

# DER BEIRAT IN MITBESTIMMTEN FAMILIENUNTERNEHMEN

## WIE MAN DESSEN VORTEILE FÜR EINE FUNKTIONIERENDE UNTERNEHMENSORGANISATION NUTZBAR MACHEN KANN

VON DR. THOMAS FROHNMAYER UND ANTON RETTENMAYR

### ABSTRACT

Der Jubilar ist Mitglied und Vorsitzender von Beiräten einer ganzen Reihe bedeutender Familienunternehmen. Zudem hat er eine Vielzahl von Familienunternehmen mit maßgeschneiderten Beiratsverfassungen ausgestattet und sich in verschiedenen Beiträgen mit der Einrichtung und der Rolle von Beiräten befasst.<sup>1</sup> Mit den nachstehenden Ausführungen sollen dem Werk des Jubilars einige Überlegungen zur Einrichtung und Ausgestaltung eines Beirats in mitbestimmten Familienunternehmen hinzugefügt werden.

### I. Familienunternehmen und unternehmerische Mitbestimmung

Die unternehmerische Mitbestimmung ist für größere Familienunternehmen in ihren Strukturüberlegungen ein dauerhafter Begleiter. Da sie auf anonyme Großunternehmen zugeschnitten ist, versuchen Familienunternehmen aus guten Gründen, die der Jubilar mehrfach beschrieben hat<sup>2</sup>, die Mitbestimmung zu vermeiden. Die Vorteile der Unabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit stehen für den Familienunternehmer in der Regel im Vordergrund. Es kommt jedoch immer wieder vor, dass die vielfältigen Wege zur Vermeidung der unternehmerischen Mit-

bestimmung aus unterschiedlichen Gründen nicht in Betracht kommen oder ein Familienunternehmen bereits der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt und diese nicht mehr ohne Weiteres wieder beseitigen kann. Für diese Familienunternehmen stellt sich dann die Frage, ob neben dem mitbestimmten Aufsichtsrat ein bereits etablierter Beirat fortbestehen oder ein Beirat neu eingerichtet werden kann, um dessen Vorteile für eine funktionierende Unternehmensorganisation nutzbar zu machen.

Für Familienunternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft gilt die Formenstrenge des § 23 Abs. 5 AktG: Die Satzung kann von den Vorschriften des AktG nur abweichen, wenn dies ausdrücklich zugelassen ist. Ein „echter“ Beirat als Gesellschaftsorgan ist daher bei einer Aktiengesellschaft nicht zulässig.<sup>3</sup> Vielmehr kommen einem mitbestimmten Aufsichtsrat bei einer Aktiengesellschaft sämtliche Kompetenzen eines Aufsichtsrats nach dem AktG zu. Gesellschaften bürgerlichen Rechts, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften werden als Personengesellschaften von den Mitbestimmungsgesetzen (s. hierzu sogleich) nicht (unmittelbar) erfasst. Sie müssen selbst keinen mitbestimmten Aufsichtsrat einrichten. Bei Familienunternehmen, die als Personengesellschaften organisiert sind, stellt sich insofern die Frage nicht, ob ein Beirat neben einem mitbestimmten Aufsichtsrat eingerichtet werden kann. Dieser Beitrag konzentriert sich daher auf Familienunternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die einen mitbestimmten Aufsichtsrat einrichten müssen.

1 Vgl. beispielsweise Kirchdörfer, Der Beirat in Familienunternehmen, Brückenschlag zwischen Rationalität und Emotionalität, Witten 2018; Hennerkes/Kirchdörfer, Die Familie und ihr Unternehmen, Frankfurt am Main/New York 2015, S. 362 ff.  
2 Vgl. etwa Hennerkes/Kirchdörfer, a.a.O., S. 99 und 113.

### INHALT

- I. Familienunternehmen und unternehmerische Mitbestimmung
- II. Grundlagen der unternehmerischen Mitbestimmung
  1. Drittelbeteiligungsgesetz
  2. Mitbestimmungsgesetz
- III. Der Beirat in Familienunternehmen
- IV. Der Beirat neben einem mitbestimmten Aufsichtsrat
  1. Zulässigkeit
  2. Personelle Besetzung des Beirats
  3. Mögliche Kompetenzen des Beirats
    - a) Überwachung
    - b) Informationsrechte
    - c) Beratung
    - d) Personalkompetenz
    - e) Zustimmungsvorbehalte
    - f) Weisungsrecht
    - g) Ergebnis
- V. Fazit

### II. Grundlagen unternehmerischer Mitbestimmung

Eine Verpflichtung für Familienunternehmen, einen mitbestimmten Aufsichtsrat einzurichten, kann sich aus dem Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittel-

3 Habersack, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 6. Auflage 2023, § 95 AktG Rn. 6.

beteiligungsgesetz – DrittelbG) oder dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) ergeben.

### 1. Drittelbeteiligungsgesetz

Nach dem DrittelbG hat eine GmbH mit in der Regel mehr als 500 inländischen Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 DrittelbG) einen Aufsichtsrat einzurichten. Der Aufsichtsrat hat zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern zu bestehen (§ 4 Abs. 1 DrittelbG). Bei der Ermittlung der erforderlichen Anzahl an inländischen Arbeitnehmern werden Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften einer (herrschenden) GmbH grundsätzlich nicht zugerechnet. Es kommt also nur auf die inländischen Arbeitnehmer an, die eine GmbH selbst beschäftigt.<sup>4</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht oder das abhängige Unternehmen in das Unternehmen der (herrschenden) GmbH eingegliedert ist (§ 2 Abs. 2 DrittelbG). Das Bestehen eines (reinen) Gewinnabführungsvertrags führt also nicht zur Zurechnung der Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft zur (herrschenden) GmbH für Zwecke der Mitbestimmung nach dem DrittelbG.

Zu den Aufgaben eines nach dem DrittelbG mitbestimmten Aufsichtsrats einer GmbH gehören die Überwachung der Geschäftsführer (§ 111 Abs. 1 AktG) und die Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern (§ 112 AktG). Außerdem hat der Aufsichtsrat bestimmten Arten von Geschäften zuzustimmen, welche die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Zur wirksamen Ausübung seiner Rechte stehen dem Aufsichtsrat gegenüber der GmbH Informations-, Prüfungs- und Einsichtnahme-rechte sowie gegenüber der Gesellschafterversammlung Teilnahme- und Rederechte zu. Der nach dem DrittelbG mitbestimmte Aufsichtsrat hat insbesondere den Jahres- und ggf. den Konzernabschluss zu prüfen und der Gesellschafterversammlung einen Vorschlag über die Verwendung des Bilanzgewinns zu unterbreiten (§ 170, 171 AktG). Die Feststellung des Jahresabschlusses gehört hingegen nicht zu den Kompetenzen des mitbestimmten Aufsichtsrats. Dagegen fällt es in den Aufgabenbereich des mitbestimmten Aufsichtsrats, dem Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag zu erteilen.

Die Überwachungsaufgabe des mitbestimmten Aufsichtsrats beschränkt sich nicht auf eine rein nachträgliche Kontrolle. Der Aufsichtsrat hat vielmehr die Möglichkeit und die Pflicht zur Beratung der Geschäftsführung bei Entscheidungen über die künftige Unternehmenspolitik. Dem entspricht die Pflicht der Geschäftsführer, sich beraten zu lassen. Diese Beratungsaufgabe bezieht sich allerdings nur auf die strategische Unterneh-

menführung, nicht auf das operative Geschäft.<sup>5</sup> Dem mitbestimmten Aufsichtsrat steht zudem kein Weisungsrecht in Geschäftsführungsfragen zu.

### 2. Mitbestimmungsgesetz

Beschäftigt eine GmbH in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 MitbestG), so hat sie einen Aufsichtsrat einzurichten, dem mindestens je sechs Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner und der Arbeitnehmer (davon vier Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften) angehören, § 7 Abs. 1, 2 MitbestG). Nach § 5 Abs. 1 MitbestG werden alle inländischen Arbeitnehmer in einem Konzern der herrschenden GmbH zugerechnet.

Über die Zuständigkeiten eines nach dem DrittelbG mitbestimmten Aufsichtsrats hinaus kommt dem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat einer GmbH die Personalkompetenz zu. Es ist dann Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführer zu bestellen und abzuberufen sowie die Anstellungsverträge mit diesen abzuschließen. Der Aufsichtsrat entscheidet dabei zunächst mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen seiner Mitglieder. Bei einer zweiten Abstimmung genügt die einfache Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder. Erst bei der dritten Abstimmung kommen dem Aufsichtsratsvorsitzenden zwei Stimmen zu, sodass sich (erst dann) – beispielsweise bei der Bestellung eines Geschäftsführers – die Anteilseignerseite gegen die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durchsetzen kann.

Die dem Aufsichtsrat nach dem DrittelbG bzw. dem MitbestG zugeschriebenen Kompetenzen sind zwingend; sie lassen sich durch eine Gestaltung des Gesellschaftsvertrags nicht ändern.

### III. Der Beirat in Familienunternehmen

In vielen Familienunternehmen ist ein Beirat als Beratungs- und Kontrollgremium installiert. Die Gründe hierfür sind vielfältig.<sup>6</sup> Oft geht es darum, mit den (externen) Mitgliedern des Beirats unternehmerische Erfahrung und (zusätzliches) Know-how an das Familienunternehmen zu binden. Des Weiteren kann ein Beirat bei anhaltenden Meinungsverschiedenheiten und Patt-situationen unter den Gesellschaftern vermitteln und die Handlungsfähigkeit des Unternehmens sicherstellen. Bei einem Fremdmanagement kommt dem Beirat auch eine Brückenfunktion zu den Eigentümern zu. Qualifizierte Manager meiden Familienunternehmen nicht selten auch deshalb, weil sie fürchten, in Auseinandersetzungen zwischen unterschiedlichen Interessen der Gesellschafter hineingezogen zu werden. Schließlich kommt einem Beirat im Rahmen der Unternehmensnachfolge eine ganz wichtige Bedeutung zu: Er kann den Stabwechsel vom Senior auf den Junior emotionslos und unabhängig »

4 Aus dem Koalitionsvertrag der sogenannten Ampelkoalition ergibt sich allerdings, dass die Konzernzurechnung aus dem Mitbestimmungsgesetz (s. hierzu nachfolgend unter 2.) auf das Drittelbeteiligungsgesetz übertragen werden soll.

5 Habersack, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Auflage 2018, § 25 MitbestG Rn. 49.

6 S. hierzu beispielsweise Kirchdörfer, a.a.O., S. 5 ff.; Spindler, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 4. Auflage 2023, § 52 GmbHG Rn. 777.

begleiten. Bereits diese Beispiele zeigen, dass die Aufgaben und die Erwartungen an einen Beirat in Familienunternehmen in der Regel deutlich weiter gehen als die Aufgaben und Erwartungen an einen mitbestimmten Aufsichtsrat. Die Aufgaben eines Beirats betreffen vielfach auch das persönliche Verhältnis zwischen den Gesellschaftern.

Die Gesellschafter einer GmbH können einen Beirat als fakultatives Organ einrichten. Bei der Definition der Aufgaben des Beirats sind sie – in den Grenzen des zwingenden Rechts – grundsätzlich frei. Sie können dem Beirat beispielsweise Kompetenzen der Gesellschafterversammlung übertragen. Ferner kann der Beirat in die Maßnahmen der laufenden Geschäftsführung eingebunden werden.

## IV. Der Beirat neben einem mitbestimmten Aufsichtsrat

Die vorbeschriebenen Vorteile können auch bei mitbestimmten Familienunternehmen dafür sprechen, – neben dem obligatorischen Aufsichtsrat – einen Beirat zu installieren. Für die Unternehmerfamilie stellt sich dann die Frage, welche Auswirkungen ein mitbestimmter Aufsichtsrat auf die Zulässigkeit der Einrichtung, die personelle Besetzung und die möglichen Kompetenzen eines Beirats haben kann.

### 1. Zulässigkeit

Vereinzel wird die Möglichkeit zur Einrichtung eines Beirats neben einem mitbestimmten Aufsichtsrat abgelehnt.<sup>7</sup> Mehrfache Kontrollkompetenzen nützen einer Gesellschaft nicht, sondern schaden ihr, wenn die Kontrollinstanzen sich wechselseitig aufeinander verlassen oder gar von den Geschäftsführern gegeneinander ausgespielt werden. Bei der unternehmerischen Mitbestimmung komme hinzu, dass die Gesellschafter die Überwachungsfunktion im Zusammenwirken mit den Arbeitnehmervertretern erfüllen sollen. Mögliche Kontrollen am Aufsichtsrat vorbei begünstigten das Gegeneinander von Gesellschaftern und Arbeitnehmern, das mit der gesetzlichen Mitbestimmung gerade überwunden werden sollte.

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Kontrollkompetenzen mehrerer Organe bedeuten nicht, dass diese von einem Organ nicht mehr wahrgenommen werden müssten. Vielmehr haben die Mitglieder jedes Organs ihren Pflichten nachzukommen – schon um eine mögliche Haftung zu vermeiden. Eine Verdoppelung von Kontrollrechten führt daher eher zu einer Verbesserung der Überwachung der Geschäftsführung. Entscheidend ist jedoch eine andere Überlegung: Den Gesellschaftern einer GmbH steht es grundsätzlich frei, durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags Gesellschafterkompetenzen auf einen Beirat zu verlagern.<sup>8</sup> Wenn der Gesetzgeber einem mitbestimmten Aufsichtsrat einzelne Kompetenzen zwingend zuschreibt, bedeutet das nicht, dass den Gesell-

schaftern die Delegation ihrer (verbliebenen) Kompetenzen auf einen Beirat verwehrt wäre. Nach der herrschenden Meinung<sup>9</sup> ist die Einrichtung eines Beirats neben einem mitbestimmten Aufsichtsrat folglich zulässig.

### 2. Personelle Besetzung des Beirats

Für eine Unternehmerfamilie ist wichtig, dass sie den Beirat – anders als den mitbestimmten Aufsichtsrat – vollständig mit Personen ihrer Wahl besetzen kann, die ihren Anforderungen gerecht werden. In vielen Fällen ist gerade die Einbindung neutraler Personen gewünscht und sinnvoll. Grundsätzlich ist anerkannt, dass ein Beirat einer GmbH auch oder ausschließlich (gesellschaftsfremde) Dritte als Mitglieder haben kann.<sup>10</sup>

Dieser Grundsatz wird von einigen Autoren bei der Besetzung eines Beirats neben einem mitbestimmten Aufsichtsrat infrage gestellt. Die Mitbestimmungsgesetze würden den Gesellschaftern eigene Kontroll- und Weisungsrechte gegenüber der Geschäftsführung belassen. Diese Rechte müssten dann von den Gesellschaftern selbst ausgeübt werden. Es bestehe zwar grundsätzlich die Möglichkeit, einen Beirat zu bilden. Dieser müsse aber ausschließlich aus Gesellschaftern bestehen.<sup>11</sup>

Diese Argumentation überzeugt nicht. Wenn es grundsätzlich zulässig ist, Gesellschafteraufgaben an einen Beirat zu delegieren, der (auch) aus (gesellschaftsfremden) Dritten bestehen kann, ist kein Grund ersichtlich, der es den Gesellschaftern einer mitbestimmten GmbH verbieten würde, ihre (verbliebenen) Gesellschafterrechte auf einen (auch) fremdbesetzten Beirat zu übertragen. Folgendes kommt hinzu: Bereits der mitbestimmte Aufsichtsrat kann mit (gesellschaftsfremden) Dritten besetzt werden. Dann kann für einen Beirat, der neben einem mitbestimmten Aufsichtsrat eingerichtet wird, nichts anderes gelten.

Den Gesellschaftern eines Familienunternehmens steht daher frei, einen Beirat auch dann mit (gesellschaftsfremden) Dritten zu besetzen, wenn ein mitbestimmter Aufsichtsrat besteht.<sup>12</sup> Im Übrigen ist es in vielen Fällen sinnvoll, Mitglieder des Beirats auch in den mitbestimmten Aufsichtsrat zu entsenden, um die Anzahl der Gremienmitglieder insgesamt überschaubar zu halten und die Funktionsfähigkeit der Organe sicherzustellen.

### 3. Mögliche Kompetenzen des Beirats

Die dem Aufsichtsrat nach dem DrittelbG bzw. dem MitbestG verliehenen Kompetenzen sind zwingend.<sup>13</sup> Folglich dürfen die Rechte eines mitbestimmten Aufsichtsrats durch die Einrichtung eines Beirats und dessen Kompetenzen nicht beschränkt werden.<sup>14</sup>

9 Vgl. beispielsweise Spindler, a.a.O., § 52 GmbHG Rn. 814 m.w.N.

10 Vgl. beispielsweise Lübke, in: beck-online.Grosskommentar, Stand: 15. November 2022, § 45 GmbHG Rn. 153 m.w.N.

11 Säcker, DB 1977, 1845, 1846; weitere Nachweise bei Habersack, a.a.O., § 25 MitbestG Rn. 143.

12 Vgl. beispielsweise Habersack, a.a.O., § 25 MitbestG Rn. 143 m.w.N. für die herrschende Ansicht.

13 S. vorstehend unter II.2. a.E.

14 Allgemeine Meinung; vgl. etwa Habersack, a.a.O., § 25 MitbestG Rn. 142 f.; Heermann, a.a.O., § 52 GmbHG Rn. 358 ff.

7 Reuter, Der Beirat der GmbH, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 631, 645 f.; wohl auch Heermann, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG Großkommentar, 3. Auflage 2020, § 52 GmbHG Rn. 362.

8 S. hierzu vorstehend unter III.

### a) Überwachung

Die Überwachungsbefugnisse des mitbestimmten Aufsichtsrats umfassen insbesondere die Prüfung der Rechnungslegung, des Rechnungslegungsprozesses und der Abschlussprüfung einschließlich der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers.<sup>15</sup> Bei diesen Überwachungsaufgaben gilt – wie bereits dargelegt<sup>16</sup> –, dass die Befassung eines weiteren Organs (hier eines Beirats) mit der Überwachung die Kompetenzen des mitbestimmten Aufsichtsrats nicht beschränkt und deshalb zulässig ist.<sup>17</sup> Mit der Verleihung der Überwachungsaufgabe an ein weiteres Organ, das ggf. mit zusätzlicher Expertise ausgestattet ist, besteht die begründete Chance, die Überwachung insgesamt im Sinne des Unternehmens, seiner Gesellschafter und auch der Arbeitnehmer zu verbessern. Folglich kann ein mitbestimmtes Familienunternehmen den Beirat mit der Überwachung der Geschäftsführer betrauen.

### b) Informationsrechte

Der mitbestimmte Aufsichtsrat hat – auch zur Ermöglichung seiner Überwachungsaufgabe – weitgehende Informationsrechte gegenüber der Geschäftsführung. Er kann jederzeit Berichte über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, die dann gewissenhaft und rechtzeitig durch die Geschäftsführung an den Aufsichtsrat zu erstatten sind (§ 90 Abs. 3 bis 5 AktG). Wenn der Beirat eines mitbestimmten Familienunternehmens (ebenfalls) mit Informationsrechten ausgestattet wird, beeinträchtigt dies die Informationsrechte des mitbestimmten Aufsichtsrats in keiner Weise.<sup>18</sup> Zudem: Wenn der Beirat Überwachungsaufgaben wahrnehmen kann, muss er auch mit den hierzu erforderlichen Informationsrechten ausgestattet werden können. Folglich kann auch der Beirat eines mitbestimmten Familienunternehmens weitgehende Informationsrechte haben.

### c) Beratung

Die Beratungsaufgabe des mitbestimmten Aufsichtsrats beschränkt sich auf die strategische Unternehmensführung. Das operative Geschäft wird von der Beratungsaufgabe des mitbestimmten Aufsichtsrats hingegen nicht erfasst.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund geht die Beratungsaufgabe eines Beirats im Familienunternehmen in der Regel deutlich weiter als die auf die strategische Unternehmensführung beschränkte Beratungsaufgabe des mitbestimmten Aufsichtsrats. In der Regel ist nämlich vorgesehen, dass der Beirat (auch) bei (wichtigen) Einzelfragen des operativen Geschäfts beratend hinzuzuziehen ist. Im Rahmen dieser „überschießenden“ Beratungskompetenz des Beirats kann es von vornherein nicht zu Konflikten mit der Beratungsaufgabe des mitbestimmten Aufsichtsrats kommen. Sofern sich die Beratungsaufgaben von Beirat und mitbestimmtem Aufsichtsrat (jeweils) auf die strategische

Unternehmensführung beziehen und sich überschneiden, führt die Beratungsaufgabe eines weiteren Organs (hier des Beirats) ebenfalls nicht zu einer Einschränkung der Beratungsaufgabe des mitbestimmten Aufsichtsrats. Die Übertragung von Beratungskompetenzen auf einen Beirat ist daher zulässig.<sup>20</sup>

### d) Personalkompetenz

Einem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat steht die Personalkompetenz gegenüber den Geschäftsführern zu.<sup>21</sup> Das MitbestG hat folglich die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung auf den mitbestimmten Aufsichtsrat übertragen. Die Gesellschafter haben insofern keine Kompetenz (mehr), die sie auf einen von ihnen fakultativ eingerichteten Beirat übertragen könnten. Abgesehen davon kann die Personalkompetenz nicht zwei Organen gleichzeitig zugewiesen werden, denn die Bestellung oder Abberufung eines Geschäftsführers kann nur einheitlich erfolgen. Die Zuständigkeit mehrerer Organe führte daher zu unlösbaren Konflikten. Hinzu kommt – und das ist hier entscheidend –, dass die Zuständigkeit eines weiteren Organs die Personalkompetenz des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats zwangsläufig beeinträchtigen würde. Die Personalkompetenz kann daher nicht auf den Beirat eines Familienunternehmens übertragen werden, das einen paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat eingerichtet hat.<sup>22</sup>

Ein gewisser Handlungsspielraum kann dem Beirat neben einem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat dennoch eingeräumt werden. In der Satzung einer GmbH kann die Unternehmerfamilie grundsätzlich persönliche Eignungsvoraussetzungen für die Geschäftsführer der Gesellschaft aufstellen. Diese können beispielsweise Berufserfahrung, Vorbildung, Alter, Gesellschaftereigenschaft, Zugehörigkeit zu einer Gesellschaftergruppe oder Familienzugehörigkeit sein.<sup>23</sup> Der mitbestimmte Aufsichtsrat hat solche Eignungsvoraussetzungen dann bei der Ausübung seiner Personalkompetenz zu berücksichtigen. Wenn die Gesellschafter selbst diese Eignungsvoraussetzungen aufstellen können, haben sie auch die Befugnis, das Recht, solche Eignungsvoraussetzungen zu formulieren, auf einen Beirat zu übertragen.<sup>24</sup> Mit diesem Recht kann der Beirat zumindest einen gewissen Einfluss auf die Personalentscheidungen des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats gewinnen.

Ein nach dem DrittelbG mitbestimmter Aufsichtsrat verfügt über keine Personalkompetenz im Hinblick auf die Geschäftsführer. Daher kann dem Beirat eines drittelparitätisch mitbestimmten Familienunternehmens die Personalkompetenz vollständig übertragen werden. »

15 S. auch vorstehend unter II.1.

16 S. vorstehend unter IV.1.

17 C. Jaeger, BeckOK GmbH, Ziemons/Jaeger/Pöschke, 55. Edition, Stand: 1. März 2023, § 52 GmbHG Rn. 88.

18 C. Jaeger, a.a.O., § 52 GmbHG Rn. 88.

19 S. vorstehend unter II.1. a.E.

20 C. Jaeger, a.a.O., § 52 GmbHG Rn. 88.

21 S. vorstehend II.2.

22 Habersack, a.a.O., § 25 MitbestG Rn. 143.

23 Paefgen in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG Großkommentar, 3. Auflage 2019, § 6 GmbHG Rn. 62.

24 Habersack, a.a.O., § 25 MitbestG Rn. 143; Heermann, a.a.O., § 52 GmbHG Rn. 359.

## e) Zustimmungsvorbehalte

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG hat der Aufsichtsrat zu bestimmten Arten von Geschäften, welche die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, zuzustimmen. Diese Kompetenz darf dem Aufsichtsrat nicht entzogen und – an dessen Stelle – auf einen Beirat übertragen werden.<sup>25</sup>

Dem Beirat können jedoch konkurrierende Zustimmungsvorbehalte zugewiesen werden.<sup>26</sup> Hierdurch werden die Zustimmungsvorbehalte zugunsten des mitbestimmten Aufsichtsrats nicht beeinträchtigt. Zudem sieht bereits § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG vor, dass die Gesellschafterversammlung über die Zustimmung beschließt, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung verweigert. Dann muss es der Gesellschafterversammlung auch möglich sein, konkurrierende Zustimmungsvorbehalte zugunsten eines Beirats zu begründen. Die Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Beirats können daher den Zustimmungsvorbehalten zugunsten des mitbestimmten Aufsichtsrats entsprechen. Ebenso ist es möglich, dem Beirat weitere Zustimmungsvorbehalte einzuräumen, die über die Zustimmungsvorbehalte des mitbestimmten Aufsichtsrats hinausgehen. Es reicht aber nicht, die Zustimmung des obligatorischen Aufsichtsrats nur für mehr oder weniger willkürlich zusammengestellte und mehr oder weniger bedeutsame Maßnahmen wie die Erteilung einer Prokura oder einzelne Grundstücksgeschäfte minderer Bedeutung vorzusehen. Der Aufsichtsrat ist vielmehr in grundlegende Entscheidungen einzubinden. Nach Vorstellung des Gesetzgebers sind dies Entscheidungen, die nach den Planungen und Erwartungen die Ertragsaussichten der Gesellschaft und ihre Risikoexposition grundlegend verändern werden.<sup>27</sup>

Mit einem gut austarierten Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte kann ein Familienunternehmen die sinnvolle Einbindung des Beirats auch bei wichtigen operativen Geschäften sicherstellen. Wenn der Beirat einem Geschäft zustimmen muss, wird er sich mit diesem auseinandersetzen und sein Know-how einbringen. Mit dem Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte kann daher – neben der Überwachung – die gewünschte Beratung der Geschäftsführung durch den Beirat sichergestellt werden.

## f) Weisungsrecht

Die Geschäftsführer einer Gesellschaft sind verpflichtet, die Weisungen der Gesellschafterversammlung auszuführen. Weder das DrittelbG noch das MitbestG sehen ein Weisungsrecht des mitbestimmten Aufsichtsrats gegenüber den Geschäftsführern vor. Hintergrund ist, dass auch dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft rechtsformbedingt kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zukommt.

Folglich kann ein Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern einer GmbH auf einen Beirat übertragen werden.<sup>28</sup> Bei der konkreten Ausgestaltung des Weisungsrechts sowie bei der Ausübung des Weisungsrechts durch den Beirat im Einzelfall ist allerdings darauf zu achten, dass der mitbestimmte Aufsichtsrat nicht von der wirksamen Wahrnehmung seiner Aufgaben ausgeschlossen wird.

## g) Ergebnis

Mithin kann der Beirat eines mitbestimmten Familienunternehmens mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet werden. In der Praxis wird meist darauf geachtet, dem mitbestimmten Aufsichtsrat – insbesondere im Hinblick auf den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte – (nur) die gesetzlich vorgesehenen (Mindest-)Kompetenzen zu belassen. Der Beirat wird dann mit allen (weiteren) Kompetenzen ausgestattet, die für das erfolgreiche „Zusammenspiel“ zwischen Unternehmerfamilie und Geschäftsführung im konkreten Fall erforderlich sind.

## V. Fazit

Familienunternehmen können neben einem mitbestimmten Aufsichtsrat einen Beirat einrichten. Bei der Ausgestaltung der Beiratsverfassung sind die individuellen Anforderungen eines Familienunternehmens und Vorstellungen der Unternehmerfamilie zu berücksichtigen. Zudem ist darauf zu achten, dass die Rechte des mitbestimmten Aufsichtsrats nicht ausgehöhlt werden. ♦

<sup>28</sup> Spindler, a.a.O., § 52 GmbHG Rn. 821.



**Dr. Thomas Frohnmayer** ist Rechtsanwalt und Partner bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

**Anton Rettenmayr** ist Rechtsanwalt bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

### KEYWORDS

Beirat • Beiratsverfassung • unternehmerische Mitbestimmung  
• mitbestimmter Aufsichtsrat • Drittelbeteiligungsgesetz • Mitbestimmungsgesetz

<sup>25</sup> Spindler, a.a.O., § 52 GmbHG Rn. 821.

<sup>26</sup> Habersack, a.a.O., § 25 MitbestG Rn. 143.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 14/8769, S. 17.