt die Weisungsgebundenheit der vom Rat entsandten Vertreter im Aufsichtsrat“.*

Den nächsten Schritt ging das OVG dann im Hauptsacheverfahren und bestätigte die Abweisung der Klage der Aufsichtsratsmitglieder gegen die Weisung der Stadt durch das VG Arnsberg<sup>410</sup> und wurde seinerseits durch die Entscheidung des BVerwG bestätigt.

Dass es für kommunale Aufsichtsratsmitglieder bei diesem Wirrwarr nicht leicht war und ist, die Treuepflicht im fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH bei einer Konkurrenz zwischen kommunaler Weisung und Gesellschaftswohl zu bestimmen, ist verständlich.

Die juristischen Einzelheiten wollen wir wegen des engen Zusammenhanges im Kommunalrecht diskutieren. Nur so viel zum Gesellschaftsrecht: Das Gesellschaftsrecht als Bundesrecht geht dem Kommunalrecht nach Art. 31 GG vor. Gesellschaftsrechtlich hat das Aufsichtsratsmitglied nach der gesetzlichen Regelung der §§ 52 Abs. 1 GmbHG, 111 Abs. 5 AktG dem Wohl der Gesellschaft den Vorrang einzuräumen. Die Frage ist allein, ob bei entsprechender Vorgabe des Kommunalrechts *„im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt“* werden kann.

### 4.2.5 Rechte des Aufsichtsrats

#### 4.2.5.1 „Grundrechte“

Der Aufsichtsrat kann kraft der Verweisung des § 52 Abs. 1 GmbHG

- Berichte anfordern – § 90 Abs. 3 AktG,
- den Abschlussprüfer bestellen – § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG,
- Bücher und Unterlagen einsehen – § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG,
- die Hauptversammlung einberufen – § 111 Abs. 3 AktG.

Insofern dürfte eine elementare Verbindung zur Kontrollaufgabe des Aufsichtsrates bestehen, so dass eine Abbedingung nicht in Betracht kommt<sup>411</sup>.

#### 4.2.5.2 Zustimmungsvorbehalt

Die Bandbreite, die in der GmbH bezüglich der Rechtsstellung des Aufsichtsrates bestehen, zeigen die folgenden Diskussionspunkte. Zum einen steht die Frage im Raum, ob man für den Aufsichtsrat der GmbH ausschließt, dass dieser Geschäfte seiner Zustimmung unterwirft. Dann ist der Aufsichtsrat ein zahnloser Tiger. Zum anderen wird diskutiert, ob man nicht in Abweichung von den aktienrechtlichen Vorschriften dem Aufsichtsrat Geschäftsführungsaufgaben übertragen kann. Dies relativiert dann die Stellung der Geschäftsführung.

##### 4.2.5.2.1 Abbedingung

Der Gesellschaftsvertrag oder der Aufsichtsrat kann bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen – §§ 52 Abs. 1 GmbHG, 111 Abs. 4 AktG. Seit dem 1. 1. 2003 muss der Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass bestimmte Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen – § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

408 OVG Münster, Beschl. vom 21. 5. 2002 – 15 B 238/02 –.

409 OVG Münster, Beschl. vom 12. 12. 2006 – 15 B 2625/06 –.

410 OVG Münster, Urt. vom 24. 4. 2009 – 15 A 2592/07 –, BeckRS 2009 33745.

411 Dies dürfte auch für die Bestellung von Abschlussprüfern gelten. Die Regelung ist zwar erst durch das KonTraG eingeführt worden, ist aber wegen der Entstehungsgeschichte der Vorschrift – Reaktion auf das Balsam-Urteil des LG Bielefelds – nicht aufspaltbar.

#### 4. Aufsichtsrat in der GmbH

Es bleibt aber die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag diese Befugnis für den Aufsichtsrat abbedingen oder einschränken kann<sup>412</sup>. Wie bei der Stellung der Mitglieder im Aufsichtsrat der AG dargelegt, besteht auch hier eine enge Beziehung zur Aufgabe der Überwachung. Die Überwachung durch den Aufsichtsrat wird beim Ausschluss des Zustimmungsvorbehaltes ggf. eines wesentlichen Mittels zu einer vorausschauenden, schadensverhütenden Tätigkeit beraubt. Insofern konzedieren selbst die Befürworter eines Ausschlusses:

*„Einzuräumen ist allerdings, dass von einer Aufsichtsratsfunktion nicht mehr gesprochen werden kann, wenn er sämtlicher Möglichkeiten beraubt wird, Missstände anzuprangern ...“*<sup>413</sup>.

Gemäß § 35a Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist auf Geschäftsbriefen der Vorsitzende des Aufsichtsrates zu nennen. Von daher wird im Rechtsverkehr ein Vertrauen erweckt, dass es ausschließen dürfte, den Aufsichtsrat zum „zahnlosen Tiger“ zu machen.

Es erscheint deshalb gerade auch nach der Veränderung des §§ 111 Abs. 4 AktG durch das TransPuG sehr zweifelhaft, inwieweit die Befugnis des Aufsichtsrates, Geschäfte dem Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen, durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann.

##### 4.2.5.2.2 Ausdehnung bis zur Geschäftsführung

Der Verweis des § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 114 Abs. 4 Satz 1 AktG zeigt, dass auch in der GmbH dem Aufsichtsrat grundsätzlich keine Geschäftsführungsaufgaben zustehen. Es soll jedoch zulässig sein, durch den Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat einzelne Aufgaben der Geschäftsführung zu übertragen<sup>414</sup>. Die theoretische Diskussion zu diesem Thema soll hier nicht weiter vertieft werden<sup>415</sup>. Die Vertretung kann dem Aufsichtsrat insofern nicht übertragen werden, da die diesbezüglichen Befugnisse der Geschäftsführer nach § 37 Abs. 2 GmbHG nicht eingeschränkt werden können. Die Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat wirkt ebenso wie der Zustimmungsvorbehalt nur gesellschaftsintern. Bei der Übertragung der Geschäftsführung kann die Entscheidung des Aufsichtsrates aber im Gegensatz zur Regelung beim Zustimmungsvorbehalt – von der sog. Satzungsdurchbrechung abgesehen – nicht ersetzt werden<sup>416</sup>.

Da der Gesellschaftsvertrag nach § 37 Abs. 1 GmbHG auch die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer vorsehen kann, sollte in einem begrenzten Umfang auch die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf den Aufsichtsrat möglich sein, soweit die Grundaufgaben der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats – Überwachung – insbesondere durch den Umfang der Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben nicht beeinträchtigt bzw. der Aufsichtsrat vom Überwachungs- zum Geschäftsführungsorgan wird<sup>417</sup>. Dabei wird die Überwachung des Aufsichtsrates als geschäftsführender Einrichtung der Gesellschafterversammlung zufallen. Allerdings sollte die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben eher die Ausnahme bilden.

412 Vgl. zur Diskussion *Spindler* in MK, 328 zu § 52 m. w. N.

413 Vgl. *Spindler*, a. a. O.

414 *Zöllner/Noack* in Baumbach, 123 zu § 52.

415 So rügt z. B. *Scholz/Schneider*, 256 zu § 52 den Widerspruch, der darin liegt, dass der Geschäftsführer nicht Aufsichtsratsmitglied werden soll, dem Aufsichtsrat aber Geschäftsführungsaufgaben übertragen werden sollen. Allerdings werden hier zwei Dinge vermischt, indem im einen Fall Geschäftsführung und Überwachung in einer Person zusammenfallen, während im anderen Fall die Gesellschafterversammlung überwachendes Organ ist.

416 Die Gesellschafterversammlung müsste den Gesellschaftsvertrag ändern, was u. a. eine Eintragung im Handelsregister voraussetzt. Erst dann könnte die Gesellschafterversammlung an Stelle des Aufsichtsrates entscheiden. Zur sog. Satzungsdurchbrechung vgl. die Ausführungen unter Erl. 4.2.

417 Vgl. im Ergebnis ebenso *Großfeld/Brondics*, AG 1987 S. 293 ff., 296.

### 4.2.6 Vergütung

*„Die Mitglieder des Aufsichtsrates haben Anspruch auf Erstattung ihrer Auslagen. Darüber hinaus erhalten sie eine jährliche Vergütung, die durch Beschluss der Gesellschafterversammlung festgesetzt wird“.*

Auch den Mitgliedern des Aufsichtsrats in der GmbH kann eine Vergütung gewährt werden, §§ 52 Abs. 1 GmbHG, 113 AktG. Vielfach findet sich bei GmbHs insofern der Begriff der „Aufwandsentschädigung“<sup>418</sup> oder „Sitzungspauschale“<sup>419</sup>. Wir hatten zur AG schon dargelegt, dass die Vergütung nicht auf eine reine Aufwandsentschädigung beschränkt sein muss<sup>420</sup>. Für die GmbH gilt das Gleiche, weil in § 52 GmbHG auf § 113 AktG Bezug genommen wird, also für die Höhe der Vergütung nicht nur der mit den Aufgaben verbundene Aufwand, sondern auch die Lage der Gesellschaft maßgeblich ist.

Letztendlich ist auch hier nicht maßgeblich, wie der Gesellschaftsvertrag „das Kind“ nennt, sondern was letztendlich dem zu zahlenden Betrag zugrunde gelegt wird.

### 4.2.7 Entlastung

§ 52 Abs. 1 GmbHG verweist weder auf die Vorschrift des § 93 Abs. 4 AktG, noch auf § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG. Für die Aufsichtsratsmitglieder der GmbH gibt es eine Entlastung – i. d. R. durch jährlichen Beschluss der Gesellschafterversammlung –, die bei der GmbH anders als bei der AG für die Aufsichtsratsmitglieder, wie für die Geschäftsführer, Verzichtswirkung haben kann<sup>421</sup>. Der BGH hat in seinem Ur. vom 20.5.1985 dazu ausgeführt<sup>422</sup>:

*„Im Recht der GmbH hat die Entlastung ferner zur Folge, daß die GmbH mit Ersatzansprüchen und Kündigungsgründen ausgeschlossen ist, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung aller Vorlagen und Berichte erkennbar sind oder von denen alle Gesellschafter privat Kenntnis haben . . .“.*

Besonders wichtig ist hier also, dass die Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Entlastung von den wesentlichen Umständen Kenntnis hatten. Dann dürfte aber nach Erteilung der Entlastung die Haftung erlöschen.

### 4.2.8 Abberufung

Hinsichtlich der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern wird durch § 52 Abs. 1 GmbHG auf §§ 103 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG verwiesen.

Auch wenn ein Verweis auf § 103 Abs. 2 Satz 1 AktG fehlt, können entsandte Mitglieder von dem Entsendungsberechtigten abberufen werden, soweit der Gesellschaftsvertrag die Entsendung vorsieht<sup>423</sup>. Da die Entsendung wegen des fehlenden Verweises nur durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden kann, liegt es allerdings sehr nahe, hier auch gleich eine Regelung für die Abberufung des entsandten Mitglieds mit aufzunehmen.

Ein Verweis auf die Abberufung auf Betreiben der Gesellschaft durch das Gericht aus wichtigem Grund gemäß § 103 Abs. 3 AktG fehlt ebenfalls. Auch insofern wird vieles dis-

418 Vgl. § 9 Abs. 9 des Gesellschaftsvertrages Gemeinschaftsstadtwerke Kamen – Bönen – Bergkamen mbH.

419 Vgl. § 18 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages der Wirtschaftsförderungsgesellschaft Kreis Unna mbH.

420 Vgl. BFH vom 4.5.1994, BB 1994 S. 1844, vom 9.10.1996, GmbHR 1997 S. 374 f. und Zöllner/Noack in Baumbach, 61 zu § 52.

421 Scholz/Schneider, 525 zu § 52, Zöllner/Noack in Baumbach, 79 zu § 52.

422 BGH, Ur. vom 20.5.1985, NJW 1986 S. 129 f., aber auch Ur. vom 21.4.1986, NJW 1986 S. 2250 ff.

423 Zöllner/Noack in Baumbach, 49 zu § 52.